

*To Adina, with love*

Лаша-Гиорги Гиоргиевич Куталиа

# ВИНА В МИНИМАЛЬНОМ ПРАВЕ

2-е издание



Евразийское Научное Издательство «Мария»

Москва Санкт-Петербург Лондон Нью-Йорк

2020

**Lasha-Giorgi G. Kutalia**

# **GUILT IN CRIMINAL LAW**

2<sup>nd</sup> Edition



**Eurasian Scientific Publishing House «Mary»**

Moscow Saint Petersburg London New York

2020

В монографии исследуются генезис уголовно-правовой вины, классические концепции виновной ответственности, так же как проблема вины в центральных учениях о деянии и в рамках современных реформ уголовного законодательства.

В настоящем издании создан целый ряд новых понятий, учений и теорий, в том числе предлагается системная градация вины на лагме.

Монография базируется на исследованиях, проведённых в основном в ТГУ, МГУ, Венском и Боннском университетах.

Электронная книга предназначена для теоретиков и практиков уголовной юриспруденции.

### **Научные редакторы**

Dr. h. c. Альбина Юрьевна Пауль

Dr. jur., проф. Давид Эльдарович Гугава

### **Научные редакторы 1-го издания**

Г. Т. Ткешелиадзе †, М. К. Турава

### **Рецензенты 1-го издания**

Г. И. Начкебия †, Н. Г. Гвенетадзе

1-е изд. (GE/DE): Издательство ТГУ, Тбилиси, 2000, печатное издание, 896 страниц, ISBN 99928-31-99-5  
1<sup>st</sup> Ed. (GE/DE): Tbilisi University Press, 2000, Print Edition, 896 Pages, ISBN 99928-31-99-5

ISBN 978-9941-8-2782-2 (PDF)



## ПРЕДИСЛОВИЕ К РУССКОМУ ИЗДАНИЮ

### МИНИМАЛЬНОЕ ПРАВО

- I. Термин «уголовное» не совпадает с содержанием описываемой отрасли права, т. к. она уже давно не уголовливает.
- II. Как известно, регулятивная суть данной науки кристаллизуется как этический минимум. Налицо минимальное право.<sup>1</sup>

Когда-то, когда мне было 25, всего через несколько недель после появления в свет первого издания настоящей монографии на заседании Учёного совета Юридического факультета ТГУ имело место следующее событие: председатель Диссертационного совета Г. З. Инцкирвели предложил эту мою книгу на соискание учёной степени доктора юридических наук и одновременно номинировал её на Государственную премию. Я с благодарностью отказался, сочтя, что это легко могло разоблачить меня как слишком молодого тайного эксперта Академии наук.

Особая благодарность Н. Ф. Кузнецовой, любезно предоставившей возможность плодотворных исследований в МГУ.

Среди главных новшеств второго издания нам, прежде всего, хотелось бы выделить гетерархическую систему преступления. Данная система впервые эффективно исключает концептуальную конкуренцию деликта и вины, характерную для доминирующих иерархических моделей преступления.

С другой стороны, интерперсональное учение о деянии – первое функциональное учение о деянии в уголовном праве – позволяет наглядно выделить истинную природу уголовно-правовой вины как *causa poenālis*.

---

<sup>1</sup> L.-G. Kutalia, *Lagma, Jubilee Edition of Legal Scientific Works*, 100 volumes, EASPH Mary, Georgia, 2018, т. XLVII, [www.archive.org/details/LAGMA](http://www.archive.org/details/LAGMA).

Также отчётливо вырисовывается подлинная функциональная специфика вины в современном уголовном праве (исключающая, напр., смертную казнь) в рамках теории непрерывности, согласно которой, в отличие от господствующей доктрины стадийного осуществления уголовного права, формальное уголовное право (как процессуальное, так и исполнительное) – это не «последующие стадии» или «ступени», а форма осуществления материального уголовного права.

И, наконец, градация вины на лагме способствует научно комфортному, практически высокоточному применению понятия вины.

Помимо всего этого, вникая в суть уголовного права как этического минимума и воспринимая его как превенцию ультимативного зла, можно с уверенностью заключить, что жизнь – это не уголовное право, но уголовное право – это самое главное в жизни.

## ПРЕДИСЛОВИЕ

Ни деяние, как это полагает фон Лист<sup>2</sup>, или состав преступления, как в этом убеждает нас Белинг<sup>3</sup>, ни противоправность (Биндинг<sup>4</sup>) и ни наказание (Кельзен<sup>5</sup>) не отличается приоритетным значением в призме единой системы преступления. Признание абсолютного примата вины перед ними, согласно точному воззрению Меркеля<sup>6</sup>, неоспоримо. Деяние или противоправность представляет собой объект уголовно-правового интереса только в той степени, в какой в них даётся основание индицирования вины. Отдельно взятая противоправность, в качестве интегрального элемента понятия преступления, или наказание, в качестве юридического последствия преступления, лишены существенного значения, превращаясь в бессодержательный субстрат уголовно-правовой техники и обретают его лишь в концерте с виной. Именно это отношение является генеральным ориентиром задействия уголовного права. Другими словами, вина олицетворяет особый правовой феномен, являющийся первоисточником объективирования уголовного права и перевоплощающим его из пассивной абстракции в активную реальность.

В то же время констатация значения вины в сфере систематики всего лишь одна сторона её адекватного восприятия, непосредственно связанная с догматическим (принцип, сущность, структура вины) и исторически-правовым аспектом (генезис вины – происхождение и развитие). Так, например, актуально в рассматриваемом контексте взаимоотношение понятий уголовно-правовой и нравственной вины, для выяснения того, представляет ли собой последняя априорную предпосылку первой (М. Угрехелидзе<sup>7</sup>) или же не менее актуально разобраться в том, является ли уголовно-правовая вина понятием, совершенно независимым от нравственной вины (Х. Моррис<sup>8</sup>).

---

<sup>2</sup> F. v. Liszt, E. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., Berlin und Leipzig, 1932, стр. 64.

<sup>3</sup> E. v. Beling, Die Lehre vom Tatbestand, Tübingen, 1930, стр. 22.

<sup>4</sup> K. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. I, 3. Aufl., Leipzig, 1916, стр. 10.

<sup>5</sup> H. Kelsen, Hauptprobleme der Strafrechtslehre, 2. Aufl., Tübingen, 1923, стр. 142.

<sup>6</sup> См. A. Merkel, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, Stuttgart, 1912, passim.

<sup>7</sup> მ. უგრეხელიძე, ბრალი საფრთხის დელიქტებში, 1982, стр. 9.

<sup>8</sup> H. Morris, Guilt, in: Encyclopedia of Crime and Justice, London, 1983, т. II, стр. 823.

Без анализа этих и других смежных вопросов невозможно сконструировать полноценную дефиницию вины – дефиницию, которой в приемлемом виде не имеется у современной науки уголовного права. Несмотря на весьма значимые попытки классиков уголовного права или современных криминалистов, в их определениях отсутствует наличие *уголовно-правовой специфики*.

Что такое уголовно-правовая вина? Состояние (симптоматисты) или процесс (Р. Дуфф<sup>9</sup>), гипотеза (В. Хардвиг<sup>10</sup>) или факт (Э. Мецгер<sup>11</sup>); только психическое отношение к своему деянию и его последствиям (почти все учёные до XX века) или этически, нравственно-политически и т. д. порицаемое психическое отношение (Т. В. Церетели<sup>12</sup>), упречность (Р. Франк<sup>13</sup>), упрёк (Х. Вельцель<sup>14</sup>) или двойное суждение (Ю. Бауман<sup>15</sup>)?

Спектр аналогичных контroversз всё более расширяется по мере того, как углубляемся в суть т. н. психологической и нормативной теории вины и возникших в результате их противостояния других учений.

Можно только сожалеть, что у нас и по сей день не преодолена психологическая теория вины, хотя западноевропейское уголовно-правовое мышление уже в 20-х годах одержала над ней окончательную победу. В пользу представленного Р. Франком нормативизма классическая уголовно-правовая доктрина однозначно отреклась от психологической модели вины. Впоследствии проблема вины рассматривается на качественно иной теоретической плоскости.

Э. А. Вольф отмечал: «Вина является не психологической, а нормативной категорией. Она представляет собой оценку невыполнения обязанности»<sup>16</sup>. На таком же утверждении основывается и понятие «порицаемости» Р. Франка, которое применялось и продолжает применяться в отношении вины во всех лексико-грамматически возможных вариациях.

---

<sup>9</sup> R. Duff, *Codifying Criminal Fault: Conceptual Problems and Presuppositions*, in: *Criminal Law and Justice*, London, 1987, стр. 97.

<sup>10</sup> W. Hardwig, *Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts*, Hamburg, 1957, стр. 187.

<sup>11</sup> E. Mezger, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3. Aufl., Berlin und München, 1950, стр. 248.

<sup>12</sup> თ. წერეთელი, გ. ტყეშელაძე, *მოდვრება დანაშაულზე*, თბილისი, 1969, стр. 58-60.

<sup>13</sup> R. Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in: *Festschr. f. die juristische Fakultät in Gießen zum Universitäts-Jubiläum*, Gießen, 1907, стр. 31.

<sup>14</sup> H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 9. Aufl., Berlin, 1965, стр. 145.

<sup>15</sup> J. Baumann, *Strafrecht. Allg. Teil*, 2. Aufl., Bielefeld, 1961, стр. 292.

<sup>16</sup> E. A. Wolff, *Strafrechtliche Schuldlehre, Teil I*, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1928, стр. 126.

Прогрессивность нормативизма несомненна, однако все определения понятия вины, предложенные его представителями, «функциональные» определения, которые не создают непосредственного представления о том, в чём воплощается собственно вина. В этом признаются и сами некоторые нормативисты<sup>17</sup>.

Вышеупомянутое примечание относительно превалирования психологизма в грузинской уголовно-правовой доктрине отнюдь не означает, что для грузинского уголовного права формирование нормативной теории вины осталось незамеченным. Напротив, на сегодняшний день у нас доминирует созданное Т. В. Церетели новое учение о вине, возникшее в результате своеобразной комбинации психологизма и нормативизма.

Исходное положение данного учения заключается в следующем: Содержание вины не исчерпывается всего лишь психическим отношением лица к своему противоправному деянию и его последствиям, этот сугубо психологический аспект должен сопровождаться моментом социально-этической, нравственно-политической упречности. Т. В. Церетели трактует эту мысль следующим образом: «Вина – это такое психическое отношение к деянию и последствию, которое заслуживает порицание со стороны общества»<sup>18</sup>. Основное различие между нормативизмом Р. Франка и концепцией Т. В. Церетели состоит в том, что Т. В. Церетели рассматривает психическое отношение и порицаемость как независимые признаки понятия вины, тогда как у Р. Франка психическое отношение, отождествлённое с уголовно-правовым умыслом, представлено в качестве интегрального элемента упречности.

Однако возможно ли признать учение Т. В. Церетели оригинальным, в то время как задолго до грузинской криминалистики уже Г. Радбрух исходил из подобного положения; или же не исключает ли его оригинальность «теория нравственной вины» Х. Вельцеля<sup>19</sup>? На первый взгляд, в виду кардинальности этих сходств почти ничего уникального в воззрении Т. В. Церетели не прослеживается. Но это всего лишь на первый взгляд, только при условии,

---

<sup>17</sup> L. Zimmerl, *Aufbau des Strafrechtssystems*, Tübingen, 1930, стр. 168; также: H. Schweikert, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling*, Karlsruhe, 1957, стр. 146.

<sup>18</sup> თ. წერეთელი, გ. ტყეშელაძე, *მოდერნის დანაშაულები*, стр. 60.

<sup>19</sup> См. Arth. Kaufmann, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, Heidelberg, 1961, стр. 128.

если абстрагироваться от соответствующей логической интерпретации постулированной ею модели.

Позиция Г. Радбруха никак не переходит грань психологизма, точка зрения Х. Вельцеля строго локализована в рамках нормативизма. Что касается взглядов Т. В. Церетели, они определённо представляют собой такой синтез фундаментальных аспектов психологизма и нормативизма, который вводит их как новую, *психологически-нормативную теорию* вины, в отличие от теорий Г. Радбруха и Х. Вельцеля, которые можно именовать, соответственно, только психологическим и нормативным (а точнее, нормативистским) течением.

Таким образом, грузинская школа уголовного права в виде смешанной теории вины наметила совершенно самобытную, принципиально новую тенденцию её развития.

В том или ином виде понятие вины продолжает развиваться в грузинском уголовном праве и поныне. В этом отношении особо важно выделить радикальную трансформацию подхода к вине, как к конститутивному признаку понятия преступления (О. К. Гамкрелидзе<sup>20</sup>), исследование взаимоотношений вины и наказания (Г. Т. Ткешелиадзе<sup>21</sup>), изучение психологического компонента вины (Б. В. Хорнабуджели<sup>22</sup>) и т. д.

Поскольку «научные понятия подчиняются строгому логическому порядку и создают определённую систему» (Г. И. Начкебия<sup>23</sup>), при определении вины, как центрального понятия науки уголовного права, необходима всеобъемлющая точность. Несомненным следствием её противоречивого содержания является то, что упорядочение уголовно-правовых понятий, с точки зрения вышеупомянутого «строгого логического порядка», целиком не достигается. Для иллюстрации достаточно привести корреляцию понятий вины и преступления. Когда, с одной стороны, вина представлена в качестве феномена, возникающего в результате оценочного суждения, а, с другой стороны, исходят из классической схемы понятия преступления (состав преступ-

---

<sup>20</sup> ო. გამყრელიძე, სისხლისსამართლებრივი კანონმდებლობის სრულყოფისათვის, „მართლმსაჯულების მაგნი“, თბილისი, 1995/1, სტრ. 3-5.

<sup>21</sup> Г. Т. Ткешелиадзе, Судебная практика и уголовный закон, Тбилиси, 1975, стр.97.

<sup>22</sup> Б. В. Хорнабуджели, Психологическая сторона вины, Тбилиси, 1981.

<sup>23</sup> გ. ნაჭყებია, პირდაპირი განზრახვისა და სასჯელის ლოგიკური კავშირის ფსიქოლოგიური დასაბუთების პრობლემა „სახელმწიფო და სამართალი“, თბილისი, 1990, №10, სტრ. 20.

ления, противоправность, вина)<sup>24</sup>, налицо явное противоречие, так как по классической схеме вина, как признак понятия преступления, обнаруживается *по-средством констатации*<sup>25</sup>, подобно двум другим признакам. Ввиду того, что вина одновременно не может быть объектом констатации и оценки, перед нами возникает дилемма: опровергнуть господствующую систему преступления или отвергнуть вину как явление, вытекающее из оценочного суждения. В данном отношении совершенно безразлично, воспринимается ли вина как целостность оценочного суждения и его объекта (ранний нормативизм) или всего-навсего как само оценочное суждение (финализм), потому как вина в виде объекта констатации ни с одной из этих понятий корреспондировать не может. Если систематически вина определяется как объект констатации, она и догматически должна рассматриваться в том же виде и наоборот: если догматика черпает рассматриваемое понятие из аксиологических гипотез (как оценочное суждение или неделимую целостность оценочного суждения и его объекта), в систематике она уже не может излагаться в качестве объекта констатации. Иными словами, догматические и систематические понятия вины не должны взаимоисключаться (как известно, данный вопрос в общем и целом затрагивался и немецким криминалистом В. Хардвигом, однако его взгляды ощутимого развития так и не нашли).

С подобным успехом можно выделить противоречивое отношение вины к другим понятиям уголовного права (например, к уголовно-правовой ответственности, вменению<sup>26</sup> и т. д.), что лишний раз указывает на необходимость всесторонней скрупулёзности при осознании феномена вины. Также неприемлемо абстрагирование от целого ряда обще- или метаправовых вопросов. В их числе, прежде всего, принципы христианской этики, на которые со всей справедливостью ссылаются современные криминалисты<sup>27</sup>. Естественно, тут не подразумевается отождествление уголовно-правовой вины с религиозной.

Следовательно, вина должна рассматриваться не как таковая, не только по отношению к самой себе, а в связи с другими интра- и экстраюридическими понятиями и явлениями, откуда могут быть логически производны интересные нас выводы.

<sup>24</sup> J. Baumann, Strafrecht AT, 2. Aufl., стр. 150, 289.

<sup>25</sup> H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 9. Aufl., стр. 40.

<sup>26</sup> A. G. zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, Bonn, 1950, стр. 22-23.

<sup>27</sup> См. E. Gardner, Justice and Christian Ethics, Atlanta, 1995, passim.

В настоящей монографии мы обстоятельно рассмотрим развитие понятия вины и динамику этого развития в теории уголовного права. На наш взгляд, без тщательного изучения генезиса проблемы, что наряду с изучением возникновения и развития этой проблемы подразумевает и анализ её современного состояния, невозможно претендовать на планомерное усовершенствование данной проблемы (в этом случае – понятия вины), так как усовершенствование означает дальнейшее развитие, а дальнейшее развитие без учёта закономерностей развития не может быть оправдано, в то время как установление последнего возможно лишь в результате основательного исследования каждого этапа развития.

Как увидим, понятие вины в теории уголовного права всегда подвергалось и поныне подвергается значительным догматическим и систематическим изменениям. Для того чтобы наглядно представить себе масштабность его развития, достаточно заметить, что вина, изначально представляющая собой всего лишь формальный, от объективных элементов механически производный повод ответственности, на сегодняшний день является понятием, охватывающим сложнейшее содержание и в отношении уголовно-правовой ответственности отличающимся фундаментальной теоретической нагрузкой.

Как этого требует последовательность научного исследования, прежде чем коснуться трёх основных теорий современного уголовного права, мы попытаемся объективно воспроизвести особенности уголовно-правовой вины в римском праве, каноническом праве Средневековья, философии уголовного права и т. д. А в рамках анализа учений непосредственно современного уголовного права мы одинаково заострим внимание как на негативных сторонах каждого из них, так и на достижениях и оригинальности. Помимо этого, особое внимание будет уделено также взаимоотношению данных теорий, что предоставит соответствующим образом разобраться в том, какая из них может быть более или менее приемлема в том или ином конкретном аспекте.

Исходя из всего вышеизложенного, настоящее исследование по своему объёму не может быть компактным. Структурно оно подразделяется на восемь глав, где будут последовательно представлены важнейшие аспекты уголовно-правовой вины.



Можно полагать, что с надлежащим учётом вышеуказанных обстоятельств и ряда других, не менее актуальных моментов успешно достижима намеченная настоящим исследованием цель – определение того, что может именоваться виной в уголовном праве.

*Часть I*

# **ГЕНЕЗИС**

## Глава I

# ОСНОВНЫЕ ЭТАПЫ ПРЕ- И РАННЕНАУЧНОГО РАЗВИТИЯ ИДЕИ ВИНЫ

– §1 –

## ВИНА КАК ПРОДУКТ ТЕОРЕТИЧЕСКОГО МЫШЛЕНИЯ

**Вина** – врождённая идея? Уголовно-правовая вина является понятием науки уголовного права, и она не мыслима за пределами данной науки. Взаимоотношение вины и уголовного права – далеко не исключение; каждая наука представляет собой универсально первичную категорию, и понятие науки по отношению к ней всегда и во всех сферах характеризуется вторичностью. Исходя из этого, наука уголовного права наряду с другими сферами своей первичности опережает уголовно-правовую вину и во времени, т. е. одним из условий социально-исторического формирования последней конструкции является наличие первой. Объективность рассматриваемого тезиса ни в какой степени не зависит от того, какого само понимание вины. Если исходить из вины как из психического отношения лица к своему деянию, необходимо учитывать, что имеется в виду не любое, а лишь противоправное, запрещённое уголовным законом деяние. Когда же смысл вины ассоциируется с нормативной оценкой, безусловно, заключаем, что в этом случае в качестве формирующего уголовно-правовую вину фактора выступает отношение психологического поведения лица к норме уголовного права. Самой наглядной аналогией вышеуказанного может служить соотношение понятий индивида и субъекта уголовного права. Право вообще и уголовное право в частности возникает на определённом неначальном этапе общеэволюционных процессов, что означает следующее: уголовное право – продукт творчества самих индивидов и понятие индивида не всегда распространялось на понятие субъекта уголовного права. В соответствии с этим уголовно-правовая вина, подобно понятию субъекта уголовного права – совсем не

врождённая идея; это *искусственно, телеологически-рационально сконструированная категория*, не имеющая действительности в условиях отсутствия уголовного права.

Однако если на преуголовно-правовой ступени уголовно-правовая вина формально не проявляется, чем обусловлена необходимость анализа на данном этапе? Г. Насс отмечает: «Вина представляет собой логическое, т. е. связанное с формальными и материальными законами понятие. Её второй компонент, материальный, является исключительно относительным компонентом, поскольку на сегодняшний день никем не доказано, скажем, существование абсолютной этики. Именно этическая сторона превращает понятие вины в камень преткновения, ибо она тесно связана с религиозными и мировоззренческими вопросами»<sup>28</sup>. Как видим, наряду с формальной стороной немаловажно иметь в виду и материальную (содержание) сторону и исходящие из неё особенности. А это обстоятельство наглядно указывает на необходимость создания хотя бы общего, не столь углублённого представления о преправовом материальном зародыше вины.

Тот же самый Г. Насс, автор одного из первых монументальных трудов о вине в уголовном праве, противоречиво указывает: «Вина должна рассматриваться не как этическая, религиозная или юридическая проблема, с одной стороны, и как рационально определённая – с другой, а как антропологическая, и это обуславливает отношение к вине как к кондиции, сформировавшейся единице»<sup>29</sup>. Во-первых, если рассматривать вину в виде антропологической проблемы, предметом обсуждения должна быть вина в общем, но не вина в уголовном праве (хотя перспективность и этого неоспорима, т. к. согласно философскому антропологизму, на который опирается Г. Насс, личность рассматривается как всесторонне неисторическое, по натуре своей статическое явление). Во-вторых, ничем не продиктовано стремление к окончательно сформировавшемуся понятию вины: вина вряд ли достигнет стагнационного состояния совершенства из-за непрерывного развития уголовного права. Наконец, Г. Насс, толкуя уголовно-правовую вину как исключительно антропологическую проблему, оперирует методом исследования как отдельно взятым правилом, но не как системой правил, что методологически недопустимо.

---

<sup>28</sup> G. Nass, Wandlungen des Schuldbegriffs im Laufe des Rechtsdenkens, Berlin, 1963, стр. 20.

<sup>29</sup> Ibid., стр. 21.

В то же время для достижения качественной разницы в цитированном утверждении вполне достаточно перенести основной акцент от антропологического на правовой момент. Квантитативно положение исправно, потому как целиком включает в себя все необходимые аспекты: культурно-исторический, религиозно-социологический и философско-правовой.

Примечательно также и то, как ассоциирует Г. Насс генезис вины с процессом развития общечеловеческого мышления. Здесь вина анализируется в соответствии с тремя разными стадиями развития мышления в следующей последовательности: магическая, прелогическая и логическая.

На первой ступени развития всё ещё отсутствует вина как в нравственном, так и религиозном понимании, потому что единственное обстоятельство, существенно значимое в рассматриваемом случае, заключается в магической связи субъекта с зачастую независимо от него наступившим вредным результатом (например, вождя племени – с непогодой, малой урожайностью, поражением в битве с другим племенем и т. д.).

В качестве переходной фазы между магическим и прелогическим периодами Г. Насс называет шумерскую и вавилонскую мифологию, где отношение субъекта к вредному последствию сравнительно более конкретизовано, но это пока ещё далеко не способствует воцарению «каузального мышления».

Исходным моментом следующего этапа рассматривается идея вины, представленная в Древнем Египте. Проявлением прелогического мышления здесь выделяется отсутствие прямой взаимосвязи между деянием и субъектом деяния. Однако если руководствоваться данным критерием, между начальной стадией прелогического мышления и магическим мышлением не должно быть никакого принципиального различия.

Развивая свою точку зрения, Г. Насс заключает, что в Египте постепенно отчётливо вырисовывается значимость отношения деяния к личности субъекта (к этому выводу он приходит в процессе исследования египетской религии).

Основным отличительным признаком прелогического периода Г. Насс, исследуя уже вавилонскую правовую доктрину, выделяет то, что в последнем случае не установление субъективной склонности преступника составляет предмет преобладающего интереса, а определённое расположение принима-

ется за данное при наличии определённых типичных обстоятельств, т. е. «в основе вины здесь лежит типовой, а не субъективный масштаб».

Что касается истоков логического мышления, Г. Насс усматривает их только в римском праве и в качестве главного аргумента этого приводит то, что именно римское право признало впервые необходимость дифференцированного подхода к (чреватой вредом) психологической активности, согласно с чем деяние должно было признаваться соответственно как умышленное, неосторожное или вовсе невиновное. Разумеется, позиция Г. Насса весьма своеобразна, но в то же время не представляется возможным утверждать, что он в своих выводах до конца последователен. Так, например, в некоторых местах там же мифологическое мышление представлено не как переходный, а второй независимый этап между магическим и прелогическим периодами, и, следовательно, мышление, в свою очередь, характеризуется уже не как треугольное, а как квадратное понятие. Однако непреодолимым такое противоречие вряд ли может считаться.

С другой стороны, наше внимание преимущественно привлекает принципиально другой, гораздо более важный момент. Всё дело в том, что Г. Насс осуществляет градацию мышления не с точки зрения развития вины (было бы это так, мало чего неприемлемого осталось бы в его воззрении), а, наоборот, приспособляет развитие понятия вины к психологии мышления, градуированной в соответствии с критерием, охватывающим общий аспект антропологического развития. В результате этого получается, что формирование такого сложнейшего явления, каковым является право, приходится на фазу прелогического мышления. Это, естественно, вынуждает нас указать на суровый промах рассматриваемой позиции. Хотя следует заметить, что в актуальном для нас аспекте этим её значение ничуть не умаляется.

Выслеживая идею правовой вины в преисторической эре, в глаза бросается наличие вины, условно выражаясь, в гражданско-правовом, но не в уголовно-правовом понимании. Главным критерием ответственности тут фигурирует ущерб, «вредящий общему течению»<sup>30</sup>. Как показал анализ соображений Г. Насса, степень ответственности в преисторической эре в конечном итоге определяется не тем, совершено ли деяние умышленно, по неосторожности или невиновно или же осуществлено ли деяние вообще. Главное – установление *совершенно абстрактной связи* между наступившим вредным

---

<sup>30</sup> Platon, (in der Übersetzung von F. D. E. Schleiermacher), Werke, Berlin, 1984, n. 417e.

последствием и личностью субъекта как детерминанта данного результата, что ничего общего с реальной каузальностью не имеет. Естественно, проведение строгих параллелей между гражданско-правовой виной и древней концепцией вины невозможно, но на определённое сходство несомненно указывает нулевое значение формы вины относительно размера ответственности.

**Ius talionis** Персональная, в какой бы то ни было степени ориентированная на субъективную сторону деяния виновность не внедряется и в результате введения принципа талиона, хотя это уже окончательное признание причинной связи в сравнительно совершенном виде. Если, с точки зрения вины, рассматриваемый принцип никем существенно не генерировался, Кант довольно интенсивно развил его в отношении наказания и примкнул к нему: «(...) Какой вред причиняешь другому члену общества, так же повреждаешься и сам. Когда посягаешь на его право жизни, посягается и твоё право на жизнь; если решаешься на ущемление достоинства другого, обязательно будет ущемлено твоё достоинство (...). Только это, только *ius talionis* способно определить наказание приемлемо»<sup>31</sup>. Следует заметить, что Кант вовсе не пытается размежевать возмездие и принцип талиона, тогда как это принципиально различные понятия. В первом случае с преступным деянием могут быть связаны и такие правовые последствия, которые признают субъекта преступления как личность, как носителя определённых индивидуальных качеств, а в соответствии с принципом талиона он рассматривается «более телесным, физическим, нежели духовным существом»<sup>32</sup>.

Гегель писал: «Кара без вины означает обращение с осуждённым не как с разумным существом, не как с человеком, а признание его субиндивидом, вредным животным, которое должно быть нейтрализовано посредством применения в отношении него мер запугивания и исправления»<sup>33</sup>. Принцип талиона диаметрально противоположен высказыванию Гегеля. В результате его возникновения вина как понятие с «субъективным» содержанием не смогла развиваться не только до необходимого, но даже до факультативного основания наказания; здесь по-прежнему продолжает всецело доминировать объективный аспект деяния. Вследствие этого можно утверждать, что

<sup>31</sup> I. Kant, *Rechtslehre. Schriften zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1988, стр. 148.

<sup>32</sup> G. Nass, *Wandlungen des Schuldbegriffs*, стр. 28.

<sup>33</sup> G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts, Sämtliche Werke*, Bd. VII, Stuttgart, 1952, стр. 156.

принцип талиона отличается крайним примитивизмом. Его единственное теоретическое достоинство заключается в выделении значения причинной связи.

В то же время всё это отнюдь не означает, словно Кант, примыкая к идее талиона, считает допустимым наказание без вины. Он, конечно же, против объективного вменения и рассматривает принцип талиона в неразрывной связи с принципом виновной ответственности. Иной вопрос, почему неприемлем принцип талиона и в этом случае. Исходя из позиции Канта, необходимо отвергнуть такое основополагающее понятие современного уголовного права, каковым является индивидуализация наказания. А отрицание индивидуализации наказания, в свою очередь, влечёт за собой и отрицание понятия отягчающих и смягчающих вину обстоятельств, безразличное отношение к личности виновно действующего субъекта и пренебрежение его конкретной ролью в совершении преступления (т. е. пренебрежение тем, являлся ли он всего лишь подстрекателем или пособником, организатором или исполнителем); помимо этого, не принимается во внимание и то, какая цель двигала преступником (за исключением тех случаев, когда налицо целевой деликт) и по какому мотиву было совершено преступление. Наряду с этим, самое главное в рассматриваемом контексте то, что в случае отказа от принципа индивидуализации наказания становится непонятно, каков смысл структурирования понятия вины на отдельные виды и подвиды, точнее, вина в таком случае не должна подразделяться на умысел и неосторожность.

Таким образом, точка зрения Канта приводит не только к крайне примитивистскому понятию наказания, но также и к крайней примитивизации понятия вины. С обратной стороны, установление вины в общем влечёт за собой самоопределение наказания в том или ином виде.

Несмотря на то что, согласно господствующему взгляду, в современном уголовном праве обоснование вины в случае отрицания умысла и неосторожности немислимо (даже в самом финальном учении, где умысел и неосторожность вообще выносятся за пределы сферы вины, не может идти речь о виновности лица без установления этих субъективных элементов), это ещё не означает, что возможность обоснования вины здесь теоретически исключена. В силу этого следующий из концепции Канта последний вывод не может считаться ирреальным в уголовно-правовом отношении. Причина его



неприемлемости кроется в принципиально другом обстоятельстве, что и без дальних слов становится ясно в ходе последующей конкретизации позиции Канта.

Отрицая понятия умысла и неосторожности, лицо должно наказываться одинаково несмотря на то, действовало ли оно с прямым умыслом или только небрежно, т. е. независимо от того, была ли представлена в традиционном понимании высшая или низшая степень вины. Вследствие этого у Канта систематическая роль вины исчерпывается обоснованием наказания, тогда как от вредного последствия у него в равной мере зависит как обоснование ответственности, так и определение её степени. Логически же непостижимо именно то, чем объясняется в одно и то же время абсолютная эквивалентность субъективного и объективного аспектов в отношении обоснования наказания и полное игнорирование субъективного аспекта в результате абсолютизации объективного с точки зрения определения степени наказания. Иными словами, вина и принцип талиона в уголовном праве формально-логически несовместимые категории. В том, что в гражданском праве вина, наряду с ущербом, влечет за собой ответственность, в отличие от последнего, как правило, никак не влияет на размер ответственности, легко разобраться, так как целью гражданско-правовой ответственности является восстановление нарушенных имущественных прав кредитора.

По мнению некоторых авторов, и взгляды Гегеля на наказание в конечном счёте сводятся к признанию принципа талиона. Так, например, современный российский криминалист А. И. Чучаев отмечает: «Согласно Гегелю, наказание – это приговор, который преступник выносит сам себе (...) У Гегеля эта теория представляет собой спекулятивный покров древнего *ius talionis*, которое Кант развил как единственную правовую теорию о наказании»<sup>34</sup>. Но каким образом допустимо признание упомянутой концепции Гегеля спекулятивным покровом теории наказания Канта, если суть воззрений Гегеля и Канта заключается в обстоятельствах, в корне расходящихся друг от друга? Следуя позиции Гегеля, субъект, совершая определённое противоправное деяние виновно, сам создаёт основание применения наказания, что, несомненно, так и есть. Однако отсюда никак не вытекает, что при определении вида и размера наказания не должны приниматься во внимание субъективные показатели деяния и единственным ориентиром должен рассматри-

---

<sup>34</sup> А. И. Чучаев, Цели наказания в советском уголовном праве, Москва, 1989, стр. 6.

ваться вред, как это имеет место в случае принципа талиона. С учётом этого очевидна спекулятивность сравнений, предложенных самим Ф. И. Чураевым.

Как известно, именно внедрение принципа талиона повлекло за собой возникновение института палача, продолжающего существовать и по сей день в уголовно-правовой практике даже передовых государств. Следует заметить, что уголовное право некоторых стран, помимо смертной казни, признаёт множество других видов телесной кары. Вне всякого сомнения, убийство и телесное изувечение не может быть профессией, легальной деятельностью в современном обществе, и поэтому уже необратимо намечается тенденция упразднения упомянутого института. Однако к тому времени его возникновение, как следствие формирования принципа талиона, бесспорно отражало определённый прогресс, с точки зрения развития идеи ответственности в общем.

Как до формирования принципа талиона, так и на всём протяжении его действия вред – олицетворение главного критерия, определяющего ответственность. Различие заключается только в том, что если в первом случае исходным моментом считается наличие совершенно *абстрактной* причинной связи между субъектом и вредным результатом вообще, в последнем случае решающее значение приобретает наличие *действительной* причинной связи *конкретно* между деянием и вредным последствием. На первый взгляд, согласно принципу талиона, речь должна идти о систематической приоритетности (хотя и объективно понятого) деяния, поскольку, как выяснилось, ответственность тут может наступить только при условии, если вредное последствие вытекает из определённой внешней активности субъекта. Хотя деяние в данном случае не обладает независимым от результата значением, что недвусмысленно отображается в том, что деяние без последствия не в состоянии повлечь за собой ответственность. И причиной этому в основном служит не то, что ответственность без результата несовместима с принципом талиона, а то, что понятие деяния представлено в однозначно объективном понимании, т. е. всего-навсего как внешнее поведение. *Восприятие деяния в качестве самостоятельного основания ответственности стало возможным только вследствие признания конститутивного значения субъективных компонентов.* Так, например, в современном уголовном праве лицо не может быть наказано за покушение на преступление (т. е. собственно

за деяние), если не вполне ясно, какой целью сопровождалось осуществлённое им объективно поведение. Отсюда же наглядно вытекает и то, что строго объективное понимание деяния вынуждает признать его неограниченную подчинённость понятию результата.

**Идея  
индивидуальной  
вины**

До внедрения принципа талиона хоть и не выделялось значение реальной причинной связи, но из этого не следует, словно только вследствие этого стало возможным возникновение идеи индивидуальной вины. С одной стороны, идея вины в этом виде активно развивалась и до образования принципа талиона, а, с другой стороны, нередко были также и такие случаи, когда несмотря на адекватное представление о каузальности, основанием ответственности индивидуальная вина не являлась.

В Древней Греции индивидуальная вина не проявляется ни в одной из возможных двух форм<sup>35</sup>. В этом отношении следует выделить превосходство древнеегипетской правовой мысли. Но в Египте появилась не экзистенциальная индивидуальная вина, а только религиозная. Унификация экзистенциального и религиозного сторон имеет место лишь у шумеров. Вместе с тем ничего удивительного в том, что позже вавилонскому Кодексу Хаммурапи не удаётся развить вину в качестве самостоятельного социального феномена: господство мифологического мышления в общественном сознании не создавало необходимых для этого условий.

Помимо этого, неверно было бы полагать, что индивидуальная вина находит своё проявление только на раннеправовом этапе. Вразрез с распространённым в уголовно-правовой литературе мнением следует отметить, что идея индивидуальной вины не является чуждой и для раннеправового этапа развития понятия вины, хотя здесь её проявление носит лишь спорадический характер.

С данной точки зрения, прежде всего, необходимо учитывать, что в преправовой эре отсутствие последовательного развития индивидуальной вины вполне закономерно. В условиях общинно-родового строя индивид неразрывно связан со своим родом (племенем), и, следовательно, осуществлённое им деяние не могло восприниматься как собственно его, а должно было вменяться соответственно роду или племени целиком. Разумеется, неред-

---

<sup>35</sup> См. Н. Kreißig, *Geschichte des Hellenismus*, Berlin, 1982; также: E. Zeller, *Grundriß der Geschichte der griechischen Philosophie*, Leipzig, 1883.

ко субъект своим деянием мог нанести ущерб интересам представителя того же рода, к которому он сам принадлежал, и на этот раз индивиду предстояло непосредственно нести ответственность за наступивший результат, но в большинстве случаев здесь вина вообще не составляла предмет разбирательства, так как род представлял собой группу родственников.

С принципиально иным положением имеем дело относительно раннеправового этапа. В данном случае налицо особая политическая организация – государство, которая в рамках существующих законов охраняет каждого от всех и всех от каждого (хотя следует тут же выделить особенность раннеправового общества, в соответствии с которой большинство его членов, находясь в абсолютном подчинении сравнительно малочисленного господствующего социального слоя, совершенно было лишено статуса субъекта права, эти первые фактически и не признавались членами общества, индивидами). В результате упомянутого принципа уже отчётливо просматривается тенденция формирования индивида как самостоятельного субъекта общественных отношений, что, в свою очередь, представляет собой необходимую предпосылку масштабного развития индивидуальной вины. Однако вместе с тем мы не можем утверждать, что данное обстоятельство могло быть достаточным основанием для абсолютизации индивидуальной вины, потому что признание субъекта, строго говоря, индивидом всё ещё не означает перемещения основного акцента на его персональность, и это в рассматриваемом контексте – решающий момент. Конкретно же, первый момент, в отличие от последнего, вовсе не исключает объективное вменение как таковое. Правда, и после переноса основного акцента на персональность субъекта нередко были случаи объективного вменения, но это не должно вынуждать нас отвергать последнее утверждение, так как недопустимое означает алогическое, непоследовательное, неприемлемое, но не реально несуществующее, объективно неосуществимое и т. д. Как увидим далее, даже каноническое право Средневековья, где субъективному аспекту придавалось уже не только должное, но и чрезмерное значение, не смогло окончательно преодолеть объективное вменение.

Однако какие возможны выводы непосредственно в отношении раннеправового этапа? Если учесть то обстоятельство, что Г. Насс ошибочно не классифицирует магические представления как разновидность религиозных представлений, из его вышеуказанного взгляда о том, что идея вины берёт

своё начало на магической ступени, а этап дальнейшего развития составляет мифология, создаётся такое впечатление, словно, с одной стороны, возникновение идеи вины является следствием происхождения религии и, с другой стороны, её первоначальное развитие полностью совпадает с развитием религиозной мысли.

В действительности всё выглядит совершенно иначе. Основой возникновения идеи вины стала не религия, а формирование теоретического мышления в общем. И если становление идеи вины на самом деле совпадает с зарождением религии, это только потому, что совпадают друг с другом, в свою очередь, формирование религии и теоретического мышления. При этом из данного утверждения не следует, что происхождение религии и формирование теоретического мышления олицетворяют два независимых друг от друга процесса. На наш взгляд, не должно быть спорным, что возникновение религии стало возможным лишь после того, как в сфере интереса индивидуума оказалось освоение общего, существенного и закономерного в предметах и процессах объективной действительности. Исходя из этого, религия без теоретического мышления логически немыслима, т. е. религия – продукт теоретического мышления.

Наряду с этим, было бы неверно полагать, что за формированием теоретического мышления исключительно следует происхождение религии. С этим первым также неразрывно связано возникновение морали и вместе с тем моральной вины. Там, где присутствует теоретическое мышление, недопустимо отсутствие морали, ибо оснащённое теоретическим мышлением общество категорически не способно мириться со стихийностью межиндивидуальных отношений, неопределённостью масштаба регулирования, и следствием этого первоначально, естественно, мог быть только такой несложный механизм упорядочения указанных отношений, каким является мораль. А это указывает на коллинеарность возникновения религиозной и моральной (нравственной) вины.

Таким образом, следует заключить, что *первоисточником идеи вины является не возникновение религии или морали, а то общее, на чём основывается возникновение религии и морали, т. е. теоретическое мышление.*

Другой вопрос, что идея вины не могла быть непосредственным следствием теоретического мышления. Подобно любому другому явлению, идея вины также обладает сферой проявления. Поэтому в результате теоретичес-

кого мышления идея вины могла появиться только в рамках сферы (сфер), в которой вина наделялась определённой функцией, специфической социальной нагрузкой, но не сама собой, не в механической связи с любой сферой.

Так, например, идея вины вряд ли могла сформироваться в рамках искусства, техники или иной определённой отрасли, где субъективное поведение предметом особого интереса вообще не является. А в религии и морали субъективное поведение именно и составляет предмет такого особого интереса, поскольку как мораль, так и в конечном итоге религия – механизм (сознательного) регулирования межлических отношений и (сознательное) регулирование межлических отношений возможно только как следствие влияния на деяния индивидов (субъективное поведение).

**Теоретическое мышление**      Нельзя в то же самое время не уточнить, что возникновение религии, в отличие от возникновения морали, не было обусловлено необходимостью упорядочения упомянутых отношений (на то, что обуславливало происхождение религии, мы выше наглядно указали); поэтому упорядочение межлических отношений должно восприниматься лишь косвенным назначением ранних религий.

Кроме этого, на начальном этапе развития религиозной мысли, т. е. когда в общественном сознании господствовало магическое мышление, спектр регулируемых религией отношений отличался чрезвычайной узостью, что означает следующее: на наибольшую часть общественных отношений религия никакого влияния не оказывала. Масштабная упорядоченность упомянутых отношений имеет место только в случае морали.

Однако в рассматриваемом контексте главное то, что и религия наряду с моралью воплощала в себе ту специфическую сферу, в которой становилось возможным формирование идеи вины. Вместе с тем, как исходит из этого, и религия, и мораль представляли собой лишь условие зарождения рассматриваемой идеи, от чего в данном случае существенно отличалось теоретическое мышление как причина формирования идеи вины.

За пределами этого, общего аспекта в процессе конкретизации возникновения идеи вины обнаруживается множество других немаловажных обстоятельств. Как видно из вышеизложенного, появление идеи вины напрямую связано с установлением сознательного, метаинстинктивного регулирования межлических отношений. Точнее, возникновение идеи вины ста-

ло возможным только в результате того, что у индивидов появилась потребность сознательного регулирования существующих между ними отношений.

Сознательное регулирование межличидудуальных отношений, прежде всего, подразумевает необходимость внешнего управления (контроля) субъективными деяниями и с этой целью необходимость их эвалюации, в соответствии с чем формируются их следующие виды: позитивное (генерально полезное), негативное (генерально вредное) и ординарное (генерально нейтральное). А из этого невольно вытекает неизбежность существования механизма для стимулирования первого вида деяний и превенции негативных деяний, следствием чего является формирование институтов соответственно поощрения и виновной ответственности.

Почему же невозможно сознательное регулирование (межличидудуальных отношений) без возникновения виновной ответственности, и наоборот: что обуславливает формирование виновной ответственности только в условиях сознательного регулирования?

Сознательное регулирование без виновной ответственности подразумевает сознательное регулирование в связи с объективным вменением. Во время объективного вменения субъект может быть ответственным за наступление того или иного вредного результата, вытекающего из такого его поведения, которое им психологически не могло контролироваться вообще. Исходя из этого, объективное вменение предполагает наказание лица и в той ситуации, когда осуществление вредного результата ни в какой мере не зависит от воли субъекта. Но если лицо не способно влиять на процесс наступления трагического последствия, т. е. не находится с трагическим последствием «в волюнтативной связи», каков смысл привлечения к ответственности с точки зрения внешнего управления субъективными деяниями и, соответственно, сознательного регулирования межличидудуальных отношений? Разумеется, тут налицо безусловная абстрактность, поскольку в данном случае риск ответственности (выражаясь на языке уголовного права, угроза наказания) не способна оказать какое бы то ни было влияние на характер субъективного поведения. Субъективное поведение, не поддающееся внутреннему управлению, не может быть управляемо внешне. И там, где не достигается внешнее управление субъективными деяниями, не может иметь место сознательное регулирование межличидудуальных отношений.

Исходя из этого, объективное вменение не соответствует требованиям сознательного регулирования межличидудальных отношений.

В противовес этому, во время виновной ответственности выделяется принципиально другая ситуация. Вина указывает на то, что субъект мог действовать иначе, что он владел возможностью управления своим поведением в соответствии с собственным волением. А в таком случае субъективное поведение вполне может быть объектом внешнего управления, так как чреватость ответственностью здесь реально приобретает свою превентивную функцию.

Следовательно, можно констатировать, что *вина как основание ответственности является необходимой предпосылкой сознательного регулирования межличидудальных отношений.*

Одновременно с этим нельзя отрицать и то, что в случае сознательного регулирования часто давало знать о себе объективное вменение. Это, естественно, нисколько не свидетельствует о совместимости объективного вменения с сознательным регулированием. В условиях сознательного регулирования проявление объективного вменения может объясняться лишь как грубое посягательство на исходный принцип первого механизма, состоящего (речь идёт об упомянутом принципе) в том, что важнейшее назначение института ответственности должно состоять не в наказании за вредное последствие, а в предотвращении вредного последствия. Наглядным подтверждением тому, что объективное вменение совершенно несовместимо с рассматриваемым принципом, наряду с вышеуказанным моментом можно выделить и то, что необходимой предпосылкой ответственности при объективном вменении наличие субъективного поведения как такового не является! На наш взгляд, не должно быть спорным, что в такой обстановке, когда субъективное поведение не вызывает никакой заинтересованности, превентивность, с точки зрения ответственности, не может рассматриваться не только главным, но даже сколько-нибудь значимым моментом. Здесь единственная цель ответственности воплощается в репрессии, т. е. при объективном вменении наказание «преступника» – самоцель.

Данный анализ о том, почему невозможно сознательное регулирование межличидудальных отношений в условиях отсутствия виновной ответственности, уже сам включает указания о том, по какой причине немыслима виновная ответственность за пределами сознательного регулирования, что пре-



пятствовало формированию идеи вины задолго до происхождения сознательного регулирования. Как мы уже увидели выше, только во время сознательного регулирования переносится основной акцент с причинённого субъективным деянием ущерба на причиняющий ущерб субъективное деяние. Поскольку суждение о виновности может ассоциироваться только со сферой субъективного поведения, становится понятно, что до перехода основного акцента на субъективное поведение, т. е. до возникновения сознательного регулирования, не существовало логического основания для конструирования виновной ответственности. В силу этого неразрывность виновной ответственности и сознательного регулирования не должна вызывать никакого сомнения.

С учётом всего вышеуказанного можно сделать вывод, что теоретическое мышление делало необходимым формирование идеи вины. Более того, если следовать до конца предложенной нами логике, окажется, что и поныне существование вины и виновной ответственности представляет собой не просто требование справедливости, а краеугольный камень уголовно-правовой превенции, необходимую предпосылку сознательной координации уголовно-правовых отношений.

## УЧЕНИЕ АРИСТОТЕЛЯ О ВМЕНЕНИИ И ИДЕЕ ВИНЫ

**Нравственный габитус** Как отмечает Р. Лоэнинг, Аристотель первый, кто прямо поднимает вопрос о том, почему и при каких условиях должно вменяться индивиду его вредное поведение, но, по утверждению самого Р. Лоэнинга, Аристотель рассматривает проблему вменения более с позиции этики, чем с позиции права<sup>36</sup>.

Следует отметить, что взгляды Аристотеля на вменение довольно глубоко исследованы в вышецитированном труде немецкого криминалиста, где, с этой точки зрения, достойны внимания и ряд других важных утверждений. Например, согласно выводу Р. Лоэнинга, исходный принцип учения Аристотеля о вменении заключается в том, что он рассматривает вменяемыми только такие деяния, которые более или менее связаны с «нравственным габитусом» субъекта.

«Принцип нравственного габитуса, – отмечает Аристотель, – лежит во внутреннем мире самого индивида. Положительные или отрицательные оценки заслуживает субъективное действие тогда, если оно проистекает из глубины индивидуальной природы и непосредственно связано с волей субъекта, в то время как произвольные действия, принцип которых располагается вне индивида, заслуживают иногда только прощение, иногда же и сострадание, но не отрицательную или положительную оценку»<sup>37</sup>.

Таким образом, на основе принципа «нравственного габитуса» Аристотель заключает, что произвольное действие вообще не подлежит оценке ни как отрицательное, ни как положительное, так как в этом случае отсутствует всякая связь между внешним поведением субъекта и его «нравственным габитусом».

Если учесть и то, что «нравственный габитус» и субъективная воля здесь неразрывно взаимосвязаны, можно отметить, что принятый в современном

---

<sup>36</sup> R. Loening, Die Zurechnungslehre Aristoteles, Jena, 1903, Vorrede, стр. XIII.

<sup>37</sup> Aristoteles, Nikomachische Ethik, Berlin, 1979, Bd. III, стр. 3; или см. Аристотель, Сочинения, Москва, 1984, т. 4, стр. 97.

уголовном праве подход особо не отличается от вышеприведённой точки зрения Аристотеля.

Однако основание для дифференцирования всё-таки имеется. В уголовном праве субъективное поведение традиционно подразделяется на объективную и субъективную стороны, и в силу этого до его эвалюации целиком в качестве преступного непременно следует создать два различных объекта оценочного суждения в соответствии с этими отдельными сторонами.

Другими словами, эвалюации деяния в качестве преступного предшествует его оценка как противоправное и виновное. Если на ступени противоправности нормативная оценка основывается на объективном аспекте деяния, в случае вины оценке подлежат субъективные компоненты деяния. Любое непроизвольное деяние же (рефлекторное движение или поведение, осуществлённое в результате внешнего принуждения) не выходит за пределы сферы противоправности, т. е. оно не сочетается с субъективной оценкой и может оцениваться только объективно.

Ввиду этого и во время непроизвольного поведения оценка как таковая дана, но, с другой стороны, это не субъективная оценка, что в связи с интересующим вопросом имеет решающее значение, так как в результате этого вышепредставленный образ деяния в своей полноте не может оцениваться ни как положительное и ни как отрицательное. То, что конкретное непроизвольное поведение противоправно, означает его не полную, а лишь частичную, лишь объективно отрицательную оценку. Поэтому непроизвольность деяния и в нынешнем уголовном праве однозначно исключает оценку поведения как целого отрицательно или положительно.

Вследствие этого разница между тезисом Аристотеля и соответствующим положением современной догматики коренным образом формального характера.

Наряду с этим, принцип «нравственного габитуса» указывает на множество других существенных моментов и не только с точки зрения непроизвольности поведения. Значительное внимание привлекает также соотношение рассматриваемого принципа с бездействием и неосторожной виной.

В уголовно-правовой литературе не наблюдается консенсус относительно вопроса, исключает ли принцип «нравственного габитуса» Аристотеля негативное поведение (бездействие). По мнению Р. Лоэнинга, бездействие

здесь должно рассматриваться непризнанным; согласно же В. Хардвигу, Аристотель отнюдь не отвергает негативное поведение, а всего лишь сталкивается с трудно преодолимыми препятствиями в процессе его обоснования.

«В виду того что Аристотель исходит из действенного поведения, – пишет Р. Лоэнинг, – у него основной акцент направлен на актуальную волю и понятие действия. Уже из-за этого бездействие лишается всякой значимости. Но это обусловлено и другой причиной, в частности тем, что в исходном положении не допускается понятие нравственного обязательства, – согласно Аристотелю, никто не обязан совершать добро»<sup>38</sup>. Вывод Р. Лоэнинга кажется нам вполне логическим. Дело в том, что при бездействии происходящее во внешнем мире изменение не может сочетаться и с его «нравственным габитусом», поскольку, как отмечалось выше, «принцип нравственного габитуса лежит во внутреннем мире самого индивида».

Субъективное поведение в то же время, если оно не связано с «нравственным габитусом» субъекта, у Аристотеля полностью исключает любое оценочное суждение и, следовательно, непригодно также в качестве предмета нормативного анализа. В связи с этим в учении Аристотеля негативное поведение, с правовой точки зрения, представляет собой категориальный эквивалент произвольного поведения. Это, в свою очередь, подтверждает корректность позиции Р. Лоэнинга.

Существенно другой взгляд развивается В. Хардвигом. «К вменяемым видам поведения Аристотель наряду с позитивным поведением относит и бездействие, – утверждает он, – так как бездейству у него так же может являться проявлением воли, как действие. Хотя позитивное поведение как внешнее проявление воли всегда включает в себя каузальность, но непосредственным основанием вменения выступает не эта каузальность, а актуальная воля, осуществление воли, олицетворяющая манифестацию положительных или отрицательных качеств нравственного габитуса (...) Одновременно с этим, поскольку для Аристотеля чуждо понятие обязанности, нельзя сказать, что он в совершенстве воспринимает сущность бездействия в правовом аспекте»<sup>39</sup>. Как видим, В. Хардвиг указывает не на то, что Аристотелю ни в какой мере не удаётся обосновать бездействие в правовом понимании, а только на то, что он небезукоризненно трактует смысл правового по-

---

<sup>38</sup> R. Loening, Die Zurechnungslehre Aristoteles, стр. 42.

<sup>39</sup> W. Hardwig, Die Zurechnung, стр. 3-4.

нения бездействия (впоследствии В. Хардвиг уточняет, что Аристотель отрицает только неосторожное бездействие, но не бездействие в целом).

В чём заключается допущенная В. Хардвигом погрешность? Он совершенно прав в своём утверждении, что у Аристотеля бездействие также может рассматриваться как проявление субъективной воли, но, несомненно, заблуждается, когда бездействие на основе этого считает интегрированным во вменяемые разновидности поведения. У Аристотеля, с точки зрения вменения, решающим является не воление, а принцип «нравственного габитуса». «Нравственный габитус» хотя и включает в себя субъективную волю, но не исчерпывается им. Ввиду этого сам факт того, что субъективная воля может выражаться и в бездействии, всё ещё не равно в учении Аристотеля с признанием бездействия в качестве вменяемого поведения.

С другой стороны, из принципа «нравственного габитуса», как признаёт сам В. Хардвиг, вытекает отрицание понятия обязанности. И здесь вкрадывается очередная неточность. Если исключено понятие обязанности, на чём должно основываться содержание уголовно-правового бездействия? На наш взгляд, это без всякого сомнения должно интерпретироваться как отрицание уголовно-правового бездействия, а не как неполноценное восприятие его смысла.

Если исходить из того, что субъект не может быть обязан воздействовать на внешне протекаемый каузальный процесс, не должно быть и амбиции утверждать, что бездействие может оказаться в уголовно-правовом отношении виновным и наказуемым, так как нарушение обязанности является необходимой предпосылкой виновности, а виновность – наказуемости.

Вследствие этого учение Аристотеля о вменении действительно приводит к отрицанию уголовно-правового значения бездействия, и это никак не позитивная сторона его концепции. Бездействием возможно осуществление множества таких актов, которые совершенно неприемлемы для каждого отдельно взятого общества, грубо посягают на её основополагающие моральные представления и религиозно-этические идеалы. Например, в состоянии ли уголовное право оставлять право субъекта на жизнь незащищённым в таких случаях, каковым является оставление в опасности (ст. 129) или неоказание помощи (ст. 130)? Подобное допустимо только при абсолютном отрыве уголовного права от общественного сознания.

Это что касается нормативно-этического контекста проблемы. Логически же отрицание бездействия тем более неприемлемо. В уголовном законе любой страны мы встречаем не только такие виды преступления, совершение которых возможно исключительно действием или исключительно бездействием, а также ни один такой вид, который может быть совершён как действием, так и бездействием, и в их числе как тяжкие, так и особо тяжкие преступления, – например, умышленное убийство. Однако на каком основании провозглашается то же самое умышленное убийство наказуемым? В силу того, что оно совершается действием или бездействием или же потому, что здесь принимаются во внимание следующие три обстоятельства: 1. факт лишения жизни другого человека, 2. неправомерность и 3. виновный характер деяния<sup>40</sup>? Разумеется, первичным значением выделяется совокупность последних моментов, потому как именно они отображают содержание убийства, тогда как совершение убийства действием или бездействием определяет всего лишь форму данного преступного поведения и ничего общего с его содержанием не имеет. В то же самое время, если отвергнуть наказуемость умышленного убийства, будем вынуждены признать, что законодатель наказуемость субъективного поведения преимущественно связывает не с его содержанием, а с формой, т. е. субъективное поведение одного и того же содержания одновременно может быть и наказуемым, и ненаказуемым!

**Добровольность («Произвольность»)** Принцип «нравственного габитуса» не облегчает Аристотелю и восприятие неосторожности. «В неосторожности, – отмечает В. Хардвиг, – также вечно присутствует элемент бездействия, в частности с точки зрения неосуществлённости обязанности предусмотрительности и осмотрительности. И здесь с такой же остротой даёт о себе знать отсутствие понятия обязанности, но вместе с тем достойно внимания также другое негативное обстоятельство. У Аристотеля вменяемыми могут быть только добровольные действия, а добровольным Аристотель именуется только такое поведение, принцип которого локализован в самом субъекте (целиком или в крайнем случае частично). «Если действие осуществляется в результате незнания, добровольным оно является не во всех случаях (...). Кто вследствие неназнания наносит определённый ущерб, но не осуждает его, не кается в своём поведении, не действует невольно, хотя его поведение не является и осознанно-волевым в отношении тому, чего

<sup>40</sup> მ. ლევკვიციანი, სისხლის სამართალი (განსაკუთრებული ნაწილი), თბილისი, 1996, სტრ. 36.

субъект не ведал. В отличие от этого, недобровольным считается субъективное действие, при котором субъект – пусть даже после совершения деяния – внутренне переживает, сожалеет о содеянном»<sup>41</sup>. Таким образом, если субъект (искренне) кается в своём противоправном деянии, оно не может рассматриваться как добровольное и соответственно как виновное. Но при неосторожности лицо может лишь в исключительных случаях не «сожалеть о содеянном», т. е. неосторожность может представлять собой виновное и наказуемое деяние всего лишь в виде исключения.

Исходя из вышеизложенного, Аристотелю, наподобие бездействия, не удастся обосновать и неосторожную вину.

Однако в рамках анализа небрежности он пытается найти орпделённый выход, что В. Хардвиг описывает следующим образом: «Аристотель различает между добровольным, недобровольным (*unfreiwillig*) и не добровольным (*nicht freiwillig*). Он прекрасно понимает, что совершённое в результате действие делает недопустимым суждение о добровольности. Но в виду того что недобровольность исключает вменение, а незнание не всегда представляет собой исключяющее ответственность обстоятельство, Аристотель заключает, что совершённое в результате незнания деяние не является ни добровольным и ни недобровольным, а принадлежит к третьей, самостоятельной категории, в частности к не добровольной»<sup>42</sup>.

Допуская «не-добровольность», Аристотель всего лишь фиксирует то, что для него не остаётся незамеченной вся сложность адаптации своего учения к неосторожности, но существенное разрешение упомятой противоречивости это всё ещё никак не означает.

Если оставить в силе утверждение о том, что добровольность субъективного поведения – необходимая предпосылка вменения, каков смысл в свете обоснования ответственности за неосторожность указания на то, что неосторожность относится не к недобровольному, а к не добровольному виду поведения? Поскольку «не-добровольность» так же не составляет эквивалент добровольности, как недобровольность, должно быть понятно, что для обоснования ответственности за неосторожность её трансформация из недобровольного в не добровольное ничего по существу не меняет.

---

<sup>41</sup> W. Hardwig, *Die Zurechnung*, стр. 17.

<sup>42</sup> *Ibidem*.

Предложенная Аристотелем методология следующего характера: вменение обосновывается добровольностью – недобровольность исключает вменение – «не-добровольность» не исключает вменение, так как она не является недобровольностью и, следовательно, совместима с вменением, несмотря на то что не может быть отождествлена и с добровольностью!

Таким образом, для Аристотеля главное то, что «не-добровольность» отличается от недобровольности как от исключающего вменение фактора, а не то, что «не-добровольность» не совпадает с добровольностью как с обосновывающим вменение фактором.

Можно ли отметить то же самое о взаимоотношении «не-добровольности» и добровольности, т. е. следует ли из того, что первый компонент не совпадает с последним как обосновывающим вменение фактором, вывод, в соответствии с которым «не-добровольность» может рассматриваться как другой, автономный фактор, обосновывающий вменение?

Это вдвойне недопустимо. Во-первых, потому, что согласно первоначальному, исходному утверждению Аристотеля, добровольность – необходимая и, следовательно, исключающая всякую альтернативу предпосылка вменения. Во-вторых, потому, что один и тот же момент не может в одно и то же время обосновывать и исключать одно и то же явление (т. е. если исходить из того, что «не-добровольность», отличаясь от исключающего вменение фактора, сама может представлять собой очередной исключающий вменение фактор, уже в силу этого невозможно исходить из того, что «не-добровольность», не совпадая с конституирующим вменение фактором, может сама являться очередным конституирующим вменение фактором).

И это в то же самое время, когда формула противоречия – аксиома противоречия –, доминирующая и по сей день в логике, известна как открытие Аристотеля! Согласно данной формуле, «два противоречащих друг другу утверждения не могут быть истинными в отношении одного и того же предмета (явления), в одно и то же время и в одном и том же понимании»<sup>43</sup>.

Соответственно, следует отвергнуть либо то, что добровольность – необходимая и единственная предпосылка вменения, либо то, что ответственность может основываться на незнании (= неучёте последствий) как на «не-добровольности», расположенной между добровольным и недобровольным.

---

<sup>43</sup> См. В. Минто, Дедуктивная и индуктивная логика, Москва, 1905, стр. 38.



Исходя из этого, Аристотель, безусловно, заблуждается, полагая, что сохранение добровольности как универсального ориентира вменения не препятствует обоснованию неосторожной вины.

Как видим, в рамках учения Аристотеля о вменении субъекту не может вменяться в вину ни бездействие, ни неосторожность. Ввиду этого принцип «нравственного габитуса» приводит в конечном счёте к тому, что вменение по существу ограничивается понятиями умысла и действия, что в уголовно-правовом понимании, разумеется, не может иметь место.

Наше внимание также привлекает подход Аристотеля к проблеме корреляции добровольности и свободы выбора, не оказывающийся предметом продуктивного анализа ни у Р. Лоэнинга, ни и у В. Хардвига.

«Добровольность и свободный выбор намерения (решения), – отмечает Аристотель, – должны быть чётко разграничены. Добровольность означает спонтанность, т. е. движение, принцип которого лежит в самом движущемся. В этом понимании добровольны и движения подростков и душевнобольных, также движения, вызванные гневом или другими аффектами, во время которых движущий принцип хотя всего лишь частично находится в самом движущемся, а частично – вне движущегося, однако, что и является решающим, здесь принцип движения не полностью находится вне движущегося. Поэтому добровольным будет деяние и тогда, если индивид принимает решение в результате внешнего принуждения. Но осуществлённые под принуждением действия также могут быть недобровольными, если принуждение непреодолимо»<sup>44</sup>. Этим Аристотель в понятие добровольности вносит элемент принуждения, вследствие чего принуждение (если оно преодолимо) исключает только свободу выбора, но не добровольность. Соответственно, когда на той же странице того же его труда (1110a) отмечается, что «недобровольно всякое действие, совершаемое в результате принуждения или незнания», под принуждением и незнанием следует подразумевать непреодолимое принуждение и неизбежное незнание.

Однако насколько логичны вытекающие отсюда последствия? Если принуждение не является непреодолимым, Аристотель называет субъективное поведение добровольным, а если же неотвратимо незнание, у него субъективное поведение, как мы же увидели в процессе анализа неосторожности, яв-

---

<sup>44</sup> Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, т. III, стр. 3.

ляется уже не добровольным, а не добровольным. Таким образом, в одном случае (во время принуждения) Аристотель для признания действия добровольным считает вполне достаточным то, что «движущий принцип» обнаруживается лишь частично в самом «движущемся», во втором же случае (во время незнания) он полагает, что поскольку «движущий принцип» только частично обнаруживается в самом «движущемся», субъективное поведение не может быть признано добровольным, и на основе этого им вводится понятие «не-добровольности». Однако если во время принуждения для добровольности поведения достаточно лишь частичное нахождение «движущего принципа» в самом «движущемся», и в случае незнания поведение, несомненно, должно признаваться добровольным, так как в «движущемся» отчасти «движущий принцип» здесь также налично; и наоборот: если исходить из того положения, что при незнании поведение не может рассматриваться добровольным в виду несовершенного наличия в «движущемся» «движущего принципа», то добровольность субъективного поведения не может быть доказуема и в случае принуждения, ибо совершенно «движущий принцип» и здесь отсутствует в самом «движущемся». В силу этого вытекаемое из упомянутого взгляда Аристотеля противоречие может рассматриваться как непреодолимое.

Однако тот же самый вопрос включает и иной многозначительный аспект. Как видно из немецких и русских переводов рассматриваемого труда Аристотеля, то, что в немецкоязычных источниках упоминается как добровольность (*Freiwilligkeit*), в русскоязычных источниках представлено как произвольность. Отождествление добровольного с произвольным (*willkürlich*) не может быть оправдано. Субъективное поведение вполне может быть произвольным, т. е. соответствовать воле субъекта, но не быть добровольным. Наглядным примером этого является рассмотренная Аристотелем проблема принуждения. Когда принуждение непреодолимо, мы не можем утверждать, что субъект был лишён возможности направления воли в соответствии со своим представлением, что воочию доказывает произвольность его поведения. Но является ли это поведение в то же время добровольным? Конечно, нет, так как добровольность способна охватить всего лишь элемент психологического самопринуждения, но ни в коем случае – ту или иную форму внешнего принуждения.

**Принуждение** Исследуем, что означает внедрение (внешнего) принуждения в понятие добровольности.

Как вытекает из действующего уголовно-правового законодательства, лицо, добровольно сдавшее огнестрельное оружие, которым оно владело без надлежащего разрешения, освобождается от уголовной ответственности. Однако в отношении данного субъекта с момента возбуждения уголовного дела элемент добровольности считается исключённым и соответственно основание освобождения от уголовной ответственности отпадает. С аристотелевским содержанием добровольности же подобное совершенно несовместимо, т. е. возбуждение уголовного дела в этом последнем случае с точки зрения добровольности и вместе с тем наказуемости не приводит к каким-либо изменениям, что не может быть приемлемым, потому как объявление подобного деяния ненаказуемым не может быть оправдано ни этически, ни нормативно-логически.

В силу этого в уголовном праве наделение понятия добровольности столь ёмким содержанием чревато разрывом всякой связи между основополагающими принципами уголовного права и уголовно-правовой практикой.

Аристотель следующим образом развивает своё вышеприведённое представление: «Подобные поведения олицетворяют смешанные виды поведения, но в большей части они всё-таки основаны на элементе добровольности: индивид выбирает (предпочитает) вести себя именно так, когда он совершает это поведение, но цель поведения зависит от определённых условий (*kata ton kairon*). Следовательно, поведение должно именоваться добровольным и недобровольным в соответствии с тем, когда это последнее осуществляется. В данном смешанном случае, осуществляя поведения, *действуют в соответствии с собственной волей* (выделено нами – автор), так как при таком поведении основа телесных движений находится в самом движущемся, а если основа состоит в нём же, от него и зависит, совершит он это поведение или нет. Таким образом, рассматриваемые поведения добровольны, но они же, взятые без сравнения, предстают как недобровольные, потому что никто не сделал бы такой выбор самовластно»<sup>45</sup>. Как видим, Аристотель в конечном итоге вполне недвусмысленно заключает, что непреодолимое внешнее принуждение как таковое свободу выбора безоговорочно не исключает, так как если субъект действует в соответствии с волей, он в то же время не

<sup>45</sup> Ibid., стр. 4.

может быть лишён свободы выбора. А в силу того что внешнее принуждение не всегда представляет собой основание исключения свободы выбора, сфера виновной ответственности должна включать в себя и это первое в качестве составного элемента!

Понятно, что так же как современная философия не сможет связать непреодолимое принуждение со свободой выбора, в современном уголовном праве оно (непреодолимое принуждение) не в состоянии конституировать виновную ответственность. Однако, с другой стороны, данный постулат Аристотеля содержит и весьма животрепещущий момент.

Термин «свободный выбор» – противоречивый термин, и исходя из этого, «свобода выбора» также не может быть приемлема, ибо понятие выбора дополняется компонентом свободы не извне, а включает внутренне, в виду чего нам представляется предпочтительным оперировать свободой децизии, а не выбора.

Когда децизия свободна, субъект выбирает одну из возможностей из определённого спектра реально имеющихся (осуществимых) возможностей, но если лицо лишено свободы децизии, оно уже не выбирает для осуществления возможность из двух или более реально имеющихся возможностей, а механически ставит целью осуществление этого первого. Выбор же делается тем субъектом или той группой субъектов, от которой исходит внешнее принуждение; либо выбор отсутствует вообще, если источник принуждения состоит в совокупности объективных факторов.

Именно здесь выступает на поверхность неизбежность развития позиции Аристотеля.

Согласно воззрению Аристотеля, индивид владеет свободой децизии и в условиях непреодолимого принуждения, т. е. он и в этом случае способен сделать выбор между противоправным и правомерным.

На наш взгляд, отрицание этого тезиса Аристотеля было бы равносильно отрицанию существующей действительности, так как субъект возможностью выбора, вне всякого сомнения, владеет и в случае непреодолимого принуждения. Другими словами, он может действовать в соответствии с одной из реально представленных двух возможностей: следовать внешнему принуждению и тем самым вызвать противоправный эффект или смириться с вредными для него последствиями принуждения и таким образом, не пере-

секать грань «абсолютной» правомерности. Субъект здесь сам делает выбор, от него же и зависит, детерминирует ли он противоправный результат или предпочтёт действовать («абсолютно») правомерно, т. е. выражаясь на языке Аристотеля, действие и в этом случае берёт своё начало в самом действующем.

В силу этого, как бы ни противилась этому современная философия, непреодолимое внешнее принуждение философски вовсе не исключает свободу децизии, хотя оно, естественно, значительно влияет на качество децизии (максимально сужая спектр реально насчитываемых возможностей).

Однако то, что непреодолимое внешнее принуждение фактически не исключает свободу децизии, означает ли, что первое не исключает последнее и в уголовно-правовом отношении? Иногда одно и то же понятие может в различных отраслях науки отличаться субстанциально разными значениями (таковы, например, уголовно-правовое и философское значения понятия каузальности), но это лишь иногда, не в каждом отдельно взятом случае. Дуализация понятия свободы децизии в рассматриваемом контексте не может иметь место. В виду того что понятие децизии в уголовном праве и философии воспринимается одинаково, дифференцированное понимание уголовно-правового и философского понятий свободы децизии – нереализуемая опция. А без учёта строгости понятий, – как справедливо отмечает Г. Нацкебиа, – наука невозможна, так как наука в общем возможна на уровне концептуального мышления (мышления посредством понятий)<sup>46</sup>.

Вышеуказанное не приводит неминуемо к выводу, что непреодолимое принуждение не исключает уголовно-правовую ответственность. Когда лицо непреодолимое внешнее принуждение, уголовная ответственность исключается именно в силу наличия непреодолимого внешнего принуждения, а не по поводу отсутствия свободы децизии, т. е. субъекту своё поведение не вменяется в вину не потому, что он не обладал возможностью безвредного преодоления внешнего принуждения, а в связи с тем, что он генерально не владел свободой децизии.

В пользу сделанного нами вывода свидетельствуют и некоторые прецеденты из практики уголовного права. Так, например, советское уголовное право, в отличие от уголовного законодательства зарубежных стран, не клас-

---

<sup>46</sup> გ. ნაჭყეზია, სამოქალაქო სამართალი და სისხლის სამართალი (განსაკუთრებული ნაწილი), თბილისი, 1996, სტრ. 404.

сифицировало инстинкт самосохранения в качестве исключаяющего вину обстоятельства, так как лишение жизни невиновного лица с целью спасения собственной жизни рассматривалось как принципиально несовместимое с социалистической моралью поведение. А поскольку советский законодатель, с одной стороны, не связывал инстинкт самосохранения (в условиях непреодолимого внешнего принуждения) с уголовной ответственностью и, с другой стороны, отсутствие свободы децизии объявлял основанием отрицания суждения о виновности, легко разобратся в том, что советская уголовно-правовая доктрина в общем и целом признавала свободу децизии и в условиях непреодолимого внешнего принуждения. Иначе обоснование уголовной ответственности за возникающий вследствие принуждения инстинкт самосохранения было бы невозможно.

Наряду с этим вытекающий из воззрения Аристотеля вывод отличается не только теоретическим значением. Уголовно-правовая практика представляет собой настолько сложную и комплексную сферу, что если точно не определить критерий исключения виновной ответственности и не установить однозначно, что конкретно исключает уголовную ответственность в том или ином случае, правосудие может не раз оказаться перед весьма нежелательными последствиями. Поэтому практически не менее важно, чтобы взаимоотношение понятий непреодолимого внешнего принуждения и свободы децизии воспринималось адекватно.

Как видим, творчество древнегреческого философа содержит немало указаний о идее вины и вменении, большинство которых сегодня вряд ли найдёт активную поддержку, но которые уже оказали бесспорно положительное влияние на прогрессивное развитие уголовно-правовой мысли. Аристотель первый, кто считает неприемлемым ориентацию ответственности только на каузальность. В его взгляде о добровольности поведения или хотя бы в принципе «нравственного габитуса» уже более или менее выделяется роль актуальной воли с точки зрения виновной ответственности, что находит прямой отклик в римском праве в виде открытия «преступной воли» (*dolus*).

## РИМСКОЕ ПРАВО

**Раннее римское право**      Правовая организация общества и формирование наряду с религиозной и моральной виной гражданско-правовой и уголовно-правовой вины механически не влечёт за собой существенной материальной трансформации этого понятия (вины в общем). В большинстве случаев здесь вина – однозначно условное понятие. Хотя попытки установления определённой логической связи между виновностью и наказуемостью уже совершенно очевидны, но сущность и назначение самой виновности и наказуемости по-прежнему разъясняются непоследовательно. «При осуществлении публичной репрессии полномочие правителя никаким правилом не ограничивается, в аспектах определения как виновности и наказуемости деяния, так и размера наказания»<sup>47</sup>. Номинальный, непрагматичный характер регламентации уголовно-правовой вины в значительной степени тормозил ход реструктуризации данного понятия. Рациональная сторона всё ещё в противоречивом отношении с религиозно-этическим компонентом и в полном его подчинении, что главным образом следует из формы уголовного законодательства тех времён.

П. Ф. Жирар отмечает: «В раннем римском праве в процессе санкционирования традиций в качестве правовых норм никогда не ставился вопрос относительно их надёжности. Поэтому большая часть гражданско-правовых и уголовно-правовых норм – это те же самые прежде существовавшие религиозные традиции»<sup>48</sup>. Принципиально на то же самое указывает и Г. Ф. Шершеневич. «Римская юриспруденция, – пишет он, – не смогла провести грань между правом и моралью. И это вновь объясняется особенностями римского правотворчества. Римские юристы настолько привыкли к перевоплощению своих нравственных представлений в нормы позитивного права, что даже не могли допустить их значительную разграниченность. Всё то, что считалось приемлемым и справедливым, должно было принять форму права»<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> E. Tyan, *Institutions du Droit Public Musulman*, Paris, 1954, стр. 402.

<sup>48</sup> P. F. Girard, *Droit Romain*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, 1937, стр. 4.

<sup>49</sup> Г. Ф. Шершеневич, *История философии права*, С.-Петербург, 1907, стр. 122.

**Dolus** В раннем римском праве не прослеживается существенная дифференциация между уголовно-правовым и гражданско-правовым понятием вины. Оживление социально-экономических отношений влечёт за собой в области права преимущественное развитие гражданского права (хотя следует тут же заметить, что некоторые учёные, например, тот же Г. Ф. Шершеневич, причиной преимущественного развития гражданского права называет то, что «мировоззрение римских юристов было лишено философского момента»). С нашей точки зрения, именно это (преимущественная развитость гражданского права) обусловило проникновение в уголовно-правовую вину принципов гражданско-правовой вины. Наилучшей демонстрацией этого влияния является следующее указание Г. Корнила: «В начале римское право основывало ответственность только на принципе каузальности, с полным игнорированием принципа виновности: причинённый ущерб во всех случаях возмещает лицо, причинившее его, – в том числе, тогда, когда это не было следствием его виновного деяния»<sup>50</sup>. Однако такого рода утилитарный подход к вопросу лишь вредил стабильному развитию социальных отношений. Помимо этого, римские государственные деятели находились под ощутимым влиянием греческой этики, основополагающими принципами которой являлись справедливость и рациональность. Аристотель, различая неправду как осуществлённый акт и неправду как нормативное понятие, считал, что возникающий вследствие этого диссонанс между требованием справедливости и нормативным понятием права подлежал устранению<sup>51</sup>. Как мы увидели в предыдущем параграфе, ему же принадлежит постановка вопроса об ассоциировании вины с актуальной волей. С учётом этого нельзя считать случайным открытие римскими правоведами преступной воли (*dolus*), которая известна как символ классического римского права. С внедрением *dolus* завершается процесс формирования уголовно-правовой вины в качестве самостоятельного понятия.

Затрагивая проблему развития уголовно-правовой мысли в римском праве, непременно следует выделить очередной специфический момент, представляющий собой своего рода логическое продолжение вышеупомянутой особенности. «Во многих обществах, – пишет Г. Хюз, – в том числе в софистическом правовом мире Рима, для большей части естественных неправд (*natural*

<sup>50</sup> G. Cornil, *Droit Romain*, Bruxelles, 1921, стр. 258.

<sup>51</sup> Aristoteles, *Nikomachische Ethik*, т. III, стр. 1, 2.



wrongs) значительно тормозилось возникновение уголовного наказания; особенно кража долгое время в большинстве случаев подлежала только возмещению. В отличие от этого, англосаксонское право гораздо раньше развило мощный сектор применения наказания королевскими чиновниками. Хотя следует отметить, что здесь не имело место возбуждение процесса публичными чиновниками, что так немаловажно. До ближайшего прошлого уголовное преследование в Англии главным образом осуществлялось на основе частных жалоб. То, что отличает уголовное право, – это публичное понимание процесса, т. е. охрана публичного интереса путём назначения карательной санкции (punitive sanction)<sup>52</sup>. Сразу же заметим, что в приведённом Г. Хюзом сравнении имеется в виду только раннее римское право. Но к какому выводу приводит это его сравнение? Если в первом случае выяснилось, что, с точки зрения ответственности, главное заключалось в каузальности, а не в вине, т. е. в объективных, а не в субъективных показателях деяния, в этот раз выясняется, что в основе многих «естественных неправд» в качестве масштаба эвалюации заложен не публичный (государственный), а частный (индивидуальный) интерес. А это в очередной раз указывает на то, что в раннем римском праве отчётливо выделялась тенденция идеализации принципов гражданского права, что значительно препятствовало формированию специфически уголовно-правового видения. Одним словом, уголовно-правовая мысль находилась под тотальным влиянием гражданско-правовых догм. С учётом этого следует выделить относительную прогрессивность англосаксонского права, где, как отмечалось выше, уже достигнута соответствующая спецификация уголовно-правовой ответственности. Но также очевидно, что этим реальное уголовно-правовое значение публичного интереса признавалось всего лишь частично.

Достойны особого внимания взгляды Р. ф. Иеринга, выделявшего в отношении проблемы вины три основных достижения римской правовой мысли. Первое заключается в провозглашении виновной ответственности, что имеет место в юстинианском праве<sup>53</sup>. В силу этого, согласно его же утверждению, главное значение, вместо внешней каузальности деяния, придаётся внутренней каузальности, протекающей в субъективной стороне преступ-

<sup>52</sup> G. Hughes, Concept of Crime, in: Encyclopedia of Crime and Justice, London, 1983, т. I, стр. 300-301.

<sup>53</sup> R. v. Ihering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht, стр. 41 (цитировано в соответствии с вышеуказанным трудом Г. Насса).

ления, т. е. в «воле индивида». Когда Иеринг признаёт акцентирование субъективной стороны преступления важной заслугой римского права, в этом с ним сложно не согласиться (в акцентировании мы в данном случае понимаем лишь выделение, но не приоритизацию). Однако также сложно согласиться с выводом, будто в результате этого римский законодатель представит нам вину как общее основание ответственности. Единым основанием ответственности здесь является не одна из особых сторон преступления (объективная или субъективная) или какая-либо составная часть (вина, каузальность), а их комплексная целостность, т. е. само преступное деяние, потому как было бы это иначе, наличие преступления как уголовно-правового понятия не поддавалось бы логическому объяснению. А утверждение того, что для римского права понятие преступления не было инородным телом, полагаем, излишне.

Одновременно с этим далеко не все авторы разделяют мнение Иеринга относительно того, что в римском праве главное значение вместо внешней каузальности деяния придавалось причинности в «воле индивида». Так, например, В. Рейн отмечает: «Несмотря на наличие в древнеримском криминальном праве объективистской точки зрения, согласно которой внешне зримое правонарушение значимо преимущественнее, нежели проявленная в нём преступная воля, понятие *dolus* формируется уже изначально, хотя данное понятие сперва менее развито и находит подчинённое применение, тогда как только в случае оконченного и опасного для государства преступления выясняется, исходит ли деяние из преступной воли»<sup>54</sup>. Как наглядно видно, в первой части утверждения В. Рейна речь идёт не о раннем, а о развитии римского права. Ввиду этого вполне естественно, что взгляды Иеринга и Рейна существенно расходятся. Следует заметить, что у этого последнего не встречается соответствующая аргументация своего воззрения. То, что «меньшая развитость и подчинённое применение» *dolus* имеет место не на всём протяжении развития римского права, вне всякого сомнения (и это для самого В. Рейна не менее очевидно). Поэтому на этом обстоятельстве вряд ли может основываться убедительная аргументация его взгляда.

Вместе с тем, как показывает анализ римского права, тем более ошибочно противоположное мнение Иеринга: римское уголовное право никогда не придавало преимущественного теоретического значения протекаемой в «во-

---

<sup>54</sup> W. Rein, *Das Kriminalrecht der Römer*, Aalen, 1962, стр. 145.

ле индивида» причинности относительно внешней каузальности деяния. Субъективизм формируется в каноническом праве Средневековья, что мы ниже наглядно увидим. Но самое важное в рассматриваемом контексте – это следующее утверждение самого В. Рейна: «Хотя *dolus* без деяния, в котором он проявляется, не может быть наказуем (...), намерение отличается приоритетным значением и в силу этого объявляется наказуемым даже тогда, когда преступное деяние было несовершенно и никто не пострадал (это было необходимо в гражданском праве). В криминальном праве, таким образом, в отличие от гражданского права, главное – не вызванный деянием вредный результат, а преступный замысел, и назначение деяния в большей степени составляет индицирование того, что субъект имел *dolus* (...)»<sup>55</sup>. Таким образом, на примере покушения В. Рейн сам же отвергает своё утверждение о «наличии в римском криминальном праве объективистской точки зрения». В то же время покушение не может быть пригодным и для обоснования воззрения Иеринга, так как здесь дана приоритетность субъективной воли только в отношении вредного последствия, но не с объективным поведением, т. е. на примере покушения вовсе не имеет место приоритизация субъективной стороны преступления относительно его объективного аспекта.

Вторым достижением Иеринг называет «масштаб вины», производный от различных форм вины. Это является логическим продолжением первого открытия и в то же время обретает независимое от него, собственное значение. В субъекте преступления уже окончательно выделились волюнтаривные и интеллектуальные качества, на что своё внимание заострял ещё Х. Брушо<sup>56</sup>.

Последнее среди вышеупомянутых признаков – пропорциональность вины и наказания. В этом случае ориентиром вины вред как таковой недостаточен, главное – «степень причинённого вреда».

На основе этих взглядов Иеринг предлагает нам следующий вывод: «История римского права завершается триумфальным осуществлением того мнения, которое является наиболее блестящим из всех блестящих заслуг римской юриспруденции: основание наказания на виновности»<sup>57</sup>.

Однако, как было показано выше, римское право не довольствуется лишь объявлением вины в качестве основания наказания (не единого, не без объ-

<sup>55</sup> Ibid., стр. 151-152.

<sup>56</sup> См. H. Brouhot, *De l'influence du résultat illicite sur la pénalité*, Paris, 1905.

<sup>57</sup> R. v. Ihering, *Das Schuldmoment im römischen Privatrecht*, стр. 60.

ективного поведения) и вводит понятия умысла и неосторожности (*dolus, culpa*). Умышленная вина, согласно римским юристам, представляет собой такой вид вины, при котором делинквент осознаёт наступление противоправного результата как следствие волевого акта. В соответствии с тем, желает ли субъект наступления противоправного эффекта, раннее римское право не производит дифференцирование умышленной вины. Содержание умысла лишь впоследствии подразделяется на отдельные виды.

Прежде всего, римляне в уголовном праве различают *dolus malus* (злой, наказуемый умысел) и *dolus bonus* (добрый, ненаказуемый умысел в целях самообороны), наряду с чем наблюдается также дифференцированный подход к умыслу в частноправовом контексте, вытекающему из обмана, в форме *dolus causam dans* (ведал бы, не совершил бы сделку) и *dolus incidens* (ведал бы, не обещал бы столько, сколько обещал в действительности), первая из которых влечёт за собой ничтожность сделки, вторая – право требовать возмещение<sup>58</sup>. Согласно римским источникам, исследованным Л. ф. Баром<sup>59</sup>, в случае обдуманного, премедитированного умысла – *dolus praemeditatus* предусматривается более строгая мера наказания, чем в случае необдуманного, совершённого в состоянии аффекта умысла – *dolus repentinus* или *impetus* и т. д. Это, разумеется, не может приниматься за научно обоснованную дифференциацию понятия умысла, которая должна опираться на строго выработанный единый технический критерий, а налицо стихийное разветвление понятия. Тем не менее данный подход превратился в тенденцию. Так, например, каноническое право средневековой Европы – в основном – различает пять разных видов умысла; куда больше научно незримых видов представлены также в современном французском праве.

Что касается косвенного умысла в форме *dolus eventualis*, он и, следовательно, вместе с тем нынешняя дифференциация между прямым и косвенным умыслом в римском уголовном праве отсутствуют<sup>60</sup>.

<sup>58</sup> F. Mackelden, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, Erster Band, Giessen, 1833, стр. 241.

<sup>59</sup> L. v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform, Band II: Die Schuld nach dem Strafgesetze, Berlin, 1907, § 226, стр. 432.

<sup>60</sup> См., напр., F. Klinck, Zum Nachweis der Benachteiligungsabsicht bei fraudatorischen Sklavenfreilassungen – Im Zweifel gegen die Freiheit!, in: Sklaverei und Freilassung im römischen Recht, Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag [Hrsg. Th. Finkenauer], Heidelberg, 2006, стр. 102.

**Culpa** Culpa определяется римскими юристами как детерминация противоправного результата «неосторожностью или невнимательностью». Это эквивалент современной неосторожной вины, представленной в немного более рафинированном виде. В римском праве совершение преступления по неосторожности допускалось в следующих трёх формах:

1. Culpa lata или «грубая вина». Некоторые представители т. н. постглоссаторов, а позже также и Цазиус, полагали, что этот вид неосторожной вины нуждался в последующей детализации. Согласно последнему, она должна была расчленяться на два элемента: culpa lata ignaviae – наивысшая степень небрежности и наказуемой ошибки и culpa lata versutiae – прикрытая неосторожностью злая воля, т. е. «завуалированный небрежностью, невнимательностью умысел»<sup>61</sup>. Цазиус таким образом вносит в culpa lata имманентно присущие умышленной вине признаки, и в конечном итоге данная форма неосторожности является не чем иным, как самостоятельным видом умышленной вины. Подобные отклонения нередки и в наше время, так как проведение разграничительного штриха между нижней ступенью умысла и верхней ступенью неосторожности оказывается не такой уж и простой задачей.

2. Culpa in concreto или нарушение должной предусмотрительности во время несоциальной, индивидуальной активности (diligentia, quam in suis).

3. Culpa levis или нарушение должной предусмотрительности в социальных отношениях<sup>62</sup>.

Разделение двух последних форм в уголовно-правовом отношении, естественно, не может быть оправдано. Но римское право в этом вопросе центральное значение уделяет степени общественной опасности, т. е. решающим фактором являются цели уголовно-правовой политики. В то же время, условно говоря, это наглядный пример того, что римские юристы рассматривают вину не как психическое отношение лица к деянию и его последствиям, а как *нормативную оценку* данного психического отношения. Действительно, невзирая на однородное отношение делинквента к своему деликтному деянию и вытекающему из него противоправному последствию в обоих случаях, это его отношение нормативно оценивается по-разному в соответствии с тем, в каком из них преобладает степень общественной опасности: при

<sup>61</sup> G. Nass, Wandlungen des Schuldbegriffs, стр. 69.

<sup>62</sup> A. Kulow, Repetitorium des gesamten Römischen Rechts, Berlin, Stuttgart, Leipzig, 1907, стр. 282.

нарушении необходимой предусмотрительности (обязанности предусмотрительности) во время частной или социальной деятельности.

**Необходимая оборона** Для римского права чуждо разделение понятия преступления на отдельные элементы в том понимании, в каком это встречается в современной догматике. Для констатации преступления единственным и непосредственным объектом расследования в контексте наличия вреда является вина, т. е. установление того, налицо *dolus malus* или *dolus bonus*. Поэтому можно условно утверждать, что необходимая оборона и крайняя необходимость исключают в римском праве *не противоправность как таковую, а вину*. Наряду с этим, римское содержание необходимой обороны и крайней необходимости значительно от нынешнего не отличается.

А. Кулов отмечает: «По римскому праву деяние, осуществлённое в условиях необходимой обороны, в гражданско-правовом отношении не влечёт за собой никакой обязанности возмещения причинённого ущерба, а в уголовно-правовом отношении не относится к числу наказуемых деяний, даже в случае эксцесса, при том условии, что оно совершено в состоянии аффекта»<sup>63</sup>. Так, что же искажает исторически-правовую реальность: выдвинутая нами выше гипотеза или настоящее утверждение А. Кулова? В общем и целом ни то, ни другое, с учётом того, что, например, лишение жизни или тяжкое телесное повреждение в римском праве относилось к числу уголовно наказуемых деяний (= *corpus delicti*).

С другой стороны, превышение (т. е. эксцесс) пределов необходимой обороны или чрезмерная защита в условиях душевного волнения иногда исключает ответственность и в современном уголовном праве. «При решении того вопроса, – отмечается в комментарии к УК ГССР, – было ли лицо виновно в превышении пределов необходимой обороны, суды должны принять во внимание, что «(...) в случае душевного волнения, вызванного нападением, его внезапностью, обороняющийся не всегда способен оценить в точности характер опасности и выбрать соответствующие средства для защиты, что иногда, естественно, может повлечь за собой более тяжкое последствие, за которое оно не может быть привлечено к ответственности (...)»<sup>64</sup>.

<sup>63</sup> Ibid., стр. 78.

<sup>64</sup> თ. წერეთელი, გ. ტყემელიაძე (რედ.), საქართველოს სსრ სისხლის სამართლის კოდექსის კომენტარები, თბილისი, 1976, стр. 103-104.

Однако в общем (физиологический) аффект при превышении пределов необходимой обороны в современном уголовном праве не исключает ответственность, наглядным примером чему служит данное в тех же комментариях следующее замечание: «Преступление, совершённое вследствие превышения пределов необходимой обороны, отличается от преступления, совершённого в состоянии сильного душевного волнения, тем, что в первом случае причинение вреда происходит с целью обороны от нападающего, что не имеет место во втором случае. Кроме этого, при совершении преступления превышением пределов необходимой обороны лицо может вовсе не находиться в состоянии сильного душевного волнения»<sup>65</sup>. Как видно из этого, превышение пределов необходимой обороны квалифицируется преступлением не только тогда, когда не имеет место сильное душевное волнение обороняющегося, а также во время наличия последнего обстоятельства (хотя, разумеется, аффект тут в каждом отдельном случае выступает в качестве смягчающего вину обстоятельства, так как вызван незаконными действиями нападающего). А это свидетельствует о том, что принятый в традиционном грузинском уголовном праве взгляд относительно рассматриваемой проблемы существенно отличается от вышеупомянутого подхода римских юристов. Но какой из них предпочтителен?

Аффект при превышении пределов необходимой обороны, спровоцированной самим незаконным нападением и проявлением которого в основном является страх, отнюдь не снижает до конца у обороняющегося психологическую возможность правомерного поведения, т. е. субъект, несмотря на ограниченность значения воли, с одной стороны, всё-таки может обладать сознанием того, что совершаемые им действия не являются необходимыми для нейтрализации нападения, а, с другой стороны, он по-прежнему способен воздержаться от совершения упомянутых действий. Иначе говоря, субъект здесь вполне в состоянии подчинить собственный интерес выраженному в уголовном законе публичному интересу. И главное в данном случае именно это. Поэтому вопрос об уголовной ответственности при превышении пределов необходимой обороны в состоянии аффекта, как правило, не должен решаться негативно.

В то же время, затрагивая проблему необходимой обороны, непременно следует выделить то обстоятельство, что в нашей господствующей доктри-

---

<sup>65</sup> Ibid., стр. 104.

не имеет место значительный диссонанс между семантическим обликом рассматриваемой проблемы и его содержанием. Дело в том, что у субъекта право на необходимую оборону имеется невзирая на то, может ли он предотвратить опасность нападения (скрыться с места потенциального нападения, обратиться за помощью к представителю власти и т. д.), что указывает на то, что осуществлённая на основе упомянутого права оборона во многих случаях может быть вполне «обходимой». Но если руководствоваться наименованием рассматриваемого термина («необходимая оборона»), получается, что во всех тех случаях, где субъект владеет возможностью предотвращения незаконного нападения, он лишён уголовно-правовой возможности оборониться!

Как видим, термин «необходимая оборона» реально не отображает содержание, охватываемое представленным здесь понятием. Ввиду этого указанное наименование, несомненно, следует изменить.

Одновременно с этим с совершенно идентичной ситуацией имеем дело и в российском уголовном праве, где данное понятие также упоминается как необходимая оборона.

Налицо некоторое различие в немецком уголовном праве, согласно которому актуальное для нас понятие именуется как вынужденная оборона (Notwehr). Однако в силу той же вышеупомянутой причины это не может служить приемлемой альтернативой. Действительно, нельзя сказать, что субъект вынужден обороняться от незаконного нападения, если он владеет возможностью его предотвращения.

Принципиально другое положение представлено в английском уголовном праве. Здесь данное понятие именуется просто как оборона или самооборона (self-defence). На наш взгляд, подобный подход не менее неприемлем, так как в результате этого выходит, что в уголовно-правовом отношении одинаково должны называться собственно и необходимая оборона, и оказанное при законном задержании сотруднику полиции сопротивление. Помимо этого, содержание необходимой обороны относительно незаконного нападения включает отнюдь не только самооборону, а необходимая оборона налицо и там, где субъект пытается защитить третьего.

Судя по всему, гораздо лучшая формулировка встречается во французском уголовном праве. Французские криминалисты называют необходимой обо-



рону легитимной или законной обороной (*légitime défense*). Очевидно, что рецепция последней формулировки целиком разрешила бы вышепредставленную противоречивость.

Однако было бы неверно полагать, словно в последнем случае всякое замечание неуместно. Вовсе нет. В традиционной догматике, так же как и в уголовном праве перечисленных стран, необходимая оборона может представлять собой как субъективное право, так и обязанность (например, если обороняющийся полицейский или сторож). Естественно, мы не стремимся утверждать, что легитимное и обязательное – взаимоисключающие моменты; не должно быть спорным, что легитимное обычно ассоциируется с дозволенным, т. е. данное название характеризует понятие необходимой обороны преимущественно как субъективное право и, следовательно, в меньшей мере отвечает его требованиям в качестве обязанности. Хотя это, как несложно понять, ничуть не умаляет преимущества «легитимной обороны» по отношению к другим определениям.

Это же, в свою очередь, вновь чисто номинально, ибо по существу и существенный аспект, касающийся современного понятия необходимой обороны в целом, здесь – это самое важное: *предотвратимое лишение жизни (= убийство) или любой наказуемой тяжести телесное повреждение не может быть легитимным.*

Что касается состояния рассматриваемой проблемы в римском праве, следует заметить, что уровень развития уголовно-правовой мысли на данном этапе не предоставляет возможность постижения подобных глубин, и поэтому исследование в аналогичном ракурсе здесь было бы неоправдано. В то же самое время: в рамках анализа проблемы необходимой обороны в отношении римского права главное то, что сформированное римскими юристами понятие необходимой обороны существенно совпадает с содержанием данного понятия в современном уголовном праве.

**Крайняя необходимость**      Если же собственному или чужому правовому добру угрожает такая опасность, предотвращение которой возможно лишь повреждением (или уничтожением) имущества других, римское право называет это состояние крайней необходимостью. Условием освобождения лица от уголовной ответственности здесь служит меньшая значимость причинённого ущерба относительно предотвращённого.

Несмотря на столь принципиальную аналогичность, с этим понятием всё-таки не совпадает принятое в современной уголовно-правовой доктрине некоторых стран понятие крайней необходимости. Так, например, УК ФРГ – в отличие от УК РФ – только в том случае отрицает наказуемость деяния, совершённого в условиях крайней необходимости, если опасность, предотвращённая этим деянием, угрожала в уголовно-правовом порядке защищённому интересу самого субъекта или его близкого. Соответственно, определяющим критерием освобождения от уголовной ответственности во время крайней необходимости в УК ФРГ не является в общем защита более значимого правомерного интереса, как это было в римском праве.

Наряду со всем вышеупомянутым, в римском уголовном праве, с точки зрения развития вины, нам представляется целесообразным сконцентрировать наше внимание и на следующих двух моментах: незнание нормы уголовного права и коллективную вину.

**Ignorancia  
iuris nocet**

Относительно первого момента нам хотелось бы остановить наше внимание на следующем утверждении Т. Моммсена: «В отношении закона уголовного права, знание которого само собой не достигается, римское право применяет правило, характерное для гражданского права: интегрированный в социальную жизнь субъект обязан знать законы государства и таким образом, любой проступок, в том числе незнанием, в самом себе заключает виновность (...)»<sup>66</sup>. Соответственно, незнание нормы уголовного права здесь признаётся нейтральным в отношении понятия вины обстоятельством, т. е. незнание нормы в данном случае не смягчает и тем более не исключает уголовно-правовую вину. Речь идёт о незнании нормы при наличии возможности легислативной осведомлённости, однако очевидно, что римские юристы такую возможность интерпретировали излишне широко. Субъект только тогда может быть обязан знать норму уголовного права, если владеет реальной, легко осуществимой возможностью знания. Это, прежде всего, подразумевает то, что законодатель должен заботиться о совершенном информировании субъекта по поводу каждой поправки в уголовном законе. А когда речь идёт о том, что «интегрированный в социальную жизнь субъект» самым естественным образом должен самооповещаться о каждой новой уголовно-правовой норме, разумеется, он генерально не может владеть реальной возможностью знания нормы. И если субъект лишён реальной возможности знания нормы, при противоправно со-

<sup>66</sup> Th. Mommsen, *Römisches Strafrecht*, Graz, 1955, стр. 93.

вершённом деянии вследствие незнания нормы вина безусловно должна исключаться, невзирая на то, имеем ли дело с высоко или низко наказуемым преступлением.

Согласно и вышецитированному автору, уголовная ответственность в данном случае не может считаться оправданным, но не всегда, а только тогда, когда уровень наказуемости высок. «В случае малозначительных наказуемых деяний, – отмечает Т. Моммсен, – в частном уголовном праве это вполне может быть допустимо (...) Но когда в публичном криминальном праве применяются тяжкие наказания (например, наказание составителя завещания за фальсификацию документа, если он по воле завещателя сам выполняет функцию легата, о запрещённости чего ничего не ведает или наказание (...) субъекта из-за бракосочетания при родственной связи, в то время как он ошибочно полагает, что родственная связь не является правовым препятствием для бракосочетания), это не может быть оправдано»<sup>67</sup>.

Т. Моммсен там же развивает очередное, также сложно приемлемое мнение о том, что «нарушение государственных законов незнанием потому не может быть целиком изъято из круга наказуемых деяний, что доказывание знания закона как позитивно, так и негативно представляет собой величайшую сложность (...)»<sup>68</sup>. В действительности же всё выглядит очень просто, так как исключение уголовной ответственности здесь должно зависеть не от установления того, был ли субъект знаком с требованием уголовно-правовой нормы, а только от того, владел ли он возможностью такой компетентности.

**Коллективная вина** Исследуя проблему коллективной вины в римском уголовном праве, В. Рейн указывает: «В соответствии с принятым здесь принципом юридическое лицо как таковое не совершает преступление (хотя в средневековом праве было уже иначе), а способностью деликтного поведения владеют только его отдельные члены (...) И каждый ответственен лишь за то, что совершил сам»<sup>69</sup>. Исходя из этого, в римском уголовном праве признана абсолютность индивидуальной ответственности, что ещё более отчётливо подтверждается в представленном у того же В. Рейна постулате: «(...) То, что наказание должно применяться только в отношении преступника, но не в отношении другого невиновного лица, – об-

<sup>67</sup> Ibid., стр. 93-94.

<sup>68</sup> Ibid., стр. 93.

<sup>69</sup> W. Rein, Das Kriminalrecht der Römer, стр. 172.

щий принцип криминального права»<sup>70</sup>. Вместе с тем особо значимо непосредственно то, что представляется римским юристам в качестве главного аргумента отрицания коллективной вины: «Корпорации, поскольку она владеет определённым имуществом, может быть причинён вред, но сама корпорация не может совершить преступление, так как она лишена способности действовать *dolus*-ом, и без *dolus* или *culpa* совершение деликта немыслимо»<sup>71</sup>. Другими словами, совершение преступления возможно лишь виновной волей, а так как корпорация не владеет волей вообще, она не может обладать и виновной волей.

В. Рейн приводит также множество наглядных примеров тому, как осуществляется данный принцип в уголовно-правовой практике (согласно одному из таких примеров, по отношению к определённому городу Ульпиан прямо объявляет, что «корпорация не владеет способностью действовать на основе *dolus* и, следовательно, не в состоянии совершить и мошенничество, в силу чего должны были быть судимы непосредственно те, кто это преступление совершил [...]») <sup>72</sup>.

Таким образом, можно с уверенностью отметить, что коллективная вина принципиально отвергалась как в теории, так и в практике римского уголовного права.

То, что большинство выработанных римскими правоведами понятий и по сей день первоначально или почти первоначально действует, свидетельствует об их как теоретическом, так и практическом совершенстве. Вина в римском праве не являлась праздным теоретическим понятием. О его прямой и действительной связи с правовой практикой свидетельствует также наличие эффективного процессуального аппарата. В Древнем Риме различали аккузационный (обвинительный) и инквизиционный (следственный) процессы. Аккузационный принцип подразумевает признание обвиняемого и обвинителя равноправными сторонами перед судом, в ходе чего судья лишь руководствует процессом и принимает решение. Согласно же инквизиционному принципу, в одном лице объединены функции защитника, обвинителя и судьи. Вне всякого сомнения, что эти две формы судебного процесса неодинаково соответствуют требованиям справедливости, но также не должно вызывать ни-

---

<sup>70</sup> Ibid., стр. 169.

<sup>71</sup> Ibid., стр. 168.

<sup>72</sup> Ibid., стр. 69.

каких сомнений и то, что общее назначение обеих форм состоит в исследовании вины, её констатации и объективной оценке, что в данном случае главное.

Исходя из вышеизложенного, в римском праве уже недопустимо объявление деяния преступным и наказуемым, игнорируя проблему вины. Субъективная сторона преступления с самого момента её формирования приобретает вполне убедительное значение. Но означает ли это безошибочное восприятие понятия вины? На наш взгляд, не совсем. Древнеримские юристы точно определили *назначение* вины, но они были далеки от верного понимания её *сути*. Точность определения назначения вины заключается в том, что римское право преимущественное значение придавало самой вине, а не последствиям вины, самому умыслу или самой неосторожности, но не вреду, вызванному этим умыслом или этой неосторожностью. П. Гарро отмечает: «В древнем французском праве, в отличие от римского права, преступный умысел теряет своё значение, в результате чего целью публичной репрессии является более запугивание, чем наказание (*plutôt l'intimidation que la punition*)»<sup>73</sup>. Обобщая данное сравнение, можно небезосновательно заключить, что римское право значительно опережало все правовые системы Древнего мира.

---

<sup>73</sup> P. Garraud, *Précis élémentaire de droit pénal*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, 1942, стр. 54.

## СРЕДНЕВЕКОВОЕ ПРАВО

**Актуальная и преступная воля**      Сравнимая доминирующие уголовно-правовые концепции Средневековья с воззрениями Аристотеля, обнаруживается, что проблема вменения и идеи вины в средневековом уголовном праве приобретают качественно новый оттенок, хотя у неё по-прежнему много общего с рассмотренной доктриной Аристотеля (например, то, что и тут в качестве исходного момента выступает свобода субъективной воли). Для средневековой догматики, в отличие от учения Аристотеля, не чуждо понятие обязанности. И это в значительной степени способствует обоснованию бездействия, превратившегося у Аристотеля в непреодолимый барьер.

Описывая проблему бездействия в средневековом уголовном праве, С. Куттнер замечает: «Тот, кто не осуществляет обязательное поведение, однозначно приравнивается к тому, кто пренебрегает запретом; но лишь настолько, насколько субъект владеет способностью действовать и его бездействие олицетворяет волевой акт»<sup>74</sup>. Однако средневековое уголовное право обосновывает бездействие только в той части, которая связана с уголовно-правовым умыслом, а неосторожное бездействие по-прежнему остаётся необоснованным.

Причину этого В. Хардвиг видит в следующем: «Неосторожное деяние, выраженное в бездействии, совершенно лишено возможности позитивной детерминации и позитивной воли (...). Хотя средневековым криминалистами было знакомо такое понятие, каковым является *negligentia* и оно охватывает также неосторожное бездействие, но не наблюдалось существенного теоретического обоснования бездействия этого вида и не могло наблюдаться в рамках такого учения о вменении, которое исходило из актуальной воли»<sup>75</sup>.

Аналогичная ситуация результирует также в отношении противоправного поведения, совершённого в состоянии опьянения, преодолимой ошибки и в других подобных случаях. Средневековый законодатель и здесь не предлагает «существенного теоретического обоснования», но у него и в данном случае имеется инструмент взаимосочетания субъективного поведения и субъективной воли – *culpa praecedens*.

---

<sup>74</sup> S. Kuttner, *Kanonische Schuldlehre*, Berlin, 1952, стр. 56.

<sup>75</sup> W. Hardwig, *Die Zurechnung*, стр. 27.

Р. Лоэнинг об этом отмечает: «*Culpa praecedens* средневековым уголовным правом часто применяется для того, чтобы вменение определённого поведения соединить с актуальной волей субъекта (например, во время опьянения, неуважительной ошибки, спровоцированной самим субъектом крайней необходимости или необходимой обороны). Это значение *culpa praecedens* было познано уже Аристотелем, на основании которого он не считал ответственность исключённой, если незнание и т. д. было преодолимо или лицо, как в случае *actio libera in causa*, сам виновно поставил себя в состояние невменяемости»<sup>76</sup>.

Вследствие этого напрашивается вопрос о том, почему оказывалось невозможным теоретическое обоснование вины в данных видах поведения. Следует заметить, что высказываемый современными криминалистами в этом отношении упрёк вполне справедлив. Если субъект сознательно ставит себя в состояние невменяемости и впоследствии (невольно) вызывает тяжкий противоправный ущерб, очевидно, что этот ущерб в тесной связи с его актуальной волей, но также очевидно и то, что эта актуальная воля субъектом к детерминации противоправного последствия не направляется.

Если утверждать, что актуальная воля действительно направлена к противоправному результату, цель субъекта должна состоять не в невменяемости, а субъект с той целью должен ставить себя в состояние невменяемости, чтобы вызвать указанный противоправный результат (например, набраться необходимой для совершения противоправного акта решительности в случае алкогольного опьянения). А здесь налицо два различных вида субъективного поведения.

Сложность заключается именно в том, что в интересующем нас примере субъект к деликтному результату не стремился. В силу этого в последнем случае вышеупомянутая связь между актуальной волей и противоправным последствием будет не прямая, а опосредствованная со стороны субъекта поставлением себя в состояние невменяемости, что в конечном счёте означает то, что объектом актуальной воли является детерминация невменяемости, но не детерминация деликтного эффекта в состоянии невменяемости. Соответственно, если обосновывающий вину главнейший фактор – это актуальная субъективная воля, вина в данном конкретном случае не может наличествовать.

---

<sup>76</sup> R. Loening, Die Zurechnungslehre Aristoteles, стр. 232.

Исходя из этого, основательность вышеупомянутого критического замечания В. Хардвига вне всякого сомнения. Но из этого же следует необходимость внесения определённой коррективы в его монитум, так как то, что средневековое уголовное право в данном виде поведения не в состоянии теоретически обосновать, заключается не в общей связи между актуальной волей и противоправным результатом, в удовлетворительности этой общей связи для выделения решающего значения актуальной воли в отношении вины.

**Эвентуальный умысел** На те же сложности наводит и проблема эвентуального умысла, поскольку актуальная воля и здесь всего лишь косвенно подключена к противоправному результату. Но относительно последнего вопроса имеет место гораздо более глубокая и тем более непреодолимая противоречивость.

Дело в том, что, усматривая тут основание вменения вновь в субъективной воле, направленной генерально к противоправному результату, альтернативным названием эвентуального умысла выделяют *dolus indirectus*, т. е. косвенный умысел.

Во-первых, когда отмечается, что во время эвентуального умысла субъективная воля генерально направлена к неправомерному эффекту, это уже означает отрицание исходного принципа, т. е. то, что актуальная воля теряет своё определяющее значение.

Во-вторых, если содержание эвентуального умысла определяется общей ориентированностью субъективной воли на противоправный результат (а не косвенной, не прямой связью актуальной воли с этим последним), чем может объясняться объявление *dolus indirectus* альтернативным названием эвентуального умысла?

В результате этого становится совершенно непонятно, в чём заключается стержневой принцип данного вида умысла.

Помимо этого, если при эвентуальном умисле основанием вменения служит то, что субъективная воля генерально направлена к преступному результату, всякое различие между эвентуальным умислом и самонадеянностью (легкомыслию – УК РФ) можно считать развеянным, чем структурный объём уголовно-правового умысла и неосторожности целиком утрачивает свою конкретность.



И во время самонадеянности актуальная воля субъекта обычно направлена к другому, определённом позитивному поведению и результату, но и тут нельзя ометить, что воля субъекта генерально не охватывает побочный преступный результат, так как преступным не может обозначаться ни субъективное поведение, ни вредный результат, если данное поведение или результат не представляет собой внешнее проявление субъективной воли.

В случае самонадеянности так же, как в остальных случаях виновного поведения, субъект обладает как (психофизической) способностью, так и (объективной) возможностью иначе, т. е. правомерно направить собственную волю. В противном случае мы имели бы дело с объективным вменением. А ввиду того что субъект мог действовать иначе, недопустимо, чтобы неосуществлённость этого альтернативного действия не представляла собой выражение субъективной воли. Поэтому и на примере самонадеянности актуальная воля хотя и не направлена к деликтному результату, но субъективная воля генерально всё-таки охватывает последнее.

Если принять во внимание также то, что эвентуальный умысел и самонадеянность, с интеллектуальной стороны, заключаются в предвидении возможности наступления результата, т. е. выражены в одном и том же интеллектуальном признаке, несомненно заключим, что эти два понятия фактически описывают две абсолютно идентичные формы виновного поведения.

Несмотря на то что дифференциация эвентуального умысла и самонадеянности в современной догматике также является в значительной степени проблематичным вопросом, здесь с подобной алогичностью не сталкиваемся, потому как современное уголовное право, характеризуя волевой аспект эвентуального умысла и самонадеянности, отнюдь не ограничивается тем, что субъективная воля в этих случаях «генерально направлена к противоправному результату». Как известно, согласно господствующей доктрине, волевая сторона эвентуального умысла заключается в том, что субъект сознательно допускал возможность наступления противоправного результата, в отличие чего волевая сторона самонадеянности определяется тем, что лицо не мирится с наступлением противоправного результата (как это имело место при сознательном допущении последствий), а (легкомысленно) надеется на его предотвращение, т. е. пытается, стремится, чтобы данный вредный результат не наступил. Вследствие этого разница между современной догматикой и средневековым уголовно-правовым видением весьма значительна.

Наряду с этим, если в первом случае не могло считаться оправданным введение *dolus indirectus* альтернативным названием эвентуального умысла, это на уровне современного уголовного права в рассматриваемом контексте строго сосредоточено в рамках логической определенности.

В господствующей доктрине вопрос ставится не таким образом, что во время эвентуального умысла к основному (как правило, непротивоправному) результату направлена актуальная воля, в то время как на побочный преступный результат распространяется субъективная воля в общем, а таким образом, что в обоих случаях однородно воспринятая субъективная воля к основному не деликтному результату направляется прямо, к побочному деликтному результату же только косвенно.

Но следует тут же заметить, что в основе терминов «эвентуальный умысел» и «косвенный (индиректный) умысел» не заложен один и тот же принцип. То, что описывает в данном виде умысла признак эвентуальности, вовсе не совпадает с тем, что описывается в нём признаком косвенности, т. е. индиректности.

Эвентуальность означает возможность, и, следовательно, она затрагивает интеллектуальную сторону рассматриваемого вида умысла (предвидение субъектом возможности наступления вредного последствия), тогда как косвенность или индиректность, как мы уже видели, является выражающим волевой аспект признаком (субъективная воля лишь косвенно направлена на противоправный результат). Поскольку эвентуальность представляет собой признак, выражающий только интеллектуальный момент, а косвенность – только волевой момент, можно резюмировать, что этим видом умысла представлен «эвентуально-косвенный умысел», но никак не «эвентуальный или косвенный умысел».

Когда данный вид умысла именуется в последней вариации, это свидетельствует о том, что в качестве ориентира дефиниции выступают основные аспекты вины (интеллектуальный и волевой) не одновременно, а отдельно. Определяя же его как «эвентуально-косвенный умысел», вышеупомянутые аспекты можно считать унифицированными.

Это что касается чисто догматико-логической стороны вопроса, а теоретически не может считаться целиком неоправданным та условность, в соответствии с которой наименование представленного здесь вида умышленной вины распадается на эвентуальный и косвенный, так как для отграничения по-

следнего вида от прямого умысла вполне достаточен один из признаков: ни эвентуальностью, ни тем более косвенностью прямой умысел не характеризуется.

**Покушение** Средневековое уголовное право своеобразно подходит и к вопросу о покушении на преступление, для которого оно считает достаточным всякое проявление «преступной воли». Согласно этому, такое понятие, как неоконченное покушение, для европейского средневекового уголовного права, было незнакомо, подобно тому как, например, для средневекового китайского права было незнакомо понятие субъективного права<sup>77</sup>.

Однако если не делить покушение на оконченное и неоконченное, какое может придаваться значение добровольному отказу от покушения?

Кроме этого, если учитывать и то обстоятельство, что покушение здесь в каждом отдельном случае наказуемо, наподобие, например, реабсолютизации наказуемости покушения французским уголовным законодательством начала XIX века, становится очевидным совершенный облик вышеупомянутой проблемы. Так как, с одной стороны, «всяким» проявлением «преступной воли» является и состояние, в котором преступный замысел не доведён до конца, но лицо убеждено, что владеет возможностью его завершения и в силу этого налицо покушение, а, с другой стороны, каждый конкретный случай покушения, как правило, влечёт за собой уголовную ответственность, следует заключить, что то, что в современном уголовном праве именуется добровольным отказом при неоконченном покушении (также при приготовлении к преступлению), в средневековом уголовном праве отнюдь не исключает вину и виновную ответственность.

Добровольный отказ от преступления в данном случае является всего лишь смягчающим вину обстоятельством, т. е. тем правовым результатом, который учитывается законодателем в случае оконченного покушения (ниже уровня действительного раскаяния).

Очевидно, что наряду с этим в средневековом уголовном праве имеет место не только недифференцированность оконченного и неоконченного покушений, а также слияние понятий приготовления и покушения.

---

<sup>77</sup> Подробнее Е. И. Кычанов, Основы средневекового китайского права (VII – XIII вв.), Москва, 1986.

Хотя приготовление не представляет собой начало осуществления преступления и оно только создаёт условия для того, чтобы в будущем сделалось возможным совершение преступления или облегчить его совершение, но и ввиду этого «преступная воля» может считаться проявленной, и это в то же время, исходя из вышеприведённого принципа, означает также наличие покушения.

Логическое основание того, почему рассматривается всякое проявление «преступной воли» достаточной предпосылкой наличия покушения на преступление и каждый отдельный случай покушения наказуемым, легко понять: средневековое уголовное законодательство находится под значительным влиянием религиозного мировоззрения.

Однако вместе с тем разъяснения требует и другое, не менее важное обстоятельство, а именно то, в чём главным образом заключается различие между существовавшим тогда подходом и принятой в современном уголовном праве позицией. Вернее сказать, наше внимание привлекает то обстоятельство, чем конкретно руководствуются средневековые и современные теоретики, когда первые, в отличие от последних, не производят градацию покушения и добровольный отказ от преступления ни в одном случае не признают исключаящим вину обстоятельством.

На наш взгляд, здесь противостоят друг другу два основных элемента уголовно-правового регулирования: репрессивный и превентивный.

Когда понятие покушения делится на оконченное и неоконченное, а при неоконченном покушении добровольный отказ от преступления представляет собой исключаящее вину обстоятельство, это свидетельствует о том, что для законодателя важнее не наказание субъекта, уже приступившего к совершению преступления, а охрана того уголовно-правового отношения, посягательство на которое инициировано (включая конкретное, находящееся в опасности правовое добро). Таким образом, в современном уголовном праве превентивность ранжируется гораздо выше репрессивности.

Но если рассматривать уголовно-правовое покушение в качестве однозначного понятия и неразрывно связать с ним уголовную ответственность, получится, что охрана вышеупомянутого отношения менее важна, чем наказание субъекта, подвергающего данное отношение опасности. Соответственно, в средневековом уголовном праве уже не превентивный компонент пре-

обладает над репрессивным компонентом, а, наоборот, превентивность прямо подчинена репрессивности.

Следует заметить, что средневековое уголовное право пренебрегает фундаментальной уголовно-правовой закономерностью. Не должен быть спорным тот факт, что первичная и всеобъемлющая функция уголовного права заключается в – создании и – охране общественного порядка. Но, с точки зрения охраны общественного порядка, может ли быть допустимо, чтобы наказание преступника оказывалось важнее предотвращения преступления? Конечно же, нет. Исходя из этого, *репрессивность в уголовном праве порождается именно необходимостью превенции* и так как превентивный компонент опережает репрессивный, несомненно следует констатировать, что уголовно-правовая репрессия служит целям превенции, а не наоборот. А это, в свою очередь, убедительно свидетельствует о примате превентивного компонента относительно репрессивного.

В то же время соотношение репрессивности и превентивности в уголовном праве отнюдь не меняется в соответствии с тем, какой перед нами вид социально-политического режима или какой конкретный этап развития уголовно-правовой мысли имеется в виду. Даже в условиях строжайшей деспотии главнейшая задача уголовно-правовых норм заключается в охране существующего порядка, и тем самым предотвращение преступления вновь важнее наказания самого преступника.

Основываясь на всё это, допущенная средневековыми криминалистами теоретическая оплошность вне сомнения. Иными словами, лишены всякого основания как неделимость понятия покушения, так и умаление значения добровольного отказа от преступления, ибо это механически влечёт за собой приоритизацию репрессивного компонента относительно превентивного и никак не отвечает требованиям существующей действительности.

**Каноническое право** Существенная, основная сторона вины акцентируется лишь средневековым каноническим правом. Хотя необходимо тут же заметить и то, что, как признаётся теория современного уголовного права, целиком приемлемое понимание вины не достигается и в каноническом праве. И причиной этому служит представленный здесь крайний субъективизм.

Как легко понять, в данном случае имеет место разрыв соответствующей теоретической связи между объективной и субъективной сторонами преступления, что делает возможным выделение субъективной стороны преступления в качестве самостоятельного основания ответственности. В таком случае вина формируется без всякой связи с объективными элементами. Однако если уголовное право призвано регулировать не определённые межличностные социальные отношения, а внешне непроявляемую психическую деятельность, тогда уголовно-правовая вина не может формироваться в условиях отсутствия объективных элементов или в отрыве от объективной стороны деяния. Точнее, уголовно-правовую вину следует искать только во внешне проявленной «злой воле», а не генерально в «злой воле».

Таким образом, когда в средневековом каноническом праве психологическая деятельность субъекта допускалась как единственное основание ответственности, это не совсем способствовало позитивному развитию уголовно-правового понятия вины. Но перенос основного акцента на психологическую деятельность субъекта (без представленной выше абсолютизации) несомненно представляет собой необходимую предпосылку для адекватного определения сущности вины. В обратном отношении: адекватное определение сущности вины без переноса основного акцента на внутреннее поведение субъекта теоретически невозможно.

Следовательно, средневековое каноническое право акцентуацией последнего момента значительно приближается к надлежащему восприятию настоящей природы вины. Иной вопрос, что из-за действующих в рамках канонического права специфических догм до конца последовательное развитие упомянутой точки зрения – т. е. воздержание от её радикализации – здесь никогда не могло быть достигнуто. Вместе с тем, как увидим ниже, для средневекового канонического права чуждым не является иногда и проявление противоположной крайности в виде объективизма.

На значительный рост теоретического значения внутреннего поведения делинквента в средневековом каноническом праве при исследовании развития понятия вины заостряют своё внимание также многие другие криминалисты. Так, например, французский учёный Р. Салейе отмечает: «Это каноническое право, где впервые был поднят вопрос о внутренних переживаниях преступника, его субъективности в отношении вины. Основная идея современного субъективистского уголовного права находит своё выражение

уже в каноническом праве не в виде зародыша, а во всём своём совершенстве»<sup>78</sup>. Вне всякого сомнения, что перемещение акцента на внутренние переживания субъекта, его психологическое поведение наполняет каноническое понятие вины более обширным и глубоким содержанием, чем это наблюдается в римском понятии вины. Об этом наглядно свидетельствует тщательное подразделение умышленной вины на отдельные виды. Здесь в основном представлены следующие пять видов уголовно-правового умысла:

- «1. *Dolus praemeditatus* – обдуманно принятое решение;
2. *Dolus impetus* – необдуманно принятое решение;
3. *Dolus directus* – сознательное допущение делинквентом общественно опасных последствий своего деяния (современный косвенный умысел, т. е. эквивалент эвентуального умысла);
4. *Dolus indirectus* – наступление более тяжкого последствия, чем противоправного последствия, предвиденного делинквентом;
5. *Dolus generalis* – осуществление нескольких деяний для достижения противоправного результата, когда противоправный, вредный результат вызван лишь одним из них»<sup>79</sup>. Разумеется, умышленная вина ныне вряд ли может подразделяться таким образом, так как вышеперечисленные подвиды вины не поддаются дифференциации в соответствии с волевыми и интеллектуальными признаками.

Несмотря на упомянутое достоинство, средневековое каноническое право по сравнению с римским правом менее практикабельно, потому как оно часто совершенно не отображает социальную действительность и не соответствует характерным для её отдельных сфер особенностям.

Так, например, в одном из решений Верховного Суда ФРГ говорится: «Если лицо виновно в создании опасности, оно должно быть наказано не только за тот вредный результат, который оно предвидело или могло предвидеть, а также за тот результат, который оно не могло предвидеть. Кто виновно отворил дверь, откуда может вкрасться различное зло, ответственен за каждый фактически осуществлённый результат, даже если его предвидение невозможно»<sup>80</sup>.

---

<sup>78</sup> R. Saleilles, *Individualisation de la peine*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1909, стр. 32.

<sup>79</sup> G. Nass, *Wandlungen des Schuldbegriffs*, стр. 62.

<sup>80</sup> См. თ. წერეთელი, თანამედროვე ბურჟუაზიელ კრიმინალისტთა მოძღვრება ბრალზე და მისი კრიტიკა, „საბჭოთა სამართალი“, თბილისი, 1974, №6, стр. 14-15.

Что касается теории уголовного права, здесь наше внимание привлекает одно из центральных понятий британского уголовного права *mens rea*. В соответствии с этим понятием «уголовная ответственность может наступить и в результате совершенно абстрактной причинной связи между деянием и результатом: если субъект, образ жизни которого рассматривается как этически осуждаемый (порицаемый), в силу самого этого состояния безалаберности, хоть и совсем невольно, осуществляет деликтный результат, его поведение квалифицируется как преступление»<sup>81</sup>. Вместе с тем сходство *mens rea* с противоречивой программой канонического права в общем весьма символично, так как обе из них основываются на средневековом субъективизме и в равной степени включают также объективистские элементы.

Несколько экстравагантный характер канонического права объясняется тем, что это церковное право, и под его влияние подпадает также грузинское право Средневековья<sup>82</sup>. А. К. Вачеишвили следующим образом описывает усиление церковного права в средние века: «В соответствии с сильным политическим положением Церкви её юрисдикция в феодальном периоде была в значительной степени широкой. Уже во Франции XII века она обрела на редкость широкую компетенцию, и в её подчинении находились как уголовно-правовые, так и гражданско-правовые дела порой в виде особой компетенции, порой же параллельно со светскими органами власти. Такой восход Церкви объясняется различными причинами; главной причиной, разумеется, служила истощение государственной власти, ослабление самой идеи государства, а второй причиной считают то, что общественная мысль была на стороне церковных судов, так как последние, пронизанные принципами римского права, несомненно стояли гораздо выше (...) и естественно, что то же самое явление должно было иметь место и в Грузии»<sup>83</sup>. Этим наглядно объясняется, почему все отрасли европейского, в том числе грузинского права, тех времён были чрезвычайно этицированы. Религиозно-этические принципы постоянно вытесняли из уголовного права, содержания его отдельных понятий рационально-правовые принципы.

<sup>81</sup> К. Кенни, Основы уголовного права, Москва, 1949, стр. 39.

<sup>82</sup> გ. ნადარეიშვილი (რედ.), ქართული სამართლის ისტორიის საკითხები, თბილისი, 1973, стр. 305-312.

<sup>83</sup> ალ. ვაჩეიშვილი, ნარკვევები ქართული სამართლის ისტორიიდან, ტ. II, თბილისი, 1948, стр. 49, 51.



Именно этим была обусловлена в недрах данного направления опасность слияния уголовно-правовой и нравственной вины. Каноническое право рассматривало вину как субъективную волю, несмотря на то, была ли она реализована в наказуемом деянии или только направлялась к такой реализации. Это логически влечёт за собой и противоположную крайность: все деяния, совершённые в состоянии аффекта, – невиновные деяния, без учёта того, аффект патологический или физиологический или же вызван противоправным или правомерным поведением потерпевшего. В соответствии с этим при определении ответственности воля представлена в качестве непоколебимой (постоянной), психологически изолированной единицы, процесс формирования которой, то, что обусловило её возникновение, остаётся вне поля зрения. И всё это на фоне того, что психология и логика представляют собой основные тенденции Средневековья.

**Онтология Ф. Аквинского**      Особое влияние на средневековое каноническое право оказывает философское мировоззрение Фомы Аквинского и его последователей. Сегодня широко распространено мнение о том, что в творчестве Аквинского учение о вменении и идее вины достигло зенита своего развития. Наука современного уголовного права, как это полагают некоторые криминалисты, не только не вышла за рамки его познаний, а даже значительно от них отстаёт.

На наш взгляд, философия Аквинского хотя далека от всестороннего совершенства, но с учётом современной для него эпохи и господствующих в то время концепций его достижения можно в конечном итоге классифицировать как плодотворные (в уголовно-правовом отношении).

Как показывает анализ воззрений Аквинского, им в основу своей теории вменения положено своё же учение об иерархии бытия, где чрезвычайно выделяется способность финального мышления и особой волевой деятельности индивидов. В представленной здесь онтологической схеме каждый основной компонент (природное явление, «субиндивидуальное» существо и индивид) неразрывно связан с понятием цели, хотя стержневой критерий размежевания этих компонентов состоит в форме их отношения именно к понятию цели<sup>84</sup>.

Согласно рассматриваемой телеологической перспективе, естественное явление или процесс, являясь в связи с действием главных начал для осуществ-

<sup>84</sup> См. Т. v. Aquin, Summa theologia, Berlin, 1887.

вления намеченных изначально целей, только внешне дополняется понятием цели, так как он(о) ничего общего с познанием ни постановки цели, ни независимо от него поставленной цели не имеет. Способность постановки цели в рамках данной теории отсутствует также у субиндивидуального существа, но в этом случае имеет место познаваемость цели, что было чуждо для естественного явления или процесса. К последней онтологической ступени принадлежит индивид, психосоматическая деятельность которого уже управляется не внешне, независимо от него намеченной первопричиной, а он сам определяет как содержание, так и направление своего деяния (это в то же время означает признание свободы воли).

С точки зрения уголовно-правового вменения, в представленной онтологической иерархии в общих её чертах нет ничего неприемлемого, но в нём чётко выделяется весьма значительное логическое противоречие. Если в онтологии Аквинского место того или иного феномена определяется в соответствии с его отношением к понятию цели (механическое осуществление заданной извне цели – сознательное осуществление заданной извне цели – автономная постановка цели), та категория душевнобольных, у которых отсутствует способность к постановке цели, т. е. к финальному мышлению, должна быть отнесена к той же ступени, к которой принадлежит субиндивидуальное существо, в то время как Аквинский однозначно заявляет, что каждый индивид (т. е. и невменяемое лицо) онтологически стоит выше, чем субиндивидуальное существо.

Ввиду того что этот последний вывод явно противоречит вышепредставленному основному критерию, направление воззрений Аквинского в логическое русло требует безусловного разрешения следующей дилеммы: следует допустить реструктуризацию представленной здесь онтологической схемы с целью её адаптации к генеральному критерию или отвергнуть (заменить) сам данный генеральный критерий.

В первом случае, как мы уже видели, определённую категорию невменяемых лиц и субиндивидуальные существа следует отнести к о дному и тому же онтологическому уровню, что одинаково несовместимо ни с классицизмом, ни с католицизмом, результатом комбинации которых и является всё творчество Аквинского. В то же время это не может быть совместимо и с основополагающими принципами современной философии, и, таким образом, несостоятельность рассматриваемого исходного положения не вызывает сомнений.

А когда несостоятелен критерий, не может быть состоятельной и система, конструируемая в соответствии с этим критерием.

Исходя из этого, речь должна идти не об адаптации рассматриваемой онтологии к упомянутому критерию, а об абсолютном отрицании самого критерия. Но в связи с данным вопросом допущенная здесь противоречивость этим не исчерпывается.

Продолжая исследование корреляции индивида и субиндивидуального существа, Аквинский пытается определить, в каком отношении находится с каждым из них тот или иной вид сформированных им законов. Так, например, с одной стороны, естественный закон (*lex naturalis*) представлен им как непосредственное отображение в разумных существах вечного закона (*lex aeterna*), а, с другой стороны, в сферу регулирования естественного закона вносится и поведение субиндивидуальных существ. Согласно истинному, с уголовно-правовой точки зрения, замечанию Г. Ф. Шершеневича, этим разумность невольно отрицается как присущий исключительно субъективной психике признак<sup>85</sup>. В свою очередь: онтологии и по сей день не достаёт понятия *уголовно-правовой разумности*. Но самое главное: «субиндивидуальные» существа – это не что, а кто<sup>86</sup>, в том числе и прежде всего в уголовно-правовом понимании ввиду их – уже регламентированных – *субъективных прав*.

В то же самое время Аквинский не совсем последовательно трактует отношение естественного закона к позитивному закону (*lex humana*). По его утверждению, естественный закон прямо определяет содержание всякого позитивного законодательства и в качестве подтверждающего аргумента приводится тот факт, что правовые системы различных стран более или менее всегда отличаются аналогичностью. Однако обоснование данного положения требует отнюдь не только того, чтобы законы различных государств одной и той же эпохи были схожи друг с другом, но и того, чтобы законы одного и того же государства различных эпох являлись аналогичными. Но в действительности это не так.

Следует отметить, что из этих и некоторых других смежных постулатов в данном случае важнее тот, который свидетельствует о фундаментальной про-

---

<sup>85</sup> Г. Ф. Шершеневич, История философии права, стр. 164.

<sup>86</sup> См. L.-G. Kutalia, Lagma, т. VII.

тиворечивости рассматриваемой онтологии. Когда Аквинскому не удаётся дифференциация субиндивидуального существа и вышеупомянутой категории невменяемых лиц, это означает то, что *его онтология в конечном итоге также не может претендовать на дифференциацию индивида и субиндивидуального существа.*

Допустим, «финальное мышление» и «особая волевая деятельность» являются характерными исключительно для индивида психологическими признаками, но если попытаемся констатировать, что собственно в этих признаках заключается основание различия индивида от субиндивидуального существа, будем вынуждены заключить, что каждое лицо, лишённое «финальности» мышления и «особости» волевой деятельности, является не индивидом, а субиндивидуальным существом. А поскольку рассматриваемая онтология приводит именно к такому выводу, она может рассматриваться не только как алогичная, но и реакционная.

В то же время, как уже отмечалось, в основе учения Аквинского о вменении лежит его онтология. И если это так, то в какой мере может быть оправдана высказанная нами выше оценка, касающаяся продуктивности его воззрений в сфере вменения?

Дело в том, что здесь налицо внутренняя противоречивость онтологии Аквинского, локализованная в самой структуре последнего, которая не находит никакого проявления в его концепции о вменении. Действительно, несмотря на то что онтологически ему не удаётся разграничить упомянутые понятия, это ему не препятствует соответствующе определить суть уголовно-правового вменения, т. е. обосновать, чем обусловлено ассоциирование уголовно-правового вменения только с понятием индивида.

Это что касается общего аспекта вменения, конкретно же не менее важно исследование средневекового мыслителя и в контексте незнания нормы и обоснования вины при принуждении.

Аквинский различает два вида принуждения: внутреннее (вызванное чувствами, инстинктами, устремлениями и т. д. индивида) и внешнее (это последнее включает как физическое, так и психическое принуждение). Ни один из них сам по себе не исключает волюнтативность поведения и вместе с тем его виновность.

При внешнем принуждении, согласно Аквинскому, субъект желает своё вредное поведение в той мере, в какой он стремится избежать нежелательные для него последствия принуждения. По его же утверждению, осуществлённое под внешним принуждением поведение только тогда может называться произвольным, если сравнить то, что субъект желает из-за принуждения, с тем, что он желает за пределами принуждения.

Насколько верным может быть это сравнение, т. е. допустимо ли, чтобы субъект желал то, что он в то же время не желает?

В отношении двух разных объектов желание одновременно вполне может быть и позитивным, и негативным, но если объект один, желание может быть или только позитивным, или только негативным, т. е. субъект может только желать или только не желать один и тот же объект в одно и то же время.

В силу этого, когда утверждаем, что из-за принуждения субъект желает своё противоправное поведение, это уже императивно указывает на, что он данное поведение при данных обстоятельствах (время, ситуация) – т. е. параллельно – не может не желать.

Допущенная в вышеприведённом средневековом постулате коренная погрешность состоит в том, что если субъект находится в условиях принуждения, он в то же время не может восприниматься и за пределами принуждения, так как последнее охватывает субъективную психику целиком, но не её определённую часть. Или же наоборот: для восприятия субъекта за пределами принуждения необходимо, чтобы он не находился в условиях принуждения. Вследствие этого никак не удастся сравнить в пределах одного и того же поведения то, что «субъект желает в силу принуждения» и то, что «субъект желает за пределами принуждения».

Таким образом, лишена всякого основания и та релятивная произвольность, о которой говорится выше в случае внешнего принуждения.

С учётом этого, если вернуться к изначальной перспективе Аквинского, выходит, что внешнее принуждение ни в одном случае не исключает волеизъявления и виновность поведения, так как в каждом отдельном случае (в том числе и даже более всего во время непреодолимого внешнего принуждения) субъект желает избежать неблагоприятный для него результат, вызываемый неисполнением принуждения, т. е. желает своё противоправное поведение.

А это (абсолютизация вины при внешнем принуждении) в современном уголовном праве не может быть оправдано.

Мы, разумеется, целиком разделяем вышеприведённый тезис в той его части, что если внешнее принуждение не было непреодолимым, субъективное поведение должно рассматриваться как виновное. Более того, это значительная заслуга средневекового учения. Но что означает признание вины в случае непреодолимого внешнего принуждения? Прежде всего, признание виновности субъекта, действующего на основе инстинкта самосохранения (как ни странно, имевшее место не только в советском уголовном праве, но имеющее место и по сей день).

Следовательно, сегодня данный аспект рассматриваемой концепции вряд ли может найти какое-либо продуктивное развитие.

К принципиально иной оценке приводят воззрения Аквинского относительно вопроса внутреннего принуждения.

По его утверждению, субъективные устремления и другие подобные факторы не исключают волюнтаривность, потому как субъект здесь сохраняет способность познания и тем самым возможность свободы выбора. Отсюда Аквинский заключает, что во время внутреннего принуждения субъективная воля мирится с тем, что она управляется противоправно, несмотря на то, что она не способна сопротивляться.

Сам вывод несомненно приемлем, в чём легко можно убедиться, но наше внимание привлекает неадекватность предпосылок данного вывода.

Способность познания как таковая отнюдь не порождает возможность выбора (т. е. возможность свободы выбора). Познание указывает лишь на то, что для определённого отрезка времени в психике субъекта имеет место (сенситивное или рациональное) отображение объективной действительности. Точнее, процесс познания ограничивается формированием идейного отражения объектов в результате аналитико-синтетической нервной деятельности, что может выражаться двояко: в сенсуально-практической форме (ощущение, восприятие, представление) и в логической форме (суждение, вывод, понятия).

Как из этого наглядно видно, о внутреннем принуждении в смысле Аквинского может идти речь только после того, если субъект уже познал определённый, в конкретной ситуации релевантный объект. А это, в свою очередь,

свидетельствует о том, что познание логически опережает внутреннее принуждение. Согласно выводу, исходящему из этого, возможность выбора не может являться феноменом, непосредственно результирующим из способности познания: это исключается внутренним принуждением как самостоятельной психологической кондицией, расположенной между познанием и возможностью выбора.

Согласно этому, способность познания и само познание присутствуют независимо от того, преодолимо внутреннее принуждение или нет. Если же внутренне принуждение непреодолимо, не может наличествовать возможность выбора, – то, что способность познания дана в обоих случаях, а возможность выбора – только в одном из них, демонстрирует и формально наличие опосредствованного, непрямого отношения между возможностью выбора и способностью познания.

Однако непременно следует согласиться с выводом Аквинского относительно того, что внутреннее принуждение не может признаваться исключаящим вину обстоятельством. Если имеем дело с непреодолимым внутренним принуждением (речь только о вменяемых индивидах), субъект хотя лишён возможности выбора, но данное состояние следует из того, что «субъективная воля смирилась со своей противоправной направленностью (управляемостью), несмотря на то что она могла оказать сопротивление». Так, например, наркоман настолько внутренне принуждён принять наркотическое вещество, что он явно не обладает возможностью выбора между противоправным и правомерным, но лишена ли была здесь субъективная воля изначально возможности сопротивиться противоправной направленности? И именно на это обстоятельство основывает современное уголовное право вину в аналогичных случаях.

Таким образом, Аквинский, отвергая и непреодолимое внутреннее принуждение в качестве исключаящего вину обстоятельства, убедительно обосновывает виновную ответственность в таких случаях, когда имело место осознанное поставление себя в состояние невменяемости, что несомненно является значительным достоинством его учения. Исходя из этого, проблема внутреннего принуждения, в отличие от вопроса внешнего принуждения, в рассматриваемой теории выделяется очевидной прогрессивностью.

Достоен особого внимания обстоятельный подход Аквинского к проблеме незнания нормы и ошибки в общем.

Он в данном случае оперирует такими понятиями, как возможность знания и обязанность знания. Незнание в рамках рассматриваемого подхода не может исключать вину и уголовную ответственность, если субъект «должен был и мог» знать о противоправности своего поведения.

Несмотря на то, что здесь подразумевается конкретная возможность, а не возможность в общем, его утверждение всё-таки содержит определённую противоречивость. Если субъект обязан, он должен и мочь, так как обязанности нормативно-логически предшествует как общая, так и конкретная возможность. Вследствие этого понятие обязанности в самом себе включает понятие возможности, и это наглядно свидетельствует о гетерогенности данного тезиса, в котором возможность однозначно выносится за пределы обязанности.

Однако если учесть то обстоятельство, что принятая в современной догматике соответствующая позиция в точности совпадает с позицией Аквинского, последнего в упомянутой алогичности особо не упрекнуть.

Вместе с тем главное – сам факт тематизации понятий возможности и обязанности, т. е. то, что здесь безупречно воспринимается уголовно-правовое значение отвратимости незнания нормы.

Исходя из вышеуказанного, средневековый учёный обосновывает вину не только тогда, когда субъект осознанно ставит себя в состояние невменяемости, т. е. сознательно редуцирует способность правомерного поведения, а также в том случае, когда имеет место неумышленное, неосторожное ограничение конкретной возможности правомерного поведения. И это без сомнения указывает на то, что с рассматриваемой концепцией прямо связан один из кардинальных этапов позитивного развития идеи вины, что, в свою очередь, является непосредственным результатом весьма специфического структурирования понятия воли.

Исследуя проблему волевого поведения, Аквинский выделяет четыре основных вида волевого поведения: 1) когда субъективное поведение и внутренне (субъективно), и внешне (объективно) детерминировано; 2) когда субъективное поведение внутренне детерминировано, но не детерминировано внешне (к этой категории волевого поведения принадлежат такие случаи, при которых субъект желает своё поведение не как таковое, а лишь с целью избежания внешнего принуждения); 3) когда субъективное поведение не является внутренне де-



терминированным, но внешне детерминировано (необходимую предпосылку волюнтаристичности поведения в данном случае составляет то, что субъект должен обладать «возможностью и обязанностью» знания деликтного результата); 4) когда субъективное поведение не детерминировано ни внутренне, ни внешне (если субъект «может и обязан» предотвратить наступление деликтного результата). Естественно, внутреннюю и внешнюю детерминацию здесь не следует понимать в традиционном значении. В первом из них подразумевается «внутреннее воление» субъекта в широком смысле, в то время как под внешней детерминацией понимается совокупность объективных факторов, сопровождающих деликтное поведение.

Анализируя подход Аквинского и его последователей к проблеме воли, В. Хардвиг отмечает: «Волевым в философии Аквинского рассматривается установление и оценка субъективного поведения индивидом с точки зрения способности направления к определённой представленной или представляемой цели своих движений (движение = внешнее осуществление = душевное движение или = воление) и на основе обязывающего закона (...) Его система в одинаковой степени включает как определённое желанием бездействие и неопределённое желанием (неосторожное) бездействие, так и неопределённое желанием (неосторожное) действие. Наряду с этим в совершенстве познано и значение понятия обязанности. Деяние в учении Аквинского рассматривается в соответствии с «законом»»<sup>87</sup>.

То, что рациональное освещение проблемы воли существенно обуславливает теоретически безошибочное восприятие субъективного поведения и его отдельных видов, выделялось нами и выше. Но в то же время следует иметь в виду и то, что воля является лишь одним из охватываемых понятием деяния моментов, и в силу этого для адекватного определения последнего адекватного определения первого отнюдь не достаточно.

С рассматриваемой точки зрения, также немаловажна надлежащая интерпретация как субъективной стороны в общем, так и объективной стороны и её отдельных составных частей. Только таким образом может выясниться соответствующее взаимоотношение субъективной и объективной сторон, без чего формирование интересующего представления о субъективном деянии совершенно немыслимо.

---

<sup>87</sup> W. Hardwig, Die Zurechnung, стр. 29-30.

Аквинский же именно ненадлежаще излагает значение упомянутых аспектов и соответственно их корреляцию. Защищая господствующую в той эпохе позицию канонического права, он явно умаляет роль объективной стороны. Для него, разумеется, чуждо отрицание того, что речь о виновности и преступности деяния допустима только в тех случаях, если деликтная воля субъекта внешне проявлена, и это уже означает признание самостоятельного уголовно-правового значения объективного аспекта, но, с другой стороны, достаточным основанием для суждения о виновности он считает всякое (внешнее) проявление деликтной воли. Но когда степени осуществления деликтной воли, с точки зрения определения деяния виновным (преступным), никакое значение не придаётся, должно быть понятно, что в системе преступления объективная и субъективная аспекты идентичной релевантностью не отличаются.

Можно заметить, что всё творчество Аквинского – символическое выражение того, как основанная на объективистских принципах средневековое право склоняется к субъективизму.

Данное замечание не следует интерпретировать так, словно объективизм был окончательно элиминирован из уголовно-правовой догматики. Вовсе нет, XV век (последнее столетие Средневековья) предлагает нам такие примеры объективного вменения, которые принято считать за самые радикальные проявления объективизма. Как отмечает Н. С. Таганцев, индивидуум не являлся единственным существом, которому в упомянутой эпохе «в уголовно-правовом порядке» надлежало отвечать за своё «виновное» поведение, т. е. судебные процессы здесь проводились не только против людей<sup>88</sup>. Поэтому очевидно, что господствующая к концу средних веков доктрина одновременно включала в себя и субъективистскую концепцию и элементы объективизма.

Но что означает это в теоретико-логическом контексте?

В рамках субъективизма приоритетное значение придаётся субъекту преступления, данному в его психике противоправному настроению и антиправовым устремлениям, в отличие от чего объективизм основной акцент переносит на объект преступления, его характер и тяжесть посягательства на него.

---

<sup>88</sup> Н. С. Таганцев, Курс русского уголовного права, С.-Петербург, 1874, стр. 7.

В первом случае в качестве главного основания ответственности выступает вина, обособленная от объективной стороны преступления; в случае объективизма ответственность преимущественно основывается на ничем не прикрытую каузальность (это может быть как реальная, так и абстрактно воспринимаемая причинность).

Таким образом, эти два направления опираются на противоположные, взаимоисключающие принципы, и они не могут иметь между собой ничего общего ни теоретически, ни тем более логически. Данная теоретико-логическая несовместимость, как несложно разобраться, делает недопустимым в теории уголовного права их сосуществование.

Несмотря на высокоразвитость современной уголовно-правовой мысли, иногда и здесь встречается – даже – одновременное проявление рассматриваемых крайностей (как в теории, так и на практике). Однако вместе с тем несомненно следует отметить и то, что современные криминалисты почти никогда не обходят стороной подобные аномалии без строжайшей критики. Так, например, Дж. Э. Стэннارد считает законодательной беспринципностью даже малейшее проявление данной контрастности в законодательной сфере<sup>89</sup>.

Если же уголовное право вообще не противится синхронному манипулированию объективистскими и субъективистскими догмами, как это видно на примере средних веков, оно вряд ли может именоваться наукой, так как последняя подразумевает не хаотичную комбинацию понятий и постулатов, а строго упорядоченную, чрезвычайно структурированную целостность.

В то же время системность и иерархическая определённость необходимы отнюдь не только для того, чтобы получить формально-логическую устойчивость науки. Без этого также немислимо всякое развитие науки как таковой. Следовательно, необоснованность позиции, представленной в средневековом уголовном праве, гораздо глубже и масштабнее, чем это может показаться на первый взгляд.

Однако невозможно обойти стороной спровоцированный этим бессодержательным дуализмом вопрос относительно того, что более приемлемо: субъек-

---

<sup>89</sup> J. E. Stannard, *Subjectivism, Objectivism and the Draft Criminal Code*, London, 1985, 101 L. Q. R., стр. 541.

ективистская концепция Аквинского или объективизм, против которого направлено это первое?

Для выяснения того, что речь должна идти об их равной неприемлемости, достаточен и поверхностный анализ этих направлений.

При объективном вменении субъект наказывается исключительно в силу и только в соответствии с внешней (объективной) стороной своего деяния, в то время как субъективизм основывает уголовную ответственность на внутреннюю (субъективную) сторону деяния (в зависимости от того, имеем или нет дело с умеренным субъективизмом, соответственно, в последнем случае объективная сторона целиком лишается и чисто субстратного значения).

Поскольку главную заинтересованность объективизма вызывает внешний аспект субъективного поведения, выходит, что оно принципиально не различает друг от друга индивидов и субиндивидуальных существ (именно там, где их более всего следует различать), так как вызываемые ими во внешнем мире изменения могут в точности совпадать друг с другом. Субъект в данном случае значим лишь настолько, насколько он представляет собой первопричину наступившего каузального ущерба, а субъект как разумное существо, наделённое особыми волюнтаривными и интеллектуальными качествами, здесь откровенно отсутствует. Это, естественно, экстремальное упрощение проблемы.

Субъективистская теория, категорически не мирясь с подобным подходом к личности субъекта преступления, предметом основного акцентирования считает именно специфичность субъективной психики. Этим субъективизм пытается радикально перестроить сферу уголовно-правового вменения и ограничить её (уголовно-правовое вменение) только индивидом, точнее, волевой деятельностью индивида, что безусловно подлежит позитивной оценке.

Более того, субъективистское учение рассматривает не каждого индивида в качестве потенциального адресата уголовно-правовой репрессии, а только того, кто обладает психологической способностью мотивирования собственного поведения в соответствии с нормой. В последнем признаке подразумеваются следующие три момента: 1) способность надлежащего восприятия уголовного закона, 2) способность формирования воли и 3) способность действовать в соответствии с сформированной волей, т. е. способность определения собственного поведения представлениями.

В этом отношении, следовало бы полагать, субъективистская теория вовсе не лишена логической приемлемости. Но это всего лишь одна сторона вопроса. С другой стороны, субъективизм так же не в состоянии усвоить истинное значение объективного аспекта, как объективизм – значение субъективных компонентов.

То, что Аквинский объявляет недопустимым ответственность без внешнего проявления воли, как уже отмечалось, несомненно свидетельствует о признании самостоятельного значения объективной стороны, но это слишком относительная самостоятельность, в конечном итоге она может рассматриваться даже как формальная, так как чему в данном контексте всё объективное служит, есть индицирование деликтной воли. Иными словами, основание ответственности, согласно субъективизму, создаётся не причинением ущерба охраняемому в уголовно-правовом порядке общественному отношению (осуществление деликтной воли) или причинённым этому отношению ущербом (осуществлённая деликтная воля), а только решением причинения такого ущерба. В этом, разумеется, не прослеживается специфически правовой подход.

В отличие от морали и существующих в социальной действительности некоторых других нормативных систем, оригинальность права как нормативной категории составляет то, что в правовом отношении индивид неразрывно связан с объективной реальностью, так же как соответственно объективная реальность неотделима от индивида. Объектом правового интереса не может служить *ни оторванная от внешнего мира субъективная психика, ни от субъективной психики оторванный внешний мир.*

Что касается невиновной гражданско-правовой ответственности, это всего лишь исключение из данного правила. Ввиду этого при исследовании субъективного поведения в уголовном праве непременно следует исходить из эквивалентности психического и физического аспектов. Соответственно, в уголовно-правовом отношении субъект должен быть ответственен не за то, что он совершил только психологически или только физически, а лишь за то, что является следствием его психофизической деятельности.

Подобная биполярность, конечно, полностью исключает субординированное отношение к субъективной стороне деяния его противоположной, объективной стороны, и наоборот, деликтная воля и деликтное решение также не могут рассматриваться субординированными объективной стороне компонентами.

Исходя из этого, субъективистское учение Аквинского в той же степени неприемлема, в какой и отвергнутый им объективизм.

Наряду с этим, если надлежало рассмотреть условно названный нами умеренным субъективизм Аквинского, выясняется, что это его умеренность отнюдь не во всех отношениях неуязвима: если, с одной стороны, основная функция объективной стороны заключается в индицировании субъективных элементов, тогда, с другой стороны, каков смысл очередного утверждения Аквинского относительно того, что внешнее проявление деликтной воли – необходимая предпосылка уголовной ответственности?

Ведь в таком случае важнее всего установление наличия деликтной воли, а наличие деликтной воли иногда может устанавливаться и до начала его осуществления, т. е. когда не наличествует ни покушение на преступление, ни приготовление к нему (например, субъект может сознательно поставить в известность другого субъекта о своём преступном замысле или случайно выдать себя до того, как приступит к его осуществлению). В каждом из таких случаев деликтная воля проявлена без всякой связи с объективной стороной преступления и поскольку, согласно умеренному субъективизму, основная функция объективной стороны выражается в индицировании деликтной воли, следует заключить, что для обоснования уголовной ответственности здесь роль объективной стороны становится неясной.

В силу этого субъективистская концепция Аквинского всего лишь формально отличается от крайнего субъективизма, материально же представляет собой его стереотипное отражение.

Сам факт того, что Аквинский непримиримо борется с любым проявлением объективизма и самоотверженно стремится к фиксации значения субъективных элементов в системе преступления, бесспорно свидетельствует о том, что и Аквинский рассматривает объективистское направление как крайний примитивизм, т. е. как это имело место в представленном нами выше суждении. Негация неверного тезиса не может быть логически неверным, но логически же это вполне может повлечь за собой возникновение очередной погрешности, что наглядно показал представленный здесь анализ субъективизма Аквинского.

Если объективистское направление, не учитывая онтологически специфическое для индивида, опирается только на онтологически общее для инди-

вида, в отношении субъективизма соотношение данных аспектов диаметрально противоположно: (с точки зрения уголовной ответственности) объективистски решающее значение придаётся только телесности индивида, субъективистски же решающим является индивид только как разумное существо.

Опираясь на всё вышеизложенное, можно с уверенностью отметить, что *крайнему примитивизму объективизма противостоит крайний рационализм субъективизма*, что означает следующее: оба направления в равной мере оторваны от существующей действительности. Так как главное то, насколько, а не в каком направлении отдаляется суждение от пределов объективной реальности, несложно заключить, что субъективизм именно в той же степени и с такой же категоричностью неприемлем, в какой рассуждал Аквинский о неприемлемости объективистской позиции.

Как видим, средневековое уголовное право одновременно включает в себя две чересчур негативные крайности. Исходя из всего вышеуказанного, не просто согласиться с теми криминалистами (например, с Р. Салеем или Х. Брушо), которые полагают, что объективизм в средневековом уголовном праве находит своё проявление только в качестве рудимента.

О рудиментарном проявлении объективизма можно было бы вести речь только в том случае, если бы это проявление было незначительным, менее интенсивным, но не таким, при котором уголовная ответственность «субиндивидуальных» существ представляла собой тривиальное явление.

В то же время, когда указывают на особое значение средневекового канонического права с точки зрения виновной ответственности, под этим следует подразумевать не то, что наряду с одним сугубо реакционным направлением проявляется другое такое же реакционное направление, а дискуссию между последними в общем и внедрение множества несомненно прогрессивных положений или их окончательное упрочение, что предстаёт как результат данной дискуссии. Это, прежде всего, касается понятий незнания (*ignorantia*) и ошибки (*error*), в частности успешных попыток уголовно-правового исследования этих понятий. В то же время, несмотря на указание Аквинского «должен был и мог» знать норму, понятия обязанности знания нормы как таковой в средневековом уголовном праве не существовало. Тем не менее следует полагать, что Аквинский исходит из необходимости наличия такой обязанности.

**Подвиды вины** Помимо этого, значительным изменениям подвергаются уголовно-правовой умысел и неосторожность. Ввиду того что «субъективность» делинквента постепенно находит своё самостоятельное место в средневековом уголовном праве, становится необходимой дальнейшая спецификация основных форм вины.

Как мы уже отметили, средневековая уголовная доктрина делит умысел на пять самостоятельных видов (*dolus praemeditatus*, *dolus impetus*, *dolus directus*, *dolus indirectus*, *dolus generalis*), к неосторожности относит такие психические состояния, как халатность (*incuria*), легкомыслие (*inconsiderantia*), непредусмотрительность (*præcipitantia*), неблагоразумность (*imprudencia*), небрежность (*neglegentia*)<sup>90</sup>.

Хотя в понятии вины и римское право подразумевает отдельные подвиды, но это последнее не является до конца последовательным в данном контексте, так как здесь предметом более или менее последовательной спецификации выступает лишь один из её видов – неосторожность, в то время как умышленная вина, разветвляясь хаотически, лишена тождественной стандартизации. Это не следует понимать так, словно средневековое право уже открыло теоретический (технический) критерий дифференциации. Такой критерий отсутствует как в римском, так и в средневековом уголовном праве. Единственный источник дифференциации – это правовая «практика».

Однако это в данном конкретном случае не меняет сущности развития в призме её прогрессивности. Средневековая уголовно-правовая догматика, считая необходимым максимальную дифференциацию обоих видов вины на отдельные подвиды, уже окончательно признаёт значение понятия вины не только с точки зрения обоснования ответственности как таковой, но и с точки зрения определения степени ответственности: вина так же обуславливает наказание, как подвид вины размер наказания.

Разумеется, пропорционально тяжести деликтного результата уголовная ответственность по-прежнему отягчается, но на этот раз отчётливо выделяется, что для определения степени уголовной ответственности тяжесть деликтного результата является только одним из ориентиров, но не единственным ориентиром.

---

<sup>90</sup> F. S. Karpe, *Institutiones philosophic moralis, Pars prima, Philosophia practica*, Moscovia, 1815, стр. 55.



Вкратце: когда средневековое уголовное право не довольствуется ни делением вины на отдельные виды (умысел, неосторожность), ни селективной спецификацией на подвиды, а переносит акцент на максимальную дифференцированность каждого из видов, оно в значительной степени приближается к надлежащему определению корреляции вины и наказания.

Наряду с этим следует отметить, что принцип, именуемый в современном уголовном праве индивидуализацией наказания, во всём своём совершенстве не мог быть усвоен уголовно-правовой мыслью исследуемого периода, потому как для этого, помимо усердно структурированного понятия вины, необходимо наличие не одного другого фундаментального фактора, – так, например, деление преступного деяния на отдельные категории в соответствии с его характером и тяжестью или же познание реального систематического значения стадий преступления, что было чуждо для средневекового уголовного права.

Существенно то же самое можно заметить и относительно принципа дифференциации наказаний.

Однако вернёмся к достижениям рассматриваемой правовой эры. Наряду с вышеупомянутыми теоретическими новшествами средневековой уголовно-правовой доктрины непременно следует выделить консолидацию догматического значения понятия обязанности и его дальнейшее углубление. Обязанность уже бесповоротно внедряется как генеральное мерило уголовно-правовой оценки субъективного поведения. И это одинаково важно с точки зрения развития как уголовно-правовой мысли в общем, так и идеи вины.

Уголовно-правовая обязанность, выражая абстрактную связь между нормой уголовного права и адресатом нормы уголовного права, является чисто субъективной категорией, но в упомянутом аспекте её ранжирование в качестве стержневого ориентира вовсе не свидетельствует о субъективизме. Признание данного момента субъективистской догмой недопустимо постольку, поскольку обязанность, хотя и не включает, но неразрывно связана с отдельными объективными признаками преступления. Действительно, о нарушении уголовно-правовой обязанности допустимо говорить только после того, как налицо объективное, внешнее действие субъекта. Это объективное (внешнее) действие может выражаться как в успешном (собственно деяние) или безуспешном (покушение, приготовление) воздействии на окружающую среду, так и в воздержании трансформации окружающей среды (бездействие).

А поскольку понятие обязанности в том или ином виде всегда предполагает отношение психологического поведения индивида к внешнему миру, оно без соответствующих объективных предпосылок логически немыслимо. Согласно результирующему отсюда выводу, во время суждения о виновности декларирование обязанности (точнее, нарушения обязанности) в качестве исходного момента не может рассматриваться как проявление субъективизма.

**Экскурс:  
уголовно-правовая  
математика**

Нарушение обязанности как определяющий виновную ответственность элемент и дифференциация вины на отдельные виды и подвиды как ориентир градации уголовной ответственности и поныне являются проблемами, охватывающими множество дискуссионных аспектов. В данном случае мы заострим наше внимание только на последнем вопросе. Посмотрим, какие могут быть сделаны выводы в этом отношении на примере уголовного законодательства Грузии, т. е. чему отдаёт предпочтение грузинский законодатель с точки зрения определения степени ответственности – тяжести деликтного последствия или форме (субформе) вины.

В том, что предметом его заинтересованности являются оба момента, довольно легко разобраться.

С одной стороны, когда в двух разных случаях тяжесть противоправного результата идентична, а формы вины – различны, степень ответственности может быть неоднородной (умышленное убийство, предусмотренное ст. 105 УК РГ, которое влечёт за собой лишение свободы сроком от пяти до двенадцати лет и представленное в ст. 108 убийство по неосторожности [= причинение смерти по неосторожности, согласно трансформированной терминологии], для которого законодатель предусматривает лишение свободы сроком лишь до трёх лет), что указывает на количественное влияние формы вины в отношении уголовной ответственности.

С другой стороны, также возможно получить две разные меры наказания, когда форма (субформа) вины хотя одна и та же, но деликтные результаты различаются друг от друга по степени тяжести (статьи, где говорится о тяжком, менее тяжком и лёгком телесном повреждении). Очевидно, что в последнем случае тяжесть деликтного результата выделяется как очередной определяющий фактор уголовной ответственности.

Однако это всё ещё свидетельствует лишь о том, что современное уголовное право в основу определения степени ответственности кладёт как строгое структурирование понятия вины, так и тяжесть деликтного результата (следует подразумевать также создание опасности детерминации такого результата). Для познания непосредственно того, какой из них рассматривается как приоритетный, необходимо выяснить соотношение степеней ответственности в следующих двух случаях: 1) когда наряду с высшей степенью вины (т. е. с прямым умыслом) представлен релевантный в уголовно-правовом отношении минимально вредный результат (например, в виде мелкого хищения имущества, наказуемость которого определяется ст. 95 действующего кодекса) и 2) когда низшая степень вины (т. е. небрежность) сопровождается особо тяжким противоправным последствием (например, лишением жизни нескольких лиц по небрежности, что квалифицируется в соответствии с приведённой нами выше ст. 108).

Если принять во внимание то обстоятельство, что в первом случае уголовный закон предусматривает ответственность в виде исправительных работ сроком до шести месяцев, а во втором – в виде лишения свободы сроком до трёх лет, должно быть вполне понятно, что на степень ответственности более интенсивно воздействует именно тяжесть деликтного результата, чем форма вины.

Если же утверждать, что степень ответственности в большей мере должна зависеть именно от формы вины, а не от тяжести вредного последствия, предусмотренный вышеуказанной ст. 95 мелкий грабёж должен влечь за собой более строгую меру наказания, чем убийство по неосторожности, пусть даже нескольких лиц, что регламентируется ст. 108 действующего кодекса. Но не означает ли это интервенцию в иерархическую структуру охраняемых в уголовно-правовом порядке объектов? Разумеется, нет. Корреляция уголовно-правовой валентности (ценности) того или иного объекта с уголовно-правовым значением какого-либо другого объекта может выясняться только тогда, если все объективные или субъективные предпосылки их противопоставления идентичны. В силу этого, с данной точки зрения, выяснение взаимоотношения вышеупомянутых объектов, помимо совпадения остальных обстоятельств дела, требует также тождественности формы вины. Но потому как убийство нескольких лиц прямым умыслом теоретически никогда не может быть менее наказуемо, чем мелкий грабёж, иерархическая при-

надлежность рассматриваемых объектов, на наш взгляд, не может восприниматься неадекватно. Следовательно, упомянутый момент, с точки зрения определения степени уголовной ответственности, чисто логически не препятствует признанию примата формы вины относительно тяжести деликтного результата.

Но в какой мере приемлема последняя позиция в общем – другой вопрос. В любом случае, признание противоположной позиции вовсе не означает, что ущерб в уголовном праве по своему значению ранжируется выше вины. Для установления этого необходим анализ обстоятельств существенно иного вида, чем это может быть только проблема определения степени уголовной ответственности.

Вместе с тем в представленном здесь ракурсе это не единственный важный нюанс. Как уже отмечалось, согласно действующему кодексу, во время определения степени ответственности значение формы вины подчинено значению тяжести вредного результата, и ввиду того что первая является строго субъективной категорией, а последний представляет собой составной элемент объективной стороны преступления, можно ли заключить, что в вышеупомянутом отрезке систематики всё объективное доминирует над всем субъективным? Но тогда как объясняется конструкция ст. 110 и некоторых других, аналогичных с точки зрения уголовно-правовой техники статей? Вторая часть ст. 110 в качестве квалифицирующего признака умышленного тяжкого телесного повреждения предусматривает деликтный результат такой тяжести, каковой является смерть человека и определяет ответственность в виде лишения свободы сроком от трёх до десяти лет, а в третьей части той же статьи описывается тяжкое телесное повреждение, совершённое особо опасным рецидивистом и по поводу которого применяется лишение свободы сроком от пяти до двенадцати лет, т. е. в третьей части упомянутой статьи, если сравнить её со второй частью той же статьи, одновременно возрастает как минимальная, так и максимальная грань наказания.

Таким образом, если в первоначально цитированном примере тяжесть противоправного результата воздействовала на степень ответственности более, чем вина, теперь гораздо большее значение, по сравнению с вредностью результата, придаётся личности субъекта преступления. В силу этого в рамках действующего уголовно-правового законодательства неясно, что явля-

ется в данном аспекте генерально более значимым: объективные или субъективные показатели.

Даже если руководствоваться тем принципом, что некоторые субъективные признаки в актуальном для нас контексте могут быть более релевантными, чем иной определённый объективный элемент и наоборот, тотчас же окажемся перед следующим противоречием: если, с одной стороны, значение тяжести деликтного результата превышает значение формы вины и, с другой стороны, тяжесть деликтного результата по сравнению с личностью субъекта преступления менее значима, выходит, что значение личности субъекта преступления также должно превышать значение формы вины, что не соответствует представленной в действующем уголовном законодательстве действительности. Так, например, следуя этой логике, убийство по неосторожности, совершённое особо опасным рецидивистом, должно наказываться строже, чем умышленное убийство (без отягчающих и смягчающих обстоятельств), тогда как за убийство по неосторожности (ст. 108) особо опасный рецидивист может наказываться только лишением свободы сроком до трёх лет или исправительными работами сроком до двух лет, а умышленное убийство без отягчающих и смягчающих обстоятельств (ст. 105) предусматривает наказание в виде лишения свободы сроком от пяти до двенадцати лет, т. е. максимальная степень предусмотренной в первом случае ответственности значительно ниже даже минимальной степени представленной в последнем случае ответственности.

Как видим, между отдельными статьями действующего Уголовного кодекса с этой точки зрения вряд ли возможно установление формально-логической связи.

Здесь же следует выделить также неадекватное отношение вышерассмотренных моментов к обоснованию уголовной ответственности как таковой.

Как отмечается в ч. 2 ст. 8 УК РГ, «преступлением не будет считаться действие или бездействие, которое хотя формально содержит признаки предусмотренного уголовным законом какого-либо деяния, но в силу малозначительности не представляет общественной опасности». Ввиду того что под понятием деяния здесь подразумевается преступное деяние в общем, которое наряду с другими субъективными или объективными признаками преступления охватывает и деликтное последствие, вышеприведённая малозначительность деяния в то же время должна распространиться и на охватывае-

мую деянием вредность. Вследствие этого вредный результат, который является малозначительным, представляет собой обстоятельство, исключаящее общественную опасность и тем самым исключаящее также уголовную ответственность, так как общественная опасность и по сей день рассматривается в качестве конститутивного элемента преступления.

Но в таком случае насколько может быть приемлема вышеприведённая часть 8-й статьи? Когда «действие или бездействие формально содержит признаки предусмотренного уголовным законом какого-либо деяния», это свидетельствует о том, что налицо состав преступления; в то же время общественно опасный результат является одним из элементов объективной стороны состава преступления; а если так, то как может быть допустимо, чтобы состав преступления не был бы зависим от тяжести общественно опасного результата, т. е. наличествовал бы вне зависимости от степени тяжести последнего? Если общественно опасный результат является компонентом состава преступления, разве не в самом составе преступления должно описываться, какая степень тяжести конституирует вредный результат как общественно опасный?

В силу того что состав преступления содержит указание именно на общественно опасный результат, а не на вредный результат в общем, общественная опасность вредного результата же однозначно зависит от степени вредности данного результата, должно быть очевидно, что состав преступления не может описывать тяжесть общественно опасного результата и степень этой тяжести. А исходя из этого, совершенно недопустимо, чтобы параллельно с малозначительным, т. е. лишённым общественной опасности результатом наличествовал состав преступления.

В данном контексте важнее всего, однако, не столько эта внутренняя противоречивость рассматриваемой статьи, сколько некоторые иррациональные выводы, вытекающие сами по себе из самой этой противоречивости.

Как явствует из всего вышеуказанного, малозначительность вредного результата исключает только общественную опасность, в то время как вина как (конститутивный) элемент субъективной стороны преступления и противоправность как очередной (конститутивный) признак деликтного деяния даны, если учитывать представленное в рамках действующего законодательства двухпризначное понятие преступления, т. е. его формально-логические особенности.

Противоправное (в уголовном праве) означает запрещённое в уголовно-правовом порядке<sup>91</sup>, а согласно самой господствующей доктрине, законодатель запрещает в уголовно-правовом порядке только такое деяние (и вместе с тем результат), которое является общественно опасным, т. е. деяние (так же как и результат) никак не может быть противоправным, если оно не представляет общественной опасности. Например, тайное или открытое хищение чужого имущества только в том случае запрещено уголовным правом, если предмет хищения материально не малоценен, и этим исключается также общественная опасность; а остальные случаи (когда субъект самовольно завладевает чужим материально малоценным имуществом) сферой уголовно-правового регулирования вообще не инкорпорируются, ввиду чего здесь может быть речь только о нравственной, религиозной и т. д., но не об уголовно-правовой недозволённости.

В силу этого такое соотношение противоправности и степени вредности, которое вытекает из контрадикторного содержания ч. 2 ст. 8, вдвойне ошибочно: как логически, так и доктринально.

Существенно то же самое можно заметить относительно вины.

Согласно представленной в упомянутой статье позиции, тяжесть вредных последствий воздействует на уголовную ответственность без всякой связи с виной, так как при малозначительности вредного результата, как мы увидели выше, вина, так же как противоправность, «формально» налицо. Но может ли субъект быть виновен в детерминации результата, являющегося в уголовно-правовом отношении незначительным?

Или же субъект может быть виновен лишь в совершённом им поведении, но (в то же время) не в вызванном этим поведением результате?

В случае позитивного ответа на последний вопрос перед нами очередное серьёзное проявление алогизма, так как вследствие этого становится совершенно непонятно, как и почему вменяется субъекту в вину покушение на кражу, а не сама кража всегда, когда ему не удалось реально завладеть выбранным для хищения имуществом или покушение на убийство, а не само убийство тогда, когда потерпевший по независимой от делинквента причине выжил,

---

<sup>91</sup> Однако, например, в немецком уголовном праве противоправное понимается как запрещённое нормами культуры в общем.

т. е. отрицание значения вредного результата относительно виновности делает невозможным обоснование материального преступления.

Ввиду этого даже из перспективы господствующей догматики следует считать неоправданным «формальное наличие» вины при малозначительности вредного результата, что теоретически означает отрицание систематической независимости вины от тяжести вредного последствия.

Отмечая вкратце, согласно действующему уголовному законодательству, взаимоотношение вреда и вины относительно ответственности как таковой, следующего вида: вред, насколько особой бы ни была степень его тяжести, хотя не влечёт уголовную ответственность, если не наличествует вина, но и эта последняя, в свою очередь (насколько высокой бы ни была её степень), ненаказуема, если причинённый вред ненадлежащей тяжести.

Следовательно, вредный результат и вина в конечном итоге воздействуют на уголовную ответственность без всякой интеракции, без взаимосвязи, ибо в процессе воздействия они обладают независимыми друг от друга значениями, т. е. данные моменты хотя интегрально связаны с уголовной ответственностью, но воздействуют на неё раздельно, без взаимоперехода или линейной субординации. А это означает лишить систему преступления всякой системности и представить его в качестве механической, бессодержательной совокупности объективных и субъективных признаков.

Помимо этого, вышеприведённое сравнение не отвечает элементарным требованиям логики.

То, что в первом случае вред, несмотря на особость его тяжести, без вины не влечёт уголовной ответственности, свидетельствует о том, что между вредом и ответственностью уголовное право не признаёт прямой связи, и это отношение, как следует уже из вышеуказанного, опосредствовано именно понятием вины.

Однако к чему приводит второй случай? Здесь принцип индиректного отношения полностью нарушен, и малозначительность вредного последствия исключает уголовную ответственность уже не в результате исключения вины, а непосредственно, обходя стороной понятие вины.

На наш взгляд, несложно понять, что если, с точки зрения обоснования ответственности, прямая логическая связь между вредом и ответственностью



отрицается, недопустимо, чтобы при исключении ответственности данная связь была непосредственной.

В то же время следует иметь в виду и то, что принцип виновной ответственности, на который твёрдо опирается современное уголовное право, представляет вину не просто в качестве необходимого, а также в качестве центрального, краеугольного ориентира ответственности, исходя из чего ни один другой субъективный или объективный признак преступления непосредственно (т. е. в обход понятия вины) не может воздействовать на уголовную ответственность ни позитивно, ни негативно (т. е. ни с точки зрения обоснования, ни с точки зрения исключения).

#### **Противоправность**

В интересующем нас аспекте и с другой стороны возможно проведение важных параллелей между средневековым правом и современной уголовно-правовой догматикой. Таковым, например, является проблема корреляции противоправности поведения и противоправности результата. Ни в одном, ни в другом ракурсе этот вопрос никак не освещается, вследствие чего остаются невыясненными как форма, так и содержание взаимоотношения данных понятий.

В силу этого мы полностью лишены эссенциального представления о том, допустимо ли в условиях правомерности поведения наличие противоправного результата и наоборот, может ли противоправное поведение сопровождаться правомерным результатом, чёткое установление чего одинаково актуально как практически, так и в чисто теоретическом аспекте.

В процессе уголовно-правового вменения пренебрежение этой и другими подобными проблемами ни к чему, кроме как к противоречиям, естественно, привести не может. Поэтому здесь вопрос несомненно подлежит определённому осмыслению.

Прежде всего, взглянем на то, в какой степени может быть приемлема первая теоретическая конструкция, т. е. такое систематическое положение, при котором налицо симбиоз правомерности поведения и противоправности результата.

Допустим, субъект с целью убийства незаконно нападает на гражданина, пребывающего в месте общественного скопления, причём в результате выстрела из огнестрельного оружия невольно тяжело ранит третье лицо, которое

также с целью убийства нападало на находящегося поблизости другого гражданина и тем самым обеспечивает спасение последнего.

Рассматриваемый вид субъективного поведения явно противоправен, так как в данном случае при отсутствии всякого оправдательного обстоятельства имеет место попытка посягательства на такой в уголовно-правовом порядке охраняемый важный интерес другого лица, каким является право на жизнь.

Можно ли сказать то же самое о результате, вызванном этим поведением? Разумеется, нет, поскольку уголовное право и сегодня, и в средние века факт пресечения незаконного нападения (если, естественно, не были превышены пределы необходимой обороны, а в вышеприведённом примере они превышены не были) рассматривало и рассматривает как дозволенное, но не как запрещённое, т. е. как правомерное, но не как противоправное.

То, что оказание действительной помощи лицу, находящемуся в состоянии необходимой обороны, являлось лишь случайным следствием рассматриваемого противоправного поведения и что субъект отнюдь не желал оказать ему такую помощь, конечно же, никакое отрицательное влияние на правомерность результата оказать не в силах.

Таким образом, *речь о правомерности результата в условиях противоправности деяния в уголовно-правовом понимании вполне допустима.*

Легко убедиться в том, что и при правомерности поведения также может быть допустимо наличие противоправности результата. Так, например, субъект, отражая незаконное нападение, может невольно совершить убийство третьего лица, не находящегося ни в каком отношении с упомянутым нападением. Мы считаем, что противоправность результата здесь неоспорима, так как результат в данном случае составляет то, что осуществлённое в условиях необходимой обороны поведение повлекло за собой гибель не того лица, которое являлось источником опасности, а того, кто созданию незаконной опасности ничем не содействовал.

Что касается вопроса правомерности подобного субъективного поведения, он представляет собой предмет довольно долгой полемики.

Согласно одной группе криминалистов, такое поведение не может рассматриваться как правомерное, ибо, как полагают они, потерпевший в таком случае остался бы совершенно незащищённым. А поскольку уголовное право, исходя из принципа всеобщего равенства перед законом, в равной мере дол-

жно охранять как потерпевшего, так и субъекта, оказавшегося в состоянии необходимой обороны, по их же утверждению, не может наделить ни одного из них правом агрессии в отношении правового добра другого. Эту позицию, в основном, поддерживали представители советской доктрины.

По мнению другой части учёных, в которой мы, прежде всего, подразумеваем современных немецких криминалистов, согласиться с вышеприведённым воззрением – значит лишить субъекта в этом конкретном случае права на необходимую оборону, что они небезосновательно рассматривают теоретически неприемлемым.

О правоте последней точки зрения свидетельствует и то обстоятельство, что понятие необходимой обороны охватывает более широкое понятие, чем только уголовно-правовая охрана жизни или здоровья обороняющегося, в частности одной из фундаментальных уголовно-политических целей института необходимой обороны заключается в том, что делинквент должен осознавать реальную ожидаемость оказания активного сопротивления со стороны потерпевшего, что нередко действительно сдерживает его в осуществлении своего преступного умысла. И если в вышеописанном примере лишить субъекта права на необходимую оборону, делинквент уже не будет обладать стойким сознанием того, что в результате незаконного нападения он сам же и может пострадать, что значительно увеличит как степень противоправной опасности, так и в конечном итоге тяжесть противоправной агрессии.

Ввиду этого следует признать оправданной позицию современных немецких криминалистов и признать, что упомянутый вид субъективного поведения общественно вреден только по результату, а по поведению – общественно полезен.

*Следовательно, догматически с правомерным поведением так же совместим противоправный результат, как с правомерным результатом – противоправное поведение.*

Как взаимодействует всё это с виной и виновной ответственностью?

В первом случае, т. е. когда дана комбинация противоправного деяния и правомерного результата, субъект может действовать виновно (если, разумеется, отсутствует специально установленное уголовным законом то или иное исключаящее вину обстоятельство). В приведённом нами примере лицо ответственно за покушение на убийство.

А во втором случае, несмотря на противоправность результата, ставить вопрос о виновной ответственности не может иметь смысла, потому как правомерность деяния уже является достаточным основанием для исключения вины. Понятно, что когда субъект действует правомерно, вызванный им противоправный результат ни при каких обстоятельствах не может быть пригоден в качестве обосновывающего вину фактора. Соответственно, недопустимость вины при сосуществовании правомерности деяния и противоправности результата нормативно-логически должна быть самоочевидной.

Однако проблема корреляции противоправности поведения и правомерности последствия с точки зрения виновности, на наш взгляд, должна решаться не таким образом, как это имеет место в господствующей в средние века или ныне догматике.

Сложно «разоблачать» средневековое уголовное право в определённой противоречивости в данном контексте, так как для него, как мы увидели, для обоснования вины отнюдь не всегда было необходимо объективное (внешнее) проявление антиправовых устремлений субъекта, его преступного замысла: там, где виновная уголовная ответственность может основываться только на внутреннем, фактически изолированном от внешнего мира поведении субъекта, правомерность результата как таковая в силу весьма прозрачной причины никогда не может исключить вину.

С принципиально иной ситуацией имеем дело в отношении современного уголовного права.

Во-первых, здесь объективная сторона деяния по своему значению целиком приравнивается к его субъективным показателям, и результат, как один из составных элементов объективной стороны, также приобретает важную теоретическую нагрузку.

Во-вторых, в современном уголовном праве нередко встречаются такие понятия или положения, которые содержат прямое противоречие с вышеупомянутой позицией, т. е. с тем, что правомерность результата не способна исключить вину, если само субъективное поведение рассматривается как противоправное. Возьмём хотя бы пример фактического воления совершения преступления делинквентом при убийстве по неосторожности. Когда субъект самонадеянно или небрежно (во время автотранспортного происшествия, исполнения служебных обязанностей и т. д.) лишает жизни то лицо, убийство

которого он в действительности желает, но в момент совершения преступления надлежало не распознаёт личность потерпевшего, в уголовно-правовом отношении присто считать, что делинквент не желал посягательства на жизнь потерпевшего. Как из этого следует, уголовное право в этом конкретном случае абсолютно игнорирует фактическое желание делинквента, и это так и должно быть, ибо его фактическое желание не находится ни в какой связи с тем, что им объективно содеяно.

Но дело именно в этом. Поскольку в этот раз при определении ответственности объектом акцентирования является не то, что желало лицо субъективно, а то, в какой связи находится его конкретное внутреннее поведение с вызванным в окружающей среде изменением, в случае соналичия противоправности поведения и правомерности результата имеется логически ещё более веское основание для абсолютного игнорирования фактического желания субъекта: если считаем допустимым пренебречь явно противоправным желанием субъекта в отношении вызванного им также противоправного результата, чем заметно снижаем степень его уголовной ответственности, почему не представляется возможным или точнее, почему не надлежит вести речь о пренебрежении деликтного желания и исключении или хотя бы смягчении уголовной ответственности тогда, когда налицо правомерный, общественно полезный результат?

Согласно доминирующей доктрине, в приведённом нами выше примере субъект со всей строгостью ответственен за покушение на убийство, тогда как детерминированный им общественно полезный результат оказывается вне определяющего внимания, так как считается, что данный результат наступил независимо от его воли и, соответственно, не может оказать существенного влияния на процесс определения ответственности, т. е. современная догматика в рассматриваемом случае максимально игнорирует упомянутый правомерный результат и наоборот, максимально учитывает выраженное в противоправном поведении деликтное желание.

Однако допустимо ли в рамках основанного на демократических принципах уголовного права, чтобы из субъективного деяния учитывать то, что направлено против субъекта и пренебрегать тем или иным элементом в его пользу?

Достаточно заменить определённую деталь в представленном здесь казусе, чтобы с данной точки зрения тем более усугубиться противоречию с исходными принципами современного уголовного права. Допустим, в вышепри-

ведённом примере для «делинквента» охрана общественного порядка составляет служебную обязанность. А это значит, что пресечение незаконного нападения является для него уже не субъективным правом, а уголовно-правовой обязанностью. В этом случае уголовная ответственность основывается на детерминации запрещённым поведением обязательного результата!

Нам бы вновь хотелось подчеркнуть то обстоятельство, что в каноническом праве подобное вполне могло считаться тривиальностью, но с современной уголовно-правовой мыслью, которая основательно знакома с каждым негативным аспектом как субъективизма, так и объективизма, такой подход категорически несовместим.

Более того, именно в этом находит своё выражение тот основной критерий, в соответствии с которым различаются друг от друга средневековое каноническое право и господствующая ныне уголовно-правовая доктрина. Для канонического права, опирающегося на религиозно-этические начала, главное проявление антиправового настроения субъекта, в то время как современное уголовное право базируется на чисто рациональных основах и преимуществом придаёт охране правового добра граждан.

С учётом этого всё перемещается в плоскость элементарной логики: Если исходным является положение, согласно которому главное значение придаётся индицированию антиправового настроения субъекта, тогда осуществлённый запрещённым поведением обязательный результат безусловно должен повлечь наказание, и наоборот, наступление обязательного результата вследствие противоправного поведения не может повлечь ответственность, если основополагающей уголовно-правовой ценностью признаётся охрана правового добра граждан. В силу этого когда субъект и поныне карается в уголовно-правовом порядке по поводу вышепредставленного деяния, это в данной перспективе может означать лишь регресс науки уголовного права по меньшей мере на шесть-семь веков и его аналогизацию со средневековым каноническим правом.

Но, с другой стороны, было бы также неверно рассматривать наличие уголовной ответственности в этом отдельном случае в качестве пережитка канонического права. Это, как вытекает из вышеуказанного, является следствием локализованной в пределах современной догматики половинчатости, т. е. непоследовательного восприятия основных уголовно-правовых принципов. В то же время, если мы склонны конфронтировать *чрезмерную абстракт-*

ность канонического права с истинно прагматичным характером современного уголовного права, непременно должно устраняться каждое конкретное проявление подобной непоследовательности.

На наш взгляд, несложно разобраться в том, что развитие идеи вины неразрывно связано с процессом развития других уголовно-правовых проблем. Иногда первое даже прямо вытекает из последнего. И это совсем не удивительно, так как наука уголовного права наподобие любой другой науки характеризуется строгими структурными закономерностями и материальная трансформация какого-либо одного понятия обязательно трансформативно влияет на другое определённое понятие или даже на целый ряд понятий уголовного права. Наглядной иллюстрацией этому служит корреляция понятий вины и аффекта в средневековом каноническом праве.

**Аффект** «Аффект в каноническом праве, – отмечает Г. Насс, – является обстоятельством, исключаящим *dolus*, он полностью исключает саму вину (например, в случаях совершённого в состоянии опьянения противоправного поведения или превышения пределов необходимой обороны). Несмотря на эти ограничения, каноническое понятие вины всё-таки включает в себя гораздо более широкое содержание, чем римская модель вины. Это материальное разрастание понятия вины выражено в том, что каноническое право основной акцент переносит на внутренние переживания субъекта, его внутреннее поведение. Для светских судов вряд ли могло бы быть приемлемо объявление наказуемым внутреннего поведения субъекта, таковым светское законодательство рассматривало субъективное побуждение только тогда, если оказывалось возможным обоснование его – как внешнего волевого акта – мотива. А в каноническом праве, служившем Церкви и в силу этого выполнявшем религиозную миссию, уголовно-правовая вина идентифицировалась там, где субъект рассматривался как находящийся под влиянием деликтного настроения. Исходя из этого, вина в каноническом праве основывалась на психологическом состоянии лица, а не на определённом случае, т. е. не на конкретно то или иное субъективное деяние, а в общем на неправомерное настроение»<sup>92</sup>.

Как из самой этой цитаты следует, здесь подразумевается как физиологический, так и патологический аффект, ибо каноническое понятие аффекта не делит на разновидности. Соответственно, всё то, что отмечалось выше

---

<sup>92</sup> G. Nass, Wandlungen des Schuldbegriffs, стр. 72.

о каноническом понятии аффекта, в равной мере касается и принятого в современном уголовном праве понятия физиологического аффекта. Физиологический аффект же в господствующей доктрине, в отличие от канонического права, представляет собой не исключающее, а смягчающее вину обстоятельство (если он, прежде всего, был вызван незаконным действием потерпевшего, что выразилось в насилии, оскроблении делинквента или его близкого и т. д.).

Современная доктрина, отрицая физиологический аффект в качестве исключающего вину обстоятельства, руководствуется тем, что физиологический аффект хотя с особой остротой воздействует на психику субъекта, но лишает его не полностью психической возможности отдавать себе отчёт в своём деянии, т. е. быть ответственным за это деяние. Это несомненно так и есть. И здесь в очередной раз находит своё наглядное проявление резкая контрастность канонического права и современного уголовного права. Если господствующая доктрина во время физиологического аффекта для обоснования ответственности опирается на то обстоятельство, что субъект всё ещё обладал определённой психической возможностью самоконтроля, каноническое право основанием отрицания ответственности называет то, что субъект был лишён способности совершенного психологического управления своим поведением.

Детальная аргументация последней позиции заключается в следующем: во-первых, лицо оказалось в состоянии сильного душевного волнения по независимой от его воли причине, и во-вторых, в условиях отсутствия аффекта, т. е. когда налицо свободная психическая возможность самоконтроля, оно несомненно воздержалось бы от своего противоправного поведения.

Нет ничего необычного в том, что совокупность этих двух элементов в каноническом праве препятствовала обоснованию уголовной ответственности за аффект. Как отмечалось нами выше, согласно каноническому праву, стержневым моментом является установление антиправового настроения субъекта. А в состоянии сильного душевного волнения субъект, как известно, не размышляет о правовых последствиях своего поведения и не анализирует, является его деяние правомерным или противоправным. Поэтому то, что совершается лицом в состоянии аффекта, вряд ли может характеризоваться как следствие антиправового настроения.



Об этом воочию свидетельствует превышение пределов необходимой обороны, совершённое в состоянии сильного душевного волнения. Когда субъект при превышении пределов необходимой обороны не находится в состоянии физиологического аффекта, он пределы необходимой обороны, как правило, превышает по мотиву возмездия, с целью самовольной кары потерпевшего, и в этом легко найти вышеупомянутое антиправовое настроение. Но если превышение пределов необходимой обороны является следствием (физиологического) аффекта, нельзя сказать, что субъект осознаёт самовольный характер своего поведения. Другой вопрос, что он может обладать сознанием противоправности, так как ещё не полностью лишился психологической возможности контроля над своим внешним поведением.

Главное то, что в данном случае отрицание ответственности совершенно совместимо с господствующим в каноническом праве принципом, согласно которому лицо может быть уголовно наказуемо за осуществлённое им внешне поведение только тогда, если оно в момент осуществления этого поведения психологически свободно.

Вместе с тем вышеприведённый пример может служить основой весьма важного вывода. Дело в том, что перенос акцента каноническим правом на внутреннее поведение однозначно рассматривается как радикальное ужесточение уголовной ответственности как таковой. Но на примере аффекта наглядно видно, что целостный подход к этой проблеме неоправдан. Исходя из этого, также неоправдано утверждение того, словно каноническое право, придавая преимущественное значение внутреннему поведению, ставило целью максимальное увеличение числа наказуемых деяний.

Немногими словами, *согласно канонической догматике, уголовно-правовая репрессия не представляла собой самоцель*, как это может показаться на первый взгляд.

Однако наше особое внимание привлекает второй случай аффекта, приведённый в примере Г. Насса. Здесь несомненно требует выяснения то, в какой мере соответствует исходным положениям канонического права исключение вины и виновной ответственности в таких случаях, когда лицо одновременно находится в состоянии опьянения и сильного душевного волнения.

Должен ли (физиологический) аффект исключать виновность совершённого в состоянии опьянения противоправного поведения, во многом зависит

от того, как воспринимается сама проблема совершённого в состоянии опьянения преступления.

В этом контексте каноническое право приходит к существенно тому же выводу, что и Аристотель. Последний относительно данного вопроса отмечает: «Лицу, находящемуся в состоянии опьянения, размер наказания следует удвоить, так как движущий принцип помещён в нём же: он осознанно ослабляет себе способность надлежащего действия. То же самое касается незнания требований закона. Виновное лицо вполне могло избежать это незнание, потому как от него и зависело сосредоточение собственного внимания»<sup>93</sup>.

То, что незнание нормы должно ужесточать ответственность, абсолютно совпадает с нашей точкой зрения. Но не вполне последовательной кажется представленная в вышецитированном утверждении Аристотеля аргументация.

Если основанием удвоения размера ответственности является то, что субъект осознанно ослабляет свою способность правомерного поведения, тогда при незнании нормы размер ответственности не может удвоиться в силу того, что на этот раз субъект снижает способность правомерного поведения не осознанно, не умышленно, а вследствие невнимательности, непредусмотрительности, т. е. по неосторожности.

Непосредственно в отношении совершаемого в состоянии опьянения преступления Аристотель в своих выводах всесторонне последователен. В этом случае лицо действительно обладает актуальным сознанием того, что он значительно ослабляет себе способность правомерного поведения. Состояние опьянения по неосторожности возможно лишь в виде исключений, и поэтому это обстоятельство на консеквентность мнения Аристотеля существенного негативного влияния оказать не может.

Однако основание для теоретической полемики здесь всё же налицо. Ставя себя в состояние опьянения, субъект отнюдь не уверен в том, что это неизбежно послужит причиной совершения им противоправного поведения<sup>94</sup> (хотя здесь, конечно же, налицо *actio libera in causa*). Напротив, он обычно убеждён – пусть недостаточно основательно – в том, что сможет воздержаться

---

<sup>93</sup> R. Loening, *Die Zurechnungslehre Aristoteles*, стр. 43.

<sup>94</sup> Разумеется, порой субъект ставит себя в состояние алкогольного опьянения именно с целью совершения определённого противоправного деяния, но эти особые случаи здесь не составляют предмет нашей заинтересованности, так как относительно данных случаев в рассматриваемом контексте мало чего проблематичного.

от всякой неправомерности, поскольку в противном случае, как им ясно осознаётся, ему грозит уголовная ответственность, что в одинаковой степени нежелательно для каждого субъекта. Поведение, иными словами, как ныне принято называть, является рискантным.

Следовательно, если попытаться следовать основным законам теории уголовного права, при совершённом в состоянии алкогольного опьянения противоправного деяния лицо генерально должно быть ответственно за уголовно-правовую неосторожность, несмотря на то, данное поведение (т. е. само поведение, осуществлённое в состоянии опьянения) является неосторожным или умышленным.

Если осуществлённое в состоянии опьянения противоправное поведение относится к той категории предусмотренных уголовным законом деяний, совершение которых возможно только умышленно (например, кража, оскорбление), то степень уголовной ответственности может снизиться в соответствии со специально выработанным критерием или же вовсе допустима уголовно-правовая условность и с учётом этого конкретного случая мы можем считать возможным совершение упомянутых деяний по неосторожности. Это уже вопрос уголовно-правовой техники.

Но не допускаем ли мы логическое противоречие, когда незнание нормы объявляем отягчающим вину обстоятельством, а осознанное достижение состояния опьянения – наоборот, рассматриваем как исключаящее уголовно-правовой умысел обстоятельство? Вовсе нет, так как уголовное право в условиях существующей социальной действительности не в состоянии запретить субъекту – немедицинское – принятие алкогольных напитков<sup>95</sup> (за исключением специальных случаев), тогда как незнание нормы несомненно может и должно быть предметом уголовно-правового запрета. А то, что не поддаётся уголовно-правовому запрету, не может служить и в качестве отягчающего уголовную ответственность обстоятельства.

Наряду с этим следует принять во внимание и то, что Аристотель не мог постичь подобные глубины, потому как уровень развития правовой мысли явно этому не способствовал. Тем более что относительно данной проблемы и современная наука уголовного права всё ещё далека от окончательного вывода.

---

<sup>95</sup> Скептически с точки зрения медицинского права L.-G. Kutalia, *Lagma*, т. LXXXVII.

Что касается взаимоотношения воззрения Аристотеля и представленной в каноническом праве позиции в рассматриваемом аспекте, они более и значительнее схожи, чем различны.

Пребывание в состоянии опьянения и в каноническом праве отягчает вину, с той лишь разницей, что степень отягчения вины здесь сравнительно ниже. Но несмотря на то что Аристотель и средневековое каноническое право аналогично подходят к вопросу виновности осуществлённого в состоянии опьянения противоправного поведения, принципиально различаются их подходы относительно уголовно-правовой роли аффекта в рамках этой же проблемы.

Согласно Аристотелю, аффект в общем представляет собой лишь смягчающее вину обстоятельство, так как, по его мнению, субъект, находящийся в состоянии сильного душевного волнения, не лишён способности действовать свободно, – эта способность всего лишь ограничена, в соответствии с чем управляемое начало, т. е. движущий принцип находится в самом субъекте.

В том случае, когда лицо, находящееся в состоянии сильного душевного волнения, в то же время находится и в состоянии опьянения, Аристотель ясно понимает, что на внешнее поведение субъективная воля не может распространиться вообще, но несмотря на это, он считает, что движущий принцип по-прежнему локализован в действующем, ибо субъект сознательным достижением состояния опьянения сам способствовал полному снижению способности свободного действия.

В отличие от этого, как нами отмечалось выше, каноническое право фокусирует своё внимание на том факте, что в момент совершения противоправного поведения субъект находился в состоянии тотальной невменяемости.

То, какая позиция более приемлема, может быть предметом длительной дискуссии. Но мало дискуссионного в том, что в упомянутом контексте в каноническом праве, в отличие от точки зрения Аристотеля, почти совсем не прослеживается предупредительность относительно последовательности соответствующих выводов.

С одной стороны, из цитированного нами комментария Г. Насса отчётливо следует, что в каноническом праве аффект полностью исключает вину только в таких случаях, как превышение пределов необходимой обороны, нахождение в состоянии опьянения и т. д., а в общем сильное душевное волнение исключает в каноническом праве не вину, а лишь *dolus*. С другой сто-

роны, нахождение в состоянии опьянения каноническим правом относится к числу отягчающих вину обстоятельств.

Однако что из этого следует? Выходит, что аффект, который генерально исключает только *dolus*, но не вину, достаточно привести в логическую связь с состоянием опьянения, т. е. с отягчающим вину обстоятельством, для того, чтобы он внезапно перевоплотился в основание исключения вины! Если руководствоваться этой логикой, становится непонятно, для чего нужна логика вообще.

**Германское право** Исходя из этого и других вышепредставленных соображений, принципы канонического мышления оказывают важнейшее влияние на средневековое уголовное право. В то же время было бы ошибочно полагать, словно каноническое право является единственным источником, выражающим уголовно-правовую мысль Средневековья. В уголовно-правовой литературе ему традиционно противопоставляется германское уголовное право.

Германская или немецкая (в рассматриваемом контексте это в основном одно и то же) уголовно-правовая доктрина не только принципиально отличается от рассмотренного нами выше канонического права, но по своей сути и чётко противостоит его основным положениям. Те фундаментальные принципы, на которых основаны эти два уголовно-правовые направления, настолько контрастны друг другу, что совсем непросто отнести их к имманентным явлениям одной и той же эпохи. Этот факт, в свою очередь, в определённой степени препятствует достоверному восприятию закономерного развития уголовно-правовой мысли. Закономерность развития уголовно-правовой мысли подразумевает то, что крайне упрощённый объективизм, которым характеризовалось средневековое германское право, не может наличествовать в условиях такой высокоразвитости идеи вины, как это имело место в каноническом праве. Хотя то же самое не следует понимать так, словно в рамках данной закономерности параллельное развитие противоположных уголовно-правовых направлений вообще недопустимо.

Как известно, согласно господствующему у нас в недалёком прошлом диалектическому материализму, противоречие представлялось даже в качестве необходимой предпосылки прогрессивного развития. Но если рассуждать в рамках современной логики, сложность заключается в том, что здесь налицо не только резкая контрадикторность, но и неприемлемо высокая степень кон-

трастности. Если в каноническом праве уголовная ответственность преимущественно ориентировалась на внутреннее поведение субъекта, которое внешне могло и не проявляться, интерес средневекового германского права главным образом ограничивается именно внешним поведением и его вредными последствиями.

Как выявляет вышепредставленный анализ, иногда и по каноническому праву лицо могло караться в уголовно-правовом порядке за все вытекаемые из его поведения вредные последствия, невзирая на то, могло ли оно предусмотреть каждое из них в отдельности. Но, как явствует из того же анализа, это явно противоречило исходным принципам самого канонического права, тогда как в средневековом германском уголовном праве подобное являлось именно исходным принципом.

Следует заметить, что проблематичный характер такого диссонанса в современном уголовном праве не остался незамеченным. Уже с прошлого столетия не один выдающийся криминалист пытался и пытается найти этому определённое научное объяснение, но сформированные ими выводы кажутся нам не вполне убедительными. Например, известный немецкий криминалист Э. Шмидт высказывает следующее предположение: «В то время как каноническое право исходило из внутреннего отношения субъекта, что вполне понятно, немецкая уголовно-правовая концепция за исходный момент принимала внешний эффект деяния. В основе этой концепции заложены следующие два фактора: во-первых, немецкое право к тому времени продолжает своё развитие как право мести (*Racherecht*), и, во-вторых, тогда, как правило, было сложно или вообще невозможно установление внутреннего отношения субъекта»<sup>96</sup>. Важнейшая характерная особенность т. н. права мести или – более распространённо – возмездия заключается в том, что все единолично осуществляют право. Это, прежде всего, означает отрицание уголовного права как публичного права.

В то же время, как свидетельствуют представленные ниже исследования других криминалистов, в средневековой германской уголовно-правовой доктрине право возмездия действительно находит своё проявление<sup>97</sup>, но не всеобъемлюще, как это следует из утверждения Э. Шмидта. В силу этого о

---

<sup>96</sup> E. Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, 2. Aufl., Göttingen, 1951, стр. 127.

<sup>97</sup> Ср. на примере шведского права D. Strauch, *Mittelalterliches Nordisches Recht bis 1500*, Berlin, New York, 2011, стр. 486.

средневековом германском уголовном праве можно отметить, что оно, несомненно находясь под значительным влиянием права возмездия, с последним как таковым не может принципиально отождествляться, т. е. средневековое германское право не является правом возмездия.

В любом случае, в рассматриваемом аспекте главное не то, с чем имеем дело: с правом возмездия или значительным влиянием права возмездия (это скорее фиксация проблемы, чем попытка её разрешения), а то, чем была обусловлена однозначно объективистская природа средневекового германского уголовного права.

В последующем тезисе Э. Шмидта, где речь идёт о сложностях выявления внутреннего отношения субъекта, эта задача отображается со всей полнотой, однако и в этом случае его утверждение исходит не из объективной действительности. Если каноническое право могло быть в состоянии обладать способностью установления непроявленной во внешнем противоправном поведении субъективной эмоции, т. е. сугубо абстрактного противоправного расположения духа, германское право тем более должно было быть в состоянии создать себе надлежащее представление о внутреннем поведении субъекта, так как оно явно «не умаляло» значение объективной стороны преступления, что так важно с точки зрения индицирования субъективных компонентов.

Это сравнение настолько транспарентно и естественно, что оно не могло скрыться и из поля зрения Э. Шмидта. В силу этого он, по-видимому, стремится обосновать то, что немецкое право хотя и основывалось на рациональных началах, но отсутствие надлежащих социальных детерминантов тормозило их практическую реализацию.

Так или иначе, в случае рассматриваемой позиции напрашивается не совсем содержательный вывод. Представим себе, что следствием не удалось установить, какая цель двигала субъектом при изготовлении фальшивых денежных купюр: просто хранения, что уголовно ненаказуемо, или сбыта, что запрещено уголовным законом. Согласно ходу рассуждений Э. Шмидта, вопрос об ответственности в этом случае должен решаться позитивно, так как не удалось идентифицировать реально существующее внутреннее поведение субъекта (!).

Если уголовное право признаёт рациональность в качестве общего критерия, здесь и во всех других случаях, когда совершенное выявление внутреннего поведения уголовно-правовыми средствами и методами невозможно, уголовная ответственность безоговорочно должна исключаться, как это встречается в современном уголовном праве. В противном случае речь о рациональности была бы самой большой иррациональностью.

Исходя из этого, средневековое право лишено принципа рациональности. То, что вышецитированные постулаты не могли быть продуктивными, это само собой разумеющееся, так как Э. Шмидт стремился совместить несовместимое: рациональность и объективное вменение.

Достоинно внимания также то обстоятельство, что он в конечном итоге ставит целью не истолкование принятого в средневековом германском праве строгого объективизма, а оправдание этого объективистского видения, – потому как «тогда, как правило, было сложно или вообще невозможно установление внутреннего отношения субъекта», получается, что объективизм в средневековом германском праве не мог иметь никакой альтернативы. Но, на наш взгляд, всё это должно рассматриваться в диаметрально противоположной плоскости.

С одной стороны, сам факт того, что каноническое право создало прецедент ориентированного на внутреннее поведение субъекта уголовного права, делает неоправданным всякое суждение о том, словно германская доктрина не была способна познать систематическую роль субъективных элементов преступления и, соответственно, признать его решающее значение; но, с другой стороны, непременно следует учесть и то, что германская уголовная доктрина принципиально противостоит каноническому праву, точно так же, как всякое светское противилось воцарению церковных начал.

Исходя из последнего замечания, германская уголовная доктрина по той причине игнорировала приоритизацию каноническим правом субъективных элементов, что она пыталась удержаться за традиции светского права и пресечь вторжение в него церковного мировоззрения.

Вместе с тем данный сравнительный анализ служит основанием формирования весьма актуального для нас вывода, в частности в том конкретном аспекте, какова интенсивность развития идеи вины в светском и церковном праве.



Из вышепредставленного анализа следует, что *идея вины гораздо интенсивнее развивалась в каноническом праве, чем в светской уголовно-правовой догматике*. Так как церковным правом главное значение придавалось духовным ценностям, а не социальным отношениям, вина при нём всегда представляла собой объект преимущественного акцентирования, в отличие от чего чрезмерно утилитарный подход светского права значительно сковывал прогрессивное развитие субъективной стороны преступления, в том числе вины как центрального компонента субъективной стороны.

Это, естественно, не следует понимать так, будто светское право, в частности германская уголовная доктрина Средневековья вообще не создавала условий для позитивного развития понятия вины. Само то обстоятельство, что германское право признавало вину как самостоятельное понятие, наглядно свидетельствует о наличии в нём проблемы вины и, следовательно, необходимости её теоретического освоения. Ввиду того что наука в общем не может характеризоваться статичностью, её отдельные понятия также не могут быть лишены динамического характера.

В уголовно-правовой литературе отчётливо видно наличие обоих моментов, т. е. то, что средневековое германское право признавало понятие вины и то, что для последнего не была чуждой постепенная структурная трансформация.

В отношении первого из них В. Хардвиг отмечает следующее: «Средневековое немецкое уголовное право является уголовным правом результата (Erfolgsstrafrecht). Но его определённости результатом отнюдь не свидетельствует о том, что для немецкого уголовного права оставалось неизвестным такое понятие, как вина. И в немецком уголовном праве имели место такие случаи, когда было необходимо ограничение принципа причинности»<sup>98</sup>. Под ограничением принципа причинности подразумевается то, что установление причинной связи между осуществлённым внешне противоправным поведением и вредным последствием недостаточно для обоснования уголовной ответственности. В таком случае предметом определённого интереса становится субъективная сторона преступления.

Наряду с этим следует заметить и то, что значение вины в германской доктрине хотя неудачно понимается в отношении объективной стороны преступ-

---

<sup>98</sup> W. Hardwig, Die Zurechnung, стр. 33.

ления, но в рамках самой субъективной стороны, т. е. в связи с остальными компонентами субъективной стороны она определяется вполне приемлемо: вина здесь не приравнивается ни к понятию субъективной стороны и не сводится ни до её рядового звена. С одной стороны, наличие вины генерально не зависит от цели, мотива, эмоции и т. д., что свидетельствует о том, что эти последние понятия по определению интегрированы не в понятие вины, а мыслимы за пределами понятия вины как самостоятельные элементы субъективной стороны преступления. С другой стороны, с точки зрения обоснования уголовной ответственности как таковой, причинная связь сопровождается не этими элементами в отдельности, а только виной. Ввиду этого составные части субъективной стороны однозначно подчинены понятию вины.

Однако этим значительным сдвигам подвергнуто только содержание вины, а сущность вины точно так же, как её функция, в средневековом уголовном праве всё ещё воспринимается ненадлежащим образом.

Если вина функционально представлена как систематическое дополнение причинной связи, её суть германская доктрина усматривала в конкретной вменяемости, т. е. в том, что субъект в момент совершения преступления мог действовать правомерно.

Без конкретной вменяемости (*виноспособности*) уголовно-правовая вина действительно немыслима, но данный момент связан с виной только в качестве предпосылки, что указывает на то, что он понятием вины не охвачен. Но допустимо ли искать суть вины в том, что располагается за пределами понятия вины? Для этого по меньшей мере необходим пересмотр основ логики предикатов, что позволить себе уголовное право не в силах.

В то же время, если вернуться к проблеме структурного развития вины в средневековой германской доктрине, возможно выделение и другого важного момента. А именно: в уголовно-правовой литературе наглядно выделяется тот факт, что средневековое немецкое уголовное право подразделяло не только понятие вины на отдельные виды, а производило также последующую дифференциацию последних. В этом отношении в значительной степени актуален взгляд, касающийся формальной стороны косвенного умысла: «На развитие учения о вине большое влияние оказали воззрения Биомера. Биомер в качестве альтернативного названия *dolus indirectus* предлагает *dolus eventualis*, в чём он подразумевает эвентуальное согласие субъекта относительно деликтного результата, осуществление которого он не ставил себе це-

лью. По мнению Биомера, субъект желает предвиденный им результат, хотя не всегда непосредственно, но эвентуально»<sup>99</sup>.

До того как приступить к анализу позиции Биомера, необходимо подчеркнуть, что значение косвенного умысла в германском праве сильно отличается от его канонической модели. *Dolus indirectus* в каноническом праве означает наступление более тяжкого последствия, чем было предвидено делинквентом, тогда как германская уголовно-правовая доктрина определяет его приблизительно так же, как современное уголовное право.

Согласно представленной в каноническом праве позиции, косвенный умысел включает в себя явно характерные для неосторожной вины признаки. Когда реально осуществлённый результат является более тяжким, чем это предвиделось умыслом субъекта, это свидетельствует о том, что лицо фактически предвидело другой, реально неосуществлённый, а не этот конкретный результат, вызванный его неправомерным поведением.

На наш взгляд, не должно быть спорным то обстоятельство, что количественная разница между ними (наступившим вредным последствием и имеющимся в представлении субъекта противоправным последствием) в то же время включает в себя и качественное различие. Так, например, субъект, стремящийся к причинению малозначительного ущерба лицу, может невольно причинить ему значительный ущерб или повлечь тяжкое телесное повреждение последнего. В первом случае противоправный результат в силу своей малозначительности не создаёт основания наказуемости, во втором же – наоборот, что убедительно доказывает, что вызванное субъектом во внешнем мире вредное изменение может даже принципиально отличаться от вредного последствия в его представлении.

Таким образом, если имеем дело с наступлением более тяжкого противоправного результата, чем предвиделось субъектом, налицо две разные последствия, одну из которых, т. е. ту, которая была осуществлена вследствие противоправного поведения, субъект не предвидел вообще. Но когда лицо не предвидит ни неизбежность, ни возможность наступления конкретного вредного последствия, в какой мере может быть оправдана речь об уголовно-правовом умысле?

---

<sup>99</sup> G. Nass, *Wandlungen des Schuldbegriffs*, стр. 74.

Допущение подобного предположения возможно только за счёт противоречивой корреляции уголовно-правового и этимологического значений умысла, так как этимологически вызванный субъектом результат не может быть продуктом его умышленной деятельности, если у него об этом результате не имелось ни малейшего представления.

Более того, в некоторых случаях без предвидения субъектом противоправного результата не может быть обоснована и неосторожная вина. Например, современное уголовное право исходит из самонадеянности только, если субъект предвидел возможность наступления вредных последствий. Именно в силу этого немецкие криминалисты именуют данный вид неосторожности сознательной неосторожностью.

Следовательно, рассуждая с точки зрения современной уголовно-правовой догматики, то, что каноническим правом определяется как косвенный умысел, может корреспондировать в известной степени разве что с небрежностью. Ввиду этого в рассматриваемом аспекте средневековая германская доктрина определяет понятие косвенного умысла гораздо приемлемее, чем каноническое право.

Но что следует выделить относительно воззрения Биомера? Прежде всего, то, что здесь перед нами довольно небезынтесная теоретическая проблема. Выше мы досконально проанализировали, в силу чего допустимо именовать данный вид умысла одновременно и косвенным, и эвентуальным, в результате чего выяснилось, что косвенность является признаком, определяющим волевою сторону этого подвида вины, а эвентуальность определяет его интеллектуальную сторону. «Эвентуальное согласие субъекта относительно деликтного результата», т. е. то, что «субъект желает предвиденное им последствие эвентуально», недвусмысленно указывает на то, что и эвентуальность у Биомера – понятие, вытекающее из специфики волюнтативных признаков.

Однако это отнюдь не должно восприниматься так, словно представленные нами выше в связи с косвенным умыслом утверждения в корне расходятся с позицией Биомера. Сложность заключается в том, что средневековая германская уголовно-правовая доктрина, в отличие от современной уголовно-правовой мысли, не отделяла интеллект от воли и вследствие этого волюнтативная категория в то же время включала в себя и всё интеллектуальное. Исходя из этого, Биомер и вместе с ним другие правоведы средних веков

упоминали в качестве волюнтаривных признаков косвенного умысла все те моменты, которые ныне содержатся в интеллектуальной стороне косвенного умысла.

В силу этой же причины (т. е. в силу того, что эти два вышеупомянутые аспекта надлежащим образом не различались между собой) нередки были такие случаи, когда свойственные интеллектуальным элементам особенности совершенно безосновательно распространялись на весь «волюнтаривный состав» определённого подвида вины. С аналогичным алогизмом сталкиваемся и в воззрении Биомера, где речь идёт об «эвентуальном согласии» и «эвентуальном желании». Иначе его взгляд становился бы совершенно неразъяснимым.

Что означает «эвентуальное согласие субъекта относительно деликтного результата»? Это свидетельствует о том, что лицо не соглашается, а может соглашаться с наступлением вредного последствия, т. е. (если перевести это на язык современного уголовного права) при косвенном умисле уголовная ответственность основывается не на том, что субъект сознательно допускает вредные последствия, а на том, что он может сознательно допускать наступление таких последствий! Однако очевидно, что на таком чрезмерно абстрактном, чрезмерно гипотетическом подходе уголовная ответственность не могла основываться.

То, что субъект может сознательно допускать наступление противоправного результата, свидетельствует только о том, что совершенно неясно, имело ли место со стороны субъекта сознательное допущение наступления вредных последствий. Предположение, вероятность (какой высокой степенью бы они ни отличались) и т. д. в рамках суждения о виновности недопустимы. Даже согласно самому каноническому праву, где господствовал крайний субъективизм, лицо не могло в уголовно-правовом отношении быть ответственно за то, что у него могла наличествовать злая воля (противоправная эмоция).

Существенно то же самое можно отметить и об «эвентуальном желании». Когда Биомер утверждает, что действующий с косвенным умислом обладает не «актуальным желанием», как это встречается при прямом умисле, а желает данное последствие лишь эвентуально, это, на первый взгляд, в определённой степени даже упрощает дифференциацию косвенного умысла и прямого умысла и делает более наглядным данное между ними различие, но в действительности в представленном Биомером утверждении мало чего за-

манчивого. «Возможное (эвентуальное) желание», наподобие «эвентуальному согласию», по своей природе не может быть уголовно-правовым термином, так как его также чрезвычайно абстрактное содержание целиком выходит за рамки уголовно-правового интереса. В силу этого субъекту не может вменяться в вину ни «эвентуальное согласие», ни «эвентуальное желание».

Однако последнее понятие несомненно требует последующего обобщения. Замечание Биомера относительно того, что при косвенном умысле субъект желает противоправное последствие эвентуально, может быть воспринято не только так, что субъект «может желать» данное последствие, а в равной мере и так, что он вредное последствие «желает как возможное». А вследствие этого налицо уже основание важной полемики.

И поныне в уголовном праве окончательно не решён вопрос о том, в какой мере допустима интеграция в отдельную форму уголовно-правового умысла или вовсе выделение в качестве самостоятельной формы умышленной вины такой интеллектуально-волевой конструкции, как желание вредного последствия и предвидение возможности его наступления. Например, в России данная проблема находит своё выражение не только в теории уголовного права, но и в уголовном законодательстве. Н. Ф. Кузнецова в 25-й статье составленного ею проекта УК РФ, которая в неизменном виде была принята, отмечает: «(...) Преступление признаётся совершённым с прямым умыслом, если лицо осознавало общественную опасность своего действия (бездействия), предвидело *возможность* (выделено нами – автор) или неизбежность наступления общественно опасных последствий и желало их наступления»<sup>100</sup>. Здесь, как видим, представленная Биомером в косвенном умысле совокупность интеллектуальных и волевых признаков помещена в рамках прямого умысла. Но главное в данном случае не то, к какому из видов вины принято относить рассматриваемый вид поведения, а то, что и современное уголовное право рассматривает его в качестве догматически приемлемого.

Мы в седьмой главе настоящего труда хотя увидим, что комбинация интеллектуального признака прямого умысла (предвидение неизбежности наступления вредного последствия) и волевого признака косвенного умысла (сознательное допущение вредного последствия) приводит к формированию нового вида виновного поведения, но там же наглядно будет представлен тезис,

---

<sup>100</sup> Н. Ф. Кузнецова, Новое уголовное право России. Общая Часть, Москва, 1996, стр. 9.

согласно которому комбинация волевого элемента прямого умысла (желание противоправного последствия) с интеллектуальным элементом косвенного умысла (предвидение возможного осуществления противоправного последствия) не порождает разновидность виновного поведения (иначе 2-е изд.).

Недопустимо отрицание того, что субъект фактически действительно может желать противоправный результат, в то время как предвидит лишь возможность его наступления, но в уголовно-правовом отношении всё это выглядит гораздо сложнее.

То, что субъект желает противоправный результат, само собой подразумевает то, что субъект желает неизбежность наступления противоправного результата, но ввиду того что в представленном здесь примере он учитывает возможность наступления вреда, следует признать, что в рамках данного поведения субъект желает деликтный результат не в качестве неизбежного, а в качестве возможного.

Лицо не может привлекаться к уголовно-правовой ответственности за то, что оно желает неизбежности наступления вредного последствия, если оно в то же время не уверено в неизбежности наступления данного последствия. В таких условиях желание неизбежности осуществления деликтного результата вообще не может повлечь уголовно-правовую заинтересованность, так как оно формально-логически несовместимо с содержанием интеллектуальной стороны.

Исходя из этого, когда виновное поведение с волевой стороны выражается в желании субъекта вызвать противоправный результат, а с интеллектуальной стороны заключается в предвидении возможности его осуществления, следует заключить, что субъект, с уголовно-правовой точки зрения, желает деликтное последствие как возможное.

Это, в свою очередь, абсолютно совпадает с представленной нами выше биомерской интерпретацией косвенного умысла. Но если два независимо друг от друга сформированных вывода совпали, это ещё вовсе не подтверждает их безупречность.

Хотя наука уголовного права – подобно любой другой науке – основывается на собственных законах и принципах, но каждый закон или принцип науки уголовного права должен быть в строгом соответствии с фундаментальными требованиями логики, философии и некоторых других наук.

Пренебрежение именно таким требованием имеет место, когда утверждаем, что при косвенном умысле (Биомер) или при прямом умысле (современная догматика) субъект «желает» вредное последствие «как возможное».

Достаточно даже поверхностно разобраться в сущности возможности как философского понятия, чтобы констатировать, что противоправный результат как таковой и противоправный результат как возможный в рассматриваемом контексте – антонимные понятия.

Ввиду этого если оставить в силе сформированное в конце соотношение интеллектуальных и волевых признаков, получится, что основание наказуемости (в этом случае) будет составлять не отношение волевой деятельности субъекта собственно к противоправному результату, а к принципиально отличающемуся от противоправного результата феномену, т. е. к возможности осуществления противоправного результата, что теоретически недопустимо.

Вкратце, если субъект желает вредное последствие как возможное, это свидетельствует о том, что объектом его желания предстаёт не само вредное последствие, а наличие вредного последствия, так как возможность осуществления вредного результата, к чему направляется волевая деятельность субъекта, равно именно отсутствию вредного результата. А о том, в каком волевом отношении находится лицо конкретно к вредному последствию, выстроенная в таком виде субформа виновного поведения не создаёт никакого представления.

Другой вопрос, когда волевая деятельность выражается в сознательном допущении вреда. Если субъект сознательно допускает возможность наступления противоправного последствия, понятно, что он мирится, соглашается с реальным осуществлением упомянутого результата и тем самым отчётливо выделяется прямая логическая связь его волевого акта с деликтным результатом. Но если лицо не сознательно допускает, а желает возможность осуществления вредного результата, выходит, что всё внимание сконцентрировано на этом последнем моменте, а догматическое значение всего того, что оказывается за пределами упомянутой возможности, т. е. того, что касается непосредственно деликтного результата как такового, всецело затмевается и, соответственно, не может быть в надлежащей связи с субъективной волей.



На наш взгляд, выход следует искать в пренебрежении, целевом игнорировании фактического желания субъекта, в результате чего оказалось бы возможным слияние вышепредставленного поведения с понятием косвенного умысла (подразумевается, естественно, современная модель косвенного умысла). Но это уже предмет самостоятельного исследования.

А в этот раз в рамках анализа воззрений Биомера отметим лишь то, что в современном уголовном праве у игнорирования фактического желания субъекта имеется не один научно обоснованный прецедент. Так, например, Т. В. Церетели в комментарии к УК ГССР отмечает: «Руководящее начало волевого решения как необходимый элемент умысла подразумевает, что это решение всегда опережает действие лица, которое причиняет вред охраняемому правом объекту или создаёт опасность причинения такого вреда. Умысел всегда направлен в будущее. Поэтому, если в момент совершения деяния лицо не предвидело осуществление общественно опасного последствия своего действия, умысел не может иметь место, даже если лицо, узнав о последствии своего действия, удовлетворено тем, что его действие повлекло этот результат»<sup>101</sup>. Или там же: «Как интенсивно не желало бы лицо преступный результат, лишь полая надежда случайного совпадения обстоятельств исключает умысел»<sup>102</sup>.

Таким образом, сам факт игнорирования фактического желания не может рассматриваться как попираание уголовно-правовых традиций, методологических начал уголовного права.

Наряду с этим вновь следует заострить наше внимание на том обстоятельстве, что современное Биомеру уголовное право интеллектуальные элементы того или иного подвида вины не отделяло от его волюнтаривных признаков, в силу чего мнение Биомера об эвентуальности субъективного желания при косвенном умысле не может восприниматься в прямом смысле.<sup>103</sup>

<sup>101</sup> თ. წერეთელი, გ. ტყეშელიაძე (რედ.), საქართველოს სსრ სისხლის სამართლის კოდექსის კომენტარები, სტრ. 48.

<sup>102</sup> Idid., სტრ. 49.

<sup>103</sup> Затрагивая проблему возможности осуществления результата, нельзя не выделить ту неточность, которой в данном контексте характеризуется уголовно-правовая догматика. Как известно, от невозможности до действительности в философии различают три основных вида возможности: формальную, абстрактную и реальную, т. е. конкретную. Разумеется, сложно злоупотребить тем, что в понятии косвенного умысла не уточняется, какой вид возможности имеется в виду, так как когда лицо предусматривает формальную или даже абстрактную возможность осуществления деликтного результата, суждение

Нельзя сказать, что средневековая германская правовая доктрина проявляла значительную заботу с точки зрения дифференциации публичного и частного права (что нами и выше чрезвычайно выделялось). Это с особой наглядностью наблюдается на примере уголовного и гражданского права.

Отсутствие стабильного разграничительного критерия между публично-правовыми и частно-правовыми принципами нередко обуславливало инфльтрацию гражданско-правовых представлений в уголовное право, в чём легко можно убедиться хотя бы на примере средневековой германской доктрины, прежде чем затронем современное состояние проблемы.

Следует отметить, что это обстоятельство не обходится стороной и немецкими криминалистами, хотя иногда их выводы не вполне последовательны. Наглядным примером этого является следующее замечание В. Э. Вильды: «Одна из причин недостаточного разделения заключается также в том, что отсутствовало совершенное размежевание уголовно-правовых и гражданско-правовых последствий деяния. Денежный выкуп (Wergeld) означал не только уголовно-правовое последствие деяния, но также возмещение ущерба за совершённое убийство»<sup>104</sup>. Исходя из этого утверждения, не отсутствием надлежащей дифференциации принципов публичного и частного права обусловлена неадекватная разграниченность уголовно-правовых и гражданско-правовых последствий субъективного деяния, а наоборот – именно этот последний фактор лежит в основе стихийной корреляции публичноправовых и частноправовых принципов, что не может быть достоверным событием, так как деление правовой системы на публичные и частные отрасли первично по своему значению и, следовательно, неслаженное оркестрирование публичноправовых и частноправовых начал может выступать в рассматриваемом отношении только в качестве причины.

Право делится на публичные и частные отрасли в соответствии с тем, какой вид интересов – государственный или индивидуальный – затрагивают регулируемые соответственной отраслью отношения. Римский правовед Ульпиан, положивший начало понятиям публичного права и частного права,

---

о виновности в самом каноническом праве могло быть допустимо лишь в виде исключения. Но научная высокоточность требует, чтобы в понятии эвентуального умысла упоминалась не возможность в общем, а соответственная форма возможности. Следовательно, содержание косвенного умысла должно определяться как сознательное допущение реальной (конкретной) возможности осуществления вредного последствия.

<sup>104</sup> W. E. Wilda, *Das Strafrecht der Germanen*, Halle, 1842, стр. 32.

полагал, что ту часть входящих в систему права норм, которая служила государственным интересам, следовало определять как нормы публичного права, а правовые нормы, направленные на охрану интересов отдельных лиц, он рассматривал в качестве элементов частного права.

Вследствие этого можно с уверенностью отметить, что если система права строго подразделена на публичные и частные отрасли, диффузионное взаимоотношение между уголовно-правовыми и гражданско-правовыми последствиями субъективного деяния становится теоретически невозможным.

Практически данное положение свидетельствует о том, что в таком случае (т. е. когда в качестве одного из критериев структуризации права на отдельные отрасли выступает форма выраженного в нём интереса) не может иметь место никакая ориентированность частноправовых принципов на нарушение публичного интереса.

Однако здесь же следует заметить и то, что в этом отношении в каждом отдельном случае однозначный вывод напрашивается далеко не сам собой, и из вышеприведённого примера В. Э. Вильды это чётко следует. Убийство, о котором идёт речь в его воззрении, является ли нарушением только публичного интереса? Вне всякого сомнения, что убийство посягает также и в первую очередь на частный интерес самого потерпевшего и его близких. Но если уголовное право – отрасль публичного права, данное деяние должно вызывать его интерес лишь настолько, насколько оно посягает на публичный интерес, а посягательство на индивидуальный интерес в силу той же причины не может составлять предмет уголовно-правового анализа (существующие в современном уголовном праве т. н. дела частного обвинения представляют собой всего лишь исключение из упомянутого правила; в какой мере подобные исключения могут быть допустимы – это другая проблема, которой коснёмся чуть ниже).

В отличие от этого, приведённый в примере В. Э. Вильды институт денежного выкупа указывает на то, что средневековое германское уголовное право не довольствуется охраной публичных интересов и активно вторгается в сферу индивидуальных интересов, что совершенно несовместимо с принципами публичного права.

Но здесь наиболее важно неискажённо усмотреть сущность проблемы. В частности, было бы неверно утверждать, словно германское право придава-

ло равное значение нарушению публичных и индивидуальных интересов. От воли потерпевшего (включая близких) зависело только то, должен ли был субъект привлекаться к уголовной ответственности по поводу уголовно-правовых последствий нарушения индивидуального интереса, но если в то же время дело касалось и посягательства на охраняемый в уголовно-правовом порядке публичный интерес, потерпевший не мог оказывать никакого действительного влияния на уголовную ответственность в данном аспекте. Соответственно, субъект наказывался в уголовно-правовом порядке за нарушение публичного интереса, несмотря на то, считал ли потерпевший свой индивидуальный интерес нарушенным и желал ли привлечения делинквента к уголовной ответственности за нарушение индивидуального интереса.

Таким образом, в средневековой германской уголовно-правовой доктрине при определении ответственности нарушение публичного интереса представляет собой хотя не единственный, но приоритетный ориентир.

С другой стороны, не следует упускать из внимания и то, что публичный и частный (индивидуальный) интерес – принципиально отличные друг от друга понятия. Ничего общего с существующей действительностью не имеет мнение, согласно которому это первое понятие включает в самом себе последнее и ввиду этого при нарушении публичного интереса отдельное выделение посягательства на индивидуальный интерес словно нецелесообразно.

Публичный интерес означает государственный, а не общесоциальный (общественный) интерес, который представал бы в качестве совокупности индивидуальных интересов. Даже в том случае, если отождествлять публичные интересы с общесоциальными интересами, публичное всё же не смогло бы совершенно охватить частное, потому как общественные интересы, как совокупность частных интересов, образуются не в результате спонтанного суммирования последних, а результате взаимолимитации, частичного взаимоиключения.

Это что касается теоретического аспекта вопроса. Практически размежевание публичного и частного интереса представляется тем более простой задачей. Скажем, лицо, причинившее потерпевшему тяжкое телесное повреждение, является его же близким родственником. В соответствии с публичным интересом субъект со всей строгостью должен привлекаться к ответственности за содеянное преступление (так как публичный интерес как таковой нарушен), тогда как сам потерпевший в силу более чем понятных при-

чин может категорически противиться применению в отношении него даже самого незначительного наказания.

Следовательно, различие между публичным и частным интересом не должно вызывать никакого сомнения. А в соответствии с этим не может быть неприемлемо и то, чтобы о нарушении публичного и частного интереса вести речь раздельно, независимо друг от друга.

Более того, это самое скромное требование принципа справедливости. Представим себе, что субъект обвиняется в уничтожении имущества другого лица (умышленно или по неосторожности), что последнему причинило значительный ущерб. Если ограничить сферу правового реагирования нарушением только публичного интереса, получим, что положение потерпевшего, возникшее в результате преступного деяния, – правовая иррелевантность. Хотя то, что уничтожение имущества граждан является предусмотренным уголовным законом, т. е. наказуемым деянием, уже означает то, что право генерально охраняет частное имущество каждого гражданина от подобных деяний. Но это только генерально. А для того чтобы упомянутое правовое добро было охраняемо и конкретно, необходимо в качестве объекта правового реагирования представить себе, помимо попирания публичного интереса, также посягательство на индивидуальный интерес.

Вследствие этого отграничение индивидуального интереса от публичного и дифференцированный подход к их нарушению следует признать достоянием средневековой германской правовой мысли, а не проявлением её отсталости.

Единственная оплошность в данном отношении, допущенная германской доктриной, состоит в том, что она нарушение индивидуального интереса также рассматривает в рамках уголовного права.<sup>105</sup>

**Обвинение**            Возникает вопрос: насколько обосновано упомянутое нами выше исключение, которое касается выделения в современном уголовном праве т. н. дел частного обвинения.

Разумеется, исключение – не правило и предъявлять к ним идентичные требования нельзя, но это первое только тогда может быть признано приемле-

---

<sup>105</sup> Однако и эта перспектива современной доктрины, в свою очередь, не блещет последовательностью. Ибо в рамки ульпиановской дифференциации не вписывается частное обвинение, которое не менее значимо, чем сама ульпиановская дифференциация.

мым, если его появление обусловлено наличием того или иного собого обстоятельства.

Прежде всего, посмотрим, в каком отношении находится данное исключение с уголовно-правовым значением публичного интереса.

Как показывает процессуальная сторона вопроса, и возбуждение, и прекращение уголовных дел упомянутой категории зависит от воли потерпевшего, поскольку уголовное дело в этом случае может быть возбуждено только тогда, если налицо жалоба потерпевшего и должно быть прекращено тотчас же, как только в ходе судебного разбирательства потерпевший примирится с посудимым. Очевидно, что публичный интерес здесь вовсе не фигурирует.

Хотя когда потерпевший в силу определённой причины не в состоянии защитить свои права или совершённое против него противоправное деяние характеризуется «особым общественным значением», дело возбуждается и при отсутствии жалобы потерпевшего, но это в вышепредставленный сегмент рассматриваемой проблемы никакого существенного изменения не вносит.

Последним моментом подчёркивается лишь то, что данное деяние посягает также на публичный интерес, но в первом случае, т. е. когда как возбуждение, так и прекращение уголовного дела осуществляется по усмотрению пострадавшего, нарушение публичного интереса остаётся целиком пренебрежённым.

Таким образом, в отношении этой конкретной категории наказуемых деяний уголовное право выше публичного интереса ранжирует индивидуальный интерес потерпевшего.

На первый взгляд, при уголовных делах частно-публичного обвинения примат индивидуального интереса перед публичным интересом рассеивается. Частно-публичное обвинение, подобно частному обвинению, подразумевает возбуждение уголовного дела только на основании жалобы потерпевшего, но, в отличие от частного обвинения, здесь воля потерпевшего уже не воздействует на прекращение дела: ни примирению с обвиняемым, ни отзыву жалобы значение для делопроизводства не придаётся.

Если опираться только на то обстоятельство, что индивидуальный интерес не в силе оказывать влияние на прекращение дела, то приоритетность публичного интереса не подлежит сомнению.

Однако соотношению публичного и частного интереса с точки зрения прекращения уголовного дела логически предшествует их корреляция на этапе возбуждения уголовного дела. А для того чтобы определить, каково в итоге взаимоотношение этих двух видов интереса в условиях публичного обвинения, важнее всего форма их корреляции именно на этапе возбуждения уголовного дела, где решающее значение приходится на нарушение индивидуального, а не публичного интереса.

Действительно, когда зависит от самого потерпевшего, станет ли вообще определённое деяние предметом уголовно-правового рассмотрения, совершенно неуместно говорить о примате публичного интереса перед индивидуальным интересом. Различие между частным и частно-публичным обвинением с точки зрения взаимоотношения публичного и частного интереса, выражается в том, что при частном обвинении целиком отрицается уголовно-правовое значение публичного интереса, тогда как частно-публичное обвинение хотя бы частично признаёт догматическую роль публичного интереса.

В то же время напрашивается вопрос о том, насколько приемлемо может быть в уголовном праве отрицание (при частном обвинении) или умаление (при частно-публичном обвинении) нормативного значения публичного интереса, т. е. в чём выражаются упомянутые нами выше особые обстоятельства, обуславливающие выделение данного исключения?

Наиболее важным моментом в этом контексте, привлекающим наше внимание, является форма вины.

Если бы уголовно-процессуальное право в порядке частного и частно-публичного обвинения рассматривало только совершённые по неосторожности преступления, деградация уголовно-правового значения публичного интереса могла бы в определённой степени обосновываться.

Однако в действительности всё наоборот. Делами частного обвинения законодатель объявляет умышленное лёгкое телесное повреждение, клевету (без отягчающих обстоятельств), оскорбление и т. д., а частно-публичное обвинение распространяется на такие предусмотренные уголовным законом деяния, как изнасилование (без отягчающих обстоятельств) и нарушение изобретательских и авторских прав.

Как видим, перед нами перечень умышленных преступлений (это, естественно, не следует понимать так, словно частное и частно-публичное уголовно-

-правовое обвинение вообще не распространяется на совершённые по неосторожности преступления).

На наш взгляд, достаточно привести всего несколько сравнений, чтобы со всей определённостью выделилась неустойчивость тех принципов, на которых основываются частное и вместе с ним частно-публичное обвинение.

Если при умышленном лёгком телесном повреждении значение публичного интереса всецело отвергается в пользу индивидуального интереса потерпевшего, чем можно объяснить тот факт, что рассмотрение повреждения частного имущества по неосторожности производится в порядке публичного обвинения? С одной стороны, среди охраняемых в уголовно-правовом порядке интересов здоровье субъекта иерархически превалирует над его частной собственностью и в силу этого причинение вреда здоровью в уголовно-правовом отношении гораздо неприемлемее, чем повреждение имущества. С другой стороны, также очевидна превосходящая тяжесть умышленной вины по сравнению с уголовно-правовой неосторожностью.

Соответственно, если во втором случае (повреждение частного имущества по неосторожности) речь идёт о безусловной доминации публичного интереса над индивидуальным интересом потерпевшего, логически недопустимо, чтобы при умышленном лёгком телесном повреждении индивидуальный интерес безусловно доминировал над публичным интересом.

Или же, когда повреждение частного имущества по неосторожности без всяких концессий противопоставляется нарушенному публичному интересу, в случае изнасилования для частно-публичного уголовно-правового обвинения вряд ли удастся найти весомое оправдание, так как степень аморальности последнего вида субъективного поведения несопоставимо выше, абстрагирование от чего в данном аспекте означает отрыв уголовного законодательства от социальной действительности.

Всё это воочию свидетельствует о том, что в действительности никакого особого обстоятельства, на основании которого представлялось бы возможным столь масштабное отрицание абсолютности публичного интереса в уголовном праве, не имеется.

Хотя здесь же следует подчеркнуть, что некоторые из многочисленных деяний, охватываемых частным и частно-публичным обвинением, действительно могут заслуживать принципиально дифференцированный подход. Но глав-



ное в этом отношении то, что, рассматривая критически в средневековом уголовном праве соотношение публичного и частного интереса, не следует упускать из виду его актуальность и в современной уголовно-правовой догматике: познание истинного уголовно-правового значения публичного интереса чрезвычайно важно с точки зрения как развития идеи вины, так и уголовно-правовой мысли в целом.

Ни один криминалист не в состоянии отрицать то обстоятельство, что субъекту может вменяться в вину только нарушение публичного интереса. Но с чем имеем дело в случае частного (частно-публичного) обвинения? Хотя виновная ответственность и здесь основывается на нарушении не индивидуального интереса потерпевшего, а публичного интереса (лицо в каждом отдельном случае привлекается к ответственности за совершение предусмотренного уголовным законом деяния, а наличие в уголовном законе любого деяния – выражение публичного интереса), но то, будет ли наказан субъект за нарушение публичного интереса, зависит от воли самого потерпевшего. Тем самым в рамках частного (частно-публичного) обвинения однозначно отвергается целесообразность прямой и непосредственной охраны публичного интереса, вследствие чего может остаться неизвестным уголовно-правовая оценка деяния. Вернее сказать, то, превратится ли конкретное поведение в предмет уголовно-правовой оценки, должно решаться в соответствии с субъективными представлениями потерпевшего.

Таким образом, получается, что уголовно-правовая оценка предусмотренного уголовным законом деяния отнюдь не необходима!

То, что обуславливает всестороннюю неприемлемость этого тезиса, отчётливо следует из содержания уголовно-правовой эвалюации деяния. В этом последнем подразумевается квалификация субъективного поведения не только в качестве виновного (преступного), но также и в качестве соответствующего составу преступления и противоправного. Ввиду этого оставить деяние без уголовно-правовой оценки – значит не заинтересоваться ни одним из вышеуказанных признаков, в результате чего остаётся неопределённым, с чем реально имеем дело: с соответствующим составу преступления, противоправным или виновным поведением субъекта.

Но в таком случае какова связь данного деяния с уголовным правом, т. е. в чём выражается его уголовно-правовое значение? Разумеется, говорить о всякой связи с уголовным правом здесь излишне. А с другой стороны, понят-

но, что предусмотренное уголовным законом деяние не может быть лишено уголовно-правового значения.

Выход из данной необычайно противоречивой ситуации следует искать в признании того, что все без исключения деяния, фиксируемые законодателем в уголовном законе, должны рассматриваться соответствующими органами с соблюдением ординарной процессуальной процедуры, т. е. ни одно предусмотренное уголовным законом деяние процессуально не может составлять предмет квалифицирующего суждения потерпевшего. Потерпевший из всей палитры процессуальных возможностей по-прежнему может обладать только правом исключения уголовной ответственности, т. е. вопрос о приоритизации индивидуального интереса относительно публичного интереса может ставиться лишь после того, как следствием пройдены этапы со-ответствия составу преступления, противоправности и вины. Хотя это ведёт соответственно к полному (при частно-публичном обвинении) и частичному (при частном обвинении) отрицанию традиционного содержания частно-публичного и частного обвинения, но нет ничего нового в том, что материальное уголовное право преобразовывающе воздействует на отдельные принципы или положения уголовного процесса.

Помимо этого, вышепредложенная метаморфоза имеет и (иное) практическое значение. Как отмечалось нами выше, когда потерпевший правомочен отказаться от возбуждения уголовного дела и реализовывает своё полномочие, уголовно-правовое содержание совершённого против него деяния остаётся совершенно неизвестным, так как вина или по меньшей мере противоправность и состав преступления могут устанавливаться только следствием. А с точки зрения уголовно-правовой статистики отнюдь не безразлично, устанавливается ли в деянии вина, т. е. оценивается ли субъективное поведение полноценно с уголовно-правовой точки зрения.

Наряду с этим и на психику самого действующего оказывает неомогенное влияние исключение уголовной ответственности без возбуждения уголовного дела и после детального рассмотрения каждого обстоятельства дела, в результате чего выясняется виновность совершённого им деяния. Только таким образом (т. е. посредством констатации вины) способен субъект *усвоить, истинно осознать, что он своим поведением нарушил не только индивидуальный интерес потерпевшего, а также посягнул на охраняемый в уголовно-правовом порядке публичный интерес.*

Хорошо известен и тот факт, что цели правосудия не ограничиваются только установлением вины и назначением наказания. Одна из его основных целей также состоит в воспитательном воздействии на правосознание граждан, в первую очередь самого подсудимого. Но когда уголовное дело не может быть возбуждено независимо от воли потерпевшего, не подлежит сомнению, что субъект, который, исходя из характера совершённого им деяния, безусловно нуждается в повышении правосознания, фактически лишён реальной возможности упомянутого (пере-)воспитательного воздействия.

Таким образом, вышепредставленный анализ уголовно-правового соотношения публичного и частного интереса убеждает нас в том, что частное и частно-публичное обвинение должно претерпеть радикальные изменения не только в контексте объёма, но также и с точки зрения сущности и структуры, включая абсолютное отрицание последнего вида обвинения.

**Соучастие** Наше особое внимание привлекают также проблемы соучастия и покушения. Согласно В. Хардвигу, именно в отношении этих проблем выделяются наиболее отчётливо теоретические последствия умаления значения принципа вины в средневековом германском праве. «Если для канонического права, – замечает В. Хардвиг, – уже простой консенсус был достаточен для обоснования соучастия, для немецкого права чисто психическое поведение располагалось в плоскости невосприимаемого и незначительного (...). А если, согласно каноническому праву, покушение считалось конституированным уже с изначального момента проявления воли, немецкое право почти и не было знакомо с понятием покушения. Покушение как покушение, в любом случае, не каралось. Но если в пределах покушения замечалось непосредственное посягательство, то оно рассматривалось как обособленное, завершённое в самом себе деяние»<sup>106</sup>. Как видим, В. Хардвиг пытается обосновать, что ненадлежащее восприятие принципа вины в германской доктрине фактически ведёт к отрицанию понятия покушения. Также очевидно в свете обоснования соучастия существенное различие между принятыми в средневековом каноническом и германском праве концепциями. Мы приступим к анализу этих вопросов с рассмотрения проблемы соучастия.

Прежде всего, следует выделить то обстоятельство, что мы отнюдь не склонны утверждать, словно и на примере соучастия, как на примере покушения,

---

<sup>106</sup> W. Hardwig, Die Zurechnung, стр. 34.

преуменьшение значения принципа вины в средневековом германском уголовном праве находит отрицательное теоретическое проявление. Напротив, здесь отрицательное теоретическое проявление находит именно господствующий в каноническом праве крайний субъективизм.

Только «простой консенсус» не может конституировать уголовно-правовое соучастие. В чём соучаствуют субъекты в случае «простого консенсуса», если нет налицо ни одного релевантного в уголовно-правовом отношении этапа осуществления преступления? Обоснование соучастия в преступлении в обход понятия преступления немислимо. Т. е. если не дано преступление, не может быть дано и соучастие в преступлении. Разумеется, лицо может привлекаться к ответственности также и за соучастие в покушении на преступление или приготовлении к преступлению, но и покушение, и приготовление – стадии осуществления преступления, чего нельзя сказать о «простом консенсусе».

Конечно, если субъекты не сговорились о совершении умышленного преступления, не получим и соучастие в преступлении. Но именно то, что цель этого соглашения составляет осуществление преступления, означает то, что преступление в рассматриваемом моменте не осуществляется, а лишь нацелено (в виде своего проекта) на осуществление, что по своей сути не одно и то же. Но возможно ли говорить о соучастии в осуществлении преступления, если осуществление преступления фактически и не начиналось? Естественно, нет. И если это так, только «простой консенсус», согласно уголовно-правовой логике, никогда не может быть в состоянии конституировать соучастие.

То, что в рамках канонического права подобное оказывалось возможным, легко понять. Основанная на принципах крайнего субъективизма каноническая доктрина иного понятия соучастия и не могла предложить. Ведь здесь «злой умысел» как таковой, т. е. и в результате игнорирования контекста своего осуществления, является совершенно достаточным основанием уголовной ответственности. Мы выше уже отметили, что подобная перспектива – господство церковных догм в теории уголовного права с истинной природой уголовного права категорически несовместима. В то же время, спрашивается, насколько оправдано религиозно, чтобы уголовное право состояло на службе религии<sup>107</sup>.

---

<sup>107</sup> Имеется в виду христианская религия.

Исходя из всего вышеотмеченного, понятно, что принятая в средневековом германском уголовном праве соответствующая точка зрения, которая диаметрально противоположна вышепредставленной канонической концепции, ничуть не неприемлема, и, следовательно, умаление принципа вины в немецком праве того времени тут никак негативно не проявляется.

Безусловно, момент манифестации умысла не является в уголовно-правовом отношении иррелевантным и может повлечь применение т. н. мер социальной защиты, но здесь в актуальном для нас контексте ничего не меняется. Иногда, с учётом особого характера деликтного умысла, даже в условиях современного уголовного права можно говорить о наказуемости в рассматриваемых случаях. Таковым традиционно является заговор с целью свержения государственной власти. Но в этот раз, в отличие от господствующей в каноническом праве позиции, речь идёт только об исключении.

В отношении проблемы соучастия, с той же точки зрения В. Хардвига, наше внимание привлекает вопрос теоретического обоснования подстрекательства. Каноническое право в этом отношении, естественно, никаких осложнений не создавало. Но в рамках принятой в германской доктрине методологии обоснование наказуемости подстрекательства вряд ли могло быть достигнуто, ибо подстрекатель в понимании средневекового германского права «деятелен только психически».

Наша заинтересованность в данном вопросе объясняется преимущественно тем, что в современной догматике также отсутствуют теоретические основы его надлежащего фундирования.

Подстрекатель, как известно, наказывается за склонение другого вменяемого лица<sup>108</sup> к совершению преступления. Но, с другой стороны, признано, что вменяемое лицо обладает способностью самостоятельного поведения. Более того, в уголовно-правовом отношении только вменяемые лица привлекаются к ответственности именно потому, что они обладают способностью самостоятельного поведения, т. е. способностью автономного принятия ре-

---

<sup>108</sup> Согласно ч. 2 ст. 24 проекта УК РФ, подстрекателем считается «тот, кто склонил другое лицо к совершению преступления» (идентичная формулировка и в действующем кодексе), что является неточностью, так как речь должна идти о склонении к преступлению не другого лица в общем, а другого вменяемого лица. В случае склонения к совершению преступления невменяемого лица (имеется в виду невменяемость в понимании проекта УК, т. е. как в силу душевной болезни, так и в силу возраста) субъект наказывается не как подстрекатель, а как посредственный исполнитель (см. ст. 22 указанного законопроекта).

шений. Было бы это иначе, стало бы существенно возможно «наказывать» не только невменяемые лица и любое животное, а также механизмы и стихийные природные явления. В силу этого склонение вменяемого лица к совершению преступления в уголовно-правовом отношении немислимо. В уголовно-правовом понимании вменяемое лицо можно принудить или ввести в заблуждение, чтобы оно осуществило определённое деяние, но не сознательно склонить его к осуществлению этого деяния. Если признавать, что уголовное право может карать субъекта за склонение другого вменяемого субъекта к совершению преступления, тогда следует признать и то, что вменяемый субъект лишён способности независимого поведения. А если лицо лишено способности независимого поведения, уголовное право не может требовать от него ничего и не может карать его за невыполнение каких бы то ни было невозможных требований.

Исходя из вышеизложенного, перед нами следующая дилемма: если следовать принятой в традиционной догматике позиции и признать, что лицо может наказываться за склонение другого (вменяемого) лица к совершению преступления, т. е. за подстрекательство, оказывается невозможным обоснование уголовной ответственности в общем, так как здесь отвергается то, без чего обоснование ответственности в современном уголовном праве недостижимо – способность самостоятельного (= ответственного) поведения; а если руководствоваться принятой в той же традиционной догматике очередной позицией и пытаться утверждать, что вменяемый субъект генерально обладает способностью самостоятельного поведения, то становится логически неприемлемым наказание субъекта за склонение другого вменяемого субъекта к совершению преступления.

На первый взгляд, сделать правильный выбор несложно. Действительно, если отвергнуть способность самостоятельного поведения как исходный момент уголовной ответственности, то это механически чревато бесконечным теоретическим расширением пределов уголовно-правовой репрессии. Значит ли это, что подстрекательство – устаревшее или вовсе ненаучное понятие?

Здесь же отметим, что представленная в законопроекте провокация преступления (ст. 145) ничем от подстрекательства в данном отношении не отличается. Согласно указанной статье, провокацией преступления считается «склонение другого к совершению преступления с целью его привлечения к уголовной ответственности». Тут также отвергается способность автономного

поведения вменяемого субъекта, и становится непонятно, чем в общем определяется его (вменяемого субъекта) вменяемость.

И подстрекательство как институт общей части уголовного права, и провокация преступления как конкретный состав преступления, бесспорно содержит формальный намёк на то, что каждый отдельно взятый индивид лишён способности независимого принятия решений, что в уголовно-правовом отношении препятствует дифференциации вменяемых и невменяемых субъектов. Конечно же, приносить в жертву формальной дисгармонии целое понятие нецелесообразно. Вопрос в том, где следует искать первоисточник такой противоречивости.

Для трактовки этого вернёмся непосредственно к понятию соучастия. На наш взгляд, проблема соучастия в общем не находит однозначно позитивного решения не только в средневековом праве, но и поныне. Наглядным примером тому служит т. н. акцессорная теория природы соучастия (XVIII в.), в основе которой заложен принцип *accessorium sequitur naturam sui principalis* – противоположная сторона медали. Но тут важен систематический аспект проблемы. Согласно данной теории, соучастники привлекаются к ответственности по поводу одной и той же неправды, но в рамках индивидуальной вины.

В соответствии с проектом УК РФ в качестве общего основания ответственности, разумеется, определяется не вина, а преступление (ст. 7). Следовательно, основание уголовной ответственности здесь наряду с виной составляет и неправда в виде совокупности состава преступления и противоправности. Но возможно ли при таких условиях обоснование индивидуальной уголовной ответственности, опираясь только на индивидуальную вину? «Коллективная» неправда и индивидуальная вина логически не могут конституировать индивидуальную уголовную ответственность. В силу того что ответственность в уголовном праве в равной мере основывается как на неправде, так и на вине, представляется невозможным её (индивидуальной уголовной ответственности) надлежащее теоретическое обоснование, если рассматриваемым элементам (с точки зрения индивидуальности и коллективности) присущ взаимоисключающий категориальный характер.

#### **Покушение**

С не менее маркантными трудностями имеем дело относительно проблемы покушения. Покушение в современном понимании не находит какого-либо существенного обоснования ни в каноническом, ни в германском праве Средневековья. В первом случае это-

му препятствует крайний субъективизм, во втором – явно объективистские принципы, которые в средневековой германской доктрине воспринимались как обыденная ординарность.

Хотя в уголовном праве, в отличие от морали или некоторых других систем правил социального поведения, исходное значение придаётся именно тому, чтобы предотвратить вредные последствия, но для того, чтобы суметь теоретически обосновать покушение на преступление, крайний субъективизм совершенно излишен. Позитивное решение данной проблемы легко достигается также в условиях эквивалентности объективного и субъективного сторон. Когда субъект пытается совершить преступление, этим он подвергает опасности охраняемое в уголовно-правовом порядке конкретное добро, что не может покидать сферу уголовно-правового запрета как раз в силу той причины, что исходное значение в уголовно-правовом отношении придаётся предотвращению вредного последствия.

Из вышеприведённого сравнения В. Хардвига явствует, что для средневекового канонического права так же чуждо было понятие приготовления к преступлению, как для немецкого права – понятие покушения на преступление (понятие приготовления для средневековой германской догматики должно было быть тем более чуждым). Если в каноническом праве понятие покушения на основе «первого же проявления воли» считалось конституированным, очевидно, что понятие приготовления по своему содержанию абсолютно ассимилируется с понятием покушения и его существование в качестве уголовно-правового понятия теоретически немыслимо.

Таким образом, каноническое право хотя не создавало никаких сложностей для обоснования наказуемости покушения как такового, но покушение здесь, как отмечалось выше, представлено не в традиционном виде, т. е. в рассматриваемом случае в отличие от современной догматики не имеется соответствующего теоретического и формально-логического критерия дифференциации покушения на преступление и приготовления к преступлению. Более того, в современной систематике уголовного права имеет место деление преступного процесса не только на стадии приготовления и покушения, но в данном случае выделяется также самостоятельное значение третьего элемента. Имеется в виду разглашение умысла, которое является предшествующим приготовлению к преступлению этапом. Согласно вышеизложенному, представленное в каноническом праве понятие покушения включало в себя



и данную ступень. Естественно, в понимании современного уголовного права или даже чисто этимологически сложно себе представить разглашение умысла в виде покушения на преступление, но, исходя из имманентной каноническому праву специфики, в этом нет ничего алогического.

Что касается представленной в германском праве конъюнктуры, прежде всего, следует заметить, что недооценка принципа вины и субъективной стороны преступления в общем на сей раз безусловно находит своё негативное проявление. Обоснование покушения там, где объективная и субъективная стороны преступления отличаются не равнозначностью, а значение субъективной стороны прямо подчинено значению объективной стороны, недостижимо. Это становится очевидно, если учесть и то, что вредное последствие здесь является конститутивным элементом объективной стороны преступления, т. е. без вредного последствия в средневековом немецком уголовном праве объективной стороны преступления не существует.

Однако в то же время не следует пренебрегать и тем, что, согласно немецкому праву тех времён, субъект карался за обнаруживаемое в пределах покушения «непосредственное посягательство» только как за «обособленное, завершённое в самом себе деяние». И именно в этом находит своё проявление весьма немаловажный момент, ставящий под сомнение формально-логическую основательность принятого в современной догматике взаимоотношения понятий вины, преступления и покушения на преступление.

Особенно со времени принятия Уголовного кодекса Наполеона (1810), – действовавшего, как известно, вплоть до 1994 года, – который превратил покушение на преступление из селективно наказуемого в абсолютно наказуемый вид субъективного деяния, уголовно-правовая догматика (как традиционная, так и современная) мало интересуется выяснением того, насколько допустимо говорить о виновной ответственности в случае «незавершённого в самом себе посягательства», т. е. покушения, если вина определяется как элемент преступления и никто её в то же время не упоминает в качестве элемента покушения на преступление.

Одно вне всякого сомнения: покушение на преступление по определению не является преступлением<sup>109</sup>. Иными словами, при покушении на преступление не наличествует понятие преступления, и если утверждать, что и в слу-

---

<sup>109</sup> См. параллели в британском праве 70-х годов прошлого столетия.

чае покушения представлена вина, выходит, что вина может быть налицо при отсутствии преступления.

Однако в современной догматике вине отводится единственное систематическое место – она рассматривается только как третья самостоятельная ступень понятия преступления. Согласно этому, если не существует преступления, не может существовать и вина. А поскольку при покушении на преступление не дано преступление, в пределах представленной нами логики не может быть дана и вина.

Как нам кажется, суть проблемы ясна. В то же время рассматриваемая непротиворечивость проявляется не только в теории в виде неадекватной корреляции вышеупомянутых понятий. Данная погрешность прямо отражается также в рамках текущей уголовно-правовой реформы.

В ч. 1 ст. 7 проекта УК РФ отмечается: «Основанием уголовной ответственности является преступление, т. е. предусмотренное настоящим кодексом противоправное и виновное деяние». А ст. 19 того же законопроекта сформулирована следующим образом: «1. Покушением на преступление считается умышленное деяние, которое хотя было непосредственно направлено на совершение преступления, но преступление не было доведено до конца.

2. Уголовная ответственность за покушение определяется соответствующей статьёй настоящего кодекса, которой предусматривается ответственность за оконченное преступление, с указанием на эту статью».

Но в какой мере формально-логически взаимосовместимы эти две статьи? По сути то же самое касается формально-логических взаимоотношений ст. 7 и ст. 18. В последней статье определяются уголовно-правовое содержание приготовления к преступлению и уголовная ответственность в рамках данной стадии преступления.

Когда в ст. 7 преступление определяется как основание уголовной ответственности, этим, прежде всего, невольно упускается из виду представленная в самой господствующей доктрине теоретическая композиция, согласно которой основанием уголовной ответственности рассматривается не только преступление, но также и состав преступления, противоправность и вина. Только преступление здесь представлено в качестве общего основания уголовной ответственности, в отличие от других упомянутых понятий, которые предстают не как общее, а всего лишь как необходимое основание от-

ветственности. Следуя минималистской дефиниции законопроекта, ни состав преступления, ни противоправность и ни вину в качестве основания уголовной ответственности выделять не следует. Но они таковыми являются. В силу этого, с теоретической точки зрения, в ст. 7 речь должна идти о преступлении не как об основании уголовной ответственности, а как об общем основании уголовной ответственности.

Что касается существенной стороны вопроса, следует отметить, что если в ст. 7 законопроекта (общим) основанием уголовной ответственности однозначно рассматривается преступление, в рамках ст. 19, т. е. в случае покушения на преступление (так же как в ст. 18 при приготовлении к преступлению), речь об уголовной ответственности прямо противоречит содержанию ст. 7, так как из содержания последней статьи чётко следует, что там, где нет преступления, не может быть и наказания. *Согласно ст. 19, субъект наказывается не за преступление, а за покушение на преступление*, что, помимо того что создаёт явное противоречие со ст. 7, вынуждает также существенно пересмотреть принятую непосредственно в господствующей доктрине концепцию о преступлении как об уникальном (единственном) общем основании уголовной ответственности.

Возникшая в рамках текущей уголовно-правовой реформы данная противоречивость, вне всякого сомнения, вызвана не столько противоречивым характером реформаторской воли, сколько превратным решением проблемы корреляции упомянутых понятий в теории уголовного права. Конечно же, это не единственный случай, когда теория уголовного права снабжает законодателя понятиями взаимоисключающего содержания, но в каждом из таких случаев именно теория уголовного права должна заботиться о преодолении существующей парадоксальности, чтобы предотвратить спонтанное, научно невыгодное разрешение непоследовательности законодателем.

При решении рассматриваемой проблемы исходным моментом должно служить то обстоятельство, что, исходя из основных принципов современного уголовного права, отрицание наказуемости покушения на преступление – также и приготовления к преступлению – не может быть теоретически оправдано (иной вопрос, может ли вообще быть допустимо отрицание наказуемости покушения на преступление и приготовления к преступлению). Поэтому для разрешения возникшей дилеммы, на первый взгляд, необходимо отвергнуть концепцию о преступлении как об уникальном общем основании уго-

ловной ответственности и перенести проблему уголовной ответственности в качественно новую теоретико-логическую плоскость.

Если уголовная ответственность может конституироваться не только преступлением, но также покушением на преступление (а иногда и приготовлением к преступлению), следует признать, что общим основанием уголовной ответственности является не только преступление, но и покушение на преступление (и иногда приготовление к преступлению). Однако если говорить и о покушении (приготовлении), наподобие понятия самого преступления, как об общем основании уголовной ответственности, это означает то, что отношение понятий состава преступления, противоправности и вины к понятиям покушения на преступление и приготовления к преступлению должно быть идентично с отношением к понятию самого преступления, так как именно это отношение (т. е. то, что состав преступления, противоправность и вина предстают в качестве элементов преступления) определяет генеральность преступления в качестве основания уголовной ответственности.

Не может подлежать в традиционном понимании сомнению то, что при покушении на преступление (и в соответствующих случаях при приготовлении к преступлению) также налицо как состав преступления, так и противоправность и вина. Прояснения требует только то обстоятельство, допустимо ли и в этот раз определение данных понятий в том же виде, в каком это имеет место в случае отношения к понятию преступления, т. е. насколько приемлемо говорить о составе преступления, противоправности и вине как об элементах покушения на преступление (приготовления к преступлению).

Состав преступления, противоправность и вина – элементы преступления, а покушение – стадия осуществления преступления. Если допустить, что состав преступления, противоправность и вина могут быть элементами покушения (приготовления), получим, что преступление и стадия осуществления преступления состоят из одних и тех же компонентов, что указывает на то, что рассматриваемые понятия отличаются материальной идентичностью (в случае покушения речь, соответственно, о систематической, а при приготовлении о периодической идентичности, потому как в последнем случае рассматриваемые элементы могут быть представлены только иррегулярно). Но допустимо ли говорить о функциональной дифференцированности материально идентичных понятий? Точнее, в систематике два материально идентичных понятия теоретически излишни.

Исходя из вышеизложенного, признание состава преступления, противоправности и вины в качестве элементов покушения (приготовления) формально-логически недопустимо.

Однако было бы неверно полагать, что в отношении проблемы покушения всё только этими формальными сложностями и исчерпывается. Если при покушении всегда налицо состав преступления, противоправность и вина, несмотря на то, в каком виде определяем отношение данных компонентов к понятию покушения, то какую теоретическую нагрузку вообще может иметь в данном случае понятие преступления? Дело в том, что преступление действительно определяется как соответствующее составу преступления, противоправное и виновное (также как наказуемое) *деяние*, но на самом деле господствующая доктрина отнюдь не рассматривает преступление только как деяние. Из сопоставления понятий преступления и покушения на преступление выясняется, что «только деяние» – это покушение, само же преступление предстаёт уже не как деяние, а как совокупность деяния и результата.

На наш взгляд, не должно быть спорным, что принятая в современной теории уголовного права эта дуалистическая формула понятия преступления, т. е. когда, с одной стороны, преступление представлено как «только деяние», а с другой – «только деяние» рассматривается всего лишь как стадия осуществления преступления, тогда как само преступление определяется как совокупность деяния и результата, явно небезукоризненна.

Как может выглядеть решение данной проблемы, это предмет самостоятельного исследования, и мы его ниже непременно коснёмся. А здесь постараемся разобраться, какой может быть сделан вывод с точки зрения отношения понятий покушения на преступление и преступления непосредственно к понятию уголовной ответственности.

Поскольку покушение на преступление генерально влечёт уголовную ответственность, данное понятие должно рассматриваться как достаточное основание уголовной ответственности. Но если для конституции уголовной ответственности достаточно уже самого субъективного деяния (т. е. покушения), то насколько оправдано говорить о совокупности деяния и результата (т. е. о преступлении) как об очередном т. н. общем основании уголовной ответственности? Разумеется, здесь не может быть и речи о какой бы то ни было когерентности, так как если для конституции уголовной ответственности достаточно уже деяния, вредное последствие как таковое, с точки зре-

ния обоснования уголовной ответственности, теоретически лишнее понятие. Противоправный результат в данном случае определяет только степень уголовной ответственности. Исходя из этого, преступление<sup>110</sup> конституирует уголовную ответственность только в той части, в какой оно совпадает с понятием покушения. А это значит, что, с точки зрения конституции уголовной ответственности, теоретического основания для дифференциации понятий преступления и покушения на преступление не существует.

В свою очередь, из всего вышеуказанного вытекает следующий вывод: там, где уголовная ответственность может конституироваться уже и покушением на преступление, т. е. только субъективным деянием, говорить о преступлении как о т. н. общем основании уголовной ответственности в теоретико-логическом аспекте не удаётся. Так, например, сопоставим проблему уголовной ответственности в случае умышленного убийства (ст. 108) и покушения на это же преступление. Естественно, при покушении на убийство степень уголовной ответственности ниже, но это ничего не меняет с той точки зрения, что здесь уголовная ответственность конституируется только деянием. А когда имеем дело с умышленным убийством как с оконченным преступлением, пытаемся утверждать, что уголовная ответственность в этот раз основывается уже не только на субъективном деянии, а также на вызванном этим деянием вредном последствии. Но как может быть допустимо, чтобы ответственность наряду с деянием фундировалась и результатом, если для конституции той же ответственности вполне достаточно уже собственно субъективного деяния? Получается, что вредное последствие должно не ужесточать уже конституированную ответственность, а вместе с субъективным деянием как с достаточным основанием уголовной ответственности обладать и функцией «излишнего основания» уголовной ответственности!

Каков теоретический выход? На наш взгляд, спектр опций весьма узок, точнее, вырисовывается следующая дилемма: преступление здесь в каждом отдельном случае следует понимать только как субъективное деяние, а вредное последствие – как расположенное за пределами понятия преступления

---

<sup>110</sup> Здесь, естественно, речь только о таком виде преступления, в рамках которого понятие покушения догматически мыслимо. В традиционной грузинской догматике таковым признавалось преступление, осуществляемое только с прямым умыслом. Но в современной теории принято говорить о покушении на преступление и в случае эвентуального умысла (например, грузинско-немецкий автор М. Турава; критически Н. Годуа, 2000, догма Годуа: «не пытаются»).

отягчающее ответственность обстоятельство, что, прежде всего, влечёт отрицание понятия покушения на преступление; или необходимо отвергнуть положение, согласно которому в рассматриваемом случае преступление как совокупность деяния и результата может выступать в качестве (общего, достаточного, самостоятельного и т. п.) основания уголовной ответственности.

Исходя из вышепредставленного анализа, предпочтительнее последняя возможность. Таким образом, следует признать, что уголовная ответственность считается конституированным уже с момента покушения и в рамках понятия преступления (здесь) выясняется вопрос об определении степени уголовной ответственности.

Но необходимо отметить прямо, что и этот выход вряд ли может быть адаптирован к современной уголовно-правовой догматике. Исходя из специфики данной догматики, вышепредставленная позиция чревата множеством непреодолимых теоретических осложнений. Так, например, что является важнейшим из этих теоретических осложнений, в современном уголовном праве сущность преступления понимается как раз в связи с моментом конституции уголовной ответственности. И в силу того что понятие преступления определяюще воздействует на всю догматику в общем, несложно понять, что новое представление о преступлении безусловно означает отрицание существующей догматики в общем.

Вкратце, в рамках существующей догматики надлежащее решение рассматриваемой проблемы вообще недостижимо.

В то же время логически последовательное определение природы преступления достойно серьёзного внимания, и в этом плане не следует избегать изменений принципиального характера. Как выяснилось на примере сопоставления понятий преступления и покушения на преступление, преступление тут предстаёт не как субъективное деяние, а как совокупность субъективного деяния и вредного последствия (последствие, без которого нет преступления, не может быть последствием преступления), тогда как, с другой стороны, преступление определяется именно как соответствующее составу преступления, противоправное, виновное и наказуемое деяние. Следует заметить, что этим данная конрадикция не исчерпывается.

Действительно, если преступление – субъективное деяние, то в понятии преступления не может иметь никакого места не только вредное последствие,

но и целый ряд обычно охватываемых преступлением (конкретнее, составом преступления) обстоятельств. Может ли преступление как субъективное деяние дефиниционно включать в себя такие компоненты, как личность субъекта преступления, объект преступления, обстановку совершения преступления или даже цель, мотив и др.?

Мы, конечно же, не ставим под сомнение значимость упомянутых обстоятельств в контексте квалификации субъективного деяния как преступления, но в то же время совершенно очевидно, что в качестве элементов субъективного деяния данные обстоятельства не могут представлять. Составными частями деяния можно представить себе только то, что представлено непосредственно в рамках объективной (внешней, физической) и субъективной (внутренней, психической) деятельности субъекта. Объективно деяние может кристаллизироваться собственно в форме (действие, бездействие), способе (обман, насилие [...]) осуществления преступления, а субъективно – в виде психологического поведения (умысел, неосторожность).

Однако, в отличие от этого, скажем, вменяемость никогда не может включаться в понятие преступления, если понятие преступления понимать как субъективное деяние, ибо данное обстоятельство не может быть внесено в рамки ни субъективной, ни объективной деятельности. Если лицо невменяемо, его деяние не может квалифицироваться как преступление, но из этого следует заключать не то, что вменяемость – элемент преступления как субъективного деяния, а то, что вменяемость – одна из предпосылок квалификации деяния как преступления, что в свою очередь указывает на то, что вменяемость является находящимся за пределами понятия деяния компонентом.

Аналогичны, например, взаимоотношения между целью и субъективным деянием. То, что субъективное деяние может осуществляться с определённой целью, указывает на то, что цель является не элементом субъективного деяния, а располагающимся вне понятия субъективного деяния понятием и предстаёт в качестве ориентира первого.

Всё это настолько очевидно, что всякие утверждения должны быть излишни, если бы не не критическое следование принятым в современной теории уголовного права догмам и традициям. Уголовное право вряд ли может именоваться наукой, если рассматриваемое систематическое расстройство надлежащим образом не удастся преодолеть.



Из настоящего анализа явствует, что преступление в современной догматике уголовного права фактически представляет собой не субъективное деяние, а конгломерат субъективного деяния, вредного последствия (при соответствующих составах – опасности осуществления такого последствия) и других как объективных, так и субъективных обстоятельств, которые в понятие деяния логически не могут быть интегрированы. Сконструированная подобным образом модель преступления несомненно вызывает разногласия относительно её приемлемости. Но совершенно бесспорным является тот момент, что данная модель категорически исключает такого рода фон, который представлен в ч. 1 ст. 7 проекта УК РФ, где преступление как (общее) основание уголовной ответственности определяется как «предусмотренное настоящим кодексом противоправное и виновное *деяние*» (выделено нами – автор).

В свою очередь, как исходит из всего вышеизложенного, по той же логике только деянием не может восприниматься и покушение на преступление, а данное понятие, наряду собственно с субъективным деянием, включает в себя и вышеуказанные объективные и субъективные обстоятельства (за исключением, разумеется, вредного последствия).

Однако фиксация данного момента ещё не предоставляет возможности позитивного решения проблемы взаимоотношения понятий покушения на преступление и преступления, что для нас в рассматриваемом случае наиболее важно.

В какой степени возможно наличие возможности теоретического обоснования покушения на преступление вообще, если признать, что и здесь представлены состав преступления, противоправность и вина? Там, где дана совокупность последних компонентов, следует принять за данное и понятие преступления. Но если и при покушении на преступление налицо преступление, выходит, что покушение на определённое преступление формирует новое преступление, и в таком случае субъект должен привлекаться к уголовной ответственности собственно не за это первое покушение на определённое преступление, а за данное покушение на определённое преступление как за самостоятельное преступление.

В первом случае (т. е. когда дано именуемое ныне покушением на преступление состояние) субъект в уголовно-правовом порядке карается за субъективное деяние и создание реальной опасности (в концерте с другими объективными и субъективными обстоятельствами) осуществления вредного ре-

зультата, во втором же случае – за субъективное деяние и осуществление вредного результата (в концерте с другими объективными и субъективными обстоятельствами). А это может достигаться только за счёт отрицания понятия покушения, и вследствие этого мы возвращаемся к существенно той же обстановке, какая имела место в средневековом германском праве, т. е. когда субъект за покушение на преступление мог наказываться не собственно как за покушение, а как за самостоятельное, «завершённое в самом себе» преступление.

Вместе с тем возникает вопрос относительно того, что если лицо в тентативной фазе наказывается собственно за покушение на преступление, а не за другое самостоятельное, «завершённое в самом себе» преступление, не означает ли это отклонение в сторону субъективизма? На наш взгляд, наказывать лицо по поводу того, что оно старалось совершить преступление (а реально совершить его субъекту так и не удалось), неоспоримо создаёт определённое основание для утверждения, что современная догматика всё ещё не полностью освободилась от влияния субъективизма. Когда определённому наказуемому деянию не придаётся значение «завершённого в самом себе» преступления, а рассматривается как попытка осуществления преступления, субъективная сторона деяния невольно превращается в предмет приоритетного акцентирования и это, безусловно, проявление субъективизма.

Как видим, вокруг представленной на рассмотрение проблемы выделяется не одна догматическая или систематическая komplikация, преодоление которой не всегда оказывается простой задачей. Но вышепроведённый анализ в рамках господствующей уголовно-правовой доктрины без сомнений предоставляет возможность следующих выводов:

Во-первых, преступление не является *уникальным необходимым* основанием уголовной ответственности, так как в качестве необходимого основания уголовной ответственности предстают также состав преступления, противоправность и вина;

Во-вторых, преступление не является и *уникальным достаточным* основанием уголовной ответственности, потому как в виде достаточного основа-

ния уголовной ответственности выступают также покушение на преступление и (иногда)<sup>111</sup> приготовление к преступлению;

В-третьих, преступление – *уникальное общее* основание уголовной ответственности, так как состав преступления, противоправность и вина как необходимые основания уголовной ответственности доказуемы только в качестве элементов понятия преступления, тогда как отношение данных элементов к понятиям покушения на преступление и приготовления к преступлению – квадратура круга.

**Грузинское право** Незаурядный вклад в однозначно прогрессивное развитие уголовно-правовой мысли вносит средневековая уголовная практика Грузии. В то же самое время, когда в германской уголовной доктрине в рамках Великого Имперского Мира Барбароссы за крупную кражу предусматривалось повешение, а каноническое право уже к концу Средневековья с усилением инквизиции непрестанно устраивало аутодафе (сожжение [на костре]) за колдовство, *царица Тамар (1184-1213) объявляет неприемлемым в уголовно-правовом отношении применение: 1. а) смертной казни, б) телесных наказаний: как членовредительных (калечащих), так и болезненных, в) наказаний, направленных против чести и достоинства человека и 2. пыток в качестве процессуального механизма*<sup>112</sup>. Следует заметить, что остальному человечеству понадобились восемь дальнейших столетий, чтобы достичь того же уровня уголовно-правового развития.

---

<sup>111</sup> Имеется в виду представленное законопроектом состояние. А по действующему законодательству приготовление к преступлению наподобие покушения на преступление генерально наказуемо.

<sup>112</sup> L.-G. Kutalia, R. Kutalia, Life Axioms for Universal Abolition of Death Penalty and Life Imprisonment, Online version, Tbilisi, 2010, [www.brainguide.de/Life-Axioms](http://www.brainguide.de/Life-Axioms), Печатное издание: L.-G. Kutalia, Death Penalty in Modern Criminal Law, Bulletin of the Georgian Academy of Sciences, vol. 159, №3, 1999, стр. 541-543. В настоящем источнике все перечисленные институты – которые за весь период правления Царицы Тамар *ни разу* (законно, т. е. с согласия монарха) не были применены – признаются отменёнными впервые в уголовном праве. В средневековой Грузии рассматриваемого периода смертная казнь сохранялась формально предусмотренной за четыре особо тяжкие состава преступления (умышленное убийство, преступления против Короны), наподобие современного Объединённого Королевства Великобритании и Северной Ирландии (окончательно упразднившего данный вид наказания за последние, аналогичные составы в 1998 году, за убийство – чуть раньше: 1969 [Великобритания] / 1973 [Северная Ирландия]), однако запрет применения монархом в правовом понимании равносителен отмене.

# LIFE AXIOMS

## for Universal Abolition of Death Penalty and Life Imprisonment

Lasha-Giorgi Kutalia Rusudan Kutalia



To Queen Tamar

### A. Abolition of death penalty – Achievement of Eurasian legal thought

I. The first precedent of abolition of death penalty dates back to mediaeval Eurasia, namely, to Georgia of the 12<sup>th</sup> century, where by Queen Tamar (reign: 1184-1213) death penalty, mutilative punishments and those offending dignity and honour, torture as procedural institution were all for the first time eradicated, with reference to Christian ethics. Abolition of death penalty was not only a Light in the mediaeval darkness, but it represents the most courageous decision in and through criminal law up to the present. Loss of independence reversed the triumph of humanism. On one single day (Commemoration Day – 13 November) in 1226 conquerors beheaded on the Metekhi Bridge over Mtkvari River in Georgian capital Tbilisi 100 000 civilians for refusing to step on the Icons of the Theotokos and our Saviour. However after centuries it is Eurasia again, Europe almost in its entirety and mainly by direct prohibition, making a breakthrough. Remarkable is the situation in the United States, where capital punishment has partially been overcome. Some good examples have been shown by universal and regional international organisations dealing with the protection of human rights. But to be precise, apart from exceptions on both sides, out of Europe death penalty is still being practiced worldwide – over 800 years after the first precedent of its abolition. Sooner or later time will surely turn all theorems presented below into axioms. Let us move the time!

LIFE AXIOMS

**B. Death penalty – Punishment or crime?**

II. No one deserves to be executed. Main reason for this is the cruelty of execution itself. Death penalty “measures” an evidently immeasurable factor – significance of Life. The string on the neck of delinquent has nothing common with justice. Chaotic understanding of humanity, according to which a person cannot be exposed to torture or mutilation, but can be executed, is a paradigm of cynicism, which equally concerns the ever lasting process of “humanization” of execution methods, from guillotine to injection. At the same time, if death penalty were a reaction concept of any exclusive effectiveness, we could easily prevent each crime. Only that reality teaches something else and in front of committed crime preventive aspect can legitimately never increase, but just limit the punishment. More than that, even as a purely preventive measure, the execution could not be a rightful choice considering the very fact that the threat can be removed otherwise. In other words, death penalty turns out to be a sheer evil.

III. It is an open secret: capital punishment includes killing of innocents, with regard to the error of justice. Even those who in case of the gravest delinquency obstinately remain execution-fans must therefore admit that there is no room for a bullet within the system of punishments. Postulations, as if abolition of death penalty would be at variance with the view of majority, are baseless. If anyone in this world earnestly supposes to be an advocate of misanthropic conception of death penalty, he must take into account the following: he himself can at any time turn into the next absolutely innocent victim of judicial murder. Already as a guiltless convict in death cell any such “apologist” would surely realize that the entire mankind, inclusive himself, is opposed to death penalty. The only explanation of the fact that it still exists is that it embodies a rudiment, – rudiment of darkness. Never stone Life!

IV. In modern society killing cannot be a profession. – Age of executioner’s axe is over. Death penalty with all its rituals of slaying constitutes in criminal law the most unethical reaction ever. No wonder that it includes moral killing of executioner. The state might consolingly refer to the circumstance that being executioner is no duty, but as we all know it is a lame excuse. Acuteness of the problem is vividly illustrated by three buttons concealing from the executioners which one of them pushes actually the death button. More than nothing? Unfortunately: three moral killings instead of one. Any ambition concerning the moral survival of executioners is in the vicious circle of death penalty anything but realistic. Briefly, when the state in the name of justice shoots in the heart of prisoner, it shoots in the soul of executioner as well. But executioners, abolition of death penalty lies not at last in your own hands: don’t kill!

V. Since ‘90s terrorism has become a global danger. Today we see no appreciable progress in fight against it, but a panic fear at our airports, stadiums and even on the



#### LIFE AXIOMS

streets often manifesting itself in insulting security measures (although they could be constructed otherwise). The weakest point of terrorism lies in its immorality. We have seen full school buses and school exploded by terrorists – boundless immorality. As long as death penalty exists terrorists are in their element. Abolition of capital punishment does not neutralize terrorism as a global danger at once, but it is an essential move. In order to fight successfully against terrorism we have to fight the death, not the Life, inviolability of which points out that death penalty means the same immorality as terrorism. If some of us are sceptical in this respect and like their scepticism, they should visit each day the severed head at the Vienna Criminal History Museum, trying to explain what else it could be. Human being, you are guest on this earth, your home is either paradise or hell. Yes, Life is eternal.

**VI.** We Live in the era of human rights, these are inalienable rights. No one can be deprived of right to Life and executed. Any action taking the Life of any individual is directed against his right to Life. Under certain conditions modern legal system does not prosecute killing, whereby it demands a justification, namely, for violation of the right to Life. In case of self-defence such justification is given, in case of death penalty – no. Guilt, as opposed to specific threat, is no justification for killing. If a survived victim of mass murder kills the murderer post factum he shall be convicted of murder. Death penalty as *contradictio in adjecto* reveals that delinquents proposed by legislator to be liquidated are victims of illegality. Hence, it is no kind of legitimate punishment, if this Temida's sword can be legitimate at all, but that of crime. Whether the executed was fully innocent or fully guilty, the true face of death penalty is in both cases the same: it is a murder.

#### C. Life imprisonment – Psychotronic guillotine

**VII.** The modern abolition of death penalty remains far from brilliancy of its eradication by Queen Tamar as nowadays it has been replaced by Life imprisonment. An alternative name for imprisonment is in criminal law Living death, which the Life imprisonment completely meets. Nonetheless there is no impressive sign regarding its abolition. According to the central argument for maintaining this reaction within the humanistic framework, indeterminate Life sentence foresees directly a possibility of release on parole and even the determinate Life sentence does not exclude releases. Such statements cannot be convincing. Instead of watching with guarded optimism an individual isolated for decades in four tiny walls, the state should bear itself the burden of preventing imprisonment for Life by making it superfluous. Besides the fact that naked prevention and punishment are two different concepts, no criminal can be dangerous Life long: evil is curable. Since it is an acquired disease alien to the nature of man. Whether we talk about death penalty or Life imprisonment, the conclusion is for both crimes the same: hands off Life!

## Глава II

# ИСТОКИ НАУЧНОГО ИССЛЕДОВАНИЯ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ ВИНЫ

– §1 –

### ПРИНЦИПЫ БЕККАРИА

#### Принцип индивидуальной вины

Следом за средневековой догматикой уголовно-правовая мысль и вместе с ней идея вины теоретически чуждыми до того темпами продолжают поступательно развиваться. Можно с уверенностью отметить, что первопричиной стремительного совершенствования служит творчество итальянского криминалиста Чезаре Беккариа. Опубликованное им в 1765 году сочинение «О преступлениях и наказаниях» коренным образом изменило облик современной ему уголовной доктрины и процесса развития теории уголовного права в общем. Сформировалась система чрезвычайно прогрессивных принципов уголовного права.

Однако неверно было бы полагать, словно благоприятную почву для реформаторского пафоса Беккариа создавала существующая в той эпохе социально-политическая обстановка. Напротив, этот последний фактор значительно препятствовал его в развитии своей концепции. «Пытка, – отмечает П. Я. Левенсон, – которая являлась неотъемлемой частью всех судов, светских и церковных, считалась незыблемым институтом, основой эффективного осуществления правосудия. Любой протест против этой многовековой традиции был немислим, это считалось посягательством на целостность государственного организма (...). Самый малый намёк в адрес карательной системы государства отождествлялся с провозглашением безнаказанности за преступления (...). Репрессивный характер строжайших наказаний не нуждался в оправдании своей утилитарной задачи. Устрашение было целью, а не средством

исправления преступника»<sup>113</sup>. Исходя из этого, становится вполне понятно, почему обращался Беккариа как к масштабу исследования не к справедливости, которой в действительности служило всё его творчество, а к прагматичности, практической целесообразности. Хотя необходимо отметить, что Беккариа иногда и прямо указывает на справедливость как на исходный принцип и решительно требует искоренения того или иного явно неприемлемого метода или института именно на основе этого аспекта.

Следствием всего этого является то, что развитие уголовно-правовой мысли значительно опередило развитие социально-политического мышления в целом. Иными словами, это ключевой этап образования самостоятельной (деполитизированной, деидеологизированной) теории уголовного права.

Непосредственно с точки зрения анализа воззрений Беккариа наше внимание прежде всего привлекает проблема самоубийства, где наглядно видно, с какой неуклонностью стремится итальянский правовед к окончательному опровержению пережитков господства канонического права. «Самоубийство, – отмечает он, – представляет собой преступление, на основании которого в уголовно-правовом понимании применение наказания невозможно, потому как наказание здесь может быть адресовано только невиновным лицам или вовсе бесчувственному трупу. Если в последнем из этих двух случаев наказание никакого влияния на живых людей оказать не в силах, так же как бичевание статуи никак бы на них не воздействовало, в первом из них оно являлось бы несправедливым и тираническим, ибо политическая свобода людей подразумевает, что наказание может быть только личным (*meramente personali*)»<sup>114</sup>. При прямом логическом осмыслении данного воззрения мы вынуждены заключить, что оно выдерживает не всякую критику. Дело в том, что Беккариа хотя вполне убедительно обосновывает недопустимость применения наказания к самоубийцам, но плодотворность приведённых в вышепредставленном суждении доводов теряется из виду, если рассматривать их в отношении покушения на самоубийство. Вернее сказать, предложенная Беккариа аргументация достаточна лишь для отрицания наказуемости самоубийства как такового и наоборот – ничего не указывает на то, почему не может быть наказуема тентатива суицида, что, разумеется, не может рассматриваться как полноценное решение проблемы.

<sup>113</sup> П. Я. Левенсон, Беккариа и Бентам, С.-Петербург, 1893, стр. 17.

<sup>114</sup> Ч. Беккариа, О преступлениях и наказаниях, С.-Петербург, 1878, стр. 104.



Но главное не это, что можно было бы выделить в вышецитированном воззрении Беккариа. На наш взгляд, гораздо важнее существенно иная грань рассматриваемого утверждения.

Во-первых, Беккариа не уклоняется от отрицания приоритетного значения репрессивного элемента в понятии наказания, когда он полагает, что наказание ни в коем случае не может основываться только на репрессии, а обязательно должно включать и превентивный элемент.

Во-вторых, Беккариа здесь не избегает и декларирования того принципа, что уголовная ответственность может быть только виновной, что отчётливо видно, когда он считает недопустимым распространение уголовной ответственности на невиновных лиц.

Помимо этого, Беккариа там же предлагает принцип персональной ответственности. Хотя данные два принципа по содержанию смежны, их отождествление не может иметь место.

Главным характерным признаком принципа виновной ответственности является то, что данный принцип исключает объективное вменение, но вина в то же время может быть и коллективной, и ввиду этого принцип виновной ответственности ещё не содержит никакого указания на персональность ответственности. И наоборот: основная особенность принципа персональной ответственности состоит в том, что он исключает ответственность за совершённое другим лицом деяние, но принцип персональной ответственности, в свою очередь, не исключает объективное вменение, т. е. ответственность без вины. А комбинирование этих принципов, как вытекает из вышеизложенного, ведёт к неприятию, с одной стороны, объективного вменения, а с другой – коллективной вины. Вместе с тем в результате негации объективного вменения и коллективной вины возникает *индивидуальная вина* как *необходимое* основание уголовной ответственности.

Именно поэтому одновременное открытие обоих принципов следует классифицировать как важнейшее теоретическое достижение. И, наконец, центральным моментом рассматриваемой позиции предстаёт то, что для Беккариа принципиально неприемлемо доминирование в уголовном праве религиозно-этических начал, всякое проявление такого доминирования.

Если здесь указанная точка зрения представлена лишь непрямолинейно, в другом месте, в рамках сравнительного анализа эмиграции и самоубийства

она уже чётко выдвигается. «Таким образом, – заключает Беккариа, – доказано, что закон, запирающий подчинённых в их собственной стране как в темнице, непригоден и несправедлив; то же самое касается наказуемости самоубийства, так как это последнее хотя включает вину, караемую Богом, который один после смерти в силе наказывать, но оно отнюдь не составляет преступления перед людьми, поскольку наказание за это деяние, вместо того чтобы применяться к самому виновному лицу, направлено против его семьи»<sup>115</sup>.

Как видим, Беккариа недвусмысленно заявляет, что необходимо размежевание религиозного и уголовно-правового понятий преступления. В силу того, что самоубийство никакой опасности для окружающих лиц не представляет, а единственным объектом опасности является лишь тот, кто это же деяние осуществляет, понятно, что единственное основание наказуемости в подобных случаях составляет посприятие отвлечённых религиозных идеалов. Разумеется, чисто теоретически в этом нет ничего нереализуемого. Уголовное право вполне может требовать от субъекта и строгого соблюдения религиозных императивов. Дело же касается всего лишь позитивности принципа, точнее того, насколько желательно, чтобы уголовное право служило и таким целям. Если в нынешнем уголовном праве подобная постановка вопроса вообще невозможна, в современной Беккариа догматике это олицетворяло исключительно актуальный контекст.

С одной стороны, вне сомнения, что намеченная Беккариа в этом направлении тенденция является очень важным шагом на пути к признанию свободы совести: государство, карая субъекта в уголовно-правовом порядке за невыполнение религиозных требований, принуждало его к покорству данной религии и наоборот: декриминализация нарушения религиозных требований субъекту реально предоставляло «свободу выбора» в рассматриваемой сфере.

С другой стороны, Беккариа вплотную приблизился к истинному восприятию идеи права, разъясняя законодателю, что то, что выходит за рамки существующих между гражданами социальных отношений, не может быть предметом уголовно-правового обозрения.

---

<sup>115</sup> Ibid., стр. 108.

Углубляя воззрение Беккариа, следует отметить, что *уголовное право должно в равной мере охранять общество от индивида и индивида от общества, т. е. заботиться не только о возложении широкого круга обязанностей, но и об обеспечении такого же просторного спектра прав и свобод.*

Естественно, крайне желательно, чтобы индивид с одинаковым усердием соблюдал каждый высокий идеал, который общепризнан, будь это религиозные, моральные или иные идеалы, но если попрание последних не создаёт реальной опасности конкретным интересам других, их охрана должна осуществляться только на основе силы авторитета, что означает то, что подобные требования не могут иметь ничего общего с уголовным правом, в основе обеспечения выполнения норм которого лежит авторитет силы. Это непреклонное требование справедливости.

Таким образом, очевидно, что Беккариа и в этом случае выступает против явной несправедливости, абсолютной иррациональности.

В то же время нельзя не заострить внимание на другом релевантном моменте в его вышецитированном воззрении, касающемся взаимоотношения проблем преступления и наказания. Как уже упоминалось, Беккариа в своём первоначальном взгляде, предлагая уголовно-правовую характеристику самоубийства, пытается опровергнуть лишь наказуемость данного деяния, а вследствие очередного мнения опровергается уже и преступный характер суицида (в уголовно-правовом понимании). Будто бы единственное, что здесь возможно усмотреть, – логическая последовательность. В действительности же всё не так просто. Когда объявление деяния ненаказуемым не влечёт безоговорочное отрицание его деликтного характера, это означает негацию наказуемости как конститутивного признака преступления.

Вместе с тем тут же необходимо подчеркнуть, что отношение понятий наказания и наказуемости к понятию преступления являются моментами, теоретическая нагрузка которых существенно отличается друг от друга. В конкретной ситуации, в силу того или иного обстоятельства признанное преступным деяние может вовсе не повлечь за собой наказание, но этим, как известно, не происходит отрицание деяния как преступления. Поэтому, указывая на то, что квалификация деяния преступлением несколько не зависит от факта присуждения наказания, имеет место лишь декларирование азбучной уголовно-правовой истины.

Исходя из этого, должно быть понятно, что наказание не может называться конститутивным признаком понятия преступления, как это, опираясь на ограниченные в данном контексте ресурсы господствующей доктрины, всё ещё встречается не в одном авторитетном уголовно-правовом исследовании и более того, может ли наказание вообще считаться признаком преступления, т. е. находить своё место в системе преступления, если преступление обладает независимой от наказания действительностью и соответственно, последнее оказывается вне системы преступления? В этом компонентном анализе до предложенного нами ниже интерперсонального учения о деянии, включающего истинно функциональное понятие преступления, ничего не меняется.

Как отмечалось, иначе обстоит дело относительно проблемы наказуемости. Если отвергается наказуемость деяния, следует механически отвергнуть его как преступление, и в этом мало чего может быть спорного, так как там, где не существует возможности наказуемости, предотвращение деяния под угрозой государственного принуждения становится невозможным. А если предотвращение деяния возможно без угрозы применения государственного принуждения, тогда оно уже в силу этого обстоятельства не может относиться к сфере уголовно-правового регулирования. Следовательно, не подлежит сомнению, что наказуемость, в отличие от наказания (в любой префункциональной доктрине), является конститутивным признаком преступления.

На данном обстоятельстве наше внимание было приостановлено именно по той причине, что вышеприведённые воззрения Беккариа к тому же выводу не приводят. Отмечая конкретно, после того как отвергается наказуемость деяния, уже нет логического основания отрицать его как преступление. Возьмём, например, то же самое самоубийство, только совершённое военнослужащим во время боевых действий (за исключением тех случаев, где дана опасность попадания в плен). Чем отличается, с точки зрения вредности, данное деяние, скажем, от дезертирства, совершённого также в военное время или в боевой обстановке и за которое ч. 2 ст. 262 УК РФ предусмотрено лишение свободы сроком от пяти до двадцати лет? Разумеется, ничем. Оба деяния одинаково неприемлемы, но в отношении военнослужащего, совершившего покушение на самоубийство, не может применяться такой вид наказания, который не был бы лишён как обще-, так и специальнопревентивного составляющего, что практически указывает на то, что не здесь отсутствует возможность применения

наказания в уголовно-правовом понимании, так как наказание в уголовном праве обязательно должно отвечать требованиям как общей, так и специальной превенции. И в этом заключается единственная причина, в силу которой не удаётся признание данного деяния преступлением.

Вернёмся, однако, вновь к анализу выработанных Беккариа принципов. Следует отметить, что он не довольствуется лишь постулированием того, что религиозный грех абстрактного содержания не должен составлять предмет уголовно-правовой заинтересованности. Он в этом отношении идёт гораздо дальше. Продолжая обзор проблематики наказуемости эмиграции, Беккариа отмечает: «Тот, кто всё ему принадлежащее вынес из государства, поскольку ему удалось осуществить это, уже не может быть наказан. Таким образом, это преступление, если оно уже совершено, не может повлечь наказания, а наказывать лицо за это преступление до того, как совершило его, значит наказывать волю человека, а не его деяния, т. е. вторгнуться в сферу помысла, в этот самый что ни на есть свободный от людских законов отрезок (...). А наказание за эмиграцию после возвращения виновного на родину препятствовало бы в исправлении причинённого обществу зла, потому как этим сделалась бы вечной всякая эмиграция»<sup>116</sup>. Совершенно очевидно, что Беккариа здесь открыто и масштабно противостоит крайне реакционной аксиоме, внедрённой вследствие доминирования канонического права, согласно которой, с точки зрения уголовной ответственности, внешнее проявление «неправомерного» психологического поведения вовсе не обязательно. Естественно, это прямое продолжение рассмотренных выше принципов Беккариа. С убедительностью можно отметить, что постулированная им в этот раз идея – один из высочайших вершин теоретического мышления в уголовном праве, ибо он со всей выразительностью сумел продемонстрировать истинное лицо субъективизма и указать также в точности на тот фундаментальный момент, который делает субъективистские догмы до такой степени неприемлемыми.

Удалось ли Беккариа в этом направлении, т. е. с точки зрения соотношения объективной и субъективной сторон в деликтном деянии, до конца последовательное развитие своей позиции – отдельный вопрос, и мы затронем его чуть позже. Главное же в этот раз то, что Беккариа успешно преодолел господство субъективизма в уголовном праве. Он, как было показано, совершен-

---

<sup>116</sup> Ibid., стр. 106.

но чётко переносит основной акцент от субъективной воли на субъективное деяние.

Но не породила ли деградация значения субъективной стороны риск регрессивного развития идеи вины? Конечно же, нет. Более того, вина тем самым обретает специфически уголовно-правовой оттенок, так как то, что здесь субъекту должно вменяться в вину, выражается уже не в умозрительном психическом процессе, лишённом реальной связи с социальной действительностью, а именно в проявленных в социальной действительности конкретных психических процессах. Как явствует и из воззрений Беккариа, субъективизм однозначно допускает возможность наказания субъекта за вредное деяние, которое он пока не совершал, но мог с высокой степенью вероятности совершить. Предохранение общества от подобной опасности действительно могло бы быть вполне приемлемо, если бы по меньшей мере не следующее обстоятельство, которое догматически весьма значимо: дело в том, что в данном случае целиком игнорируется тот факт, что субъект в любое время может добровольно отказаться от осуществления своего неправомерного умысла и недопустимо лишать его такой возможности. То, что субъект всё ещё обладает возможностью воздержаться от осуществления своего противоправного умысла, указывает на то, что определённая часть лиц, охватываемая пусть даже только единицы, действительно может воздержаться от совершения преступления, и здесь уже следует заметить, что в уголовно-правовом отношении гораздо важнее ненаказание одного невиновного лица, чем наказание множества вероятно виновных, какой бы высокой при этом ни была степень вероятности их виновности.

Именно подобные теоретические глубины содержит сделанный Беккариа в рассматриваемом случае вывод, несмотря на то, что это всего лишь уголовно-правовая концепция восемнадцатого столетия. В то же время представленная здесь проблема, на наш взгляд, требует и определённого обобщения. Как выясняется в результате исследования, развитие соотношения субъективной и объективной сторон в понятии преступления представляет собой многогранный, к тому же весьма переменчивый процесс, хотя одновременно с этим несложно усмотреть и ту закономерность, которая постепенно, но всё отчётливее выделяется в процессе данного развития – это необратимость рационализации.

На раннеправовом этапе, включая и раннее римское право, перед нами строго объективистский подход к уголовно-правовой оценке субъективного деяния, что в определённой степени меняется в развитом римском праве в пользу признания значения субъективных элементов. Средневековое каноническое право уже окончательно признаёт реальную значимость субъективной стороны, но идёт в этом направлении слишком далеко и в виде субъективизма внедряет противоположную крайность.

Беккариа же, в свою очередь, представляя основательную критику негативных последствий субъективизма, стремится достичь эквивалентного акцентирования объективной и субъективной сторон в понятии преступления. Что служит основанием последнего утверждения?

Исследуя в системе преступления корреляцию объективного и субъективного аспектов, предмет нашего непосредственного интереса должен составлять следующий треугольник: воля – деяние – результат.

С субъективизмом будем иметь дело, если в рамках квалификации деяния преступлением главный акцент приходится на первый компонент (в приоритетности акцента имеется в виду то, что акцентированный компонент, в данном случае воля, в состоянии повлечь уголовную ответственность независимо от двух других компонентов) и наоборот, если объектом приоритетного акцентирования предстаёт результат, дело, безусловно, будем иметь с объективизмом.

А когда фокусирование рассматриваемого интереса происходит на промежуточном элементе, т. е. на деянии, это означает элиминацию обеих крайностей.

Вместе с тем необходимо принять во внимание то обстоятельство, что под деянием мы подразумеваем не каждое физическое поведение субъекта, а только такое, которое представляет собой внешнее проявление его волевой деятельности. В силу этого можно недвусмысленно отметить, что понятие деяния в равной мере включает как объективные, так и субъективные начала. Однако нельзя сказать, что когда уголовная ответственность основывается только на деянии (речь идёт об ответственности за приготовление к преступлению и покушение на преступление), проблема соотношения рассматриваемых аспектов окончательно решена.

То, какая перспектива предпочтительнее, на наш взгляд, с высот современного уголовного права ни в каких доводах не нуждается. Хотя также очевид-

но и то, что вопрос требует серьёзных теоретических доработок, которые в последующих главах настоящего труда непременно будут представлены.

Наряду с этим становится понятным и основание представленного нами выше утверждения, т. е. то, в чём выражается стремление Беккариа с точки зрения достижения равнозначного акцентирования объективного и субъективного сторон в понятии преступления – как отмечалось, он центральное значение придаёт субъективному деянию.

Что касается последнего замечания Беккариа относительно того, что наказание эмигранта в случае его возвращения на родину уже противоречит государственным интересам, это, на первый взгляд, может показаться слишком утилитарным подходом к сущности вопроса. Исходным положением здесь представляется тот немаловажный момент, что государственные интересы должны превалировать над уголовно-правовой потребностью наказания виновного субъекта (разумеется, только в том случае, если налицо вред, причинённый государству в общем, но не конкретному лицу). Если окинуть взглядом современное уголовное право, окажется, что в аналогичном случае такой подход к вопросу, как это имеет место у Беккариа, не чужд и для первого.

В цитированной иллюстрации чётко видно, что субъект до конца осуществил свой неправомерный умысел, т. е. пройдя этап как приготовления к преступлению, так и покушения на преступление, и то, чему его дальнейшее деяние может служить, состоит лишь в нейтрализации вредного результата, вызванного этим преступлением. Следовательно, на данное субъективное деяние не могут распространяться принцип добровольного отказа от преступления и вытекающие отсюда уголовно-правовые последствия, в силу чего исключение ответственности здесь генерально недопустимо.

Однако современное уголовное право предусматривает не одно такое исключение, при котором в подобных условиях законодатель считает целесообразным привлечение лица к уголовной ответственности. Так, например, ст. 190 УК РФ гласит, что лицо, давшее взятку, освобождается от уголовной ответственности, если оно после дачи взятки добровольно сообщило об этом соответствующему правоохранительному органу; проявлением той же позиции следует считать ст. 238, где говорится о том, что лицо, добровольно сдавшее огнестрельное оружие, боевые припасы или взрывчатые вещества, которыми оно владело без надлежащего разрешения, освобождается от уго-



ловной ответственности и ст. 252, согласно которой лицо, добровольно сдающее наркотические средства, также освобождается от уголовной ответственности за незаконное приобретение сданных средств, равно как за их незаконное хранение, перевозку или отправку; существенно идентично обстоит дело и относительно ст. 65, предусматривающей измену Родине (нынешняя формулировка: государственная измена). И в этом, на наш взгляд, нет ничего неприемлемого, только при том условии, если данная позиция представлена в качестве исключения, а не как правило. Ввиду этого и воззрение Беккариа не может быть неприемлемым, так как и здесь развивается та же самая мысль.

Как отмечалось выше, положительную оценку заслуживает перенос основного акцента на деяние в результате отрицания субъективизма, ибо это в то же время означает и отрицание объективизма. Но нами там же был поставлен вопрос о том, остаётся ли Беккариа в этом плане до конца последовательным. Следует отметить, что в рамках дальнейшего анализа его концепции встречается не одно утверждение, несовместимое с рассматриваемой позицией. В этот раз мы остановим наше внимание лишь на одном из них, являющемся характерным для упомянутой контрадикции.

В седьмом параграфе своего вышеуказанного труда, который озаглавлен как «Ошибки при назначении наказания», Беккариа отмечает: «Единственным и истинным масштабом преступлений является вред, который причиняется обществу их совершением (*il danno fatto alle nazione*); исходя из этого, заблуждаются те, которые в качестве истинного масштаба преступления рассматривают намерения (*intenzione*) совершающих преступление лиц (...). Порой люди с наиболее благими помыслами причиняют обществу огромный вред, а другие со зловещим замыслом приносят ему огромную пользу»<sup>117</sup>. То же самое налицо и в следующей главе, посвящаемой классификации преступлений: «Мы уже увидели, что составляет истинный масштаб преступлений; это вред, причинённый обществу совершением преступления»<sup>118</sup>. Исходя из данного утверждения, уже нельзя сказать, что Беккариа, отвергнув субъективизм, сумел не оказаться под влиянием противоположной экстремальности, т. е. объективистского видения уголовного права. Он несомненно прав, когда считает, что заблуждаются те, кто в виде истинного масшта-

---

<sup>117</sup> Ibid., стр. 39.

<sup>118</sup> Ibid., стр. 40.

ба преступления выдвигают интенцию делинквента, поскольку это явно выраженный субъективизм. Но разве с такой же прозрачностью не признаём объективистское направление, когда истинным масштабом преступления представляем себе причинённый обществу вред? Естественно, это так и есть. Поэтому ошибочно не только утверждение того, что единственным и истинным масштабом преступления является интенция делинквента, но и того, что данный масштаб следует искать исключительно в причинённом преступлением вреде. Если следовать воззрению Беккариа и вред действительно признать единственным масштабом преступления, получится, что небрежное лишение жизни двух лиц должно вдвое строже наказываться, чем убийство с прямым умыслом при отягчающих обстоятельствах, что далеко не бесспорно. Или же, если максимально руководствоваться этим же ходом суждения, становится неясно, в силу чего надлежит наказывать лицо за покушение на преступление (даже за оконченное покушение), имея дело всего-навсего с противоправным умыслом при отсутствии причинённого обществу вреда.

С другой стороны, это вовсе не означает, что Беккариа находится на ложном пути, когда утверждает, что люди с благими намерениями могут навредить обществу и напротив, с мрачным умыслом – оказаться для него благотворным. Это, конечно же, сущая истина. Дело только в опрометчивом, можно сказать, в спекулятивном применении этой истины. А в действительности субъект не должен наказываться нигде: ни там, где с правомерной затеей осуществляет вред, ни там, где наступление общественно полезного результата сопровождалось противоправным, пусть даже сверх всякой меры злым умыслом.

Посмотрим, что это может означать на конкретных примерах, приведённых нами выше. Допустим, субъект с целью убийства осуществляет выстрел из огнестрельного оружия, вследствие чего лишает жизни третье лицо, которое в данный момент также незаконно нападает на совершенно другого субъекта и тем самым невзначай осуществляет необходимую оборону, т. е. детерминирует общественно полезный результат. И если в современном уголовном праве данное деяние не считается наказуемым, это не потому, что современный законодатель единственным масштабом преступления признаёт вредность последствия, а в силу того, что в современном уголовном праве объективная и субъективная стороны преступления – эквивалентно значимые категории и в данном случае позитивность результата своей значимостью нейтрализовала порочность умысла.

Также не может наказываться субъект и тогда, когда, например, стремясь спасти жизнь оказавшегося в состоянии необходимой обороны беспомощного лица, вдруг лишает его жизни, а не того, кто осуществляет незаконное нападение (если, естественно, не имело место превышение пределов необходимой обороны; хотя это обстоятельство исключается само собой, так как в таком случае намерение субъекта не может быть правомерным и ведь в актуальном примере речь именно о правомерном намерении, чреватом вредными последствиями). Если в первом случае исключение ответственности обусловлено тем, что позитивность результата своей значимостью нейтрализовала порочность умысла, в этот раз исключение ответственности обуславливается тем, что позитивность интенции своим значением нейтрализывает злокачественность результата. Это, в свою очередь, указывает не на то, что умысел (– субъективная сторона) является единственным масштабом преступления, а на то, что масштабом преступления выбраны компоненты обоих видов (объективный, субъективный) равнозначно.

Наряду с этим, разумеется, было бы неверно полагать, словно в современном уголовном праве значимость объективной и субъективной сторон преступления с абсолютной точностью совпадает в каждом отдельном случае. И в этом отношении имеются определённые исключения, наглядной иллюстрацией чего служит УК РФ (на что мы и в предыдущей главе заострили наше внимание в рамках формирования основ уголовно-правовой математики). Законодатель здесь, с точки зрения определения степени ответственности, иногда придаёт преимущественное значение объективным коэффициентам деяния, а иногда напротив, предметом приоритизации выступает субъективная сторона. Так, например, вследствие сравнительного анализа ст. 115 и ч. 1 ст. 150 выясняется, что в этом конкретном случае определение степени ответственности в большей мере зависит от формы вины, чем от тяжести вредного последствия.

В ч. 1 ст. 150 описывается состав кражи, в отношении которой законодатель предусматривает наказание в виде лишения свободы сроком до двух лет или исправительных работ на тот же срок, а ст. 115, касающаяся причинения тяжкого телесного повреждения по неосторожности, в виде наказания предусматривает лишение свободы сроком до одного года или исправительные работы на тот же срок. Если учитывать то обстоятельство, что совершение кражи возможно только с прямым умыслом, получим, что степень вины в данном слу-

чае выше, чем при предусмотренном ст. 115 составе, где вина может выражаться в самонадеянности или вовсе в небрежности. Что касается тяжести последствий, тяжкое телесное повреждение следует признать гораздо более вредным деянием, чем то, что описывается в ч. 1 ст. 150.

Таким образом, несмотря на то, что степень вредности деяния, предусмотренного ст. 115, гораздо выше по сравнению с деянием, предусмотренным ч. 1 ст. 150, законодатель предусматривает за последнее деяние двукратную степень ответственности, т. е. признаёт более важным разницу, данную между субъективными сторонами рассматриваемых деяний, хотя очевидно, что значение существующей между субъективными сторонами этих деяний разницы не может превышать значение существующей между их объективными сторонами разницы. Исходя из этого, здесь налицо либо сознательное исключение из вышеприведённого принципа, либо спонтанное отклонение от него.

С исключением или же вновь со спонтанным отклонением имеем дело на примере сравнительного анализа ч. 1 ст. 75 и ч. 1 ст. 77. Последняя норма касается утраты документов, содержащих государственную тайну, под угрозой наказания в виде лишения свободы сроком от одного до трёх лет. Первая же описывает «умышленное действие с целью разжигания национальной или расовой вражды или розни, унижения национальной чести и достоинства, а также прямое или не прямое ограничение прав граждан в связи с их национальной или расовой принадлежностью, или предоставление им прямых или не прямых преимуществ», за что предусматривается лишение свободы сроком до трёх лет, т. е. здесь минимальный размер наказания ниже, чем в первом случае, исходя из чего описываемое в первом случае деяние карается строже, ибо, с другой стороны, максимальный размер наказания в обоих случаях абсолютно идентичен. С субъективной стороны здесь противопоставляются друг другу прямой умысел (ч. 1 ст. 75) и небрежность (ч. 1 ст. 77); а с точки зрения тяжести результата, описываемое в ч. 1 ст. 77 деяние несомненно более весомо, но не настолько, чтобы этого могло быть достаточно для поглощения данной с субъективной стороны разницы. Соответственно, если руководствоваться принципом эквивалентности объективных и субъективных элементов, недопустимо, чтобы представленная в ч. 1 ст. 77 санкция оказалась строже санкции, представленной в ч. 1 ст. 75.

Как видим, законодатель в настоящем случае выделяет вредность результата, но для того чтобы лишний раз убедиться в том, что современное уголов-

ное законодательство эссециально не умаляет значения ни субъективных, ни объективных элементов, обратим внимание и на то обстоятельство, что в современном уголовном праве увеличение степени ответственности зависит не только от увеличения степени вредности противоправного последствия, но также и от прогрессирования степени вины. Всегда, когда увеличивается степень вины, обязательно отягчается уголовная ответственность, даже если совершенно неизменной остаётся степень вредности результата, что вряд ли было бы достижимо в том случае, если бы единственным масштабом преступления использовался причинённый обществу вред.

**Презумпция невинности** Дальнейший анализ воззрений Беккариа наглядно убеждает нас в том, что последний постулат ему несколько не препятствует продолжить успешное конструирование системы вышеупомянутых принципов. В 16-м параграфе своего сочинения он формулирует сегодня уже общепризнанный принцип, который в современном уголовно-процессуальном праве признан как один из наиболее важных достижений уголовно-правовой мысли. Это презумпция невинности. «Человек, – утверждает Беккариа, – не может называться преступником до вынесения в отношении него судебного приговора, ни общество не может лишить его своего покровительства, прежде чем не будет установлено, что он нарушил условия, обеспечивающие ему это покровительство»<sup>119</sup>.

Здесь, прежде всего, следует выделить то обстоятельство, что обоснование принципа презумпции невинности – не самая простая теоретическая задача. Вовсе не исключены такие случаи, когда вне всякого сомнения, что осуществлённое субъектом определённое деяние содержит все надлежащие признаки конкретного преступления. Так, например, лицо, ставшее жертвой разбойного нападения, при наличии соответствующих обстоятельств может знать наверняка, что конкретное лицо в отношении него совершило соответствующее составу преступления, противоправное и виновное деяние, но, исходя из принципа презумпции невинности, данное деяние не может называться преступлением до того, как суд не сквалифицирует его таковым и его приговор не вступит в законную силу, или же не может называться преступлением вообще, если по делу не удалось собрать достаточно доказательств и суд воздержался от признания данного деяния преступлением.

---

<sup>119</sup> Ibid., стр. 57.

Из этого, в свою очередь, совершенно чётко вытекает, что преступление – это не просто соответствующее составу преступления, противоправное и виновное деяние, а деяние, сквалифицированное в приговоре, вынесенном судом<sup>120</sup> и вступившем в законную силу, как соответствующее составу преступления, противоправное и виновное.

Однако в таком случае насколько возможно осмысление понятия преступления в пределах науки материального уголовного права, оно же таким образом превращается лишь в достояние уголовного процесса!

Действительно, исходя из рассматриваемой позиции, в материальном уголовном праве остаются всего лишь отдельные элементы понятия преступления, а само понятие преступления приобретает строго процессуальный характер, и, следовательно находит своё место за рамками материального уголовного права.

Вместе с тем всё вышеуказанное содержит и другой важный вывод, в частности то, что процессуальное признание является очередным конститутивным признаком понятия преступления, таким же, как противоправность или вина. Однако какими могут быть теоретические последствия неприятия процессуального признания как конститутивного признака понятия преступления?

Прежде всего, на основе этого понятие преступления вновь возвращается в теоретическую орбиту материального уголовного права, но, с другой стороны, это чревато разрывом формально-логической связи между материальным уголовным правом и уголовно-процессуальным правом, что несложно усмотреть. Скажем, в приведённом нами выше казусе оказалось так, что следствию не удалось собрать соответствующие доказательства в совершенном виде, т. е. в том виде, который необходим для того, чтобы суд признал деяние нападающего субъекта преступлением. Единственным следствием этого может быть то, что суд не станет квалифицировать данное деяние как преступление.

Соответственно, выходит, что, с одной стороны, субъект, осуществив соответствующее составу преступления, противоправное и виновное деяние, совершил преступление в понимании материального уголовного права, но, с другой стороны, поскольку суд не в силе вынести обвинительный приговор, процессуально это деяние преступлением не признаётся. Вывод: то, что в по-

---

<sup>120</sup> Ср. С. А. Пашин, Понимание преступления, Москва, 2000, стр. 87.

нимании материального уголовного права представляет собой преступление, с точки зрения уголовного процесса может не являться преступлением.

Как видим, принцип презумпции невиновности обуславливает весьма значительную догматическую замысловатость. То, в каком направлении могут быть развиты теоретические последствия вышеприведённого анализа, – предмет самостоятельного исследования, так как вкратце выяснение этого невозможно. Однако теперь, т. е. через два десятилетия после первого издания настоящего труда, ситуацию кардинально меняет созданная нами теория непрерывности (континуитета)<sup>121</sup>: что здесь невозможно в рамках господствующей – стадияльной – доктрины, с особой лёгкостью решается в данной теории осуществления уголовного права, где материальное уголовное право институционально распространяется не только на уголовный процесс, но и на уголовно-исполнительное право. В силу этого выводы, сделанные в первом издании, точны и интеграция процессуального аспекта не может зависеть от догматических флуктуаций.

В то же время неоспоримый факт, что презумпция невиновности является принципом однозначно прогрессивного содержания и, как отмечалось выше, предстаёт в качестве неотъемлемой составляющей современного уголовного процесса. Данный принцип находит непосредственное признание в конституции не одной страны. Но в чём конкретно выражается прогрессивность рассматриваемого принципа, т. е. что превращает презумпцию невиновности в атрибут современной процессуальной доктрины?

В соответствии с принципом презумпции невиновности имеется в виду, что лицо, чьё деяние конституирует факт, в отношении которого возбуждается уголовное дело, гипотетически невиновно. Чисто логическому объяснению это, естественно, не поддаётся, ибо логически немислимо, чтобы основание признания субъекта подозреваемым кристаллизовывалось в том, что данный субъект считается невиновным.

В то же время то, что в момент возбуждения уголовного дела субъект считается невиновным, является лишь определённой условностью, которая продиктована тем, что не сам субъект должен доказывать свою невиновность, что могло иметь место в случае презумпции виновности, а, наоборот, государству приходится брать на себя бремя доказывания его виновности. В

---

<sup>121</sup> См. L.-G. Kutalia, Theorie der allgemeinen Kontinuität, I Schwarzmeerjuristentage, Strafrecht (Hrsg. H. Nakeri), Samsun, 2010, онлайн: [www.edoc.hu-berlin.de](http://www.edoc.hu-berlin.de).

противном случае была бы загадочной вся цель существования такого государственного органа, как прокуратура, главнейшая функция которой состоит именно в уголовно-правовом преследовании подозреваемого (впоследствии обвиняемого [в результате реформы включившего в себя уже и упразднённый институт подозреваемого, что никак нельзя рассматривать как шаг в сторону презумпции невиновности], подсудимого). Вместе с тем правосудие, до того как признает виновность лица, должно надлежащим образом разобраться в том, исключено ли наличие любого такого обстоятельства, которое могло бы свидетельствовать о его невиновности; всякое сомнение с данной точки зрения должно разрешаться «pro reo». А вся эта процедура направлена на обеспечение того, чтобы исключить наказание невиновных лиц, хотя вследствие этого гораздо большему количеству фактически виновных субъектов предоставляется возможность избежать уголовную ответственность.

Однако усомнение в правильности такого выбора возможно разве что в условиях крайне тоталитарного правления. К тому же немудрено определить, насколько более нежелательная обстановка вырисовывалась бы в случае презумпции виновности: можно с уверенностью сказать, что здесь большинство субъектов оказалось бы не в силе доказать свою невиновность, хотя абсолютное большинство виновных лиц на этот раз вряд ли смогло бы избежать уголовную ответственность. Таким образом, для того чтобы сделать выбор между презумпцией виновности и презумпцией невиновности, следует определить, что является для современной доктрины более неприемлемым – ненаказанность значительного числа фактически виновных лиц или наказание приблизительно такого же количества невиновных субъектов. На наш взгляд, здесь не может быть и тени сомнения.

Чем же, в свою очередь, обусловлено то, что законодатель связывает принцип презумпции невиновности только с уголовным судопроизводством, а в гражданском процессе исходит из принципа презумпции виновности?

Г. Начкебия поясняет следующее: «Взглянем на логику развития событий в гражданском праве: правонарушение, как правило, необратимо, следовательно имеет смысл требование его полной отмены. А с этим фактом логически связан вывод, что причинитель ущерба, как правило, виновен до того, пока не докажет обратное. В уголовном праве противоположная ситуация, в силу чего, с этой стороны, аналогия между этими двумя отраслями права невозможна. Если эту аналогию допустить, то в уголовном праве должна



действовать презумпция виновности. Но тогда уголовное право в корне противостояло бы уголовному процессу, и непротиворечивое взаимоотношение между ними оказалось бы невозможным»<sup>122</sup>.

Из этого сравнения наглядно видно, что в рассматриваемом контексте не дана возможность для обнаружения параллелей между гражданским и уголовным правом. Как известно, основная цель гражданско-правовой ответственности состоит в принуждении должника к исполнению обязательства, налагаемого на него нормой гражданского права или договором, что подразумевает восстановление нарушенного права кредитора. Поскольку здесь главное восстановление нарушенного права кредитора, понятно, что интересам гражданского права отвечает именно принцип презумпции виновности, потому как в этом случае возможность восстановления нарушенных прав кредитора гораздо шире, чем в случае презумпции невиновности, когда пострадавшему самому приходилось бы доказывать виновность лица, причинившего ущерб.

Также понятно и то, что положение изменилось бы в значительной степени, если в случае ориентации на презумпцию невиновности бремя гражданско-правового преследования налагалось бы не на пострадавшего, а на созданный специально для этого государственный орган.

Примечательно то обстоятельство, что в правовой практике ни одной страны подобный прецедент не имел места. Видимо, это обусловлено разнообразностью охраняемого интереса: задача уголовного права обычно состоит в охране публичного интереса, тогда как объектом гражданско-правовой охраны является частный интерес отдельного гражданина (за исключением тех случаев, когда гражданско-правовая ответственность вызвана нарушением общегосударственных интересов).

В данном взгляде, безусловно, много чего может быть спорного. Однако, с другой стороны, не может подлежать никакому сомнению то, что когда перед нами дилемма относительно того, что предпочтительнее – то, чтобы лицо, причиняющее ущерб, обязать обосновать свою невиновность или же то, чтобы обременить пострадавшего доказыванием виновности причинителя ущерба, выбор следует делать в пользу этой первой опции. Это одинаково составляет неизбежное требование как справедливости, так и рациональности. Поэтому тот факт, что гражданский процесс, в отличие от уголовного процес-

---

<sup>122</sup> გ. ნაჭყეზია, სისხლის სამართლის საგანბი, თბილისი, 1997, სტრ. 86.

са, исходит из принципа презумпции виновности, ни в коей мере не указывает на непоступательную развитость этих двух отраслей права.

Затрагивая проблему принципа презумпции невиновности, непременно следует выделить и другой важный момент, касающийся отношения данного принципа к т. н. классической схеме преступления, т. е. к принятой в немецком праве системе преступления. Особая для нас актуальность этого вопроса обусловлена тем, что классическая схема преступления на протяжении последних нескольких лет высокими темпами укореняется в грузинской уголовно-правовой доктрине. Но в чём сама суть вопроса? Заметим здесь же, что презумпция невиновности и классическая схема преступления – взаимоисключающие понятия, что до сих пор не смогло вызвать ни малейшей заинтересованности ни одного криминалиста.

Как отмечалось нами выше, в классической схеме преступления, т. е. в трёхзначном понятии преступления выделяются следующие основные этапы квалификации субъективного деяния в качестве преступления: (соответствие) состав(у) деяния (по нашей терминологии: преступления), противоправность и вина.

Однако это, как отмечалось, лишь основные этапы классической системы преступления. А в результате детального анализа обнаруживается, что рассматриваемая система состоит из пяти систематических ступеней, где, помимо состава преступления, противоправности и вины, представлены также два промежуточных этапа – отсутствие исключаящих противоправность обстоятельств (оправдывающие обстоятельства), который следует за первой основной ступенью, и отсутствие исключаящих вину обстоятельств (экскульпирующие обстоятельства), который располагается между ступенями противоправности и вины. Что наиболее важно, в основе данной теории заложен т. н. метод (или принцип) правила и исключения, согласно которому, с одной стороны, для признания противоправным деяния, соответствующего составу преступления, необходимо исключить наличие исключаящего противоправность обстоятельства, а, с другой стороны, признание с квалифицированного как противоправное деяния виновным также требует исключения наличия того или иного исключаящего вину обстоятельства.

Неопровержимо, что, непосредственно с точки зрения квалификации деяния преступлением, это очень практикабельная, необычайно комфортная система, что легко подтверждается на примере любого преступления. Скажем, уго-

ловное дело возбуждено в соответствии с какой-либо статьёй, предусматривающей умышленное телесное повреждение. Вслед за установлением состава преступления (состава деяния) задачей следствия предстаёт выяснение того, находился ли подозреваемый в состоянии необходимой обороны. Если следствием будет установлено, что в отношении подозреваемого не осуществлялось незаконное нападение, его деяние, соответствующее составу преступления, механически квалифицируется как противоправное. А для признания этого противоправного деяния виновным следствием должно быть установлено то, что в момент совершения преступления подозреваемый не был ни невменяемым, ни недостигшим соответствующего возраста<sup>123</sup>, а также не наличествовала неизбежная ошибка, т. е. в этот раз должно быть исключено наличие исключających вину обстоятельств.

Однако, согласно вышеизложенному, соответствие составу преступления здесь является основанием индицирования противоправности, так же как противоправность – основанием индицирования вины. И это не только следствие нашего логического анализа. На это прямо указывают и представители нормативизма. Так, например, исследуя систематическое взаимоотношение между виной и неправдой (последнее – это, как известно, совокупность соответствия составу деяния и противоправности), Х.-И. Рудольфи отмечает: «Порицание, содержащееся в понятии вины, всегда должно ограничиваться конкретной, осуществлённой субъектом неправдой, соответствующей составу деяния. В силу этого неправда является необходимой предпосылкой порицания, содержащегося в понятии вины. Так как, согласно нашему уголовному закону, при наличии неправды, соответствующей составу деяния, порицание, содержащееся в понятии вины, не наличествует только в исключительных случаях (невменяемости, неизбежной юридической ошибки или [иного – автор] экскульпирующего обстоятельства), она предстаёт даже в качестве основания индицирования вины»<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> Следует заметить, что некоторые криминалисты отсутствие возраста уголовной ответственности рассматривают как разновидность невменяемости – например, один из основоположников современной грузинской школы уголовного права О. К. Гамкрелидзе (см. ო. გამკრელიძე სისხლის სამართლის კოდექსის პროექტი, თბილისი, 1996, №11). Ныне это уже законодательная реальность.

<sup>124</sup> Н.-И. Rudolphi, Schuldlehre, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, Allg. Teil, 2. Aufl., Frankfurt a. M., 1977, стр. 160.

А это означает, что рассматриваемой теории имманентно присуще презюмирование противоправности деяния, соответствующего составу преступления, и презюмирование вины противоправного деяния.

Когда говорим, что противоправное деяние субъекта является деянием виновным, если не установлено наличие какого-либо исключаящего вину обстоятельства, иной вывод невозможен.

Разумеется, в рамках следствия должно уделяться одинаковое внимание выявлению как исключаящих вину, так и конституирующих вину обстоятельств, имеющихся по делу, но мы должны помнить, что следственные органы созданы не с той целью, чтобы доказывать невиновность субъекта (ввиду презумпции невиновности в уголовно-правовом отношении такой надобности вообще не существует), а их первоочередная задача – именно установление вины, что находит своё выражение в том, что одной из важнейших процессуальных функций упомянутых органов составляет уголовное преследование. И в этом ничего сомнительного по существу нет. Но если признаём презумпцию невиновности, необходимо также недвусмысленно признать и то, что установление вины должно осуществляться без посягательства на рассматриваемый принцип.

Соответственно, несмотря на то что метод правила и исключения как таковой отличается сугубой позитивностью, его позитивность в конечном итоге весьма сомнительна, так как по своей природе явно противоречит принципу презумпции невиновности, что, в свою очередь, делает неприемлемым и классическую схему преступления в общем и, следовательно, указывает на необходимость усовершенствования последнего.

Наряду с этим ортодоксальные сторонники классической модели преступления могут вышепредставленному мнению противопоставить следующие доводы: с одной стороны, неадекватное отношение принципа правила и исключения к принципу презумпции невиновности апологеты данной системы, скорее всего, отнесут к чисто формальным противоречиям, а с другой – возможно с такой же тонкостью заявить, что материальное уголовное право не в состоянии оснастить уголовный процесс такой системой преступления, которая в равной степени отвечала бы требованиям как уголовно-правового преследования, так и презумпции невиновности, и могла бы совершенно исключить в условиях сосуществования этих двух моментов возникновение всякой дисгармонии.

Обоснование того, что данное с рассматриваемой точки зрения расхождение в рамках классической схемы не совсем формальное, не представляет особой сложности. Более того, если взглянуть на классическую схему основательнее, окажется, что упомянутая противоречивость гораздо глубже и масштабнее, чем мы об этом указывали выше. Вслед за противоправностью тут, как было показано, констатируется отсутствие экскульпирующих обстоятельств, что машинально приводит к признанию субъективного деяния виновным, т. е. в классической системе преступления отсутствие исключаящих вину обстоятельств уже означает наличие вины.

Таким образом, получается, что следом за констатацией отсутствия неизбежной ошибки, невменяемости и возраста уголовной ответственности (а ныне и других, например, т. н. сверхзаконных обстоятельств) механически, без всякого дополнительного анализа следует исходить из наличия (сложного – *dolus malus*) уголовно-правового умысла (или неосторожности в том же релевантном для сферы вины виде), цели, мотива и других входящих в орбиту вины субъективных элементов! На самом же деле отсутствие экскульпирующих обстоятельств свидетельствует всего лишь о том, что не исключена возможность признания виновным конкретного субъективного деяния, вследствие чего возникает основание для анализа непосредственно вины и конституирующих вину обстоятельств.

Там же, где речь о наличии вины тогда, когда дана лишь возможность наличия вины, с уверенностью можно отметить, что имеет место не просто грубое или тем более формальное нарушение презумпции невиновности, а наличие её абсолютная негация и признание презумпции виновности.

Что касается очередного аспекта проблемы, следует сразу же заметить, что взаимосовмещение уголовного преследования и презумпции невиновности действительно порождает определённые сложности. Когда синхронно надлежит исходить из бремени уголовного преследования и принципа презумпции невиновности, это, на первый взгляд, приводит к алогическому выводу следующего вида: следственный орган стремится установить виновность подозреваемого постольку, поскольку считает его невиновным (!) или в лучшем случае следственный орган стремится установить виновность подозреваемого, несмотря на то что считает его невиновным (?!).

Такое возможно лишь в том случае, если презумпцию невиновности воспринимать в прямом смысле, просто как безусловное презюмирование неви-

новности субъекта, а не таким образом, как это следует из реального уголовно-правового содержания данного понятия, согласно которому презумпция невиновности является процессуальным принципом, основанным на определённой условности.

Указанная условность выражается в том, что субъект считается невиновным до тех пор, пока не будет установлена его виновность и вынесенный в отношении него обвинительный приговор не вступит в законную силу. А в соответствии с этим уголовное преследование и весь процесс установления вины не только не исключает логически презумпцию невиновности, но и находит прямое отображение в последнем понятии.

Иными словами, презумпция невиновности по своему истинному содержанию одновременно имплицитно презюмирует невиновность субъекта и допущение возможности его виновности, что приводит рассматриваемый принцип в необходимое логическое соответствие с понятием уголовного преследования.

Выяснение того, не является ли сама корреляция презюмирования невиновности лица и допущения возможности его виновности источником противоречия, не составляет особого труда. Как явствует из содержания презумпции невиновности, здесь речь не о каком-либо обоснованном, а лишь условном подразумевании невиновности субъекта; в силу этого параллельно с презумпцией невиновности допущение возможности виновности не может оказаться логически неприемлемым. Было бы иначе, мы бы имели дело не с презумпцией (предположением), а с утверждением невиновности, что выходит не только за рамки понятия презумпции невиновности, но и за рамки уголовного права в целом.

Исходя из этого, выясняется, что материальному уголовному праву генерально вполне подвластно формирование такой системы преступления, которая одинаково может корреспондировать с обоими вышепредставленными процессуальными понятиями. Тем не менее осуществима ли такая трансформация классической схемы преступления, чтобы без пренебрежения основными особенностями данной системы преодолеть его противоречивое отношение к принципу презумпции невиновности?

На наш взгляд, это вполне достижимо. Как ни странно, исходя из проведённого выше анализа, противоправность и вина в классической схеме преступ-

ления лишены самостоятельного систематического значения и, следовательно, они совершенно неоправданно выделяются в качестве основных систематических ступеней.

Действительно, вслед за составом преступления (деяния) здесь основной акцент приходится на этапы – отсутствия – исключаяющих противоправность и исключаящих вину обстоятельств, в то время как собственно противоправность и вина представлены как самовытекающие из последних этапов, систематически беспредметные ступени.

Позитивное решение вопроса зависит именно от того, что в классической системе преступления признание противоправности и вины основными ступенями должно носить реальный, а не декларативный характер, ввиду чего необходимо подобающее выделение материального аспекта обоих понятий в системе преступления и достижение их систематической самостоятельности.

Это, в свою очередь, предполагает преобразование противоправности и вины как систематических ступеней в оригинальные объекты анализа, фактически трансформируя при этом сферы оправдывающих и экскульпирующих обстоятельств в то, чем они номинально и являются – в восполнительные объекты квалификации. После всего этого мы уже будем далеки от специфической констелляции компонентов, при которой в противовес принципу презумпции невиновности приходилось бы отождествлять понятие вины с отсутствием исключаяющих вину обстоятельств.

Как видим, признание принципа презумпции невиновности в уголовном процессе определяюще воздействует в материальной систематике как на содержание, так и на место и значение вины. То, что Беккариа не уделяет заметного внимания освещению данной проблемы, отнюдь не удивительно. В современном ему уголовном праве система преступления всё ещё лишена чёткой теоретической планомерности: здесь пока чужды принципы как деликтно-систематической последовательности, так и надлежащей дифференциации отдельных элементов преступления. А в таких условиях, разумеется, исследование формально-логического взаимоотношения вины и презумпции невиновности вряд ли могла бы быть перспективной.

**Иммунитет невиновного**      Институты процессуального лишения свободы в виде задержания и предварительного ареста (заключения под стражу) настолько прочно укоренены в современном уголовно-процессуальном праве, что обычно не принято всерьёз задумываться над тем, на-

сколько совместимы данные институты в том виде, в каком они представлены в теории или на практике, с основополагающими принципами современного уголовного права, включая вышепредставленный принцип презумпции невиновности. Это в равной мере касается как национального уголовного процесса, так и уголовно-процессуального права любой страны.

Необходимо тут же заметить, что институт задержания и предварительного ареста явно противоречит сути принципа презумпции невиновности.

Ведь согласно данному принципу субъект считается невиновным до вступления в законную силу обвинительного приговора суда, устанавливающего его вину. Но если лицо до упомянутого момента считается невиновным, возможно ли до наступления этого момента ограничить его в своих правах до такой степени, что не отказаться даже от лишения свободы?

Без обиняков: презумпция невиновности – это бесполезный орнамент уголовного права или же один из его действенных механизмов?

Когда государство в отношении субъекта осуществляет своё право на задержание и предварительный арест, в основном имеет место предположение того, что лицо уклонится от правосудия и тем самым воспрепятствует его надлежащему осуществлению.

Конечно же, рассматривая вопрос о предварительном аресте, суд обязан исчерпывающе изучить существующие по делу как объективные, так и субъективные данные, надлежащим образом оценить саму личность субъекта и лишь в результате этого решать положительно вопрос о данной мере пресечения. Но как раз из этого же следует и то, что в конечном счёте в каждом отдельно взятом случае вопрос применения рассматриваемой меры пресечения решается всего лишь в гипотетической плоскости опасений, т. е. на основании того предположения, что субъект может уклониться от правосудия в процессе расследования уголовного дела (не только скрыться, но даже, например, уничтожить существенные доказательства по делу).

Однако если субъект считается невиновным, он логически должен иметь право и на то, что в отношении него не будет иметь место предположение того, что он воспрепятствует осуществлению правосудия. Нереализуемо, чтобы, с одной стороны, осуществлялась презумпция невиновности, а с другой – имело место утверждение, что субъект стремится стать помехой для всего уголовного расследования и в силу этого мотива оказывалось возможным



избрание предварительного ареста в качестве уголовно-процессуальной меры пресечения. Напротив, когда в отношении лица применяется предварительный арест, это указывает именно на то, что фактически имеет место предположение виновности данного лица. То же самое касается по существу и института задержания.

Впрочем, даже если это было бы иначе, право государства на применение рассматриваемых институтов всё-таки не могло бы черпать основу своей легитимности из самого же себя. Субъект, если он виновно, т. е. волюнтаривно не осуществляет противоправное деяние, должен обладать непререкаемой гарантией того, что государство не отважится лишить его свободы. Задержание невиновного лица, применение в отношении него предварительного ареста значительно снижает уровень его правосознания, настраивая лицо агрессивно к государству, что никак не может быть оправдано с точки зрения уголовно-правовой политики.

И здесь уже следует прямо выделить те два основных момента, которые противостоят друг другу в рамках рассматриваемой проблемы: с одной стороны, государство, пытаясь беспрепятственно осуществить правосудие, использует процессуальный арест (или соответственно задержание) в тех случаях, когда высока вероятность неадекватного поведения субъекта в рамках расследования уголовного дела, а, с другой стороны, субъект вследствие этого лишается возможности правомерного поведения.

Если бы не догматизм, инертно-инерционная поддержка господствующих правовых традиций, каждый криминалист признал бы уже давно, что приоритизация первого момента теретически небезошибочна.

Если современное уголовное право стоит на страже развитой демократии и сформированных в результате этого идеалов, оно не может столь безусловно, т. е. при отсутствии реального сопротивления со стороны субъекта лишать его свободы.

Признавая, что иммунитет одного невиновного важнее, чем наказание множества виновных лиц, следует и в случае задержания или предварительного ареста признать, что важнее не лишать процессуально-технически свободы меньшее количество тех, кто фактически не уклонился бы от правосудия, чем лишать свободы в том же понимании большинство, которое действи-

тельно в значительной степени воспрепятствовало бы осуществлению правосудия.

Может ли быть приемлемым для современного общества такое уголовное право, которое гражданина, чья невиновность впоследствии выясняется в самом оправдательном приговоре суда, месяцами держит в качестве арестанта? Это злоупотребление правосудием.

Сколь бы высокой ни была степень вероятности того, что субъект уклонится от правосудия, он должен обладать (определённой) возможностью правомерного поведения. Пора, на наш взгляд, признать самоочевидность этого момента в рамках современного уголовно-правового мышления.

Естественно, было бы неверно пренебрегать процессуальными сложностями, возникающими вследствие признания примата последнего момента.

В результате упразднения институтов задержания и предварительного ареста большое – если не большее – количество фактически виновных лиц действительно успешно попыталось бы помешать своевременному и эффективному осуществлению правосудия. Но разве не каждый кроткий гражданин, который является носителем высокого уровня правосознания и чьей целью предстаёт строгое следование закону, не предпочтёт, чтобы у него увеличился объём налоговых обязательств для того, чтобы содействовать надлежащему осуществлению правосудия, чем в силу стихийного совпадения объективных обстоятельств самому оказаться в состоянии процессуально задержанного или арестованного, что в большинстве случаев означает не просто ограничение в определённых правах, а также унижительное, тяжело оскорбительное воздействие на психику?

Тем не менее какие теоретические последствия может повлечь за собой всё указанное нами выше?

Здесь главным образом следует выделить то, что мы считаем целесообразным не полное упразднение институтов задержания и предварительного ареста, а лишь их традиционных моделей (вместе с тем, например, электронные кандалы либерализованного в течение последних лет уголовного процесса концептуальным решением проблемы, естественно, не являются).

Новые же модели задержания и предварительного ареста должны определяться таким образом, что применение этих институтов стало бы возмож-

ным только в тех случаях, если субъект реально пытается или пытался непосредственно противостоять осуществлению правосудия.

В такой обстановке государство уже не лишает субъекта возможности правомерного поведения, как это имеет место в случае настоящего вида задержания и предварительного ареста, а *задерживает или арестовывает его именно за неправомерную активность в условиях возможности правомерного поведения* – уголовно-процессуальная вина (необходимое основание и для остальных мер уголовно-процессуального пресечения), которая может наличествовать независимо от понятия вины материального уголовного права, допуская исключение *превентивной реакции* в соответствии со специфически выработанными критериями. В силу этого, т. е. на основании и в рамках процессуальной вины, право государства на задержание и предварительный арест приобретает уже вполне стойкую теоретическую основу. В то же время, как и в любой другой правовой системе, допустимы, конечно же, и обратные, т. е. конституирующие исключения, однако, учитывая тот же конституирующий принудительные меры характер, в условиях гораздо более строгой стандартизации.

Исходя из всего вышеизложенного, налицо три главных вывода, первый из которых преимущественно формальный, два других – эссенциальные: во-первых, понятие *предварительного ареста*, принятого и по сей день как в национальном, так и в общеевропейском континентальном и англо-американском уголовно-процессуальном праве («preliminary [?] arrest» → presumption of innocence), формально-логически прямо противоречит принципу презумпции невиновности (гораздо удачнее, например, новая формулировка российского уголовно-процессуального законодательства в виде «заключения под стражу» или ещё более конкретна традиционная немецкая формулировка в виде «следственного ареста»); во-вторых, *применение понятия процессуальной вины* для легитимации процессуального лишения или ограничения свободы – доктринальная необходимость, которая должна учитываться и при иных мерах пресечения; в-третьих, в результате развития принципа презумпции невиновности наряду с ним формируется новый уголовно-процессуальный принцип: *иммунитет невиновного*, который в равной мере должен соответствовать требованиям как материально-правовой, так и процессуально-правовой вины.

**Телеология**

Беккариа формирует непосредственно и теорию наказания и в этом контексте также вводит в теорию уголовного права множество немаловажных новшеств. В двенадцатом параграфе своего труда, который озаглавлен как «Цель наказаний» он указывает на следующее: «Цель наказания (...) – не что иное, как воспрепятствование преступнику в совершении новых вредных для сограждан деяний и обеспечение воздержания от совершения подобных деяний со стороны других. Поэтому применяться должны такие наказания и такие средства их исполнения, которые были бы пропорциональны совершённым преступлениям, оказали бы максимально сильное и длительное впечатление на умы людей и причинили бы преступнику минимальное физическое страдание (*la meno tormentosa sul corpo del reo*)»<sup>125</sup>. Исходя из этого, Беккариа отвергает репрессию как самостоятельную цель наказания и основывает его (наказание) только на общую и специальную превенцию.

Следует заметить, что подобная позиция с переменной принципиальностью находила своё развитие и у других криминалистов. Так, например, чуть позже К. Грольман, подобно Беккариа, вообще отвергает основывание понятия наказания на принцип репрессии, а А. ф. Фейербах хотя избегает такую крайность и не отрицает возмездия делинквенту как один из компонентов понятия наказания, но основное, главнейшее назначение наказания он видит в – первичной – генеральной (общей) превенции.

В то же время в современной Беккариа эпохе понятие наказания в основном развивалось в противоположном направлении, самым активным приверженцем которого является Кант. Относительно этого Г. Т. Ткешелиадзе отмечает: «Наказание, по мнению Канта, должно применяться против преступника потому только, что он совершил преступление. Ему не знакомы утилитарные цели наказания (...). Кант утверждает, что основу наказания должна составлять идея возмездия, наказание должно основываться на принципе талиона»<sup>126</sup>.

На наш взгляд, данное воззрение Канта принципиально неприемлемо как утверждение, совершенно несовместимое с натурой уголовного права, его истинным содержанием.

<sup>125</sup> Ч. Беккариа, О преступлениях и наказаниях, стр. 104.

<sup>126</sup> Г. Т. Ткешелиадзе, Судебная практика и уголовный закон, стр. 97.

Если следовать точке зрения Канта и вследствие этого полагать, что основное назначение уголовного права состоит в наказании преступника, *окажется, что совершение преступления в уголовно-правовом понимании желатель-но*, ибо в противном случае не существовало бы возможности наказания делинквента и, следовательно, основное назначение уголовного права превратилось бы в полную беспредметность, оторванную от реальности бессодержательную идею.

В действительности же, разумеется, всё наоборот: совершение преступления не может быть желательно в уголовно-правовом отношении ввиду того, что основное назначение уголовного права состоит в предотвращении преступления, т. е. в превенции преступления, а не в наказании преступника, не в репрессии. Однако свидетельствует ли это в то же время о непогрешимости вывода Беккариа?

Если рассматривать вопрос из перспективы современного уголовного права, получим, что и воззрение Беккариа также неприемлемо, хотя это отнюдь не указывает на то, что в современной догматике превенции не придаётся преобладающее значение по сравнению с репрессией.

Дело же в том, что современное уголовное право не рассматривает в качестве цели наказания исключительно превенцию или исключительно репрессию, а выставляет в качестве таковой совокупность обоих моментов; к тому же наказание здесь оснащено и третьей автономной целью – исправлением делинквента (его перевоспитанием, что не в полной мере равнозначно понятию специальной превенции). И, что самое главное, почти никто из современных криминалистов эту уже давно закоренелую конструкцию и не пытается расшатывать. Тем не менее её устойчивость на самом деле не может быть незыблемой.

Что и превенция, и репрессия и исправление делинквента должны находить своё выражение в современном понятии наказания, нас вовсе не настораживает. Но когда речь заходит о том, что понятие наказания должно включать данные компоненты в качестве целей наказания, тотчас же напрашивается вопрос об их логической взаимосовместимости в таком виде. В рассматриваемом аспекте наше внимание, прежде всего, привлекает уголовно-правовая превенция и само применение этого понятия в различных значениях, что находит убикивитарное распространение в современной теории уголовного права. Иногда превенция применяется в значении предотвращения

преступления, иногда же в превенции подразумевается устрашение адресата уголовно-правовой нормы с целью предотвращения преступления.

То, что предотвращение преступления и устрашение с целью предотвращения преступления, являются категориями принципиально разнородными, не должно нуждаться в экспликации. В силу этого их упоминание в параллельном значении не может быть оправдано. А в каком значении предпочтительнее применение данного понятия, на это нагляднее всего указывает само наименование понятия: превенция – слово латинского происхождения (*praeventio*) и означает именно предотвращение.

Здесь возникает необходимость очередного вывода, согласно которому устрашение, т. е. психологическое принуждение, как это представлено у А. ф. Фейербаха, и превенция не могут в одно и то же время быть двумя самостоятельными целями наказания, так как это логически недопустимо ввиду наличия между психологическим принуждением и превенцией корреляции средства и цели.

Если целью наказания признаётся психологическое принуждение, то отношения между понятиями психологического принуждения и уголовно-правовой превенции выходят за рамки понятия наказания. Вследствие этого намечается следующая теоретическая возможность: предотвращение преступления должно составлять цель не какого-либо отдельного института уголовного права, а уголовного права в целом, тогда как наказание в виде отдельно взятого уголовно-правового института, охватывая в качестве одного из своих основных целей психологическое принуждение, представало бы как средство для достижения упомянутой выше цели. Но такой подход в конечном итоге непременно чреват непреодолимой противоречивостью. Рассматривая наказание как средство осуществления уголовно-правовой превенции, оно не может включать своей целью психологическое принуждение уже в силу того, что и это последнее не что иное, как средство предотвращения преступления. Таким образом, объявление психологического принуждения целью наказания теоретически нестати.

Меняется ли картина в случае признания превенции целью уголовного наказания? Прежде всего, необходимо отметить, что в этот раз логические отношения между психологическим принуждением и превенцией в пределах сферы наказания вполне возможны. Более того, это уже представляет и теоретическую насущность. Поскольку превенция здесь рассматривается как

цель наказания, психологическое принуждение как необходимое средство для осуществления превенции следует признать конститутивным признаком наказания. А исходя из этого, резко возрастает значение психологического принуждения в отношении понятия наказания. Действительно, признавая психологическое принуждение целью наказания, оказалось бы, что наличие наказания не зависит от осуществления психологического принуждения, так как недостижение цели не исключает наличия явления, посредством которого данную цель следовало бы достичь, тогда как психологическое принуждение как конститутивный признак понятия наказания – необходимое условие наличия наказания.

Что касается элемента, признанного в современном уголовном праве очередной целью наказания, – репрессии, здесь, в первую очередь, нужно подчеркнуть, что репрессия в уголовном праве не должна истолковываться как возмездие, как это имело место в современной Беккариа эпохе. Репрессия означает собственно кару, а возмездие, в свою очередь, может выступать в роли цели наказания.

Впрочем, и это не может быть приемлемо для современного уголовного права. В уголовном праве непосредственным объектом охраны является не частный (индивидуальный), а публичный интерес. Потому-то порой происходит так, что потерпевший может вовсе не желать наказания делинквента, но, невзирая на это, он карается со всей строгостью за содеянное преступление (за исключением тех случаев, когда имеем дело с т. н. уголовными делами частного обвинения). Вместе с тем принудительная мера в виде наказания осуществляется не самим потерпевшим, а государством.

Исходя из вышеуказанного, уголовная ответственность предусматривает наказание преступника государством за нарушение публичного интереса, а не потерпевшим за посягательство на свой индивидуальный интерес. А это принципиально разные моменты.

Если в последнем случае репрессия вполне может служить цели возмездия, относительно первого случая это совершенно исключено. Так, например, при умышленном телесном повреждении нарушение частного интереса выражается в собственно телесном повреждении, тогда как публичный интерес считается нарушенным постольку, поскольку данное деяние противоречит требованиям уголовного закона, т. е. нарушает уголовно-правовую норму и если у потерпевшего возникает желание возмездия, это только потому, что

у него пробуждается инстинкт мести, но, с одной стороны, для государства чужды любые инстинкты и, с другой стороны, оно не может руководствоваться возникшими в психике потерпевшего инстинктами, так как государство, как вытекает из вышеуказанного, карает делинквента не за нарушение индивидуального интереса потерпевшего, что в последнем случае нашло своё выражение в умышленном телесном повреждении последнего, а за посягательство на публичный интерес, что выразилось в нарушении нормы уголовного права.

Наряду с этим здесь же отчётливо проясняется и то, почему не существует в уголовном праве логического основания для внедрения принципа талиона (признание принципа возмездия часто приводит именно к признанию принципа талиона с его внешнепропорциональной характеристикой и наглядным примером этому служит философия Канта). В силу того что преступник должен отвечать перед государством за выраженное в нарушении уголовно-правовой нормы посягательство на публичный интерес, а не перед потерпевшим за посягательство на индивидуальный интерес, немислимо не только то, в чём может выражаться в уголовном праве целесообразность принципа талиона, а также и то, как может принцип талиона в уголовном праве реализовываться.

Главное в данном случае, естественно, то, что, исходя из представленной нами точки зрения, возмездие не может составлять цель уголовно-правовой репрессии. Вместе с тем мы недвусмысленно указали и на то, что недопустимо отождествление понятия репрессии с понятием возмездия. Но непосредственно о том, почему репрессия не должна представлять собой цель наказания, нами пока ничего не отмечалось. Хотя в рамках вышепредставленного анализа несложно заметить и то, что обоснование данной позиции никак не связано с особыми осложнениями.

Предположим, что принятое в господствующей доктрине мнение вполне адекватно и репрессия действительно должна рассматриваться как одна из целей наказания, но тогда что составляет содержание наказания, т. е. что такое само наказание? Совершенно очевидно, что классификация репрессии в качестве цели наказания означает экстремальное искажение содержания последнего. Так, например, если руководствоваться вышепредставленной логикой, получим, что даже такая исключительная мера наказания, как смертная казнь, не содержит репрессию и представляет собой лишь предпосылку, основание для осуществления репрессии. Но если констатация абстрактнос-



ти данного подхода всё же порождает определённые сложности, это только потому, что сложно объяснить то, что не нуждается в объяснении.

В то же время было бы неверно полагать, словно в источниках теории уголовного права не встречается противоположное указанной позиции воззрение. Для некоторых русских криминалистов неестественность принятой в господствующей доктрине точки зрения становится также очевидной, в силу чего они ищут в репрессии уже не цель наказания, а сущность, имманентное свойство. Так, например, С. В. Полубинская указывает: «(...) Мы не рассматриваем репрессию (кару) как цель уголовного наказания и присоединяемся к мнению тех авторов, которые видят в репрессии сущность наказания, его неотъемлемое свойство (например, Н. А. Стручков). Репрессия в этом понимании состоит в лишении осуждённого определённого добра – материального или иного вида (свободы передвижения или выбора места жительства, возможности осуществления определённой деятельности, части заработной платы и т. п.). В таком виде репрессия является необходимой предпосылкой того, чтобы наказанием достигались цели предотвращения преступления»<sup>127</sup>.

Тем не менее нельзя сказать, что этот вывод олицетворяет результат последовательного исследования, так как автор там же отмечает: «Как показывает анализ литературы, вопрос о признании или отрицании репрессии в качестве цели уголовного наказания вряд ли может быть решён в логико-правовой плоскости (...). Видимо, ответ следует искать в социально- и индивидуально-психологической плоскости»<sup>128</sup>. С учётом этого сложно согласиться с представленной здесь постановкой вопроса, но а если С. В. Полубинской, несмотря на это, всё же удаётся адекватное решение проблемы, в этом не менее сложно проследить теоретическую закономерность.

Исходя из представленной нами выше позиции, данный вопрос в логико-правовом контексте не только решаем или прост, а, наоборот, из его логико-правового анализа наглядно следует, что он вообще не может являться предметом перспективного исследования, так как признание репрессии целью наказания означает отделение репрессии от содержания наказания и тем самым последнее превращается в материально аморфный, практически неосуществимый феномен. Действительно, в какой степени может традиционная теория осмыслить осуществление лишения свободы или даже освобождения

---

<sup>127</sup> С. В. Полубинская, *Цель уголовного наказания*, Москва, 1990, стр. 14-15.

<sup>128</sup> *Ibid.*, стр. 14.

от занимаемой должности без репрессии, т. е. без интегральности репрессии в этих мерах?

Разумеется, для уголовного права не чужды и такие виды принудительных мер, которые лишены элемента репрессии, но они среди видов наказания и не значатся. Таковыми, например, являются принудительные меры медицинского характера, которые применяются в отношении алкоголиков или наркоманов (ст. 63 УК РФ) или принудительные меры воспитательного характера, применяемые государством в отношении несовершеннолетних (ст. 64 УК РФ). И если данные принудительные меры, несмотря на то что связаны с совершением преступления и применяются государством, качественно отличаются от наказания, в основе этого лежит то, что для данного вида принудительных мер не характерна репрессия как конститутивное свойство и в силу этого они не могут характеризоваться как особые меры государственного принуждения, каковым определяется наказание в современной догматике. Другими словами, особый, специфический характер наказания как государственного принуждения, предусмотренного в случае совершения преступления, определяется его репрессивностью.

Однако, отрицая репрессию как цель наказания, нельзя обходить стороной и другое важное обстоятельство. Как известно, в теории уголовного права уже давно развивается идея о том, что основную цель наказания в случае неосторожного преступления должна составлять лишь генеральная превенция, вопреки чему совершенно справедливо полагается, что подобный подход недостаточно отвечает требованиям этики, потому что, как считают оппоненты этой же позиции, этически не может быть оправдано наказание конкретного лица только для того, чтобы другие смогли лучше сконцентрировать свою волю. С учётом этого в актуальном для нас случае напрашивается вопрос: не является ли этически также неоправданным то, что в результате отрицания репрессии в качестве цели наказания делинквента следует карать только с целью превенции (хотя в этот раз имеется в виду как общая, так и специальная превенция) и исправления?

Дело в том, что когда репрессия не представляет собой цель наказания, делается вывод, что единственное, чему служит институт наказания в уголовном праве, состоит в предотвращении в будущем преступления и субъект вовсе не наказывается собственно за то, что содеяно им в виде преступного деяния, т. е. уголовное право не рассматривает субъекта преступления как

личность, как особое существо, которое может привлекаться к ответственности за то, что он действовал безответственно. Естественно, это означает значительное унижение личности делинквента и в силу этого этически абсолютно неприемлемо (ниже будет чётко показано, с какой последовательностью развивает аналогичное мнение и Гегель, только в ином контексте).

Помимо этого, та группа криминалистов, которая против отрицания репрессии как цели наказания, непременно упрекнёт нас в том, что в уголовной практике нередки такие случаи, когда, с точки зрения превенции и исправления, наказание субъекта не может иметь существенного эффекта, т. е. может не наличествовать реальная надобность наказания, но, несмотря на это, очевидно, что он всё-таки должен привлекаться к уголовной ответственности за совершённое преступление.

Так, например, если лицо по небрежности лишает жизни самых близких ему людей, несложно догадаться, что здесь обычно не дана никакая необходимость применения наказания с целью уголовно-правовой превенции (как общей, так и частной) или в качестве средства исправления преступника, потому как сам факт осуществления подобного преступного деяния влечёт за собой гораздо более действенное последствие с рассматриваемой точки зрения в виде *roena naturalis*, чем предусмотренная за этот вид преступления даже самая высокая мера наказания. Но одновременно с этим то, что потерпевшие – самые дорогие для делинквента лица, как правило, не только не исключают наказания, но может его и вовсе не смягчать (например, если *roena naturalis* в силу каких-либо причин внешне не выражена в тяжких психологических или физических последствиях), и это свидетельствует именно о самостоятельном значении репрессии в понятии наказания.

Иначе говоря, отвергая репрессию как цель наказания, выходит, что субъекта следует наказывать не за то, чтобы он отвечал за содеянное преступление, а только с той целью, чтобы (наряду с остальными субъектами) не делинквировал в будущем, исходя из чего преступление представляет собой не генеральное основание, не центральный масштаб уголовной ответственности, а всего лишь её формальный повод и степень ответственности в таком случае также может зависеть не от степени вины, а только от того, насколько эффективна та или иная мера с точки зрения превенции и исправления.

Но такими выводами чревата лишь принятая в традиционной догматике методология. На самом же деле негация репрессии как цели наказания не сопро-

вождается подобным радикализмом. Как из всего вышеуказанного следует, мы не отрицаем значения репрессии в отношении понятия наказания в общем, а отрицаем лишь репрессию как цель наказания и относим её к содержанию, субстрату наказания.

В рамках данной позиции уже совсем непросто аргументировать вывод, что, с точки зрения ответственности, в уголовно-правовом отношении релевантно лишь предотвращение преступления в будущем и совершенно irrelevantно наказание субъекта за уже осуществлённое конкретное преступление. Хотя для верного понимания проблемы здесь же следует заострить наше внимание и на том обстоятельстве, что отношение этих двух моментов к понятию наказания не может быть однородным, так как в уголовно-правовом отношении субъект наказывается *за то (причина)*, что им совершено определённое преступное деяние, и *для того (цель)*, чтобы впоследствии предотвратить совершение преступления этим же субъектом и остальными субъектами (а также достичь исправления делинквента, если следовать принятому в традиционной догматике соответствующему взгляду).

Таким образом, дано категориальное несходство упомянутых моментов.

Вместе с тем, различая совершение преступления как основание ответственности и предотвращение преступления как цель наказания, становится понятно и то, в силу чего может наказываться субъект и тогда, когда совершенно излишне присуждение наказания с точки зрения как исправления, так и превенции.

Это, естественно, не следует понимать так, словно совершение преступления обязательно должно повлечь уголовную ответственность и понятие исключаящего наказание обстоятельства следовало бы отвергнуть; здесь речь только о том, что преступление – генеральное основание уголовной ответственности и исключение наказания только ввиду того, что не наличествует необходимость предотвращения какого-либо другого преступления в будущем, было бы следствием утилитаристского, нормативистского (т. е. кельзенского) подхода. Отсутствие необходимости превенции и исправления может лишь снизить степень ответственности. Было бы иначе, во всех тех случаях, когда субъект чистосердечно раскаивается в совершённом преступлении, следовало бы не уменьшать степень ответственности, как это встречается в действующем законодательстве, а вообще следовало бы исключать применение наказания (то, что чистосердечное раскаяние с точки зрения общей превен-

ции почти ничего не меняет, здесь это слишком шаткий довод, ибо основывать ответственность только на общей превенции, как уже отмечалось, этически неоправдано), но вряд ли кто-либо признаёт чистосердечное раскаяние в качестве освобождающего от уголовной ответственности основания.

Несмотря на всё это, в современном уголовном праве некоторыми известными криминалистами развивается такая теория вины и ответственности, в которой уголовно-правовой превенции придаётся явно преувеличенное значение. Дело касается концепции Г. Якобса об общепревентивной функции вины и воззрений К. Роксина, который непосредственно не поддерживает представленное Якобсом «функциональное» понятие вины, но, с точки зрения корреляции превенции и ответственности, формирует аналогичную позицию. Роксин следующим образом характеризует теорию вины Якобса: «По стопам системно-теоретических концепций [Лумана] Якобс развил «функциональное понятие вины», согласно которому вина является включающим общепревентивную функцию понятием. Для Якобса «вина – определённый целью элемент»: «только цель наполняет понятие вины содержанием». Видя эту цель в общей превенции, у Якобса последнее понятие приводится не в значении устрашения, а выработки законопослушности»<sup>129</sup>. В то же время Роксин там же отмечает: «Против этого учения, прежде всего, свидетельствует то, что здесь ограничивающая наказуемость функция принципа вины целиком приносится в жертву общей превенции»<sup>130</sup>. Следовательно, у Якобса вина непосредственно субординирована общей превенции. Но давайте посмотрим, какую точку зрения предлагает сам Роксин. «Ответственность, – пишет он, – зависит от двух обстоятельств, которыми должна сопровождаться неправда: от вины субъекта и исходящей из уголовного закона *превентивной необходимости*»<sup>131</sup>.

Развивая свои воззрения, Роксин детализирует: «Требование о признании превентивной надобности наказания как очередной предпосылки наказуемости означает только дальнейшее усовершенствование защиты субъекта от уголовно-правовой репрессии, так как на сей раз не только превентивная надобность ограничивается принципом вины, но также и возможность нака-

---

<sup>129</sup> C. Roxin, Strafrecht. Allg. Teil, Bd. I, München, 1992, стр. 546.

<sup>130</sup> Ibidem.

<sup>131</sup> Ibid., стр. 536.

зания виновного деяния ограничена требованием превентивной непреложности»<sup>132</sup>.

Как видим, в актуальном для нас контексте различие между взглядами Роксина и Якобса состоит в том, что у Якобса отсутствие (обще)превентивной надобности исключает не только ответственность, но также и вину, в то время как в концепции Роксина отсутствие (специально)превентивной необходимости – лишь исключаящее ответственность обстоятельство.

Но в данном случае главное именно то, что отсутствие превентивной необходимости в обоих случаях исключает ответственность, что, разумеется, категорически неприемлемо.

Согласно представленной здесь позиции, субъект за волюнтаривно осуществлённое противоправное деяние не наказывается потому, что не существует необходимости наказания с целью предотвращения последующих преступлений. Следует прямо указать на то, что последовательность здесь не просматривается. Помимо этого, достоин внимания также и тот момент, что у обоих криминалистов превенция из цели ответственности перевоплощается в основание ответственности. У Якобса это имеет место постольку, поскольку он относит превенцию к сфере вины, т. е. располагает её в системе преступления; у Роксина «превентивная необходимость» хотя рассматривается в качестве элемента, расположенного за пределами системы преступления, но, как из его вышецитированного воззрения явствует, преступление в его концепции как система неправды и вины является не единственным основанием ответственности, а только одним из оснований, как и сама «превентивная необходимость».

Всё это означает то, что субъект в уголовно-правовом отношении наказывается не только за волюнтаривное осуществление противоправного деяния, а также за то, чтобы он и вместе с ними все остальные воздержались в будущем от совершения очередного преступления. Но разве допустимо карать субъекта за то, чего он не совершал, т. е. за то, что он и его сограждане в будущем, возможно, совершат преступление?

Наряду с этим вне сомнения, что непосредственно логический аспект проблемы требует и последующей конкретизации. Отсутствие цели наказания логически словно должно указывать на отсутствие надобности применения на-

---

<sup>132</sup> Ibid., стр. 537.

казания, так как в противном случае, на первый взгляд, понятие наказания приводится в противоречие с догматическим назначением наказания. Однако в рассматриваемом случае отсутствие цели не влечёт за собой подобную антиномию. С точки зрения превенции и исправления, необходимость применения определённой принудительной меры может наличествовать и в условиях отсутствия преступления, но с целью превенции и исправления применение наказания как принудительной меры допустимо только тогда, если налицо преступление, т. е. целями наказания предстают не превенция и исправление в общем, а превенция и исправление в случае совершения конкретного преступления и в рамках возникающей в результате этого ситуации. Но это всё ещё указывает только на ограниченность сферы действия целей наказания, главное же для нас характер их действия в указанной сфере, что, в свою очередь, требует детализации формально-логического отношения этих элементов к преступлению (осуществлению преступления) как к генеральному основанию ответственности.

С одной стороны, субъект, виновно осуществляющий противоправное деяние, как отмечалось выше, в уголовно-правовом отношении наказывается потому, что он совершил преступление, с другой – субъект преступления должен наказываться таким образом, чтобы применяемое к нему наказание соответствовало требованиям превенции и исправления: так, например, недопустимо, чтобы лицо, которое совершает бандитизм (ст. 78 УК РФ) или террористический акт (ст. 67 УК РФ), наказывалось штрафом, так как денежное взыскание в этом случае не может быть эффективным видом наказания с точки зрения уголовно-правовой превенции. Отсюда можно легко заключить, что и превенции, и исправлению придаётся кардинальное значение не в контексте собственно конституирования наказания, а в аспекте определения вида и меры наказания. В силу этого отсутствие превентивной и (пере)воспитательной надобности может влиять не на конституирование наказания как такового, а только на определение вида и меры уголовно-правовой реакции; вернее, в том случае, когда не наличествует надобность превенции и исправления, просто отпадает и неизбежность адаптации наказания к требованиям превенции и исправления, что не имеет ничего общего с освобождением от наказания. Таким образом, дан неабсолютный, релятивный характер рассматриваемых целей наказания, в силу чего ситуация, в которой имеет место применение наказания, несмотря на отсутствие цели наказания, не может характеризоваться как алогично неимманентная.

Вместе с тем не означает ли это возврат к приведённому нами выше воззрению Канта? Конечно, нет, так как здесь уголовно-правовое значение превенции не отвергается, как это вытекает из представленного Кантом воззрения. Более того, значение превенции нами даже не подчиняется значению репрессии. То, что лицо, совершившее преступление, должно наказываться и при отсутствии превентивной необходимости, определённым образом свидетельствует о приоритетности репрессии, но, с другой стороны, нельзя упускать из виду то обстоятельство, что субъект, как правило, должен таким образом привлекаться к ответственности за совершённое им преступное деяние, чтобы достиглось обеспечение уголовно-правовой превенции. Т. е. по отношению к репрессии превенция в общем нам представляется даже не просто как абстрактный ориентир, а как полноценный масштаб, исходя из чего последняя оказывает на первую дефинирующее влияние и, следовательно, приобретает особое теоретическое значение.

По сути с такими же извилистыми очертаниями сталкиваемся и относительно третьего компонента. Хотя ни Беккариа, ни современное ему уголовное право не выделяет исправление делинквента, его перевоспитание в качестве одной из основных целей наказания, но на последующих этапах развития уголовно-правовой мысли (особенно в русском, а впоследствии целиком в советском уголовном праве) исправление делинквента постепенно становится неотъемлемой составляющей понятия наказания. Ныне исправление как цель наказания – уголовно-правовая обыденность, и почти никто не подвергает особому сомнению его актуальность.

Уже немецкий криминалист Ф. ф. Лист видел цели наказания в следующей череде обстоятельств: 1) устрашение склонных (к совершению преступления) и стимулирование правомерно настроенных, 2) моральное удовлетворение потерпевших и 3) воздействие на самого преступника, что должно было выражаться в его правовом исправлении, устрашении и обезврежении<sup>133</sup>.

Что касается советского уголовного права, как видно из вышесказанного, подавляющее большинство советских криминалистов также признаёт исправление и перевоспитание делинквента безусловной целью наказания. Так, например, выдающийся советский криминалист, основоположник теории советского уголовного права А. А. Пионтковский в качестве трёх основных целей наказания наряду с превенцией и охраной правопорядка рассматри-

<sup>133</sup> Ф. Лист, Учебник уголовного права. Общая часть, Москва, 1903, стр. 70-71.



вает и исправление осуждённого, так же как А. А. Жижиленко видит ключевое назначение наказания в исправлении преступника и в социальном реформировании его личности.

Хотя, наряду с этим, нельзя обойти молчанием тот малочисленный контингент учёных, для которых исправление делинквента отнюдь не составляет цель наказания. Среди них нам хотелось бы в основном выделить М. Д. Шаргородского и С. В. Познышева. Согласно утверждению последних, единственной целью наказания должно рассматриваться предотвращение преступления, как это имеет место в концепции Беккариа.

В грузинском уголовном праве эта точка зрения выражена следующим образом: «Наказание – это отнюдь не только кара за совершённое преступление, а имеет своей целью также исправление и перевоспитание осуждённого в духе добросовестного отношения к труду, неукоснительного исполнения законов, уважения правил общей жизни (...)»<sup>134</sup>. Прежде всего, следует выделить то обстоятельство, что, с точки зрения отношения элемента репрессии к понятию наказания, данный, представленный в УК РГ взгляд в корне противоречит принятой в теории грузинского уголовного права соответствующей позиции, так как в рамках цитированного подхода репрессия фактически признана как материальное выражение наказания, как неотъемлемо присущий наказанию атрибут (т. е. как это должно быть на самом деле), а не как цель наказания.

В аспектах исправления и перевоспитания осуждённого следует тут же заметить, что эти компоненты здесь включают теоретически неприемлемое, с природой уголовного права несовместимое содержание.

Дело в том, что в уголовно-правовом отношении совершенно безразлично, относится ли субъект к труду добросовестно и уважает ли правила общей жизни («общезития») в общем. В силу этого содержание уголовно-правового исправления не должно включать в себя ни один из этих моментов. Содержание исправления и перевоспитания делинквента должно наполняться исключительно формированием духа неукоснительного исполнения *только* уголовного закона, а в крайнем случае – права в общем. Исходя из этого, в исправлении осуждённого в лучшем случае следует подразумевать *принудительное повышение уровня правосознания осуждённого*.

---

<sup>134</sup> საქართველოს რესპუბლიკის სისხლის სამართლის კოდექსი, თბილისი, 1992, სტრ. 15.

То, что вследствие развития уголовно-правового мышления принудительное повышение уровня правосознания осуждённого стало предметом уголовно-правового интереса, несомненно означает значительный прогресс, но другой вопрос, насколько приемлемо объявление исправления осуждённого целью наказания. На наш взгляд, здесь имеет место существенная незакономерность.

Во-первых, исправление осуждённого и его перевоспитание в уголовно-правовом отношении могут быть релевантными лишь настолько, насколько этим достигается предотвращение совершения преступления осуждённым в будущем, т. е. насколько осуществится специальная превенция. Но когда превенция (в том числе специальная превенция) сама рассматривается как цель наказания, между исправлением и превенцией может быть дана только такая корреляция, как это имело место между устрашением и превенцией в рамках вышеприведённого анализа, т. е. параллельно с превенцией объявление исправления целью наказания логически недопустимо.

Во-вторых, логически также недопустимо и то, чтобы, отрицая исправление в качестве цели наказания, пытаться уделить ему то же особое место в понятии наказания (между репрессией и превенцией), как устрашению, ибо в отличие от последнего исправление не может основываться на репрессии – в результате репрессии возможно достичь лишь того, чтобы субъектом менее двигало стремление совершения преступления во избежание пережитых им, для него в высшей степени нежелательных репрессивных мер, и наоборот, репрессия никогда не может служить основой того, чтобы осуждённый был менее склонен к совершению преступления в силу повышения уровня правовой культуры, правосознания, что является очевидной психологической истиной и не должно нуждаться в обосновании.

В-третьих, репрессия также не может осмысляться в качестве параллельного с превенцией, эквивалентного с ней компонента, потому как в таком случае получим, что наказание – это не только репрессия, но и исправление, но исправление как принудительное повышение уровня правосознания осуждённого так же не может представлять собой наказания, как принудительные меры воспитательного или медицинского характера; правда, в виде исключения это, естественно, вполне допустимо, и ранее существовавший в нашем законодательстве такой вид наказания, как общественное порицание (существующий, например, в российском уголовном законодательстве

и поныне), представляется именно в качестве такого исключения, но вся сложность в том, что оно по определению не может являться специфически уголовно-правовым видом наказания, так как направлено против чести и достоинства лица.

Исходя из вышеизложенного, здесь исправление отрицается не только как цель наказания, но также выясняется и то, что данному моменту вообще не может быть уделено место в понятии наказания.

Наряду с этим совершенно очевидно, что исправление делинквента не может быть незначительным фактором в уголовно-правовом отношении, и, соответственно, его элиминация из понятия наказания не может повлечь негации его догматического значения.

Однако в таком случае какое конкретное место может уделяться исправлению делинквента в догматике уголовного права?

Мы считаем, что исправление и перевоспитание осуждённого следует рассматривать как *параллельные с наказанием принудительные меры*, в соответствии с чем исправление и наказание должны служить одной и той же цели – предотвращению преступления, только с тем различием, что в случае наказания дана как общая, так и специальная превенция, а в рамках исправления – всего лишь специальная.

Правда, вместе с тем следует отметить и то, что теоретическое значение исправления по своему масштабу намного отстаёт от значения наказания и это не только в силу того, что при исправлении, в отличие от наказания, речь идёт только об одном виде уголовно-правовой превенции, а главным образом в силу того, что исправление как смежная с наказанием мера, как правило, может быть представлена только в случае лишения свободы. Другие виды наказания, будь это штраф, выселение или освобождение от должности, реальной, теоретически приемлемой возможности параллельного применения исправления не предоставляют. Что касается общественного порицания, нами уже отмечалось, что этот вид наказания уже в самом себе обнаруживает элемент исправления, но и это, конечно же, не бесспорно. На первый взгляд, то же самое следует заметить и относительно исправительных работ без лишения свободы, однако в рамках данного вида наказания вовсе не осуществляется то, что можно было бы назвать принудительным повышением правосознания осуждённого, а это такая же чисто репрессивная мера, как, напри-

мер, штраф. Поэтому было бы искреннее определять рассматриваемый вид наказания не как исправительные, а просто как принудительные работы.

Тот факт, что в традиционной догматике исправление рассматривается как цель наказания, невзирая на то, с каким видом наказания имеем дело, должно объясняться тем, что здесь исправление основывается на репрессии, что, как отмечалось выше, логически немыслимо. Действительно, это не только не улучшает, а даже ухудшает правовой и в целом социально-психологический настрой индивида. В результате репрессии он, как правило, становится внутренне более агрессивным к обществу и принятым в ней законам, чем был до наказания, что, естественно, не следует понимать так, словно посредством репрессии недостижимо и устрашение осуждённого.

С точки зрения формально-логических взаимоотношений между наказанием и исправлением необходимо выделить то, что поскольку в виде специальной превенции дана единая цель этих элементов, они должны рассматриваться не как независимые друг от друга, а как тесно взаимосвязанные принудительные меры, т. е. в основе теоретической корреляции наказания и исправления должен лежать *принцип взаимополезного воздействия*. Исходя из этого, теоретически недопустимо, чтобы возрастание степени устрашения (как следствие возрастания степени репрессии) не повлекло интенсификации исправительного воздействия на субъекта и наоборот, степень наказания и вместе с ней степень устрашения должны всегда прогрессировать пропорционально с интенсификацией исправления. Так, например, если лицо, совершившее преступление, является рецидивистом, в отношении него – *recidivus* – должно иметь место не только относительное обострение наказания и не только углубление исправительного воздействия, а суммирование обоих слагаемых. Одним словом, субъект настолько нуждается в устрашении, насколько в исправлении и наоборот.

Наряду с вышерассмотренными традиционными целями наказания в современной догматике всё активнее находят своё место и некоторые другие виды цели наказания. Например, согласно Н. А. Беляеву, цель наказания должна состоять в восстановлении справедливости, а, по мнению В. В. Похмелкина, целью наказания, помимо традиционных видов, следует признать также и восстановление дезорганизованных преступлением общественных отношений.

А некоторые авторы пытаются в то же время комбинировать эти моменты и представлять их в качестве единой цели наказания. Это наглядно видно в следующем утверждении цитированной нами выше русской криминалистки С. В. Полубинской: «Затрагивая вопрос о смертной казни, нельзя забывать и о том, что уголовное право и уголовное наказание, помимо указанных в уголовном законе целей, имеют и другие социальные цели. Так, например, Б. С. Никифоров указывал на цель восстановления нарушенного преступлением социально-психологического порядка (как на интегральную цель) и удовлетворение чувства справедливости как на сторону этой интегральной цели. Мы думаем, что это довольно важные социальные цели наказания, которые могут отчасти оправдать применение смертной казни. Это обстоятельство не учитывается С. И. Дементьевым, который считает именно репрессию основанием исправления лица, осуждённого на 10-15 лет за нарушение правил дорожного движения»<sup>135</sup>. Как видим, у Б. С. Никифорова рассматриваемые моменты представлены в виде единой цели. То, насколько оправдана их унификация, в актуальном для нас аспекте менее актуально, так как, на наш взгляд, ни один из этих моментов не может рассматриваться как цель наказания.

Что означает признание восстановления справедливости целью наказания? Ничего не говоря о других сложностях, это во многих случаях привело бы к признанию принципа талиона. Своего рода логическим продолжением этого предстаёт само последнее мнение С. В. Полубинской, где позитивной стороной обоих элементов рассматривается то, что на их основе определённым образом представляется возможным обоснование смертной казни!

Относительно представленного здесь другого вида цели наказания, прежде всего, следует отметить, что логически было бы гораздо предпочтительнее, если бы предмет анализа соотоял в восстановлении не нарушенных преступлением общественных отношений и социально-психологического порядка в общем, а конкретно уголовно-правового отношения и уголовно-правового порядка. То, что преступление, помимо конкретного уголовно-правового отношения, может посягать и на другие виды общественных отношений (например, моральное или религиозное отношение), это в уголовно-правовом отношении ничего не косвенно не означает, и поэтому восстановление последних, как правило, также не может быть непосредственно релевантно в уголовно-

---

<sup>135</sup> С. В. Полубинская, Цель уголовного наказания, стр. 13-14.

-правовом понимании (даже на примере бланкетных норм); то же самое касается социально-психологического порядка, который, кроме уголовно-правового порядка, охватывает и другие, в уголовно-правовом отношении совершенно irrelevantные моменты.

Но давайте посмотрим, в какой мере создаёт восстановление дезорганизованного преступлением уголовно-правового отношения и уголовно-правового порядка как цель наказания основание для обоснования смертной казни. Самоочевидно, что это не только не создаёт благоприятных условий для обоснования смертной казни, а, наоборот, абсолютно исключает её всякую возможность.

Правда, мы здесь не руководствуемся принятой в традиционной догматике концепцией об уголовно-правовом отношении, согласно которой совершение преступления не нарушает, а порождает уголовно-правовое отношение.

Если уголовно-правовое отношение возникает только вследствие совершения преступления, то деликтоспособный субъект до совершения преступления не может быть наделён никакой уголовно-правовой обязанностью. Но в таком случае выходит, что совершение преступления представляется возможным без нарушения уголовно-правовой обязанности, что, разумеется, недостоверно.

В действительности каждое деликтоспособное лицо обязано с момента вступления в силу уголовного закона неуклонно соблюдать его требования (когда оно не лишено возможности принять их к сведению) и всегда, когда нарушает их, делинквируя, в то же время нарушает и уголовно-правовое отношение.

А возможность восстановления уголовно-правового отношения порождается именно применением наказания. Но если в виде наказания применяется смертная казнь, дезорганизованное преступлением уголовно-правовое отношение не только не восстанавливается, а бесследно исчезает, так как рассматриваемое отношение – взаимоотношение и последнее, как бы оно ни моделировалось, никогда не может основываться только на одном субъекте (в данном случае на государстве).

Существенно так же обстоит дело и в отношении дезорганизованного преступлением уголовно-правового порядка. Уголовно-правовой порядок является понятием, выражающим определённое состояние уголовно-право-

вых отношений, и этот первый совершением преступления нарушается постольку, поскольку имеет место нарушение конкретного уголовно-правового отношения. А в силу того что, с одной стороны, восстановление уголовно-правового порядка возможно только путём восстановления соответствующего уголовно-правового отношения, с другой же – смертная казнь исключает восстановление нарушенного уголовно-правового отношения, сам собой напрашивается вывод, что смертная казнь в конечном итоге также исключает и восстановление уголовно-правового порядка.

Хотя всё на самом деле не так каверзно и многосложно: смертная казнь представляет собой всего лишь исключительную меру наказания и на основе исключения вникать в суть правила – дело, конечно же, неблагодарное.

Наряду с этим, не может подлежать сомнению и то, что отношение данных моментов к понятию преступления действительно немаловажно. Но чем в таком случае обусловлена нецелесообразность их отнесения к целям наказания? Дело в том, что когда совершение преступления рассматривается как основание ответственности, подразумевается, что субъект наказывается за совершение преступления, а то обстоятельство, что субъект наказывается за совершение преступления, уже в самом себе основывает факт восстановления нарушенного преступлением уголовно-правового отношения (порядка) и, соответственно, выделение последнего компонента в качестве цели наказания теоретически излишне, равно как и логически недоказуемо.

Таким образом, когда Беккариа единственной целью наказания признаёт уголовно-правовую превенцию, нельзя сказать, что это упрощённый подход к сложному вопросу. Вместе с тем из вышепроведённого анализа данной проблемы вовсе не исходит то, словно в современном уголовном праве только мы рассматриваем превенцию в качестве единственной цели наказания. Следует заметить, что этого мнения придерживается не один известный современный криминалист, например, упомянутый нами выше М. Д. Шаргородский или С. В. Познышев. Хотя следует обратить внимание на тот факт, что последним из них весьма нетрадиционно определяется содержание специальной превенции.

Согласно С. В. Познышеву, предупреждение преступлений может осуществляться в форме физического сдерживания (в отношении преступника) или оказания психологического сопротивления преступлению (в отношении других членов общества). Однако если специальная превенция должна означать

только физическое сдерживание делинквента, тогда выходит, что этот вид уголовно-правовой превенции никак не может генерально классифицироваться целью наказания, потому как лишение свободы – единственный по сути вид наказания (в традиционной системе уголовного права), в рамках которого имеет место физическое сдерживание преступника. В специальной превенции одинаково должно подразумеваться как физическое, так и психологическое сдерживание. В противном случае каким образом возможна сама общая превенция, т. е. психологическое сдерживание других членов общества, которые, в отличие от делинквента, сами не испытывали вызываемые наказанием лишения и тяготы? Более того, именно в силу последнего обстоятельства степень выраженного в специальной превенции психологического сдерживания должно намного превосходить степень выраженного в общей превенции психологического сдерживания, т. е., с точки зрения психологического сдерживания, эффективность наказания значительно выше по отношению к самому делинквенту, чем по отношению к другим членам общества. В то же время не следует забывать, что в большинстве случаев действительно существует необходимость физического сдерживания делинквента и ввиду этого в понятии специальной превенции и этот момент должен находить весомое отражение.

Как было показано выше, объявление превенции единственной целью наказания не должно сопровождаться пренебрежением того, что в уголовно-правовом отношении важно не только предотвращение в будущем преступления, а также и то, чтобы субъект надлежащим образом мог быть ответственен за противоправное управление своей волей. Беккариа хотя чётко указывает на то, что субъект должен наказываться пропорционально осуществлённому им преступлению, но, несмотря на это, перенося центральный акцент на превенцию как на цель наказания, ощутимо умаляет теоретическое значение преступления как основания ответственности, в результате чего отсутствие превентивной необходимости влечёт исключение ответственности.

Помимо этого, рассматриваемая тенденция вынуждает Беккариа отвергнуть и сам вышеприведённый постулат относительно того, что субъект должен наказываться пропорционально совершённом им преступлению, что наглядно видно в его следующем предположении: «Для того чтобы наказание было справедливым, оно должно содержать только ту степень тяжести (*intensio*ne), которая достаточна для сдерживания индивидов от совершения прес-



тупления»<sup>136</sup>. Таким образом, тяжесть преступления в качестве критерия, определяющего степень ответственности, здесь целиком отвергается. А это в то же время подразумевает и иррелевантность степени вины с точки зрения определения степени наказания. Однако в таком случае в чём может заключаться смысл деления вины на отдельные виды и подвиды?

Вместе с тем абсолютизация значения превенции приводит и к другой, более значительной крайности. Преступление и наряду с ним вина здесь уже реально превращаются в формальный повод уголовной ответственности, так как их значение полностью субординировано значению превенции как генерального масштаба, краеугольного ориентира ответственности. Следует однозначно заметить, что, с точки зрения развития идеи вины, это крайне нежелательная перспектива. Но одновременно с этим непременно требует выделения и то, что этот максимализм возник в результате преодоления существующего в средневековом каноническом праве противоположного максимализма. Для средневекового канонического права, по сути дела, чуждо понятие исключаящего наказание обстоятельства. Вина в каноническом праве – не просто необходимое основание ответственности, а вместе с тем и ответственность – необходимое следствие вины (другой вопрос, что подобная позиция противоречила самому господствующему религиозному мировоззрению, согласно которому вина ни в коей мере не могла безусловно влечь за собой наказания). Очевидно, что в этом случае имеет место абсолютизация систематического значения вины и существенная теоретическая недоразвитость понятия наказания. То, что концепция Беккариа делает возможным формирование понятия исключаящих наказание обстоятельств, свидетельствует о несомненной прогрессивности данной концепции, однако это, разумеется, несколько не оправдывает представленный выше радикализм, обуславливающий неприемлемую деградацию систематического значения вины.

Хотя здесь же следует обратить внимание и на то обстоятельство, что в окончательной позиции Беккариа, которую он называет заключительной теоремой, уже нет речи о том, что единственный критерий определения степени наказания следует искать в превентивных требованиях. В заключительной теореме Беккариа вновь возвращается к первоначальному воззрению, в соответствии с которым наказание должно быть соразмерно с преступлени-

---

<sup>136</sup> Ч. Беккариа, О преступлениях и наказаниях, стр. 87.

ем. А поскольку здесь мы имеем дело с итоговым выводом учения Беккариа, следует признать и рассмотренную выше парадоксальность форсированной.

Однако в заключительной теореме заслуживает особого внимания отнюдь не только факт преодоления упомянутой противоречивости. Заключительная теорема Беккариа – самая яркая демонстрация того, насколько интенсивно развилась уголовно-правовая мысль в творчестве этого итальянского криминалиста. «(...) Для того чтобы наказание, – отмечает Беккариа в своей заключительной теореме, – не было насилием одного или многих над личностью гражданина, оно непременно должно быть публичным, стремительным, необходимым, мягким, насколько это возможно в существующих условиях, пропорционально преступлению и точно определено законом (*dettata dalle leggi*)»<sup>137</sup>. Как видим, в данном положении Беккариа ясно отображено почти всё то, на чём основывается современная модель наказания.

Для нас в рассматриваемом случае наиболее актуально замечание Беккариа относительно того, что наказание должно быть необходимым, так как в этом замечании он, прежде всего, подразумевает несостоятельность смертной казни. Проблеме смертной казни Беккариа посвящает и целый параграф и именно здесь указывает на то, что этот вид наказания не может быть ни полезен, ни необходим за исключением определённых случаев. В то же время он, с одной стороны, пытается обосновать преимущество пожизненного лишения свободы перед смертной казнью, а с другой – наряду со смертной казнью отвергает и все остальные виды телесного наказания.

В грузинском уголовном законодательстве смертная казнь отменилась недавно<sup>138</sup> (в рамках гармонизации национального законодательства с нормативными требованиями Евросоюза), и она заменена именно пожизненным заключением, что рассматривается как значительный прогресс, так как смертная казнь в уголовной практике не одной в правовом отношении высокоразвитой страны по-прежнему применяется (хотя заметим здесь же, что в Грузии это не является первым прецедентом упразднения смертной казни; как отмечалось выше, гораздо раньше, ещё в двенадцатом столетии применение этой меры наказания на всей территории единого Грузинского царства запрещалось).

Возможно ли, однако, в действительности утверждать преимущество пожизненного заключения перед смертной казнью? На наш взгляд, указанное пре-

---

<sup>137</sup> Ibid., стр. 134.

<sup>138</sup> 11.11.1997.

имущество не подлежит сомнению, потому как смертная казнь связана с необратимым лишением всех прав и свобод, тогда как в случае пожизненного заключения субъект может лишаться лишь части своих прав и свобод (как известно, в современном уголовном праве, например, в США, практикуются два вида пожизненного лишения свободы – с правом и без права на освобождение).

Правда, преимущество пожизненного лишения свободы перед смертной казнью всё ещё не означает безусловной приемлемости первого. Пожизненное лишение свободы может быть приемлема лишь настолько, насколько оно включает возможность освобождения осуждённого. Иными словами, пожизненное заключение может быть пожизненным фактически не просто в исключительных, а в единичных случаях, в частности если исправление осуждённого вообще не может быть достигнуто, но и с этим современному уголовному праву пора не мириться: исправление любого осуждённого должно быть достижимо.

Необходимо отметить, что предыдущий момент в общем и целом соответствующим образом учитывается как в теории уголовного права, так и в практике. Но чисто теоретически, как нам кажется, пожизненное заключение всё-таки не может быть до конца приемлемым в силу того, что здесь, как и в случае смертной казни, специальной превенции придаётся гипертрофированное значение. Если руководствоваться данной логикой, окажется, что к субъекту применимо бессрочное лишение свободы за любое преступление, если в рамках срочного лишения свободы не достигается его нейтрализация (конкретнее, исправление). Ввиду этого теоретически было бы гораздо почтеннее и репрезентабельнее, если рассматриваемая проблема находила бы своё решение в рамках самого срочного лишения свободы.

Что же касается вопроса отрицания телесных наказаний в целом, на что мы указывали чуть выше, подход Беккариа, равно как и подход средневековой грузинской уголовной практики, не может подлежать каким бы то ни было сомнениям. Однако мы никак не можем согласиться с аргументацией данного воззрения, представленной у Беккариа. «Не тяжесть наказания, – замечает Беккариа, – не его интенсивность (*intensione*), а длительность наказания, экстенсивность наказания (*extensione*) оказывает на разум человека наибольшее влияние, ибо на наши чувства преимущественно воздействуют впечатления менее сильные, но длительные, чем впечатления сильные, но скоро

преходящие»<sup>139</sup>. За исключением некоторых весьма редких случаев, калечащее наказание – генерально более эффективное средство, чем лишение свободы. Чем выше тяжесть телесного наказания, с одной стороны, и размер лишения свободы – с другой, тем более очевидно преимущество первого вида наказания перед последним с точки зрения превенции преступлений. Соответственно, неприемлемость телесного наказания следует искать в принципиально ином направлении. В частности неприемлемость этого вида наказания обуславливается его полной несовместимостью с коренными требованиями этики. Телесное наказание, как правило, связано с причинением делинквенту физических страданий и унижением его достоинства, что этически в равной степени нетерпимо. Следует отметить, что ныне в правовой практике уже почти всех стран любое проявление телесного наказания совершенно исключается, так как в современном уголовном праве прямо отображается конституционно гарантированный принцип гуманизма.

Хотя в заключительной теореме Беккариа ничего не указывается о принципе неотвратимости наказания, он прямо признаёт значение данного принципа при рассмотрении проблемы помилования. «Показать обществу, – отмечает Беккариа, – что прощение преступления возможно и что наказание не является его неотвратимым последствием – значит допустить надежду безнаказанности и основание для мысли, что исполнение наказания в отношении тех, кто остаётся без помилования, представляет собой более злоупотребление силой, чем последствие правосудия»<sup>140</sup>. Как видим, Беккариа настолько последовательно отстаивает принцип неотвратимости ответственности, что решается даже на отрицание института помилования. Что означало, с точки зрения развития уголовно-правовой мысли, отрицание понятия помилования в условиях монархического правления восемнадцатого столетия, думаем, несложно догадаться. Это ещё один наглядный пример того, что в концепции Беккариа уголовное право приобретает облик истинной науки, которая уже не представляет собой стихийный конгломерат взаимоисключающих понятий, а выстраивается на основе строго определённых принципов и подчиняется специфическим теоретическим законам.

В то же время следует заметить и то, что сама проблема помилования не теряет своей актуальности и по сей день.

---

<sup>139</sup> Ibid., стр. 86.

<sup>140</sup> Ibid., стр. 133.

Беккариа, помимо того, что рассматривает помилование как понятие, несовместимое с принципом неотвратимости наказания, считает также, что в этом случае общая безопасность полностью приносится в жертву частной, что несомненно также значительный аргумент.

С другой стороны, негативность помилования этим не исчерпывается. На наш взгляд, она ещё глубже и масштабнее, чем это вытекает из утверждения Беккариа. В основе формирования института помилования лежит то обстоятельство, что в прошлом главным ориентиром всех действующих в государстве законов являлась воля монарха, т. е. в те времена признавали «верховенство воли монарха» (подобно тому как в современной правовой доктрине признаётся верховенство конституции), исходя из чего монарх в своём государстве должен был стоять выше любого закона. Уже с вытеснением абсолютной монархии конституционной данный феномен перестаёт существовать. Ныне даже в государствах с самой недемократичной правовой системой никто не наделён привилегией стоять выше действующих в этом государстве законов. Исходя из этого, институт помилования должен рассматриваться как реакционный пережиток, подлежащий упразднению.

Однако: один из научных редакторов первого издания настоящей монографии Г. Т. Ткешелиадзе, советовавший мне отказаться от последнего вывода, как мне кажется сегодня, был всё-таки прав. Дело в том, что опаснее не помилование, а непомилование.

Исходя из всего вышеизложенного, в концепции Беккариа находит интенсивное развитие не только собственно понятие вины, но также и не одно другое основополагающее понятие уголовного права и уголовно-правовой мысли в целом. С точки зрения развития идеи вины в рассмотренном учении следует главным образом выделить то, что здесь убедительно преодолён господствующий в средневековом каноническом праве крайний субъективизм. Для Беккариа вне всякого сомнения, что в уголовно-правовом отношении виновным может быть лишь сопутствующий определённому объективному поведению психический процесс, а не тот или иной психический процесс сам по себе, без внешнего проявления. Что самое главное, вследствие этого уголовно-правовая вина окончательно разграничивается как с религиозной, так и с нравственной виной, для конституирования которых совершенно индифферентно отношение психологического поведения к внешнему миру. Таким обра-

зом, можно сказать, что отрицанием канонического субъективизма Беккариа по существу выделяет специфическую природу уголовно-правовой вины.

## ВОЗЗРЕНИЯ ФЕЙЕРБАХА И ШТЮБЕЛЯ

**Неосторожность**      Главное достоинство теории вины Фейербаха заключается в том, что он хотя не безошибочно, но первым попытался выяснить значение волевых и интеллектуальных моментов в структуре вины. Некоторые из его взглядов позже обобщаются и в нормативной теории вины.

Согласно сформированной Фейербахом теории психологического принуждения, субъект сознательно делает выбор между правомерным и противоправным деянием. По его мнению, делинквент до совершения наказуемого деяния сопоставляет свои общественно опасные устремления и наказание как средство психологического принуждения. В силу этого, по утверждению Фейербаха, «мера наказания всегда должна быть настолько высокой, чтобы достигала психологическую парализацию любого противоправного умысла»<sup>141</sup>. По его же словам, законодатель объявляет деяние наказуемым в силу того, что оно виновно, обратная же пропорциональность этого для него имеет лишь второстепенное значение. А это означает, что в систематике уголовного права в качестве приоритетного элемента выделяется именно вина, а не наказание.

В контексте развития понятия вины наше особое внимание в творчестве Фейербаха привлекает проблема неосторожности. Он стремится чётко обособить друг от друга умышленную и неосторожную вину. Согласно ему, гражданин обязан не только не желать определённого «противозаконного эффекта», но и каждый раз действовать или бездействовать для того, чтобы такой эффект не наступил и против его воления, т. е. право не должно нарушаться ни в каком виде – ни умышленно, ни по неосторожности.

Следует, однако, тут же заметить, что, с теоретической точки зрения, Фейербаху не только не удаётся чёткая дифференциация понятий умысла и неосторожности, а, наоборот, однозначно отрицая характерную для неосторожности специфическую натуру, вносит в данное понятие имманентный для умышленной вины элемент.

---

<sup>141</sup> А. Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil I, Erfurt, 1799, стр. 42.

«Отрицанием учения о culpa как об ошибке ума, – отмечает В. Хардвиг, – Фейербах связывает как нравственную, так и правовую неосторожную вину с актуальным желанием, противоречащим обязанности. Поскольку в момент неосторожного поведения воля или по меньшей мере виновная воля не наличествует, вину следует искать в *actus voluntatis remotes*, т. е. в первоначальном актуальном злом умысле»<sup>142</sup>. В первоначальной актуальной воле подразумевается субъективная воля, предшествующая психологической деятельности субъекта непосредственно при осуществлении противоправного деяния и выражающая сознательное нарушение соответствующего уголовно-правового требования.

Тем не менее как может быть совместимо сознательное нарушение уголовного закона со специфической догматической природой неосторожности? Всё это Фейербах поясняет следующим образом: «Когда culpa представляют себе в качестве наказуемой, исходный момент составляет обязанность проявления должной предусмотрительности. Но в каком виде нарушается эта обязанность проявления должной предусмотрительности? Нельзя же чтобы она нарушалась вновь неосмотрительностью и т. п.? Нарушение данной обязанности в большей степени (...) состоит в противоправном умысле, в частности в определении желания, осуществлённого с сознанием противозаконности. Следовательно, противоправный умысел составляет основание наказуемости как в случае *dolus*, так и в случае *culpa*»<sup>143</sup>. Таким образом, здесь фактически имеет место негация неосторожной вины как самостоятельного вида уголовно-правовой вины и её слияние с понятием умышленной вины.

Наряду с этим, необходимо принять за чрезвычайно положительный момент то, что Фейербах в обоих случаях (т. е. и в случае умышленной, и в случае неосторожной вины) понятие уголовно-правовой вины связывает с нарушением (уголовно-правовой) обязанности. Однако совершенно для нас непонятно, ввиду чего считает Фейербах невозможным нарушение обязанности проявления должной предусмотрительности «неосмотрительно». На наш взгляд, данная обязанность одинаково может нарушаться как сознательно, так и неосмотрительно. В зависимости от того, нарушается ли обязанность проявления должной предусмотрительности сознательно или неосмотрительно, вина может быть умышленной или неосторожной. Более того, рассматри-

<sup>142</sup> W. Hardwig, *Die Zurechnung*, стр. 50.

<sup>143</sup> A. Feuerbach, *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Teil II, Chemnitz 1800, стр. 57.



ваемая обязанность обычно нарушается именно по неосмотрительности: возможно ли говорить о сознательном нарушении обязанности проявления должной предусмотрительности тогда, когда для субъекта категорически и во всех отношениях нежелательны наступившие вредные последствия?

Относительно неосторожной вины оригинальная точка зрения встречается и у Штюбеля. Исходный принцип его учения о вине составляет свобода воли. Указанная оригинальность же рассматриваемого воззрения заключается в том, что свободной воле немецким криминалистом предъявляются строгие, а порой слишком строгие требования. В то же время причина, в силу которой мы сочли целесообразным совместный анализ воззрений Фейербаха и Штюбеля о вине, хотя прямо связана с их специфическим восприятием неосторожной вины, но по существу заключается в необходимости исследования не этой проблемы как таковой, а отношения к понятию вины незначения закона. Как увидим ниже, в рассматриваемом контексте специфичность воззрений Фейербаха и Штюбеля находит своё проявление при структурировании ими именно неосторожной вины.

У Штюбеля содержание неосторожной вины представлено следующим образом: «1) Незнание нарушенной уголовно-правовой нормы, если существовала возможность её знания; 2) непредусмотрительность, необдуманность в случае смутного представления о соответствующем требовании нормы; 3) непредусмотрительность при недостаточной усвоенности всех обстоятельств деяния; 4) поспешно ошибочное подведение деяния под уголовный закон»<sup>144</sup>. Здесь же добавим, что Штюбель в качестве основания наказуемости рассматривает не вызванный деянием результат, а сознательно угрожаемую опасность правому добру. А это приводит к приравниванию *culpa* с *dolus*, так как заведомое поставление правового добра в опасность как таковое явно и исключительно характерное для *dolus* свойство.

Что касается Фейербаха, здесь структура уголовно-правовой неосторожности выглядит следующим образом: «1) Совершение внешнего деяния, когда субъект осознаёт причинную связь своего деяния с возможным или легко возможным противозаконным последствием; 2) вызванное незнанием уголовного закона неосторожное деяние; 3) неосторожность по опрометчивости (чрезмерной поспешности [*Übereilung*]), когда преступник надлежаче не исследует своё деяние в целях его субсумции под уголовный закон; 4) неосторож-

---

<sup>144</sup> См. G. Nass, *Wandlungen des Schuldbegriffs*, стр. 75-76.

ность по небрежности, когда субъект не задумывался о возможной причинной связи между своим деянием и правонарушением»<sup>145</sup>. В первом случае Фейербах, указывая на осознание каузальной связи между деянием и возможным или легко возможным противоправным последствием, имеет в виду интеллектуальный момент, характерный в современном уголовном праве для прямого и эвентуального умысла, а именно сознание противоправности. Эта его попытка явно обречена, потому как сознание противоправности и неосторожность – совершенно несовместимые категории, как в правовом, так и в этимологическом понимании (правда, когда в отношении деяния налицо умысел, а в отношении последствий – неосторожность, наличествует и сознание противоправности, но нельзя забывать, что здесь дана смешанная вина, а не только собственно неосторожность). Однако Фейербах своеобразно определяет понятие неосторожности. Он полагает, что для размежевания умышленной и неосторожной вины достаточен лишь волевой момент и различает их в зависимости от того, желает субъект противоправные последствия или нет.

**Ignorantia iuris nocet** Возвращаясь к представленной нами выше проблеме корреляции незнания нормы и понятия вины, наглядно видно, что подход обоих немецких теоретиков к данному вопросу выразительно нетрадиционен. Следует отметить, что проблема незнания закона непрерывно составляла предмет заинтересованности теоретиков уголовного права. Об этом недвусмысленно свидетельствует представленный в теории уголовного права ярко выраженный плюрализм относительно рассматриваемого вопроса. Незнание нормы (при наличии возможности знания), включая позицию Фейербаха и Штюбеля, фигурирует в основном в пяти различных значениях: 1) как смягчающее умышленную вину обстоятельство, 2) как исключяющее вину обстоятельство, 3) как нейтральное в отношении вины обстоятельство, 4) как обстоятельство, трансформирующее умысел в неосторожность, и 5) как разновидность неосторожной вины<sup>146</sup>.

В качестве доминирующего можно признать первое воззрение, так как подавляющее большинство современных криминалистов с незнанием нормы связывает именно значительное смягчение вины в рамках умысла. Одну из догматических предпосылок признания ошибки в уголовно-правовом зап-

<sup>145</sup> А. Feuerbach, Revision, Teil II, стр. 52.

<sup>146</sup> См. ლ.-გ. კუჭალია, ნორმის უცოდინრობა სისხლის სამართალში (ნორმის ცოდნის ვალდებულების ცნება), „მართლმსაჯულების მაცნე“, თბილისი, 1999, №1-2, стр. 33-41.

рете, именуемой в современном уголовном праве юридической ошибкой, в качестве смягчающего вину обстоятельства составляет то, что это первое (незнание нормы = отсутствие сознания противоправности) не должно воздействовать на форму вины, т. е. не должно исключать умысел. «Иногда, – отмечается в господствующей доктрине, – лицо не считает преступным и наказуемым своё деяние, когда оно уголовным законом признано общественно опасным, преступлением. Такая ошибка не оказывает влияния на форму вины, так как подразумевается, что (...) с момента вступления в силу уголовного закона запрет того или иного деяния известен всем»<sup>147</sup>. Мы вынуждены отсюда заключить, что в традиционной догматике юридическая ошибка уже по определению «не может влиять на форму вины».

Как это ни странно, здесь нет никакого недоразумения. Дело в том, что и исследование традиционных понятий умысла и ошибки приводит к тому же выводу. Правда, в дефиниции понятия умысла вполне разборчиво отмечается, что субъект, действующий с уголовно-правовым умыслом, обладает знанием (предусмотрение неизбежности или возможности) и волеием (желание или сознательное допущение) противоправного результата, но знание и волеие противоправного результата – нечто иное, чем знание и волеие противоправности результата. Вполне возможно, чтобы лицо таким образом предусматривало и желало или сознательно допускало противоправное последствие, что даже не догадывалось, т. е. не предусматривало и не желало или сознательно допускало противоправность этого деяния, что свидетельствует о том, что сознание противоправности не находит никакого отображения в сфере умысла. Таким образом, из содержания вышепредставленного понятия умысла однозначно следует, что юридическая ошибка как неверное представление лица об уголовно-правовой запрещённости своего деяния не может исключать это первое даже тогда, когда это последнее возникает в силу уважительных в уголовно-правовом отношении причин.

Вследствие этого, в свою очередь, выходит, что юридическая ошибка может исключить вину без исключения умысла. Действительно, когда ошибка уважительна (неизбежна и субъект не мог преодолеть отсутствие сознания противоправности), отсутствие вины не должно вызывать никаких сомнений, тогда как умысел, как видно из вышесказанного, здесь вовсе не эли-

<sup>147</sup> ბ. ფურცხვანიძე, საბჭოთა სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 1971, სტრ. 140.

минируется. Отсюда можно сделать только следующий вывод: исходя из взаимоотношений традиционных понятий умысла и ошибки, в господствующем учении наличия умысла недостаточно для признания субъективного деяния виновным.

Свидетельствует ли это о противоречивости господствующей доктрины? Если учитывать то, что в господствующей доктрине умысел – форма вины, не должно нуждаться ни в каком утверждении то, что перед нами откровенный алогизм, ибо если наличествует умысел как форма вины, логически недопустимо, чтобы не наличествовала также и сама вина: ведь форма – это дескрипция организации и структуры определённой системы, т. е. вины в данном случае.

Следовательно, в господствующей доктрине классификация незнания нормы в качестве смягчающего вину обстоятельства неминуемо ведёт к явно противоречивой корреляции понятий юридической ошибки, умысла и вины.

Но давайте посмотрим, в чём заключается смысл аргументации приверженцев рассматриваемой позиции. Когда незнание нормы рассматривается как смягчающее вину обстоятельство, принято считать, что субъект в случае её знания, как правило, повёл бы себя иначе и в силу этого преступление, совершённое в условиях незнания уголовного закона, свидетельствует о меньшей общественной опасности личности делинквента.

На первый взгляд, и ничего неприемлемого не может быть в том, что лицо, которое имеет чёткое представление о норме уголовного права и сознательно нарушает выраженное в нём требование, должно наказываться строже по сравнению с тем, кто с данной нормой не знаком и не движим «злым умыслом», антиправовым устремлением. Иными словами, поскольку в последнем случае налицо умысел и всего лишь возможность знания нормы, а в первом – субъект наряду с умыслом обладает сознанием противоправности, т. е. актуальным знанием нормы, степень ответственности при незнании нормы безусловно должна снизиться, так как возможность знания нормы по своему значению намного отстаёт от актуального знания нормы. Вместе с тем, как известно, то, что законодатель связывает с неосторожностью уменьшенную степень ответственности по сравнению с умыслом, основывается именно на аналогичном принципе, и это не может не свидетельствовать в пользу указанной концепции. Но, как увидим ниже, в силу необходимости

введения такого понятия, как обязанность знания уголовно-правовой нормы, мало что может остаться от методологической основы данной позиции.

Наряду со всем вышеуказанным необходимо отметить также и то, что мы, рассматривая проблему незнания нормы лишь в неразрывной связи с обязанностью знания нормы, не придерживаемся и никакого другого из вышеперечисленных воззрений.

Однако остановим наше внимание непосредственно на позиции Фейербаха и Штюбеля. Разумеется, из перспективы современного уголовного права такая структуризация неосторожности вообще не может быть оправдана. Но из вышеприведённого воззрения Штюбеля и Фейербаха в данном случае наш интерес вызывает только то, как может обосновываться (отвратимое) незнание нормы как разновидность неосторожности.

То, что субъект не ведаёт чего-то определённого и в то же время обладает возможностью осведомлённости, вполне соответствует природе уголовно-правовой неосторожности. Поэтому в этом отношении исходить из неосновательности подхода Штюбеля и Фейербаха не приходится.

Наряду с этим, как было показано, Штюбель говорит о «незнании нарушенной уголовно-правовой нормы», ввиду чего незнание нормы в уголовно-правовом отношении значимо не как таковое, не непосредственно в отношении самого себя, а только в тесной связи с нарушением нормы. То же самое можно заметить и относительно воззрения Фейербаха.

Иными словами, незнание нормы, по Штюбелю и Фейербаху, является не самостоятельным основанием ответственности, как это может показаться на первый взгляд, а создаёт основание наказуемости только тогда, если субъект своей неосведомлённостью уже нарушил определённую уголовно-правовую норму. И наоборот: когда лицо, будучи неосведомлённым, нарушает требование уголовно-правовой нормы, оно, согласно Штюбелю и Фейербаху, наказывается не собственно за нарушение нормы (т. е. за умысел), а только за незнание нормы (т. е. за неосторожность); в зависимости от того, какого вида нарушенное субъектом требование, степень ответственности, естественно, возрастает, но не должно быть спорным, что неосторожность в уголовно-правовом отношении всегда менее нетерпима, чем умысел.

Таким образом, с незнанием нормы и в этом случае связаны выгодные для субъекта в уголовно-правовом отношении результаты. К другому выводу

анализ позиции обоих немецких криминалистов не приводит, так как, исходя из вышеизложенного, оба учёных, оперируя лишь возможностью знания нормы, совершенно не знакомы с понятием обязанности знания нормы.

Как из всего вышеуказанного вытекает, в теории уголовного права относительно рассматриваемой проблемы предлагаются коренным образом взаимоисключающие концепции. Однако в результате исследования также бросается в глаза, что ни для одного криминалиста ничего неприемлемого в том нет, что незнание уголовно-правовой нормы не является обязательным в уголовно-правовом отношении. Как нам кажется, надлежащее решение представленной здесь проблемы требует нового методологического подхода.

В указанном аспекте нам хотелось бы выделить следующие моменты:

Во-первых, с объективной стороны, если субъект не знаком с той или иной нормой уголовного права, он – потенциальный делинквент, так как рано или поздно данное лицо непременно окажется в регулируемых этой нормой общественных отношениях и, скорее всего, нарушит её в силу отсутствия всякого представления о ней. Точнее, мы имеем дело с практически беспредельно непредсказуемым потенциальным делинквентом. Следовательно, незнание нормы свидетельствует не о сниженной, а о многократно повышенной общественной опасности адресата этой нормы;

Во-вторых, с субъективной стороны, подобное повышение общественной опасности вызвано самим субъектом, а не по независимым от него обстоятельствам, потому как он мог ведать о наличии соответствующей нормы. Помимо этого, он настоящим фактом незнания выражает явное неуважение к праву, что может проявляться как в инертном, так и в агрессивном отношении. В силу этого недоказуемо утверждение, словно лицо, действующее в условиях незнания конкретной нормы, в отличие от субъекта, действующего с сознанием противоправности, обладает «правомерным габитусом добросовестного гражданина»;

В-третьих, что наиболее важно, норма уголовного права формируется с тем намерением, что она достигнет ума своего адресата, что этот последний примет её к сведению. Если уголовно-правовые нормы не достигают поля зрения субъектов, их сознания, то они ни в какой другой форме не в силе реализовать своё назначение и тем самым лишаются и реальной юридической силы. Иначе говоря, для того чтобы уголовное право могло достичь своей

главной цели – строгой упорядоченности важнейших социальных отношений, субъект несомненно должен быть знаком с содержанием нормы. Вряд ли оспоримо то, что превентивная функция уголовного закона гораздо важнее по сравнению с его репрессивной функцией, т. е. для законодателя преимущественно насущна не кара за преступление, а именно превенция преступления. Таким образом, уголовный закон создаётся «более» для гражданина, который должен принимать все меры для выполнения его каждой нормы, нежели для судьи, который анализирует вопрос об уже осуществлённом деянии. А это делает необходимым наличие *обязанности знания нормы*. Данное понятие, в свою очередь, может называться понятием Аквинского.

Где, однако, окажемся, если счесть, что знание нормы может не составлять предмет уголовно-правового повеления? Отсутствие обязательства правовой осведомлённости, прежде всего, означает то, что незнание уголовно-правовой нормы не запрещено в уголовно-правовом отношении. Но если незнание нормы уголовного права в уголовно-правовом порядке не запрещается, оно должно приниматься как дозволенное в уголовно-правовом понимании, и поскольку уголовное право допускает субъективное право на незнание своей нормы, получается, что институционально совершенно безразлично, знаком ли субъект с требованием закона и обладает ли возможностью правомерного поведения в случае незнания нормы. Единственный сдерживающий фактор в случае легислативной неосведомлённости – собственный риск адресата нормы. Т. е. государство вверяет судьбу правового добра собственному риску даже самого инертного субъекта. Отсюда, в свою очередь, заключаем, что уголовное право, заботясь менее о предотвращении преступления, своей приоритетной задачей считает наказание делинквента, что не может быть приемлемо, тем более когда дело касается современного уголовного права. Ввиду всего этого с убедительностью можно заметить, что уголовное право должно предписывать обязанность знания нормы – это элементарное требование уголовно-правовой логики.

Какие изменения может повлечь в существующей догматике введение вышеупомянутого понятия? В соответствии с тем, нарушена ли норма, с требованием которой субъект не знаком, незнание нормы в одном случае превращается в конституирующую ответственность, а в другом – отягчающее обстоятельство. Если первая половина данного вывода сама собой вытекает из предложенной нами позиции, последняя непременно тре-

бует определённой генерализации. Как отмечалось выше в рамках исследования корреляции традиционных понятий умысла и ошибки, незнание нормы не исключает умысел. Вследствие этого уголовно-правовой умысел – в традиционном понимании – налицо как в случае знания, так и в случае незнания закона и, соответственно, в этом отношении перед нами полная эквивалентность. Что же касается дополнительных компонентов, если изначально сознанию противоправности противостояла возможность знания нормы и явно отставала от неё по своему значению, на сей раз в качестве контрэлемента сознания противоправности выступает нарушение обязанности знания нормы. Итоговое решение проблемы зависит именно от выяснения соотношения последних элементов друг к другу.

Сознание противоправности хотя и является сугубо интеллектуальной категорией, но подразумевает в самом себе и такой волевой момент, как противоправное отношение действующего или бездействующего в уголовно-правовом понимании. Тем не менее это не может быть аргументом, ибо, как выделялось нами выше, и в виде лица, действующего или бездействующего в условиях законодательной некомпетентности, не имеем дело с «правомерно настроенным добросовестным гражданином». Мнимая правомерность его отношения разносится вдребезги фактом нарушения обязанности знания нормы. Однако нейтрализация указанного фактора ещё ничего не говорит о преимущественном значении последнего обстоятельства относительно сознания противоправности. Это проясняется лишь в результате дальнейшей детализации.

В случае сознания противоправности субъект знаком с нормой и желает нарушить его, а при нарушении обязанности знания закона лицо не знает и не желает знать требования нормы. Понятно, что тяжесть ответственности зависит от того, где выше степень упречности. Этически или даже морально-политически при нарушении обязанности знания нормы субъект не может упрекаться не только строже, но даже и до такой степени, как при наличии сознания противоправности. Однако, как известно, вина в современном уголовном праве, в отличие от классического нормативизма, основывается не на этической или морально-политической, а правовой, государственной упречности. И здесь всё кардинально меняется. Когда субъект обладает сознанием противоправности, он нарушает уголовно-правовую норму в силу того, что его индивидуальный интерес находится в психологически трудно прео-



долимом конфликте с интересом, выраженном в этой норме, тогда как при «слепом» преступлении, совершённом в условиях незнания закона, субъект посягает на выраженный в данной норме публичный интерес без наличия упомянутого психологического барьера, атакуя при этом не просто конкретное правовое добро одноразово, а институт правового добра в целом и бесконечно. Здесь правовой организации общества противостоит естественное состояние в понимании Т. Гоббса и Дж. Локка. Следовательно, в последнем случае степень правовой (государственной) упречности должна быть относительно выше, чем в первом, что ясно указывает на примат нарушения обязанности знания нормы перед сознанием противоправности. Исходя из этого, незнанием нормы вина должна отягчаться.

Что касается практического аспекта проблемы, вследствие этого значительно возрастает необходимость оптимизации условий знания нормы, включая оптимизацию обязанности государства довести до сведения своих граждан уголовно-правовые правила поведения. Недопустимо привлекать лицо к ответственности за незнание нормы, если не создан не просто эффективный, а максимально эффективный механизм её реального знания. Иными словами, уголовный закон в целом и осуществлённое в нём любое изменение должны быть настолько доступны для каждого субъекта уголовного права, чтобы для ознакомления с уголовно-правовыми императивами граждане могли обходиться минимальным напряжением воли. Это подразумевает не только а) максимальное упрощение текста закона и б) наличие уголовного закона у всех его субъектов, но и в) обязательное обучение Уголовному кодексу непосредственно до и с наступлением возраста субъекта уголовного права.

## УЧЕНИЕ ТАГАНЦЕВА (АБСОЛЮТНОСТЬ ИНДИВИДУАЛЬНОЙ ВИНЫ)

**Догматика XIX в.** Из воззрений выдающегося русского криминалиста Н. С. Таганцева наше внимание привлекает его отношение к проблеме коллективной вины, которую он принципиально отвергает. На наш взгляд, анализ данной концепции чрезвычайно важен, так как здесь представлено немало убедительных доводов в подтверждение того, почему уголовно-правовая вина должна представлять только в виде индивидуальной вины.

Необходимо отметить, что уже тогда теория коллективной вины была широко распространена. Так, например, К. Кенни, рассмотрению воззрений которого мы посвятим следующий параграф, писал: «В условиях развития коммерческого оборота, что имело место во второй половине XIX в., число корпораций возросло настолько, что оставление в силе для них права пользования прежним иммунитетом создало бы значительную опасность для общества. Поэтому теоретические трудности были отложены в сторону и ныне перед соответствующим судом в рамках обвинительного акта корпорация может преследоваться в уголовно-правовом порядке (...). Против корпорации уголовное преследование может осуществляться только за такое преступление, за которое предусмотрено наказание в виде штрафа»<sup>148</sup>. Однако если, с одной стороны, налицо «теоретические трудности» признания коллективной вины в уголовном праве, а, с другой стороны, в условиях возросшего количества корпораций отсутствие соответствующего механизма угрожало бы обществу, отсюда не стоит заключать, что упомянутый механизм ответственности следовало бы сформировать в рамках уголовного права, а, наоборот, надобно признавать необходимость формирования подобного механизма за пределами уголовного права.

Логически ровно так же неясен смысл позиции Виндшейда, описанной у Таганцева: «Он конструирует свою теорию следующим образом: понятие права не заключается в реальном волении, а только в возможности воления; поэтому существование несубъективных прав не противоречит идее права; хотя при фактическом осуществлении права предполагается реальное воление,

---

<sup>148</sup> К. Кенни, Основы уголовного права, Москва, 1949, стр. 70-71.

но это проявление права может осуществиться и посредством представителей, как это происходит в отношении физических лиц»<sup>149</sup>. Совершенно очевидно, что подобной аргументацией Виндшейд способствует не обоснованию коллективной вины, а, наоборот, невольно выступает именно против неё же. Во-первых, обоснование правоспособности не может иметь ничего общего с обоснованием вменяемости и наказуемости, так как, с одной стороны, право, а с другой – вина и наказание представляют собой принципиально разные понятия. Во-вторых, если объектом сравнения является дееспособное физическое лицо, вряд ли можно умудриться упустить из виду, что это последнее является и невменяемым, и, следовательно, ненаказуемым, что в рассматриваемом случае, если оставаться до конца последовательным, приводит к непризнанию коллективной вины.

**«Новая немецкая теория»** Основная критика Таганцева в связи с проблемой коллективной вины направлена против т. н. новой немецкой теории, главными представителями которой он называет Безелера и Блюнчли. Согласно последним, юридическое лицо как субъект уголовного права носит реальный, а не фиктивный характер. По его мнению, «юридические лица не должны рассматриваться только с точки зрения имущественных прав, а также следует принимать во внимание и политическую сторону их деятельности (...), они должны представлять не только в качестве субъектов частных, но и государственных и международных отношений», о чём Таганцев отмечает следующее: «С этой стороны, разумеется, нельзя сказать, что существование этих лиц всего лишь фиктивное, выдуманное государством. А следует признать его естественным (...). Но впоследствии сторонники этой теории, особенно Блюнчли, настолько увлеклись аналогичными явлениями в элементах возникновения и существования физических и юридических лиц, что упустили из виду, что здесь речь только о сходстве, а не о тождественности, что понятия государство, общественный организм – условные высказывания. Поэтому понятие «естественный субъект права» применялось ими даже в физическом, телесном значении»<sup>150</sup>.

Как нам кажется, представленная Таганцевым критика могла бы быть и гораздо строже, а именно с той точки зрения, что юридическое лицо даже во все и не мыслимо в качестве реального субъекта уголовного права в контек-

<sup>149</sup> Н. С. Таганцев, Курс русского уголовного права, С.-Петербург, 1874, стр. 11.

<sup>150</sup> Ibidem.

сте обязанностей. Реальный или, соответственно, фиктивный характер субъекта уголовного права в этом отношении прямо зависит от того, могут ли быть ему присущи вменяемость и наказуемость. Мы, конечно же, не отрицаем, что и юридическое лицо наподобие физического может обладать охраняемыми в уголовно-правовом порядке интересами. В свою очередь, в уголовном законодательстве не одной современной страны, как уже отмечалось, можно найти такую статью, которая – отчасти<sup>151</sup> – охраняет животных, не являющихся людьми, от пыток и прочего злобного обращения (наглядным примером этому может служить ст. 259 УК РФ «жестокое обращение с животными»; но внешняя редакция, впрочем, как и других стран, на редкость удивительная, потому как никто человека из понятия животного не изымал). Однако это не наделяет орла уголовно-правовыми обязанностями. Другими словами, статус носителя охраняемых в уголовно-правовом отношении интересов ещё ничего не говорит в пользу наделения юридических лиц теми же уголовно-правовыми обязанностями.

**Вменяемость и  
наказуемость  
юр. лиц**

Что же касается собственно вопросов вменяемости и наказуемости, следует отметить, что в рамках здравого логического мышления теоретическое обоснование подобных свойств в отношении юридического лица невозможно. Действие юридического лица подразумевает определённое действие его представителя, которое он, правда, осуществляет от имени юридического лица, однако это отнюдь не означает, что данное действие осуществляется на основе согласия других членов этого юридического лица. Соответственно, когда утверждаем, что в совершении определённого действия виновен не только конкретный представитель юридического лица, совершивший в действительности данное действие, а юридическое лицо генерально, выходит, что указанное действие вменяется в вину всем членам юридического лица, так как юридическое лицо – не что иное, как совокупность входящих в его состав членов. Но насколько может быть уместно говорить о виновности группы лиц относительно того деяния, которое было совершено лишь одним из представителей этой группы и с которым ничего общего не имели и не могли иметь остальные члены указанной группы лиц? В таком случае допустимо говорить только об объективном вменении, но не об уголовно-правовой вине.

<sup>151</sup> Что же касается полноценной охраны, см. L.-G. Kutalia, Lagma, т. XXVIII.

С другой стороны, например, при дорожно-транспортном происшествии наказываемся исключительно провинившийся водитель, но не само автотранспортное средство наряду с ним. Ввиду этого по существу с той же ситуацией имеем дело относительно проблемы наказуемости. Если бы уголовное наказание имело лишь компенсационный характер и было лишено элемента репрессии, то доводы последователей теории коллективной вины могли бы быть далеко не столь уязвимыми. Однако в силу того что репрессивность является неотъемлемой составляющей уголовного наказания, нам представляется совершенно недопустимым применение наказания к юридическому лицу в условиях его невменяемости, ибо в таком случае объектом государственной репрессии становится не только виновно действующий представитель юридического лица, но и те остальные субъекты, которые не осуществляли не только виновное, но и противоправное или даже соответствующее составу преступления деяние. То, что в этом случае уголовно-правовая репрессия касается упомянутых субъектов не прямо, не непосредственно, а только косвенно, по большому счёту ничего не меняет из перспективы признанных в современном уголовном праве принципов. Дело в том, что если субъект не осуществляет никакого соответствующего составу преступления, противоправного и виновного деяния, его не должна касаться уголовно-правовая репрессия ни прямо, ни косвенно. Любой член демократически организованного общества должен обладать непрерываемой гарантией того, что будет застрахован от уголовно-правовой репрессии, если виновно не осуществит определённое противоправное деяние. А в силу того что признание наказуемости юридического лица возможно только в результате грубого попрания этого принципа, следует недвусмысленно заключить, что уголовная ответственность юридических лиц не может соответствовать основополагающим принципам современного уголовного права и на основе этого теоретически недопустима.

Несмотря на то что в уголовном праве эпохи Таганцева ещё не доминировали основные принципы нынешней теории уголовного права, и он в своих выводах однозначно отвергает допущение возможности уголовно-правового наказания юридического лица. «В случае правильной постановки вопроса, – отмечает Таганцев, – согласно и этой теории должна была быть допущена следующая дедукция: юридические лица так же, как физические лица, владеют способностью проявления воли и, следовательно, действия, но эти проявления имеют место лишь в определённой сфере правовых отношений и то посредством особых органов – их представителей, а в условиях такого

подхода к юридическому лицу излишне даже говорить о его ответственности за преступление»<sup>152</sup>. Как видим, Таганцев не признаёт наказуемость юридических лиц, но, в отличие от представленного нами выше воззрения, он не рассматривает данный момент как основание для неприемлемости признания юридического лица «реальным субъектом» уголовного права в актуальном для нас понимании.

Таганцев таким образом продолжает суждение о реальном характере юридических лиц в условиях отвергнутой вменяемости и наказуемости: «Рассматриваемый вопрос наиболее верно освещается одним из представителей этой теории Кунце, который, исследуя реальный характер юридических лиц, отмечает, что только представление телесности подобных лиц составляет фикцию, а подразумевающееся под этим самостоятельное существование объединения – действительность, т. е. то, что юридические лица возникают, существуют и действуют в обществе в силу законов органического существования этого общества наподобие физическим лицам, из-за чего не праву приходится создавать и выдумывать эти личности, а оно только находит их, т. е. не право оснащает юридическое лицо личностью, а лишь признаёт таковую»<sup>153</sup>. В результате всего этого, т. е. вслед за признанием «реального характера» юридических лиц, Таганцев считает в полной мере оправданными последующие воззрения Кунце, согласно которым отвергается прямая дееспособность и ответственность юридического лица за преступление.

На наш взгляд, подобный подход к проблеме, т. е. положение, когда реальность характера юридического лица как полномасштабного субъекта уголовного права не зависит от его вменяемости и наказуемости, в корне оплошно, что может обосновываться ещё более убедительно, чем это следует из приведённого нами выше аргумента. Отрицая вменяемость юридических лиц, мы тем самым признаём, что юридическое лицо как таковое не может быть носителем уголовно-правовых обязанностей, потому как уголовно-правовая вина может результировать только из нарушения уголовно-правовой обязанности. А если лицу (даже физическому) качественно не присуще свойство быть носителем уголовно-правовых обязанностей, оно никак не может быть «реальным субъектом» уголовно-правовых отношений в полном понимании этой роли, ибо в таком случае отвергается само уголовно-правовое от-

---

<sup>152</sup> Ibid., стр. 12.

<sup>153</sup> Ibidem.

ношение постольку, поскольку неуловимо, на чём это последнее может основываться.

Достоен особого внимания представленный Таганцевым анализ, касающийся коллективной вины в современном ему уголовном законодательстве. Исследуя легислативный аспект коллективной вины, Таганцев критически сравнивает соответствующие положения Уголовных кодексов России, Германии, Австрии и Франции. В этом аспекте он отмечает следующее: «Принцип уголовной безответственности юридических лиц безусловно признаётся во всех новейших кодексах. Те некоторые исключения, которые встречаются в нашем законодательстве, не могут быть оправданы никакими рациональными соображениями. В то же время ныне это правило об уголовно-правовой безответственности юридических лиц подразумевается само собой, тогда как прежде считалось необходимым выделение этого специальным указанием (наглядным примером этому служит 49-й параграф Уголовного кодекса Баварии [...]; то же самое повторяют и 56-й параграф кодекса Ганновера, 44-й параграф кодекса Гессен-Дармштадта и 48-й параграф Уголовного кодекса Австрии). Во французском же праве и поныне сохраняется один случай ответственности народных объединений за проступок, совершённый на их территории народными собраниями (...)»<sup>154</sup>.

Таким образом, во второй половине XIX века коллективная вина встречается как в российском, так и во французском уголовном законодательстве. Вместе с тем необходимо выделить то обстоятельство, что во французском Уголовном кодексе дан единственный прецедент коллективной вины, в то время как в отношении российского кодекса речь идёт о «некоторых исключениях», т. е. о нескольких случаях коллективной вины. Следует отметить, что в настоящее время имеем дело с диаметрально противоположной ситуацией: в современном российском уголовном законодательстве (1997 – примечание 2-го издания) коллективная вина не только не находит более масштабного признания, чем это имеет место в современном французском уголовном законодательстве, а, наоборот, в действующем Уголовном кодексе РФ коллективная вина нигде не находит ни малейшего проявления, тогда как действующий Уголовный кодекс Франции допускает коллективную вину не в виде исключения, а признаёт её прямо (по нынешнему состоянию – 2020

---

<sup>154</sup> Ibid., стр. 15.

– УК РФ, так же как, например, УК РГ<sup>155</sup>, признаёт коллективную вину, но в открытом противоречии со своими же дефинициями основных понятий, включая на примере РФ понятия самой вины и ответственности).

**Система аргументов Таганцева** Наиболее важна в рамках настоящего анализа непосредственно система аргументов для отрицания коллективной вины, которую формирует Таганцев в своём вышеуказанном произведении. Мы из данной системы заострим наше внимание только на тех аргументах, которые, на наш взгляд, отличаются главнейшим значением.

Прежде всего, нам хотелось бы выделить то утверждение Таганцева, согласно которому он отрицает вменяемость юридических лиц на том основании, что эти последние не в состоянии осуществлять большинство описанных в уголовном законе составов преступлений. «(...) Нельзя же, – пишет Таганцев, – обвинить тот или иной муниципальный орган в кровосмешении или изнасиловании, а дворянское собрание – в мужеложстве<sup>156</sup> или уничтожении плода. Даже если допустить, что юридические лица могут предстать в качестве преступников только в сфере имущественных отношений, не будет верным и это положение, так как и здесь встречаются такие правонарушения, совершение которых юридическими лицами логически немыслимо»<sup>157</sup>. Из представленного нами выше воззрения, как нам кажется, чётко следует принципиальная неприемлемость для нас данного утверждения Таганцева: на наш взгляд, юридическое лицо не потому невменяемо, что оно не в силе осуществить то или иное преступное деяние, а, наоборот, юридическое лицо именно по той причине не может осуществить то или иное преступное деяние, что оно невменяемо. А исходя из этого, юридическое лицо лишено способности совершать

<sup>155</sup> Критически ი. გამყრელიძე, სისხლისსამართლებრივი სსსჯელის ცნება, [www.dgstz.de](http://www.dgstz.de), 2015, стр. 7 с.

<sup>156</sup> Теоретически актуальное иллюстративное обоснование того, что (декриминализованный ныне) данный вид поведения как таковой – не деликт, а заболевание:

- Я: Мужеложство – это болезнь, которая при отсутствии насилия, прежде всего, должна быть предметом исследования медицины и медицинского права.

- Студент: Нет, это никак не болезнь и должно уголовно преследоваться вне зависимости от того, насильственно оно или нет.

- Я: Считаете ли Вы, что субъект мужского пола, у которого наблюдается эрекция полового члена в отношении другого субъекта того же пола, здоров?

- Студенты: Нет, Вы правы, болен! (2019)

<sup>157</sup> Ср. сн. 155, стр. 12.



не только большинство представленных в уголовном законе преступлений, а оно вообще не может делинквировать в уголовно-правовом понимании.

Однако давайте рассмотрим воззрение Таганцева в рамках логики, представленной самим Таганцевым. Следует заметить, что и тут не имеем дело с полной приемлемостью.

Во-первых, если юридическое лицо не может осуществлять все составы преступлений, описанные в уголовном законе, это должно приводить не к отрицанию его вменяемости в целом, а к отрицанию его вменяемости только в сфере тех преступлений, совершить которые оно не в состоянии. Иными словами, по этой логике вменяемость юридических лиц вовсе не должна отвергаться, а должно формироваться понятие «ограниченной вменяемости» (= вменяемость в пределах только тех преступлений, совершение которых юридическим лицом не представляется «логически невозможным»).

Во-вторых, если в основу отрицания вменяемости юридических лиц кладётся то обстоятельство, что они не могут реализовывать все составы преступлений, представленных в уголовном законе, то тут же следовало бы признать абсолютную невменяемость каждого физического лица, так как ввиду специфики данных в Уголовном кодексе составов преступлений не одно лицо не в сила совершить каждое из них, что наглядно подтверждается наличием такого уголовно-правового понятия, как специальный субъект (или же, например, как обосновывалась бы в соответствии с действующим законодательством уголовная ответственность лиц в возрасте 14 лет при соответствующих преступлениях: ведь и они не способны осуществлять целый ряд составов преступлений, предусмотренных Уголовным кодексом). Следовательно, можно с уверенностью отметить, что рассматриваемое предположение Таганцева не выдерживает никакой критики даже в рамках представленной им самим логики.

Очередной аргумент из актуальной здесь системы Таганцева касается непосредственно наказуемости юридических лиц. «Даже если допустить возможность совершения преступлений корпорациями, – отмечает Таганцев, – как применять в отношении них предусмотренные законом наказания? Как можно достичь лишения свободы или переселения, скажем, акционерного общества? В то же время нельзя не добавить, что здесь налицо не только чисто фактическая, а также и юридическая возможность применения наказаний, ибо наказание в современной теории, частично и в законодательстве, под-

разумеает не только причинение страданий (...), а также воздействие на волю преступника. Наказания, применимые к такому типу преступников, могут быть лишь следующих видов: роспуск корпорации, ликвидация, аналогично смертной казни физического лица, и штраф»<sup>158</sup>.

Таганцев справедливо указывает на отсутствие превентивной функции уголовно-правовой реакции в случае ответственности юридических лиц. Действительно, наказание ни в коей мере не может воздействовать на волю юридического лица по той простой причине, что юридическое лицо волей как таковой не может обладать, что надлежащим образом выделялось ещё древнеримской юриспруденцией в рамках критики коллективной вины. Разумеется, условно может и юридическое лицо обладать «коллективной волей», слагаемой из индивидуальных волей его членов, но вряд ли можно представить себе в качестве объекта уголовно-правовой превенции эту условную, т. е. фиктивную волю. И вообще, каков смысл превентивного воздействия на эту условную коллективную волю, если преступление в действительности совершается не в соответствии с этим полседним, а в соответствии с индивидуальной волей того или иного представителя юридического лица?

Кроме этого, в отношении юридического лица не могут проявляться и остальные конститутивные признаки уголовного наказания. Как может применяться в отношении юридического лица репрессивный элемент, т. е. причиняться страдание? Уголовно-правовая репрессия может распространяться на каждого отдельно взятого члена юридического лица, но причинение страданий самому юридическому лицу как совокупности его членов логически невысказано.

То же самое по сути следует заметить и относительно исправления делинквента как очередной функции наказания. И здесь возможно говорить об исправлении лишь отдельных членов юридического лица, но не юридического лица в целом, так как исправление предполагает повышение уровня правосознания, а наличие правосознания, в свою очередь, требует наличия способности психологической деятельности, чего юридическое лицо, естественно, лишено.

Относительно тех двух видов наказания, которые Таганцев называет применимыми к юридическим лицам видами наказания, нужно отметить, что

---

<sup>158</sup> Ibid., стр. 12-13.

их фактическое применение действительно возможно, но это не может сопровождаться необходимой теоретической обоснованностью, на что прямо указывает и Таганцев: «Что касается первого(...), совершение преступления, даже самого тяжкого вида, не может оправдать закрытия общества, если цель этого общества по-прежнему остаётся полезной и необходимой для государства. Также не может считаться оправданным и применение денежных штрафов (...). Может ли быть разумным взыскание штрафа в пользу государства, скажем, с общества, деятельность которого состоит в оказании помощи при морских катастрофах, в силу совершения определённого нарушения его правлением, в то время как само государство считает необходимым оказывать ему помощь определёнными субсидиями?»<sup>159</sup>. Как нам видится, вряд ли можно привести в данном случае более убедительные доводы. Представитель любого «полезного и необходимого для государства» общества способен совершить такое преступное деяние, за которое может предусматриваться ликвидация этого общества, откуда следует допущение возможности ликвидации всех «полезных и необходимых для государства» обществ! Уже с этого момента наглядно вырисовывается полная криминально-политическая контрэффективность коллективной вины. И наоборот, из этого же отчётливо видно, насколько важно признание абсолютности индивидуальной вины.

С такой же ясностью представлена неприемлемость коллективной вины и в другом примере, приведённом Таганцевым, где объектом взыскания денежного штрафа в пользу государства представлено общество, которому это первое в целях финансовой поддержки само выделяет субсидии. Вся сложность вопроса заключается в том, что при допущении коллективной вины подобные случаи могут иметь место не в виде исключений, а довольно часто.

В рамках очередного аргумента, направленного против признания коллективной вины, Таганцев непосредственно выделяет значение абсолютности индивидуальной вины. «Основные принципы уголовного права требуют, — отмечает он, — чтобы каждый отвечал только за тот проступок, который совершён им; если в совершении данного преступления участвовали все входящие в состав корпорации физические лица, тогда в определённой степени можно было бы говорить о приблизительном исполнении этого требования; но как должно оно осуществляться там, где преступление совершено

---

<sup>159</sup> Ibid., стр. 13.

лишь отдельными представителями юридических лиц, например, правлением компании?»<sup>160</sup>. Как и нами отмечалось выше, в случае коллективной вины субъект должен привлекаться за преступление, совершённое другим лицом, и, что не менее важно, в данном контексте этот первый наказывается именно в том виде и размере, в каком же и этот последний. Здесь напрашивается вопрос о том, в силу чего же всё-таки законодатель может быть заинтересован наказанием множества невиновных лиц? Это может объясняться тем, что в данных случаях наказание в основном выражается в штрафе и когда в лице ответственного субъекта представлено юридическое лицо в целом, а не конкретный субъект, совершивший преступление, масштабы денежного взыскания самым естественным образом многократно возрастают. Однако *ограничение невиновных субъектов в своих правах и свободах в силу экономических соображений недопустимо*, так как незыблемость основных прав и свобод гражданина значительно важнее экономических интересов государства. Более того, упомянутая ценность как правовая универсалия должна отличаться максимально возможным верховенством и её попираание не должно быть возможным и в силу иных, неэкономических соображений.

А если всё же допускать в случае коллективной вины преимущество экономических интересов и за преступление, совершённое конкретным представителем юридического лица, наказывать юридическое лицо в целом, т. е. и всех остальных его членов, это было бы в точности тем же феноменом, как если бы из-за преступления, совершённого одним конкретным субъектом уголовного права, в равной мере наказывались все остальные субъекты уголовного права – право свирепого монарха. Таким образом, логика, которая заложена в основу коллективной вины, нуждается лишь в малейшем развитии, чтобы основательно разобраться в её теоретической беспредметности.

Нам также представляется необходимым выделение приведённого Таганцевым дальнейшего аргумента, где основное внимание уделяется чисто процессуальным сложностям, связанным с коллективной виной, которые вполне справедливо представлены как непреодолимые. В этом отношении Таганцев отмечает: «В рамках уголовного делопроизводства присутствие самого обвиняемого является основным принципом нашего процесса; но каким образом может осуществляться данное условие при проступках юридических лиц? Если рассматривать корпорацию в качестве фиктивного ли-

---

<sup>160</sup> Ibidem.

ца, подобное требование вообще неосуществимо, так как представители могут быть допущены только по малозначительным делам. Но если субстратом корпорации рассматривать совокупность всех входящих в него юридических лиц, как возможно, например, устроить процесс хотя бы против главного общества российских железных дорог?»<sup>161</sup>.

Даже если бы и было возможно в каждом отдельном случае присутствие юридического лица в судебных заседаниях, нам не удалось бы вывести закономерность множества других теоретических головоломок. Так, например, что следовало бы вменять в вину юридическому лицу – деяние, совершённое не им как совокупностью входящих в него физических лиц, а его отдельным членом? Поэтому, если руководствоваться принципом, акцентированным также Таганцевым, согласно которому субъекту может вменяться в вину лишь совершённое им деяние, получается, что юридическое лицо вообще не может выступать в рамках судебного разбирательства в качестве подсудимого, за исключением тех случаев, когда противоправное деяние осуществлено одновременно всеми физическими лицами, включёнными в состав юридического лица. Однако если быть до конца последовательными, следует признать, что юридическое лицо не может являться подсудимым и в последнем случае, потому как коллективная вина – сугубо формально – может формироваться только в результате кумуляции индивидуальных вин, а кумуляция индивидуальных вин, в свою очередь, теоретически невозможна. Это обусловлено имманентностью специфического психологического момента уголовно-правовой вине. Индивидуальная вина в уголовно-правовом отношении подразумевает (упречное, «порицаемое») психическое отношение к собственному противоправному деянию. Формально можно также говорить о психическом отношении субъекта к общему деянию, т. е. к противоправному деянию, совершённому совместно с другими лицами. Тем не менее в рассматриваемом случае это ничего не меняет. Главная сложность состоит в том, что суммированием индивидуальных психических отношений никогда не достигается психически общее (коллективное) отношение к указанной коллективной противоправности, поскольку реально дана только индивидуальная, но не «коллективная» психика, при отсутствии которой о коллективном психическом отношении можно говорить лишь в рамках строгой условности.

---

<sup>161</sup> Ibidem.

Исходя из всего вышеизложенного, воззрения Таганцева о коллективной вине создают немаловажную основу для усвоения того, что коллективная вина по своей природе чужда науке уголовного права не только в силу её очевидной несовместимости с основными принципами теории уголовного права, но также и ввиду её полной неосуществимости во многих релевантных аспектах. Следует заметить, что подобный подход должен выделяться как чрезвычайно позитивная черта, характерная не только собственно для творчества Таганцева, а для русской уголовно-правовой мысли той эпохи в целом. Это, прежде всего, указывает на то, что теория русского уголовного права эпохи Таганцева, в отличие от его законодательного и практического содержания, уже устойчиво развивает истинное теоретическое значение индивидуальной ответственности.

## ТЕОРИЯ КЕННИ О СУБЪЕКТИВНОЙ СТОРОНЕ ПРЕСТУПЛЕНИЯ

### Вина как элемент преступления

В теории Кенни о субъективной стороне преступления, так же как и в британском уголовном праве в целом, понятие вины развивается в весьма специфическом направлении. Это не теоретическое продолжение концепций представленных выше криминалистов, а возникшее совершенно независимо от этих концепций и резко от них отличающееся уголовно-правовое направление: в первом случае это была континентальная (романо-германская) правовая система, в настоящем – англо-американская (англосаксонская) правовая семья.

В британском уголовном праве формируется специальный термин, обозначающий вину – *mens rea*, содержание и основные особенности которой мы ниже досконально рассмотрим.

Разумеется, Кенни пионером указанного направления не является, так как оно по существу берёт своё начало уже в средневековом британском уголовном праве, но он один из первых, чьё творчество содержит научное обоснование данного направления. Это наглядно выражается в опубликованном им в 1902 году дидактическом труде «Основы уголовного права», где представлена глубокая научная обработка не только проблемы вины, но и системы британского уголовного права в целом.

К исследованию субъективной стороны преступления Кенни приступает постулированием следующего тезиса: «Для составления преступления и создания оснований для применения наказания в отношении преступника, т. е. для наличия уголовно-правовой «вины» необходимы как субъективные (психические), так и объективные (физические) моменты»<sup>162</sup>. Если учесть то, что уголовно-правовое значение внешнего проявления воли находит надлежащее выражение уже и у Беккариа, положение Кенни, на первый взгляд, никакого теоретического новшества содержать не должно. Но на самом деле здесь уже со всей ясностью проявляется такая исключительно важная проблема, каковой является с точки зрения ответственности размежевание понятий

---

<sup>162</sup> К. Кенни, Основы уголовного права, стр. 37.

вины и преступления. В современном Беккариа уголовном праве актуальность этой проблемы оставалась незаметной постольку, поскольку в том промежутке своего развития теория уголовного права была ещё далека от того уровня, когда чисто формально-логическая корреляция понятий могла иметь самостоятельное, ярко выраженное значение. А у Кенни, как из его вышецитированного воззрения явствует, уже явно просматривается попытка определения формально-логических взаимоотношений между виной и преступлением. Но в какой степени с успешным рывком имеем дело, этот вопрос всё ещё требует разъяснения.

Бесспорно, что в рамках представленного здесь взгляда Кенни адекватная дифференциация понятий вины и преступления не достигается. Если отношение объективных и субъективных моментов к понятию вины такое же, как к понятию преступления, то в чём должна заключаться специфическая теоретическая роль преступления, т. е. какое место может ему уделяться в системе уголовного права? С другой стороны, утверждая, что вина как уголовно-правовое понятие конституируется не только субъективными, но и объективными моментами, на каком основании рассматриваем её в качестве составляющей только субъективной стороны преступления? Иначе говоря, понятие, конституирование которого одинаково зависит от объективных и субъективных моментов, носителем однозначно субъективной природы быть не может и, соответственно, не может именоваться и как субъективный элемент.

**Моральная и  
религиозная  
вина**

Естественно, в отличие от нравственной и религиозной вины уголовно-правовая вина может содержать лишь проявленную внешне субъективную волю. Но, рассматривая отношение внешне проявленной субъективной воли к понятию вины, не следует отождествлять её с внешним проявлением субъективной воли. В первом случае перед нами всего-навсего субъективный элемент, во втором – всего-навсего объективный: внешне проявленная воля в рассматриваемом контексте подразумевает не то, что результирует из объективации воли, а лишь собственно субъективную волю, находящуюся в «причинной» связи с определённым внешним поведением субъекта и вызванными этим поведением последствиями. Соответственно, рассуждая об отличии уголовно-правовой вины от моральной или религиозной вины, не должно создаваться такое впечатление, словно первая отличается от последних тем, что она включает в себя и объективные показатели.



В этом же отношении нам хотелось бы выделить следующее мнение Кенни, аналогичное его вышепредставленному воззрению: «С точки зрения нравственности, для наличия вины достаточно одного виновного настроения (...). Однако правовые нормы подобной строгостью не отличаются. Как гражданско-правовые, так даже и уголовно-правовые нормы никогда не направлены только на внутренние умонастроения и чувства субъекта, если эти умонастроения и чувства никак не проявлялись внешне»<sup>163</sup>. Будто бы всё выглядит проще простого, и, следовательно, ничего непонятного здесь нет. Но это не так, в действительности мы сталкиваемся здесь со значительными препятствиями. Что запрещает мораль (и вместе с ней религия), и что составляет предмет уголовно-правового запрета? Морально субъекту не дозволено не только действие в соответствии с сформированной в его психике «злой волей», а также и само формирование «злой воли», т. е. предметом морального табу может предстать и только субъективное (психологическое) поведение. Что касается уголовного права, согласно господствующей доктрине, это последнее никогда не запрещает только психическое или только физическое поведение субъекта, а всегда рассматривает в качестве предмета запрета психическое и физическое поведение синхронно, в целостности как психофизическую активность. К такому же выводу приводят и воззрения Кенни.

Но давайте посмотрим, насколько соответствует это другим уголовно-правовым догмам. Согласно вышепредставленной позиции, субъекту в уголовно-правовом отношении должно запрещаться волонтактивное (соответствующее воле) осуществление вредного результата (деяния). А исходя из этого, деяние не может квалифицироваться как противоправное до тех пор, пока не будет установлено наличие не только соответствующих объективных показателей деяния, но также и «злой воли». Действительно, если уголовно-правовой запрет включает как объективный, так и субъективный аспект деяния, то не может достигаться наличие противоправности на основе только объективной или только субъективной его стороны. Это, в свою очередь, указывает на то, что субъективная воля и охватываемые субъективной волей все психические компоненты должны локализовываться в сфере противоправности. Другими словами, противоправность целиком и полностью совмещает функцию вины, и эта последняя как уголовно-правовое понятие совершенно обесценивается.

---

<sup>163</sup> Ibidem.

Таким образом, одновременное признание предметом уголовно-правового запрета объективных и субъективных компонентов приводит к отрицанию понятия вины в уголовном праве. Однако что мы получаем в том случае, если предметом уголовно-правового запрета допустить только объективное (физическое) поведение? На этот раз квалификация деяния как противоправного не требует констатации того, даны ли антиправовая воля субъекта и входящие в него другие субъективные (психические) показатели деяния. Действовал ли субъект в соответствии с антиправовой волей, это в данном случае должно выясняться в сфере вины, т. е. здесь уже речь о виновном осуществлении недозволенного деяния. Но, с другой стороны, согласно принятому в современной догматике очередному принципу, уголовная ответственность должна эквивалентно соотноситься с объективной и субъективной сторонами деяния.

Исходя из вышесказанного, в данном случае получается, что уголовное право хотя запрещает только объективное поведение, но карает только за соналичие объективного и субъективного поведения. Наряду с этим совершенно очевидно и то, что также не может допускаться отрицание этого последнего принципа и формирование уголовной ответственности лишь на основе объективной стороны, так как это в конечном счёте вновь привело бы к (правда, в этот раз не к абсолютной, но тем не менее к значительной) деградации теоретического значения вины. Следовательно, признавая предметом уголовно-правового запрета одновременно как объективное, так и субъективное поведение индивида, мы вынуждены отвергать теоретическое значение вины; а ассоциируя уголовно-правовой запрет только с физическим поведением, всецело лишается логической основы такой релевантный уголовно-правовой принцип, как равнозначность объективного и субъективного аспектов деяния при конструировании основания уголовной ответственности. Разумеется, оба вывода в одинаковой степени неприемлемы, и это, в свою очередь, свидетельствует о непреодолимости существующего в господствующей доктрине противоречия.

Однако главное для нас в рассматриваемом контексте то, что подход, представленный в рамках принятой в современной догматике теории вины, в соответствии с которым волюнтаривность деяния выясняется в сфере вины, т. е. считается, что неправда должна включать в себя только вредность деяния, но не вредность и волюнтаривность деяния одновременно, верен. В силу

этого уголовно-правовая вина, так же как нравственная или религиозная вина, представляя собой исключительно субъективную категорию, в отличие от последних, возможна лишь при наличии (уголовно-правовой) неправды, охватывающей факт осуществления запрещённого объективного поведения.

Что касается, в свою очередь, специфики моральной и религиозной вины, здесь главным образом необходимо заметить следующее: в случаях, когда субъект морально или религиозно упрекается в определённом внешне не проявленном психологическом поведении, имеет место совпадение дезавуации запрета и вины. Поскольку здесь не дано объективное поведение, единственное, что может составлять предмет запрета, – это психологическое поведение субъекта. Ввиду этого то, что в уголовном праве определяется как противоправность и основывается на объективном поведении индивида, в морали (религии) может быть феноменом, состоящим из строго субъективных моментов. Впрочем, если формирование «злой воли (эмоции)» означает дезавуирование морального запрета, в чём может заключаться моральная (религиозная) вина? Естественно, здесь иной возможности выражения вины не существует и поэтому понятие моральной (религиозной) вины в этом случае эссенциально сливается с понятием дезавуации морального (религиозного) запрета. Правда, необходимо тут же выделить и ту особенность, что хотя дезавуация морального (религиозного) запрета и моральная (религиозная) вина находят своё выражение в одном и том же обстоятельстве, но это ещё не исключает отсутствие вины при наличии дезавуированного запрета. Например, невменяемый не может упрекаться в «злой воле (эмоции)» не только в уголовно-правовом отношении, но также и даже в большей степени морально или религиозно.

Здесь мы можем провести параллель с нормативной (= нормативистской) системой преступления и заметить, что дезавуирование запрета не непосредственно равно моральной вине, а является лишь основой индицирования вины в морали, т. е. опуститься до принятой в нормативной системе преступления формулы, согласно которой вина предстаёт в качестве симбиоза противоправности и отсутствия исключających вину обстоятельств. Но вследствие этого мы получили бы только то, что отношение дезавуации морального (религиозного) запрета к моральной (религиозной) вине, с одной стороны, и отношение противоправности к понятию вины в уголовном праве – с другой, отличаются всего лишь формальной идентичностью. По существу

же здесь наличествуют два несомненно разных вида отношения: вина и противоправность в уголовном праве далеко не тождественны по своему содержанию, что вместе с тем подразумевает и их категориальную нетождественность, тогда как дезавуация запрета и вина в морали и религии могут характеризоваться не только категориальной идентичностью, но также и абсолютной субстанциальной тождественностью. Исходя из этого, строго субъективная природа вины не только не попирается в уголовном праве, а, наоборот, именно здесь превращается в отличительную, имманентную исключительно для неё черту.

Однако наряду с этим напрашивается вопрос: возможно ли говорить о существенном различии между моральной (религиозной) и уголовно-правовой виной на одном лишь том основании, что на виду разнородность их отношения к дезавуации запрета? Отношение вины к понятию нарушения запрета (в уголовном праве – к понятию уголовной противоправности) может выражать лишь внешнее свойство понятия вины, т. е. не указывать ничего собственно о сущности вины, о её материальных особенностях. А это, разумеется, действительно подвергает сомнению принципиальную дифференцированность моральной (религиозной) и уголовно-правовой понятий вины, как это встречается у Кенни и принято в господствующей ныне доктрине. Конечно же, как отмечает Кенни, с точки зрения морали, для констатации вины достаточно и наличия «виновного отношения» субъекта, тогда как в уголовном праве вина не может наличествовать до того, как, помимо «виновного отношения», не будет установлено и наличие соответствующих объективных обстоятельств. Однако с учётом того, что эти объективные моменты вменяются индивиду наряду с субъективными моментами не в вину, а относятся всего лишь к сфере неправды, становится непонятно, в силу чего вообще в этом отношении сравнение производится в плоскости вины, а не неправды. Точнее, различие между моральной (религиозной) и уголовно-правовой понятиями вины следует искать не в том, в чём заключается различие между моральной (религиозной) и уголовно-правовой понятиями неправды. Согласно вытекающему отсюда выводу, признание адекватного значения объективных обстоятельств в уголовном праве не должно оказывать качественного влияния на понятие вины.

В действительности же последний вывод возможен лишь в рамках нормативистской ( $\neq$  нормативной) теории вины, где уголовно-правовая вина рас-

смачивается как упречность в общем. Дело в том, что в актуальном здесь аспекте это совершенно приемлемое понятие как в морали, так и в традиционных видах религии, т. е., рассматривая вину как упречность, возникает теоретическая возможность унификации уголовно-правового и морально-го (религиозного) моделей вины. То, что в уголовном праве и морали (религии) предпосылки упрёка не тождественны, здесь совсем не релевантно, так как этим ничуть не нарушается материальная тождественность уголовно-правового и морального (религиозного) понятий вины.

Но как обстоит дело в отношении психологической теории вины? Вина здесь, как известно, определяется как психическое отношение субъекта к своему объективному поведению, что коренным образом исключает возможность отождествления уголовно-правовой вины с моральной (религиозной) виной, ибо вина как психическое отношение к внешнему поведению по определению же предполагает отсутствие вины в условиях отсутствия внешнего поведения. В силу этого (традиционный) психологизм, в отличие от (современного) нормативизма, создаёт реальную основу не только для формального, но и для материального отграничения уголовно-правовой вины от моральной (религиозной) вины.

Тем не менее было неверно в данном контексте говорить об однозначной приемлемости психологической модели и, соответственно, об априорной погрешности нормативизма с точки зрения рациональности, т. е. перед нами не безусловно ложная (нормативистская модель) и безусловно верная (психологическая модель) конфигурации, а две теоретические опции, одна из которых может быть менее приемлема, другая же – более.

Это становится очевидно, если обратить внимание на следующее обстоятельство: необходимо ли, с одной стороны, с точки зрения идентификации места и значения вины в системе преступления и, с другой стороны, с точки зрения определения догматической специфики вины в системе уголовного права в целом то, чтобы в уголовно-правовом понятии вины прямо выражался признак, отличающий её от моральной (религиозной) вины? Ввиду того что уголовно-правовая неправда не может существовать без проявленного внешне поведения, а вина – без неправды, зависимость вины от объективных моментов подразумевается сама собой, и поэтому, с точки зрения уголовно-правовой техники, отнюдь не обязательно, чтобы в понятии вины чрезвычайно выделялось отношение данного элемента к физическому поведению

субъекта. В то же время это и в рамках системы уголовного права в общем не может отличаться особым значением, так как моральная (религиозная) вина является понятием вне системы уголовного права и отношение уголовно-правовой вины к данному понятию, соответственно, должно выходить за пределы системы уголовного права.

Таковой может быть аргументация позиции, исходящей из нормативной теории. Что касается противоположной точки зрения, здесь всё выглядит куда проще. В данном случае признаётся как само собой разумеющееся то, что вина в уголовном праве должна представлять не как изолированная от всего объективного субъективная категория, а как понятие, которое, относясь только к субъективной категории, включает также «отношение субъективного к объективному», т. е. рассматриваемая точка зрения может основываться на следующем аргументе: если уголовно-правовая вина никогда не может охватывать такое психическое поведение субъекта, которое внешне не проявляется, а всегда опирается на такое психическое поведение, которое находится в неразрывной связи с объективным поведением, почему не должна отображаться данная связь в понятии вины? Следовательно, здесь дифференциация уголовно-правового и морального (религиозного) понятий вины достигается таким образом, что даже не ставится вопрос о надобности их размежевания. Иначе говоря, согласно последней позиции, уголовное право при формировании понятия вины должно ставить своей целью не то, чтобы отграничить уголовно-правовую вину от моральной (религиозной) вины, а только то, чтобы в понятии уголовно-правовой вины полноценно отобразить все основные особенности, неотъемлемо присущие данному понятию, что, естественно, не одно и то же.

Как видим, вопрос о том, отличается ли качественно и, вообще, должна ли отличаться качественно уголовно-правовая вина от моральной (религиозной) вины, носит весьма дискуссионный характер и требует самостоятельного исследования. Хотя тут же заметим, что, на наш взгляд, уголовно-правовая вина существенно отличается как от нравственной, так и от религиозной вины и это отличие должно прямо отражаться в уголовно-правовом понятии вины, так как с точки зрения развития уголовно-правового понятия вины вовсе не безразлично, отличается ли она от моральной (религиозной) вины и если да, то в чём конкретно заключается основное свойство, отмежевующее её от моральной (религиозной) вины. Наряду с этим, очевидно, что

в теории уголовного права уже изначально была намечена неудачная тенденция развития данной проблемы. Дело в том, что в рамках сравнительного анализа развития уголовно-правового и морального (религиозного) мышления объектом исследования, как правило, предстаёт только вина и в силу этого на уголовно-правовые и моральные (религиозные) понятия вины невольно распространяются не только различия, существующие собственно между этими понятиями, а также и те различия в общем, которые даны между преступлением и моральным (религиозным) деликтом. Впрочем, одно не подлежит сомнению: в религиозной константе «грех» объединены понятия вины и преступления в уголовно-правовом понимании.

Разумеется, в современном Беккариа уголовном праве «неброскость» надобности надлежащего разграничения вполне можно понять и оправдать, но в теории Кенни указанный недосмотр вряд ли мог быть неизбежным. Тем более беспочвенна подобная тенденция в современной догматике; и здесь, вместо того чтобы исследование велось, с одной стороны, в направлении дифференциации уголовно-правовой неправды и моральной (религиозной) неправды, а с другой – в направлении дифференциации уголовно-правовой вины и моральной (религиозной) вины, по-прежнему выделяется лишь последний момент.

**Основание  
уголовной  
ответственности**

Но давайте вернёмся к вопросу размежевания понятий преступления и вины, пространно обсуждённой нами в конце §4 предыдущей главы настоящей монографии. Как было показано чуть выше, у Кенни данная проблема хотя уже приобретает определённое теоретическое значение, но всё ещё далека от конкретного решения. Иными словами, Кенни прямо и не стремится к научной обработке этой проблемы. Наряду с этим, особое внимание заслуживает то обстоятельство, что в современной догматике анализ данного вопроса может привести и к вполне неожиданному выводу. Как известно, традиционно в теории уголовного права в основном развиваются две точки зрения в аспекте отношения вины к понятию ответственности.

Согласной первой из них, вина представляется в виде единственного основания уголовной ответственности, хотя при следующем условии: система преступления должна выстраиваться таким образом, чтобы целиком исключить наличие вины в условиях отсутствия неправды. Но если вина – единственное основание ответственности, то какое значение может иметь понятие преступления для систематики уголовного права? Вне сомнения, что

этот подход ведёт к полной негации теоретического значения понятия преступления, так как преступление в таком случае лишается своего основного назначения и, следовательно, превращается в систематически инородное тело. Комбинирование неправды и вины в единое понятие, т. е. в понятие преступления только тогда может быть надлено надлежащим смыслом, если каждый из этих моментов (неправда и вина) выступает в качестве необходимого основания ответственности, а понятие преступления – соответственно, как генеральное основание уголовной ответственности. Ввиду этого сохранение понятия преступления в случае объявления вины единственным основанием ответственности может рассматриваться как самоцель, но не более этого. В то же время здесь же следует заметить и то, что данное воззрение, т. е. воззрение, согласно которому вина рассматривается как единственное основание уголовной ответственности, никогда не была господствующей в уголовном праве, в отличие от другой вышеуказанной позиции.

В рамках последнего подхода вина – хотя и необходимое, но не единственное основание уголовной ответственности. С точки зрения конституирования ответственности, идентичное значение придаётся и объективной стороне преступления, и в конечном итоге общим основанием ответственности представлено преступление в целом.

Однако проверим, логически насколько оправдано данное суждение. Если перед нами такая система преступления, в которой установление неправды и вины предполагает два независимых, обособленных друг от друга процесса (т. е. когда установление вины систематически не зависит от наличия неправды), то в правильности рассматриваемой позиции вряд ли можно усомниться. Заметим, что подобные модели преступлений не были чужды для уголовного права. Однако в господствующем ныне учении речь о виновности деяния в условиях неопределённости его противоправного характера признаётся недопустимым. Точнее, современное понятие преступления конструируется таким образом, что отправную точку квалификации деяния преступлением составляет анализ объективных моментов и лишь вслед за этим становится возможным анализ субъективной стороны в общем и вины как элемента субъективной стороны в частности. Более того, такая дифференциация имеет место и между самими объективными моментами, когда считается, что недопустимо говорить о противоправности деяния, если не установлено его соответствие составу преступления. В силу этого понятие преступления состоит из



трёх восходящих ступеней, а не из трёх разобщённых компонентов, что в актуальном для нас контексте является принципиальным различием.

Ничего не меняется в этом отношении по сути, когда соответствие составу преступления и противоправность объединяются в понятие неправды; разница заключается лишь в том, что в этот раз, вместо трёх восходящих ступеней, результируют две: неправда и вина.

Уже в силу того факта, что в виде неправды и вины даны не взаимонезависимые элементы, а иерархические составляющие, отношение этих понятий к понятию ответственности не может быть одинаковым (то же самое касается и отношения к понятию ответственности объективной и субъективной сторон преступления, поскольку вина так же является понятием, выражающим сущность субъективной стороны, как неправда – объективной).

Согласно вышеуказанному, вина является понятием, расположенным между неправдой и ответственностью, что свидетельствует о том, что между неправдой и ответственностью прямой, непосредственной логической связи не существует, несмотря на то, что господствующая доктрина руководствуется противоположным этому лейтмотивом.

Однако в условиях наличия понятия преступления и вина не может быть непосредственным основанием уголовной ответственности. Именно здесь и находит своё проявление основная проблема: чем обусловливается, т. е. чем продиктовано опосредствование понятий вины и ответственности понятием преступления? Другими словами, когда неправда и вина предстают как ступени преступления, а не как взаимоизолированные сферы, существует ли вообще необходимость их комбинирования в виде понятия преступления? Или же было бы лучше прямо ответить на следующий вопрос: зачем перегружать систематику уголовного права понятием преступления, когда уже и вина способна предстать в качестве непосредственного основания ответственности?

Впрочем, прямолинейное восприятие этих вопросов и разгадка проблемы на их основе не могут отличаться теоретической исправностью. Дело в том, что понятие преступления в современном уголовном праве понимается дуалистически. С одной стороны, преступление здесь представляет собой совокупность соответствия составу преступления, противоправности и вины, а с другой – преступление в современной догматике рассматривается как соответ-

ствующее составу преступления, противоправное и виновное (равно как наказуемое) деяние.

В первом случае, если быть до конца последовательным, следует отвергнуть не только понятие преступления, но и неправды, так как данное с точки зрения конституции понятия преступления взаимоотношение между составом преступления, противоправностью и виной совершенно идентично с той корреляцией, которая дана с точки зрения конституции понятия неправды между составом преступления и противоправностью.

Во втором же случае ситуация кардинально меняется. Здесь указанные элементы не рассматриваются в виде самостоятельных понятий, потому как они целиком сливаются с понятием деяния и мыслимы только в пределах последнего понятия. Соответственно, ни на один из трёх вышеупомянутых понятий на сей раз система преступления не опирается, а основной акцент перемещён на понятие деяния. Что касается систематического проявления рассматриваемых понятий, следует заметить, что они проявляются лишь атрибутивно, в связи с понятием деяния – «соответствующее составу преступления», «противоправное», «виновное». А когда вина лишена самостоятельного значения, разумеется, полностью должна исключаться и речь о ней как о достаточном (непосредственном) основании ответственности. Поэтому в данном случае значение преступления как соответствующего составу преступления, противоправного и виновного деяния с точки зрения конституции ответственности, необходимость его наличия как уголовно-правового понятия вне всякого сомнения.

В соответствии с этим подходом также не допускается отрицание понятия неправды, ибо, с одной стороны, в обстановке отсутствия самостоятельного значения понятий состава преступления и противоправности упомянутая контрфункциональная тщетность рассеивается, т. е. в этот раз возможность его логического обоснования налицо, а, с другой стороны, соналичие понятия неправды с понятием преступления выделяет специфическую природу этого последнего в современной догматике, в частности в том понимании, что преступление в современном уголовном праве является понятием всегда более обширного содержания, чем это может подразумевать только объективная сторона деяния. Естественно, относительно того, должно ли понятие преступления включать понятие неправды или следует ли данные понятия рассматривать лишь независимо друг от друга, возможны контрверзы. Помимо это-

го, и приемлемость вышепредставленного дуалистического понимания преступления не может быть бесспорной.

Но главное в рассматриваемом контексте – это следующий вывод, исходящий из вышеприведённых сравнений: *там, где наличествовала вина, было отвергнуто понятие преступления, а во втором случае, где речь шла о необходимости наличия преступления, уже вообще не фигурировало понятие вины*. Значит ли это, что преступление и вина – взаимонесовместимые понятия?

Разумеется, в рамках анализа воззрений Кенни решение этой проблемы недостижимо, но, исходя из всего вышеизложенного, совершенно очевидно, что корреляция понятий вины и преступления всё ещё содержит значительную противоречивость и не может считаться высокоупорядоченной.

Таким образом, вопрос о том, что должно конституировать уголовную ответственность – преступление генерально или вина конкретно, чреват гораздо более далеко идущими выводами, чем это кажется на первый взгляд. Собственно в отношении воззрений Кенни основную сложность порождает именно то, что он, как видно из его вышецитированного утверждения, одновременно рассматривает и вину и преступление как непосредственное (достаточное) основание ответственности, т. е. отношение понятий вины и преступления к понятию ответственности в этом случае отличается абсолютной идентичностью. Но несмотря на то что уголовная ответственность концептуально здесь уже способна базироваться и на вине, Кенни не подвергает никакому сомнению необходимость понятия преступления, а, наоборот, считает вполне естественной функциональную тождественность понятий вины и преступления в данном ракурсе.

С другой стороны, как отмечалось выше, Кенни хотя характеризует вину как компонента субъективной стороны преступления и, следовательно, представляет её в качестве элемента преступления, но в то же время им не достигается дифференциация факторов, конституирующих вину и преступление.

Соответственно, можно заключить, что у Кенни взаимоотношения между понятиями вины и преступления хотя и приобретают чёткое теоретическое значение, но всё ещё далеки от рационального освещения.<sup>164</sup>

---

<sup>164</sup> К определённой неясности приводит позиция Кенни также и в контексте соотношения понятий преступления и субъективного деяния. Согласно ему, «поведение обвиняемого

**Психология  
бездействия** Затрагивая проблему бездействия, Кенни в точности определяет уголовно-правовую природу данного понятия.

В этом отношении он указывает следующее: «С физической стороны (выделено нами – автор), поведение обвиняемого может быть активным или может заключаться в бездействии в тех случаях, когда он наделяется юридической обязанностью действия»<sup>165</sup>. Как видим, Кенни ведёт речь лишь о физическом отличии бездействия от действия. Таким образом, здесь бездействие отличается от действия только в одном из аспектов, а не в обоих одновременно (физическом и психическом). Другими словами, по Кенни, бездействие с психологической точки зрения – это действие.

На наш взгляд, это единственно верный подход к рассматриваемой проблеме. Но какие последствия вытекают из этой позиции относительно вины? Если действие и бездействие различаются между собой только в объективном аспекте, а субъективно идентичны, следует заключить, что вины как элемента субъективной стороны преступления различие между действием и бездействием не должно касаться, т. е., говоря об обратном, между действием и бездействием в сфере вины не должно быть никаких различий. Так ли это на самом деле? «И здесь, – отмечает в данном контексте Г. Стратенверт, – по существу действуют те же принципы, что и при активном поведении, по крайней мере с точки зрения вменяемости и (виртуального) знания запрета или предписания (...). А в аспекте презюмирования возможности, в теории и судебной практике встречаются более или менее различающиеся масштабы: нарушается абсолютность исключаящих вину обстоятельств, имеет место признание более широкого объёма презумпции невозможности, чем в слу-

---

должно составлять *причину* (выделено нами – автор) того преступления, к предотвращению которого стремится уголовный закон»<sup>164</sup>. Но почему причину? Если субъективное деяние объявляется причиной преступления, то выходит, что преступление не может быть субъективным деянием. Тем не менее, с другой стороны, что, если не деяние, может представлять собой материальное выражение преступления в уголовном праве? Правда, в строго логическом понимании невозможно, чтобы причина явления в то же самое время представляла собой и материальное выражение явления, но когда считается, что преступление – это субъективное деяние, возможно в общем, но не узко логически или узко теоретически подразумевать, что субъективное деяние «порождает» преступление и, следовательно, представить его в качестве «причины» преступления. На самом же деле, т. е. в прямом понимании субъективное деяние здесь может рассматриваться лишь как причина, вызывающая ответственность. Соответственно, перефразируя Кенни, в первую очередь, уточним, что поведение обвиняемого должно составлять причину той ответственности, посредством которой уголовный закон реагирует на преступление.

<sup>165</sup> Ibidem.

чае деликта, совершённого действием»<sup>166</sup>. Правда, из данного суждения Г. Стратенверта можно лишь заключить, что между действием и бездействием в сфере вины наблюдаются всего лишь несущественные, малозначительные различия, но в данном случае исходящее из этого теоретическое последствие весьма релевантно: если между бездействием и действием существует – хотя бы незначительное – основание для дифференциации, вышепредставленное мнение относительно того, что бездействие отличается от действия только в объективном аспекте, следует признать неверным.

В силу этого выводы, исходящие из вышецитированного воззрения Кенни, зависимы от определённой конкретизации: то, что бездействие только в физическом плане предполагает пассивное поведение, а в психическом – подобно действию, олицетворяет активное поведение, ещё не создаёт основания для утверждения, что бездействие отличается от действия только в объективном аспекте. Наряду с этим, несложно заметить и то, что различие между рассматриваемыми понятиями, данное в субъективном аспекте, носит формальный характер и оно не создаёт основания для существенного дифференцирования этих понятий. Главное в актуальном здесь контексте то, что субъект в обоих случаях психически действует (существенное сходство), несмотря на то, что он нарушает – требования уголовно-правового повеления или запрета (формальное различие).

С этой же точки зрения наше внимание привлекает и другой, весьма важный момент, а именно то, может ли всё вышеуказанное о понятии бездействия распространяться также и на бездействие, совершаемое по небрежности или же, говоря иначе, существует ли основание для обобщения представленной выше позиции. Следует заметить, что упомянутая проблема на данный момент никогда не становилась предметом уголовно-правовой заинтересованности. Если субъект и в случае небрежности психически так же действует, как при прямом и косвенном умысле или при самонадеянности, то в чём конкретно выражается это его активное психическое поведение? Последнее понятие всегда предполагает принятие определённого решения. Так, например, в случае самонадеянности активное психическое поведение субъекта связано с тем обстоятельством, что делинквент, предвидя возможность наступления вредных последствий, на основе поверхностного предположения при-

<sup>166</sup> G. Stratenwerth, *Strafrecht. Allg. Teil*, Bd. I, 2. Aufl., Köln, Berlin, Bonn, München, 1976, стр. 289.

нимает решение совершить противоправное деяние. Но как обстоит дело относительно небрежности? То, что субъект мог и в силу этого был обязан знать о вредных последствиях своего деяния, ничего общего с активным психологическим поведением не имеет. Лицо здесь не принимает никакого решения, связанного с осуществлением противоправного результата, и это имеет решающее значение.

Для сравнения рассмотрим два следующих примера: в первом случае лицо не хранит огнестрельное оружие в надлежащем месте с недостаточно основательным предположением того, что данное деяние не повлечёт наступления противоправного последствия; во втором же случае, который ведёт к наступлению того же результата, субъект просто забывает сохранить оружие в определённом уголовным законом месте.

Неопровержимо, что в первом примере противоправное бездействие лица – следствие активного психического поведения: субъект предвидит возможность наступления вредного последствия, но принимает решение бездействовать, т. е. не действовать в соответствии с нормой, так как на основе необоснованного предположения надеется на ненаступление или превенцию данного последствия.

В то же время также очевидно, что представленный в случае небрежности казус совершенно исключает возможность вынесения аналогичного вывода: отсутствие в памяти обязанности выполнения определённого действия и, вообще, забывание как таковое не может носить характер активного психического действия, это однозначно пассивное, негативное психическое поведение.

В силу вышеуказанного субъекту в рамках первого примера вменяется в вину то, что он, с психологической точки зрения, действовал неподобающе, т. е. действовал иначе, противоправно, незирая на наличие возможности правомерного поведения. В противовес этому в последующем казусе вина основывается на том, что субъект психически не действовал вообще (несмотря на наличие возможности правомерного действия). Согласно выводу, исходящему отсюда, в первом случае субъект бездействует только физически (объективно), а психически (субъективно) действует, тогда как на примере ситуации, приведённой в случае небрежности, субъект бездействует как физически, так и психически. Соответственно, если налицо небрежность в рам-

ках деликта, совершённого действием, заключаем, что лицо действует только физически, а психически бездействует.

Если же попытаться генерализировать всё это, получится, что с рассматриваемой точки зрения дано *четыре принципиально различных вида субъективного поведения*: 1) когда лицо действует как субъективно, так и объективно (деликты, совершённые действием в случаях прямого и косвенного умысла и самонадеянности); 2) когда лицо действует только объективно, а субъективно бездействует (деликты, совершённые действием в случае небрежности); 3) когда лицо действует субъективно, но бездействует объективно (деликты, совершённые бездействием в случаях прямого и косвенного умысла и самонадеянности); 4) когда лицо бездействует как субъективно, так и объективно (деликты, совершённые бездействием в случае небрежности).

**Ultra posse nemo  
obligatur**

После того как Кенни убедительно доказывает недопустимость конструирования уголовной ответственности только на основе внутреннего поведения, он отмечает: «С ещё более чёткими отклонениями от морали сталкиваемся в отношении неуголовно-правовых отраслей права. Данные отрасли часто связывают ответственность субъекта только с внешним поведением субъекта, которое не представляет собой следствие упречного состояния психики»<sup>167</sup>. Таким образом, субъект не может наказываться ни только за внешне непроявленное внутреннее поведение, ни только за внешнее поведение, которое не связано с упречным внутренним поведением. Того, что здесь вина как упречность практически прямо упоминается до нормативизма Франка, мы коснёмся чуть ниже.

Что подразумевает Кенни под внешним поведением? С учётом его вышеприведённого воззрения о бездействии следует заключить, что у Кенни внешнее поведение не предполагает видоизменение внешнего мира, а данное понятие также включает пассивное физическое поведение субъекта. В силу этого последнее положение в равной мере распространяется как на понятие действия, так и на понятие бездействия и, соответственно, значение «упречного состояния психики» в отношении ответственности должно носить абсолютный характер.

Но характеризуется ли в действительности (по Кенни) данный момент абсолютностью, мы это ниже наглядно увидим. А в этот раз наше внимание

<sup>167</sup> К. Кенни, Основы уголовного права, стр. 38.

привлекают обстоятельства совсем иного рода. С одной стороны, непременно требует обобщения то, что означает теоретически разное восприятие внутреннего и внешнего поведения в морали, уголовном праве и «неуголовно-правовых отраслях права». А с другой стороны, следует особо выделить упоминание Кенни момента упречности в связи с субъективной стороной преступления.

То, что моральная ответственность может основываться только на внутреннем поведении и в силу этого не требует в качестве своей предпосылки наличия внешнего поведения, свидетельствует о том, что в морали объектом основной ориентации представляется именно внутреннее поведение субъекта. Соответственно, в «неуголовно-правовых отраслях права», где ответственность может основываться лишь на внешнем поведении, в виде основного ориентира предстаёт уже внешнее поведение субъекта (хотя в большинстве случаев не само по себе, а только в связи с вредным результатом). Но если в уголовном праве ответственность в равной степени зависит как от внутреннего, так и от внешнего поведения, следует ли отсюда то, что в уголовно-правовом отношении ни отдельно взятое внутреннее поведение, ни отдельно взятый внешний акт не может служить исходным моментом, теоретической первоосновой? Конечно же, ответ на этот вопрос должен быть однозначно позитивным. Но в то же время данная проблема включает не одну такую сложность, которая зачастую вынуждает нас выделять преимущественное значение то одного, то другого момента.

Для нас актуальность рассматриваемого вопроса обусловлена тем, что от его надлежащего освещения непосредственно зависит адекватное определение истинной природы и систематического значения уголовно-правовой вины. Дело в том, что приоритизация или деградация значения внутреннего поведения механически влечёт соответственно приоритизацию или деградацию значения вины, так же как, в свою очередь, теоретическое значение противоправности зависит от роста или уменьшения значения внешнего поведения.

В то же время было бы неверно полагать, словно эквивалентность внутреннего и внешнего поведения всегда сама собой указывает на догматико-систематическую равнозначность понятий противоправности и вины.

Это с особой наглядностью можно увидеть на примере систематического аспекта. Утверждая, что субъект в уголовно-правовом понимании может наказываться как минимум за соналичие соответствующего внутреннего и



внешнего поведения («как минимум» постольку, поскольку для обоснования уголовной ответственности нередко, помимо наличия внутреннего и внешнего поведения, необходимо также и соналичие вредных последствий), как правило, подразумеваем, что предмет уголовно-правового запрета составляет как субъективное, так и объективное поведение. Но это, разумеется, не может быть оправдано с той точки зрения, что в таком случае понятие противоправности и неправды в целом распространялось бы не только на объективную, но и на субъективную сторону деяния и, следовательно, стало бы невозможным обоснование в системе преступления самостоятельного значения вины или же это вообще вынуждало бы отвергать понятие вины, что вовсе не мудро усмотреть.

Субъективное поведение в рассматриваемом контексте подразумевает формирование воли, неприемлемой в уголовно-правовом отношении, и управление внешнего поведения в соответствии с данной волей. А если представлять себе субъективную волю предметом уголовно-правового запрета, упомянутые обстоятельства (формирование неприемлемой воли и управление внешнего поведения в соответствии с ней) мигом переместимся из сферы вины в сферу противоправности. Вследствие же этого существование понятия вины уже никакой надобности не представляет, потому как понятие противоправности (т. е. неправды в общем) в этом случае исчерпывающе включает в себя все необходимые для формирования ответственности обстоятельства. Или же в крайнем случае и понятие вины наряду с вышеупомянутыми моментами может переместиться в сферу противоправности (неправды) и, таким образом, предстать в качестве интегрального компонента противоправности (неправды), что, естественно, может осуществиться лишь за счёт трансформации теоретической специфики вины.

Однако: в господствующей доктрине всё выглядит наоборот. Поскольку здесь, с одной стороны, понятие запрета не включает понятие возможности, а с другой – в сфере вины должно выясняться только то, обладал ли субъект возможностью иного, т. е. правомерного поведения, очевидно, что обоснование понятия вины в данном случае ничем не осложняется. Аргументация упомянутой позиции должна выглядеть следующим образом: факт формирования воли, неприемлемой в уголовно-правовом отношении, и управления внешнего поведения в соответствии с данной волей может наличествовать и тогда, если лицо малолетно или страдает душевной болезнью, равно как действу-

ет под принуждением, т. е. нарушение требований уголовно-правового запрета ещё ничего не указывает на то, мог ли субъект соблюсти требования этого запрета, в силу чего возникает необходимость выделения вины как возможности альтернативного действия в качестве самостоятельного систематического этапа. Но что означает практически вынесение из теоретической орбиты запрета понятия возможности и провозглашение последнего систематически совершенно независимой категорией? Это, прежде всего, означает то, что субъекту определённое психофизическое поведение запрещается вне зависимости от того, может ли он воздержаться от совершения данного поведения. Согласно этому, уголовно-правовой запрет – вопреки одному из основополагающих уголовно-правовых принципов *ad impossibilia lex non cogit* (закон не принуждает к невозможному) – направлен не только в отношении тех вменяемых лиц, которые в конкретной ситуации обладают возможностью действовать в соответствии с нормой, но также и в отношении тех вменяемых субъектов, которые такой возможностью не обладают, равно как в адрес малолетних детей и лиц, страдающих психическими расстройствами, несовместимыми с требованиями уголовного закона.

Но чем же может руководствоваться законодатель, когда действующему под непреодолимым принуждением, малолетнему и душевнобольному лицу запрещает в уголовно-правовом порядке, т. е. под угрозой наказания, осуществление определённого общественно опасного деяния? Разумеется, это нонсенс. Если руководствоваться данной логикой, получится, что уголовно-правовой запрет с таким же «успехом» может адресоваться и другим представителям животного царства, механизмам, стихийным явлениям природы и т. п.

Как из всего вышеизложенного следует, синхронное признание предметом уголовно-правового запрета внутреннего и внешнего поведения ведёт к коренной негации существующей системы преступления. То, каким образом можно преодолеть вышепредставленную дисгармонию, – предмет самостоятельного исследования и значительно выходит за рамки анализа воззрений Кенни.

Вместе с тем достойно особого внимания то обстоятельство, по какой причине не находит проявления подобная парадоксальность в традиционной догматике. Здесь, правда, предметом уголовно-правового запрета рассматривается субъективное деяние в целом, т. е. как внешнее, так и внутренне пове-

дение, но, несмотря на это, противоправность деяния, как правило, считается установленной уже в условиях детализации внешнего поведения! Разобраться в этом теоретически, естественно, совершенно невозможно. Например, в случае убийства для установления противоправности деяния достаточно, с одной стороны, наличие факта лишения жизни другого субъекта внешним (активным или пассивным) поведением и, с другой стороны, отсутствие состояния необходимой обороны как исключаяющего противоправность обстоятельства. Где и в чём проявляется здесь внутреннее поведение субъекта? Как отчётливо видно, в данном случае в отношении понятия противоправности внутреннее поведение остаётся за бортом, исходя из чего в традиционной догматике предметом запрета фактически рассматривается только внешнее поведение (в тех исключительных случаях, когда налицо телеоделикт, предметом запрета наряду с объективным поведением предстаёт и соответствующая цель, так как на сей раз без установления преступной цели деяние не квалифицируется как противоправное).

В связи с рассматриваемым вопросом возможно выделить множество других аналогичных сложностей. Однако это отнюдь не указывает на то, словно реальное уголовно-правовое значение внешнего и внутреннего поведения должно оставаться теоретически непознанным. Совершенно очевидно, что ни внутреннему, ни внешнему поведению отдельно взятому никакое значение не придаётся; в уголовно-правовом отношении может быть релевантной лишь комбинация этих двух моментов. То, что уголовное право, в отличие от морали, ставит своей целью не упорядочение внутреннего мира индивида, а охрану каждого субъекта от вредного внешнего поведения остальных субъектов, хотя наглядно выделяет специфическую натуру уголовного права в отношении морали, но всё ещё не даёт основания утверждать, что в уголовно-правовом отношении в качестве исходного момента должно рассматриваться внешнее поведение субъекта, так как внешнее поведение в уголовном праве, в отличие от внутреннего поведения в морали, не способно конституировать ответственность, и это значительно важнее вышеуказанного фактора.

В силу аналогичной подоплёки не может быть приемлемой и противоположная крайность, где главный акцент переносится уже на внутреннее поведение субъекта по тому мотиву, что в уголовном праве по сравнению с дру-

гими отраслями права именно «субъективность» индивида приобретает специфическую теоретическую нагрузку.

Вместе с тем необходимо заметить и то, что субъективное и объективное поведение независимо друг от друга не только не могут конституировать уголовную ответственность, но и не могут воздействовать на степень уголовной ответственности. В силу этого вообще неоправдано говорить в уголовном праве о какой бы то ни было приоритетности физического или психического поведения. Здесь данные моменты существенно важны только как неделимое целое.

Хотя, с одной стороны, как отмечалось выше, в традиционной догматике понятие противоправности, как правило, основывается только на объективном поведении и, с другой стороны, с противоправностью в определённых случаях связано применение т. н. превентивных мер, но наряду с противоправностью деяния предпосылкой для применения превентивных мер всегда выступает также и внутреннее поведение субъекта. В то же время, если перемещать акцент на само то обстоятельство, что внешнее поведение в условиях неопределённости внутреннего поведения может конституировать такие уголовно-правовые понятия, как состав преступления и противоправность (т. е. неправду в целом), тогда как внутреннее поведение в условиях неопределённости внешнего поведения в уголовно-правовом понимании ничего не конституирует, следует заметить, что это сугубо формальный момент. А главное в представленном здесь контексте то, что ни с одним из этих понятий в условиях неопределённости внутреннего поведения в уголовно-правовом отношении никакие меры не связаны.

Анализ по поводу того, в чём может состоять предмет основной ориентации в уголовном праве, следует рассматривать принципиально в иной плоскости. Здесь объектом сравнения должны выделяться субъективное деяние (т. е. целостность внутреннего и внешнего поведения) и целостность субъективного деяния и вредных последствий. В результате же этого выясняется, что не только ни внутреннему и ни внешнему поведению отдельно взятому не придаётся то же уголовно-правовое значение, что внутреннему поведению в морали, а даже сама совокупность внутреннего и внешнего поведения не настолько важна в уголовном праве, как внутреннее поведение – в морали. Это, как легко понять, обусловлено тем, что для субъективного деяния в уголовном праве, правда, имманентно качество формирования уголовной

ответственности, но, с другой стороны, данное качество не абсолютно, т. е. субъективное деяние как таковое не всегда конституирует уголовную ответственность (для этого зачастую, как уже отмечалось, необходимо также наличие вредных последствий), тогда как моральная ответственность в любом случае может основываться только на соответствующем внутреннем поведении.

Наряду с этим, возникает вопрос, насколько вообще совместимо с истинной природой уголовного права основывание ответственности только на субъективном деянии. Ведь в условиях отсутствия вредных последствий не имеет место нарушение охраняемого в уголовно-правовом порядке права или свободы субъекта. Но дело в том, что уголовное право стремится охранять права и свободы каждого индивида не только от нарушений, а также пытается отгородить их от опасности нарушения. Иначе говоря, нет ничего несовместимого с традиционной природой уголовного права в том, чтобы субъект наказывался не только за нарушение охраняемого в уголовно-правовом порядке интереса, но также и за создание опасности для данного интереса, что для современного уголовного права – увы! – является самой естественной непреклонностью.

Однако в таком случае ввиду чего объявляет законодатель «покушение» селективно наказуемым, т. е. не в связи с каждым отдельно взятым видом преступления, технически модифицируя данное понятие? Это может объясняться только тем, что уголовное право хотя признаёт значение поставления в опасность охраняемого в уголовно-правовом порядке интереса, но не приводит его к общему знаменателю со значением самого нарушения данного интереса. Отсюда можно заключить, что в уголовном праве основной акцент приходится именно на совокупность деяния и результата. – При этом релятивировать данный принцип всё-таки не следует. Настоящее издание монографии против половинчатости решения первого издания: наказывать следует собственно в случае наличия совокупности деяния и результата, а при отсутствии результата надлежит переключаться на превентивный арсенал уголовного права в целях сдерживания *виртуального* – ! – «делинквента», общественная опасность которого вне сомнения. Само же наказание здесь в несубъективистском уголовном праве – не более чем драконовская кара. Заметим, что в рамках настоящего издания данная проблема затрагивается и глубже.

Но создаёт ли это основание для вывода, что значение совокупности деяния и его вредных последствий в уголовном праве то же, что внутреннего поведения – в морали? На примере современного уголовного права вовсе нет. Хотя совокупность деяния и результата в уголовном праве, наподобие внутреннего поведения в морали, «всегда» влечёт ответственность, но уголовная ответственность может наступить здесь также и без рассматриваемой причинно-следственной целостности, т. е. на основе одного лишь деяния, тогда как без внутреннего поведения моральная ответственность немыслима. Таким образом, нынешнее уголовное право исходным моментом в том понимании, в каком представлено внутреннее поведение в морали, вообще не обладает. Однако, учитывая предложенную выше модификацию, теоретически совокупность виновного деяния и вредного результата уже предстаёт таковым.

Что же касается вышеакцентированного упоминания Кенни упречности в рамках субъективной стороны преступления, особое значение этого обстоятельства обуславливается тем, что цитированное сочинение Кенни было опубликовано раньше (1903 г.), чем в немецком уголовном праве Франк заложил основу нормативной теории вины (1907 г.). Следует заметить, что в самой немецкой догматике задолго до формирования Франком нормативной теории вины нормативный момент в рамках субъективной стороны преступления также упоминается со всей отчётливостью, например, Белингом. В немецкой теории уголовного права XIX века вина как упречность встречается нередко: с точки зрения нормативности, никакого различия между вариациями оценочного термина упречности XIX и XX веков (соответственно *Tadelhaftigkeit* и *Vorwerfbarkeit*) нет. Однако это, в свою очередь, ещё не исключает возможность утверждать, что и английское уголовное право самостоятельно смогло ассоциировать момент упречности с понятием вины. Когда у Кенни упречность упоминается в отношении субъективной стороны преступления, разумеется, данное отношение распространяется и на понятие вины, хотя не по той же причине, как это могло иметь место у Белинга, где понятия вины и субъективной стороны фактически отождествлены друг с другом, а только в силу того, что у Кенни вина – центральный элемент субъективной стороны преступления, в чём мы ниже наглядно сможем убедиться.

Вопрос о том, какая теория уголовного права – британская или немецкая и в итоге какая уголовная доктрина – континентальная или англо-американская является первоисточником нормативной модели вины, мы оставляем открытым.

С другой стороны и по существу: как Кенни, так и английское уголовное право в целом весьма спекулятивно употребляет элемент упречности для обоснования уголовной ответственности. Как было показано выше, Кенни, рассуждая об отношении «упречного состояния психики», выделяет только внешнее поведение и ничего не указывает о непосредственной связи упречности с вредным результатом. В силу этого и возникает возможность спекулирования. Когда выделяется отношение «упречного состояния психики» только к внешнему поведению и пренебрегается его непосредственным отношением к вредному последствию, субъект может наказываться не только за тот вредный результат, вызванный внешним поведением, являющимся следствием «упречного состояния психики», который он предвидел или мог предвидеть, а также и за тот, который не предвидел и не мог предвидеть. И, что самое главное, английское право карает и за последний вид последствий.

Кенни, обобщая свои вышецитированные воззрения о субъективной стороне преступления, отмечает: «Как указывалось, преступление требует наличия как объективных, так и субъективных элементов. Природа субъективной стороны для различных преступлений может быть разной. Но во всех случаях существенно то, что действие преступника должно быть волевым. Преступник должен был мочь совершение совершённого им деяния (...). Отсутствие возможности волевого действия порождает иммунитет относительно применения уголовного наказания»<sup>168</sup>. В результате последнего вывода Кенни практически выходит, что отсутствие возможности волевого действия является исключительным наказанием обстоятельством. Однако то, что отсутствие возможности волевого поведения представлено как исключительное наказание обстоятельство, означает, что оно уже не может рассматриваться как исключительное вину обстоятельство и, таким образом, установление вины не должно зависеть от того, обладал ли субъект возможностью волевой активности!

---

<sup>168</sup> Ibid., стр. 39.

**Mens rea** Затрагивая непосредственно проблему вины, Кенни, прежде всего, отмечает: «Кроме двух исключений, для преступлений общего права и множества преступлений, предусмотренных статутами, всегда был необходим дальнейший субъективный признак – *mens rea* – в прямом смысле этого слова. Обвиняемый должен был осознавать, что его деяние могло повлечь определённые последствия»<sup>169</sup>. Иными словами, для конституирования субъективной стороны преступления необходимо не только то, чтобы субъект обладал возможностью волевого действия, а также и то, чтобы субъект предвидел возможность результирования из его поведения «определённых последствий», что словно наглядно свидетельствует об отсутствии прямой теоретической связи между отсутствием возможности волевого действия и наказанием. Но главное то, результирует ли указанный Кенни «дальнейший субъективный признак», т. е. *mens rea*, т. е. вина, и в условиях возможности волевого действия. Иначе говоря, исключает ли у Кенни реально отсутствие возможности волевого поведения вину?

Если учесть то, что вина здесь понимается как «предвидение последствий собственного поведения», приходим к выводу, согласно которому наличие вины порой действительно может не зависеть от наличия возможности волевого действия. Так, например, лицо, действующее под непреодолимым принуждением, лишено возможности волевого действия, но, несмотря на это, как правило, точно предвидит вредные последствия своего деяния. Соответственно, в таких случаях выходит, что отсутствие возможности волевого поведения исключает наказание, а не вину, вина здесь в вышепредставленном понимании налицо. Как нам кажется, постановка вопроса относительно того, почему подобная коцепция не может быть приемлема, излишне.

Наряду с этим, в рамках дальнейшего анализа воззрений Кенни выявляется, что у него понятие вины конструируется отнюдь не только на основе интеллектуального момента. «Субъект, – пишет он, – может желать наступления этих последствий или относиться к ним безразлично. Простая небрежность (*mere inadvertence*), по-видимому, никогда не может быть достаточной для констатации вины в преступлениях общего права (помимо дел «*common nuisance*»). Должно наличествовать желание наступления последствий или легкомысленное отношение к их наступлению»<sup>170</sup>. Как видим, Кенни противосто-

<sup>169</sup> Ibid., стр. 39-40.

<sup>170</sup> Ibidem.



речиво представляет входящие в понятие вины волевые моменты, поскольку сначала рассуждает как о желании, так и о легкомысленном или безразличном отношении к наступлению вредных последствий, а позже выделяет лишь желание вредного последствия или легкомысленное отношение к наступлению вредного последствия.

С другой стороны, сразу же привлекает внимание и то обстоятельство, что у Кенни в понятии вины ни с интеллектуальной, ни с волевой стороны не находится места для небрежности, так как в интеллектуальном аспекте с понятием вины Кенни принципиально несовместимо непредвидение вредного последствия, а с волевой – здесь ничего не указывается о возможности преодоления непредвиденности вредного последствия и не может указываться, ибо это невозможно уже в силу исходного положения интеллектуального аспекта.

Хотя Кенни пытается обосновать и небрежность, но с учётом данной позиции здесь, разумеется, это бесперспективно. В то же время, если принять во внимание его первоначальное утверждение о том, что субъект в уголовно-правовом отношении должен привлекаться к ответственности не только за те вредные последствия, вытекающие из его противоправного поведения, которые предвидел или мог предвидеть, а также и за те вредные последствия, которые не предвидел и не мог предвидеть, очевидно, что перед нами значительно глубокая непоследовательность. Кенни, обзревая в рамках анализа понятия вины корреляцию фактического вреда и предвиденного субъектом вредного результата с точки зрения уголовной ответственности, отмечает: «Разница между предвиденными и реальными последствиями иногда смягчает ответственность (например, если лицо целится в другое лицо, но убивает [другое – автор] животное), а иногда отягчает её (например, лицо желает причинить другому лицу только телесное повреждение, вследствие чего совершает убийство)»<sup>171</sup>. Тезис, согласно которому степень ответственности должна снижаться, когда фактически осуществлённый результат менее тяжкий по сравнению с результатом, предусмотренным субъектом, несомненно приемлем, потому как в противном случае мы оказались бы перед субъективизмом. Но когда речь идёт об отягчении уголовной ответственности там, где тяжесть фактически осуществлённого результата превосходит тяжесть последствий, предвиденных субъектом, невзирая на то, мог ли он

---

<sup>171</sup> Ibidem.

избежать непредвиденности первого результата, следует заметить, что данное положение неприемлемо постольку, поскольку на сей раз уже налицо опасность объективизма. И здесь с учётом всего процесса развития уголовно-правовой мысли имеем дело поистине с уникальным прецедентом.

Дело же в том, что Кенни рассуждает о *виновной детерминации* упомянутого результата, т. е. в подобных случаях конституированная субъективным поведением вина соприкасается не только с теми последствиями, которые предвиделись субъектом, но также и с теми, которые субъект не мог предвидеть. А с другой стороны, ввиду того что здесь речь идёт об ответственности за результат, предвидеть который лицо было не в силе, вне всякого сомнения наличие объективного вменения. Соответственно, в рассматриваемом случае имеет место в пределах одного и того же деяния и в отношении одного и того же результата соналичие вины и объективного вменения. Исходя из этого, понятие вины, сконструированное Кенни и в целом английским правом, подвергает сомнению общепризнанный постулат современного уголовного права, согласно которому объективное вменение означает вменение без вины.

Продолжая анализ проблемы *mens rea*, Кенни отмечает: «Мы считаем, что вопрос о *mens rea* всегда должен решаться в связи с конкретным преступлением, совершение которого вменяется обвиняемому, а не с точки зрения преступности, противоправности или безнравственности в целом»<sup>172</sup>. Осмысление того, насколько важно данное воззрение Кенни с точки зрения развития понятия вины в англосаксонской уголовной доктрине, отнюдь не сложно, если принять во внимание современное Кенни состояние рассматриваемой проблемы. В британском уголовном праве того времени всё ещё была далека от господства идея о том, что для констатации *mens rea* необходим умысел совершения собственно уголовно наказуемого деяния (здесь же подразумевается и виртуальное сознание уголовно-правовой неправды). Из представленного здесь произведения Кенни наглядно видно, что данная проблема не менее активно развивалась и по другим направлениям. А именно: с одной стороны, для установления *mens rea* признаётся достаточным умысел совершения генерально противоправного деяния, «даже если оно представляет собой нарушение гражданского права и вообще лишено уголовно-правового характера»; с другой стороны, актуальная в уголовно-правовом отношении степень *mens rea* считается наличествующим уже там, где

---

<sup>172</sup> Ibid., стр. 50.

субъект намерен совершить деяние, противоречащее лишь моральным стандартам общества. Наряду с этим, как мы увидим ниже, здесь не исключаются также и такие случаи, когда *mens rea* не включает в себя даже умысел осуществления гражданско-правовой (равно как правовой в целом) или моральной неправды.

На наш взгляд, ограничиться здесь одним тем замечанием, что уголовно-правовая вина не может основываться ни на гражданско-правовой, ни на моральной неправде как таковой (с учётом любой бланкетности нормы уголовного закона), а соображается исключительно с уголовно-правовой неправдой, было бы слишком формальным подходом к вопросу.

Действительно, если главная сложность возникает в силу того, что уголовно-правовая вина не может основываться на гражданско-правовой или моральной неправде, тогда что препятствует обоснованию вины в вышеприведённом случае, где субъекту вменяются в вину не только последствия, вытекающие из его деяния, содержащего уголовно-правовую неправду, которые он предвидел или мог предвидеть, но и последствия, предвидеть которые он не мог?

Как видим, характер проблемы гораздо глубже и масштабнее. Но, с другой стороны, не может быть оправданным и рассмотрение упомянутых моментов только в одной и той же плоскости, вследствие чего решение первой проблемы (случай с уголовно-правовой неправдой) механически означало бы аналогичное решение последующих проблем.

Неопровержимо, что случаи, при которых уголовно-правовая вина, с одной стороны, связана с определённым поведением субъекта, релевантным в уголовно-правовом отношении, а с другой – основывается на субъективном деянии, лежащем за пределами уголовно-правовой действительности, требует значительной дифференциации.

Когда субъект, волеизъявляющий моральную, гражданско-правовую или иную неуголовно-правовую неправду, наказывается в уголовно-правовом порядке за последствия, вызванные данным поведением, которые релевантны «в уголовно-правовом отношении» и не могли быть им предвидены, сфера уголовно-правового регулирования беспредельно расширяется. Поскольку уголовная ответственность, как правило, для субъекта гораздо невыгоднее, чем моральная, гражданско-правовая или любая другая ответ-

ственность, естественно, он в рамках представленной здесь концепции всегда более тщательно воздержится от осуществления вышеупомянутых видов неправды, в чём и выражается расширение сферы уголовно-правового регулирования.

Хотя понятно, что в последнем случае имеем дело лишь с косвенным, посредственным уголовно-правовым регулированием социальных отношений.

Тем не менее чем может обосновываться столь бесцеремонное вторжение уголовного права в вышепредставленные сферы? Несомненно, что сам факт создания дополнительного механизма предотвращения неприемлемых в уголовно-правовом отношении результатов ни в коей мере не может характеризоваться как негативный. Напротив, с точки зрения уголовной политики, это даже заслуживает однозначно позитивную оценку. В то же время нельзя отрицать и то, что уголовная ответственность здесь в корне своём основывается на волевом поведении, т. е. нельзя сказать, что субъект наказывается за такие последствия, которые он никак и ни в коей мере не смог бы предотвратить или не детерминировать самим.

С чисто догматической точки зрения, правда, неясно, как субъект может обладать возможностью предотвращения вредных последствий, если он данные последствия осуществляет таким образом, что в пределах конкретного деяния не предвидит и не в силах предвидеть их, т. е. предвидеть объективно. Однако то обстоятельство, что субъект в данном случае обладает психофизической возможностью воздержаться от осуществления моральной, гражданско-правовой или иной неправды, само собой включает и возможность предотвращения актуальных для нас вредных последствий.

Таким образом, выходит, что рассматриваемая концепция о *mens rea* не просто служит целям уголовной политики, а служит таким образом, что не посягает и на исходное положение теории уголовного права, в соответствии с которым субъект не может привлекаться к уголовной ответственности за детерминацию таких последствий своего деяния, возможностью предотвращения которых он не обладал.

Однако на самом деле эта аргументация малоубедительна.

Во-первых, в чём в рассматриваемом случае заключается уголовно-правовой запрет, т. е. что запрещает уголовное право субъекту, наказывая его за осуществление вышеприведённого вида вредных последствий? Как видно из

всего вышеизложенного, собственно поведение, которым вызваны интересные нас последствия, в уголовно-правовом отношении не запрещено, в соответствии с чем можно заключить, что уголовное право детерминацию указанного результата в данном виде не запрещает. Исходя из этого, наличие уголовная ответственность без нарушения всякого уголовного-правового запрета (или предписания)! Иными словами, субъект наказывается в уголовно-правовом порядке за осуществление правомерным поведением вредного результата, который он не мог предвидеть!

Во-вторых, рассматриваемый взгляд неприемлем не только чисто теоретически, а также и этически. Субъект так же не может привлекаться к уголовной ответственности за нарушение моральных или любых других неуголовно-правовых норм как таковых, как на нарушении требований нормы уголовного права, как правило, не может основываться моральная или иная ответственность, кроме как уголовная (если, разумеется, требования уголовно-правовой нормы не идентичны с требованиями норм вышеуказанных видов).

В последней части рассматриваемого тезиса в качестве исключения может предстать лишь гражданское право, что обусловлено спецификой предмета и метода гражданско-правового регулирования.

Но, с точки зрения формирования ответственности, основное различие между гражданским и уголовным правом заключается именно в том, что в первом случае вина вовсе не является необходимой предпосылкой ответственности, тогда как уголовная ответственность всегда должна представлять собой виновную ответственность. И главное то, дана ли в рассматриваемом случае возможность обоснования вины. Здесь, конечно же, подразумевается не вина в общем, а собственно уголовно-правовая вина.

А уголовно-правовая вина может наличествовать лишь тогда, если налицо уголовно-правовая упречность субъективного деяния. Однако, в свою очередь, говорить об уголовно-правовой упречности допустимо только при наличии уголовно-правовой неправды. В соответствии с этим, если лицо совершает, например, моральную неправду, что ничего общего с уголовно-правовой неправдой не имеет, всякую возможность обоснования уголовно-правовой вины тут же следует исключить. Здесь может быть дана лишь нравственная вина. А согласно позиции, представленной в современном Кенни уголовном праве, где уголовная ответственность признаётся возможной

в условиях не только уголовно-правовой, а также и гражданско-правовой или моральной неправды, имеет место отождествление уголовно-правовой вины соответственно с моральной и гражданско-правовой виной, что не может быть наделено смыслом и действительностью. Ввиду этого уголовная ответственность в одном случае фактически основывается на моральной вине, в другом – на гражданско-правовой, т. е. реально налицо уголовная ответственность без вины. Привлекать лицо к уголовной ответственности за моральную (гражданско-правовую и т. д.) вину – значит наказывать его ошибочно, беспочвенно.

Несостоятельность рассматриваемой позиции легко устанавливается и в ином ракурсе. Как известно, мораль и уголовное право не так уж и редко требуют от субъекта реализации взаимоисключающих деяний. Например, морально врач обязан ускорить смерть умирающего пациента с нестерпимыми муками, чтобы облегчить ему предсмертные страдания, тогда как эвтаназия всегда относилась к числу уголовно наказуемых деяний. Но и в подобных случаях может результировать такая ситуация, при которой субъект, пытаясь совершить аморальное деяние (т. е. не совершить эвтаназию), фактически осуществляет вредный результат (смерть пациента), который он не мог предвидеть. И к какому выводу приводит представленная в современной Кенни уголовном праве точка зрения? Согласно последней позиции, степень *mens rea*, релевантная в уголовно-правовом отношении, следует считать наличествующей, так как уголовно значимый вредный результат вызван морально упречным субъективным поведением, на основании чего субъект здесь должен отвечать за своё деяние не только морально, но и в уголовно-правовом порядке, несмотря на то что он направил свою волю таким образом, чтобы его деяние соответствовало требованиям уголовного закона!

Как явствует из всего вышеизложенного, конструирование уголовно-правового понятия вины из компонентов, нерелевантных в уголовно-правовом отношении, не только догматически неприемлемо, но и совершенно непригодно практически, так как в таком случае мы будем вынуждены наказывать лицо не только за нейтральное, но и за безупречное в уголовно-правовом отношении поведение. Несмотря на это, именно воззрение, согласно которому уголовно наказуемое вредное последствие механически перевоплощает противоречащее морали поведение в уголовно наказуемое деяние, находило приоритетное развитие в современном Кенни уголовном праве.

«Эта (...) точка зрения, – отмечает Кенни относительно указанного воззрения, – сугубо важна, потому как она была высказана столь громадным количеством судей и нашла также признание передовых теоретиков-юристов»<sup>173</sup>. Здесь можно заметить только то, что современная Кенни англосаксонская уголовно-правовая мысль в рассматриваемом контексте развивается в явно превратном направлении.

Наглядным акцентированием последнего утверждения является развитое в британском уголовном праве того же периода воззрение, согласно которому уголовная ответственность может формироваться уже не только на основе материально чересчур обобщённой *mens rea*, а также без всякого указания на неё (следует заметить, что данная позиция в разных её видах находит своё проявление и в современной англо-американской догматике).

В связи с данным вопросом в первую очередь необходимо выделить следующее замечание Кенни: «(...) В случае преступлений статутного права зачастую достаточно установление осуществления обвиняемым деяния, запрещённого статутом (...). Количество и значение преступлений статутного права, для которых *mens rea* не является необходимым признаком, неуклонно растёт»<sup>174</sup>. Кенни там же чётко поясняет, в каких случаях обращается законодатель к уголовной ответственности без *mens rea*: «(...) 1) Когда степень наказания относительно ниже, но 2) вред, причинённый преступлением обществу, весьма значительнее по сравнению с наказанием, предусмотренным за данное преступление и 3) преступление по своей природе таково, что надлежащее установление *mens rea*, если бы это было необходимо, породило бы трудно преодолимые сложности»<sup>175</sup>. Помимо этого, Кенни, с одной стороны, выделяет и тот момент, что отсутствие *mens rea* в подобных случаях всегда составляла смягчающее обстоятельство, с другой стороны, указывает также и на то, что уголовная ответственность здесь сугубо номинального характера.

Относительно вышепредставленной проблемы, прежде всего, следует заметить, что номинальность уголовной ответственности, т. е. мягкость наказания подлежит вновь ярко выраженному спекулятивному акцентированию. Уголовное наказание, насколько бы мягкой она ни была, всегда влечёт су-

---

<sup>173</sup> Ibid., стр. 51.

<sup>174</sup> Ibid., стр. 41.

<sup>175</sup> Ibidem.

димось, что крайне нежелательно для любого субъекта. В силу этого с уверенностью можно отметить, что применение уголовной ответственности любого вида и любой тяжести без учёта того, могло ли лицо предотвратить вредные последствия, означает злоупотребление механизмом государственного принуждения. Более того, подобный теоретический волюнтаризм не может быть оправдан и с точки зрения уголовной политики, так как наказание субъекта за результат, предвидение (предотвращение) которого превышало его возможности, не может способствовать в будущем воздержанию от реализации такого же или другого вредного результата этим или другим субъектом. Напротив, карая субъекта за последствия, которые не могли быть для него в конкретной обстановке предотвратимы, в значительной степени побуждаем его настроиться агрессивно к системе уголовного права в целом, т. е. воздействуем однозначно негативно на его правосознание.

Исходя из всего этого, обнаруживается, что первое из вышеприведённых обстоятельств, при которых применялась уголовная ответственность без *mens rea*, в действительности не создаёт реального основания для конструирования невиновной ответственности.

По сути к такому же выводу приходим и относительно очередного вышеприведённого момента. Если лицо не предвидело и не могло предвидеть определённые вредные последствия, тяжесть последних, какой бы особой она ни была, не только не может конституировать уголовную ответственность, но и в пределах виновного деяния не может предстать в качестве отягчающего ответственность обстоятельства. И наоборот, вредный результат только тогда может быть релевантен с точки зрения уголовной ответственности, если субъект владеет реальной психофизической возможностью его предотвращения. Но на чём основывается теоретически уголовная ответственность, когда субъект наказывается за результат, который он не мог предвидеть? Можно отметить, что уголовное право требует от субъекта и нереализованности конкретно некалькулируемого вреда. Естественно, подобное логически немыслимо. Соответственно, в таком случае не может существовать никакая конкретизируемая уголовно-правовая обязанность. Если субъект тем не менее наказывается, т. е. несмотря на то, что не нарушает никакой уголовно-правовой обязанности, выходит, что здесь уголовное право наказывает субъекта за то, неосуществлённости чего вообще от него не требует?! Как видим,



теоретическое обоснование уголовной ответственности и на сей представляется совершенно невозможным.

Что касается третьего, последнего случая, в котором уголовная ответственность не зависит от установления *mens rea*, здесь тем нагляднее просматривается принципиальная неприемлемость тенденции, намеченной в британском уголовном праве. Привлечение субъекта к уголовной ответственности без вины в силу того, что установление вины связано с «трудно преодолимыми сложностями», однозначно указывает на то, что в британской и англосаксонской уголовно-правовой доктрине наказание виновного куда важнее, чем ненаказанность невиновного. В отличие от этого, континентальное уголовное право уже тогда делало выбор в пользу последнего момента, тогда как современная англо-американская догматика всё ещё далека от окончательного усвоения того, почему не может быть оправдано наказание (фактически) виновных субъектов за счёт учинения уголовно-правовой расправы над невиновными.

Допущение возможности наказания невиновных субъектов указывает на то, что, несмотря на правомерное управление собственной волей, ни одно лицо не может быть застраховано от уголовной ответственности. Если рассуждать строго логически, в условиях развитой демократии такое уголовное право не должно существовать. И если это последнее в виде англо-американской доктрины всё же налицо, объяснить это можно только как догматизм, как инерционное продолжение ветхих традиции, что, естественно, не может иметь значительной перспективы.

**Actus reus** Особого акцентирования требует то обстоятельство, что во всех трёх вышеприведённых случаях отсутствия *mens rea* уголовная ответственность основывается на т. н. *actus reus*. Данный термин сугубо специфического характера, и искать в романо-германской уголовной доктрине понятие с аналогичным содержанием – например, в виде неправды – было бы тщетно. В современном британском праве *mens rea* и *actus reus* сопоставляются соответственно как виновная психика (*guilty mind*) и виновный акт (*guilty act*). У Кенни последнее понятие представлено в следующем виде: «Разумеется, что *actus reus* должен быть произвольным; например, если продавец, выставивший на продажу испорченное мясо, находился в сомнамбулаторном состоянии, считается, что он не выставлял этот продукт на продажу. Для обоснования ответственности должно быть уста-

новлено, что продавец осознавал, что выставлял на продажу мясо, а вопрос о том, было ли или могло ли быть ему известно о том, что мясо испорчено, для дела никакого значения не имеет. Установлению подлежит *mens* или *animus* без *rea*»<sup>176</sup>. Прежде всего, необходимо выделить то обстоятельство, в соответствии с которым, с одной стороны, вина в традиционном понимании отрицается, а с другой – в качестве основания ответственности представлен *actus reus*, т. е. виновное деяние. Исходя из данной ситуации, вину как таковую в понятии *actus reus* следует считать наличествующим. Но в таком случае что наполняет содержание представленного здесь понятия? Понятно, что субъекту в рассматриваемой ситуации «в вину» вменяется просто сознательное осуществление деяния, в то время как теоретическим значением актуального или виртуального сознания противоправности совершенно пренебрегается. Дело же в том, что по меньшей мере без виртуального сознания противоправности сконструировать уголовно-правовое понятие вины теоретически не удаётся. При отсутствии возможности сознания противоправности норма уголовного права и субъект как адресат данной нормы никак не соприкасаются. Другими словами, не дана волевая активность, которую можно было бы привести в противоречие с требованием уголовно-правовой нормы с точки зрения волевой активности. Соответственно, в рассматриваемом случае утверждение наличия вины означает основывание уголовно-правового понятия вины на обстоятельства, незначительные в уголовно-правовом отношении. В силу этого в пределах понятия *actus reus* говорить о вине приходится только крайне формально.

Сам тот факт, что в рамках понятия *actus reus* речь о вине возможна лишь чисто формально, из перспективы признанных в современном уголовном праве принципов уже достаточно свидетельствует о неприемлемости основывания уголовной ответственности на *actus reus*. Но коснёмся конкретно отношения уголовно-правовой обязанности с рассматриваемым понятием. Исходя из вышепредставленного содержания данного понятия, налицо возможность следующих двух выводов: согласно первому из них, понятие уголовно-правовой обязанности не должно охватывать конкретную психологическую возможность правомерного поведения; согласно другому выводу, понятие ответственности хотя полноценно включает категорию возможности, но уго-

---

<sup>176</sup> Ibid., стр. 42.

ловная ответственность считается допустимой и без нарушения уголовно-правовой обязанности.

Уголовно-правовая обязанность без конкретной психологической возможности правомерного поведения означает отрицание уголовного права как науки, ибо подобная модель обязанности научному обоснованию не поддаётся, тогда как уголовная ответственность вне нарушения уголовно-правовой обязанности логически неосуществима – субъект не может привлекаться к уголовной ответственности за осуществление или неосуществление того, осуществление или неосуществление чего в конкретной ситуации в уголовно-правовом порядке от него не требуется (не ожидается).

Помимо всего вышеуказанного, необходимо подчеркнуть также и то обстоятельство, что упомянутый принцип относительно произвольности *actus reus* вовсе не носит абсолютный характер. В рассматриваемом контексте, с одной стороны, следует выделить то, что в некоторых (исключительных) случаях речь об *actus reus* допускалась и во время случайного причинения вреда, а с другой стороны, что не менее важно, слишком пространно истолковывалось содержание самой волюнтаристичности, так как вопрос о произвольности *actus reus* выяснялся не только собственно в пределах совершённого «делинквентом» деяния, а также переносился на противоправное поведение других лиц! «В некоторых новейших статутах, – указывает Кенни, – состав конструируется таким образом, что субъект может привлекаться к ответственности за деяние своего слуги, которое было совершено не только втайне от него, а также и наперекор его прямому указанию. Это иногда касается и тех случаев, когда конститутивный признак состава составляет какой-либо особый вид умысла»<sup>177</sup>. У Кенни встречается и множество примеров, отображающих подобную ответственность. В соответствии с одним из них, «когда слуги владельца частного развлекательного учреждения заведомо допускали нахождение в данном учреждении проституток в нарушение Закона о столичной полиции от 1839 года, он был наказан за заведомое допущение нахождения проституток в своём учреждении, несмотря на то, что данное деяние было совершено вопреки его прямым указаниям»<sup>178</sup>. Но чем может обосновываться такое беспрецедентно масштабное расширение теоретических пределов интеллектуальных и вместе с тем волевых моментов? Представленная у Кен-

<sup>177</sup> Ibid., стр. 42-43.

<sup>178</sup> Ibid., стр. 45.

ни в связи с данной проблемой аргументация следующего характера: «В условиях отсутствия данного правила владелец ни одного развлекательного учреждения не мог бы наказываться, он всегда принял бы соответствующие меры, чтобы застраховаться от уголовной ответственности»<sup>179</sup>. Это наглядный пример того, где можно оказаться, если основывать уголовную ответственность на принципах гражданско-правовой ответственности.

Что касается непосредственно вопроса волюнтативности, следует заметить, что он рассматривается в однозначном отрыве от реальности. Вынесение элемента волюнтативности за рамки субъективного поведения логически недопустимо, потому как в таком случае становится неясно, о произвольности чего, конкретно какого явления идёт речь. Более того, в пределах самого субъективного поведения волюнтативность соотнобразуется с реальной психофизической возможностью альтернативного поведения, так как нельзя сказать, что налицо волюнтативное (= соответствующее собственной воле) деяние, когда субъект – при наличии обязанности действия – бездействует в отношении своих противоправно действующих подчинённых, но не в силе (психофизически, физически или психически) управлять своим поведением в соответствии с нормой.

Усмотреть то, насколько противоречив собственно случай, представленный у Кенни, т. е. насколько непоследовательна речь о произвольности вне всякой связи с конкретным деянием осуждаемого лица, как нам кажется, не должно быть сложно. Если, с одной стороны, определённое деяние совершено «наперекор прямому указанию», а с другой – «элемент произвольности считается наличествующим», то этот последний в рассматриваемом случае должен пониматься не как соответствие воле, а наоборот – как противоречие воле. Таким образом, если руководствоваться представленной здесь моделью волюнтативности, уголовно-правовые понятия в одно и то же время могут включать два взаимоисключающих значения.

**Абсолютная  
и косвенная  
ответственность**

Как нами уже отмечалось, подобные тенденции окончательно не преодолены и в современной англо-американской уголовной доктрине. Наглядным подтверждением этому служат т. н. абсолютная или строгая (*strict*) ответственность и косвенная (*vicarious*) ответственность.

<sup>179</sup> Ibidem.

В первом случае уголовная ответственность, правда, связана с собственным деянием субъекта, но основывается не на *mens rea*, а только на *actus reus*. Вместе с тем не должно быть лишено интереса воззрение некоторых авторов о том, чем было обусловлено формирование данного понятия в английском праве и в силу чего нашло оно своё долговременное развитие. Так, например, немецкий криминалист Т. Шмид относительно этого отмечает: «В англо-американском праве со второй половины 19-го века берёт своё начало ответственность без вины (без *mens rea*), т. н. абсолютная или строгая ответственность. Это следует понимать как продукт индустриальной революции постольку, поскольку именно вследствие данного явления были созданы законы с наказуемыми составами, согласно которым имела место пенализация не таких видов индивидуального поведения, которые можно рассматривать как *malum in se*, а таких видов, которые лишь для осуществления определённых законов оснащались наказуемостью (...). Так, что с неприязнью со стороны общества (...) не приводилась ни в какую связь»<sup>180</sup>.

Наряду с этим, как тот же автор там же и указывает, в уголовном праве США явно просматривается тенденция окончательной отмены данного вида ответственности, чего нельзя сказать о современной британской уголовно-правовой догматике, где речь идёт о ещё более интенсивном развитии рассматриваемого понятия. Последняя позиция в основном опирается на следующую аргументацию: «Многие мягко наказуемые преступления не требуют (...) установления вины. Данное воззрение главным образом оправдывается экономическими соображениями: подобные тривиальные преступные деяния не настолько важны, чтобы здесь для установления вины в целях уголовного преследования выделялись общественные средства и судебное время»<sup>181</sup>. Допущение объективного вменения при наличии низкой степени наказуемости в силу того, что это оправдывается экономическими соображениями, на наш взгляд, ни в коей мере не может быть приемлем, так как, с одной стороны, здесь совершенно искажённо воспринимается расклад принятых в современном обществе ценностей: ограничение невиновного действующего лица в своих юридических правах должно признаваться гораздо важнее, чем «общественные средства и судебное время», которые могут быть израсходованы для установления виновности осуществлённого дан-

<sup>180</sup> N. Schmid, *Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten*, 2. Aufl., Heidelberg, 1993, стр. 186-187.

<sup>181</sup> A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 1999, стр. 171.

ным лицом деяния, а с другой стороны, насколько может способствовать повышению правосознания граждан такая правовая система, в соответствии с которым любое лицо может наказываться не только за субъективно абсолютно управляемое, но также и за субъективно абсолютно неуправляемое деяние? Что касается самого «делинквента», законное репрессивное издевательство над невиновным тем более не может содействовать «оздоровлению» его правосознания. Иными словами, правовая благонадёжность личности не безгранично зависит от самой личности, а в значительной степени также и от уголовной политики государства.

В случае т. н. косвенной ответственности субъект привлекается к ответственности за деяние, совершённое другим лицом, и за *mens rea*, содержащуюся в том же деянии. В современной англо-американской уголовно-правовой доктрине и рассматриваемому понятию придаётся весьма важное догматическое значение. Г. Х. Гордон, исследуя в шотландском уголовном праве рассматриваемые здесь обе проблемы, отмечает: «Исключение *mens rea* представлено в двух видах – оно может включать абсолютную ответственность, где субъект наказывается за совершённое им без *mens rea* деяние, или косвенную ответственность, где субъект наказывается уже за деяние, совершённое другим, так как ответственен за его поведение на основе принципа *qui facit per alium facit per se*: косвенная ответственность обычно представлена бок о бок с абсолютной ответственностью, но возможно получить косвенную ответственность за преступление, которое требует наличия *mens rea* собственно со стороны актуального преступника (*the actual offender*), тогда как *mens rea* последнего вменяется первому»<sup>182</sup>. Как отсюда явствует, представленная в современном Кенни британском уголовном праве позиция об ответственности без собственного поведения, т. е. за совершённое другим лицом деяние, прямо отображается и в современной англо-американской уголовно-правовой догматике. Естественно, точно так же, как первый вышепредставленный случай невиновной ответственности, и этот последний может обосновываться исключительно сугубо утилитаристскими доводами.

**Презумпция «невиновности»**      Если у Беккариа, как было показано выше, принцип презумпции невиновности признаётся в совершенстве, представленная у Кенни и в британском уголовном праве в целом – как в современном, так и XIX века – соответствующая позиция и на сей раз да-

<sup>182</sup> G. H. Gordon, *The Criminal Law of Scotland*, Edinburgh, 1967, стр. 236.

лека от подобного совершенства. «Установление наличия необходимых для уголовной ответственности субъективных элементов, – отмечает Кенни, – легче, чем это может представляться на первый взгляд, так как хотя обязанность установления наличия этих элементов налагается на обвинителя, но в большинстве случаев закон преступное деяние как таковое (под преступным деянием Кенни в данном случае, разумеется, подразумевает противоправное деяние; то, что подобное теоретически не может быть приемлемым, – другой вопрос – автор) рассматривает как достаточное *prima facie* доказательство для наличия *mens rea*. Каждый субъект (если им достигнут определённый возраст и он не является душевнобольным) должен предвидеть естественные последствия своего поведения»<sup>183</sup>. Разумеется, если «противоправное деяние как таковое рассматривается как достаточное *prima facie* доказательство для наличия *mens rea*», вряд ли может быть что-либо легче того, чем установление наличия субъективных элементов преступления. Откровеннее, субъективные элементы здесь ни в каком установлении и не нуждаются. Но в таком случае совершенно невнятным становится назначение государственного обвинения. Согласно представленной здесь логике, самому субъекту надлежит доказывать свою невиновность. И действительно, у Кенни можно найти немало примеров, подтверждающих это. Так, например, исследуя уголовно-правовую и гражданско-правовую ответственность владельца газеты за опубликованные в ней материалы, Кенни пишет: «Ныне (...), согласно Закону о пасквиле от 1843 года, он может утверждать, что пасквиль был опубликован без его разрешения и что наряду с этим не имело место не проявление должной попечительности»<sup>184</sup>. Согласно данной иллюстрации, очевидно, что субъект сам должен утверждать свою невиновность не только в случае гражданско-правовой, но и уголовно-правовой ответственности.

Там же встречается и более наглядный пример, отображающий рассматриваемую позицию: «(...) Продажа или вынесение на продажу продовольствия, содержащего вредные примеси, подлежит уголовно-правовому преследованию, если обвиняемый не докажет, что не ведал и в пределах средней заботливости не мог ведать, что продовольственный продукт содержал вредные примеси. В подобном случае задача обвинения ограничивается доказанием того, что было совершенно запрещённое законом деяние, после чего обвиняемый должен применить средство защиты, предоставленные ему зако-

<sup>183</sup> К. Кенни, Основы уголовного права, стр. 40-41.

<sup>184</sup> Ibid., стр. 43.

ном»<sup>185</sup>. Таким образом, задача государственного обвинения здесь заключается лишь в установлении того, что субъект совершил объективно вредное, т. е. протвоправное деяние, что автоматически влечёт уголовную ответственность, если лицо само не докажет свою невиновность. Так же как органам уголовного преследования не всегда удаётся доказать вину фактически виновного лица, фактически невиновному лицу также не всегда может удаваться успешное доказывание своей невиновности.

В первом случае (т. е. когда действует принцип презумпции невиновности) субъект, фактически совершивший преступление, остаётся безнаказанным, тогда как во втором случае (т. е. когда действует принцип презумпции виновности) субъект наказывается в уголовно-правовом порядке, невзирая на то, что фактически не совершал виновного, стало быть, преступного деяния. В силу этого всегда, когда находит признание принцип презумпции виновности, а не невиновности, наказание невиновного субъекта считается более приемлемым, нежели ненаказание (вероятно) виновного лица.

Естественно, с экономической точки зрения, в уголовном процессе допущение презумпции виновности так же оправдано, как, например, допущение в уголовном праве вышерассмотренной прямой или абсолютной ответственности. Однако также очевидно и то, что «общественные средства», выделенные для судопроизводства, должны применяться в строгом соответствии, а не резко вразрез с волей самих граждан, т. е. самих собственников этих «общественных средств». И на самом деле, вряд ли можно найти такого субъекта, для которого допущение в уголовно-процессуальном праве принципа презумпции виновности могло бы быть приемлемым, ибо в таком случае правомерное управление своей волей не создаёт абсолютную гарантию страховки от уголовной ответственности.

Наряду со всем вышеотмеченным относительно презумпции невиновности следует выделить и то обстоятельство, что представленное у Кенни соответствующее воззрение активно развивалось и другими, современными ему криминалистами. Наглядным примером этому может служить следующее утверждение из уголовно-правовой концепции С. Ф. Харриса и после почти векового переиздания его произведения: «Если субъект на расстоянии ярда стреляет из огнестрельного оружия в другого субъекта и убивает его, допустимо предположить, что он предвидел смерть потерпевшего как следствие

---

<sup>185</sup> Ibid., стр. 45-46.



своего деяния. Таким образом, если орган уголовного преследования установит факт выстрела в упомянутых условиях, *mens rea* следует считать наличествующим, и если не будет представлено доказательство (со стороны обвиняемого или иначе), обвиняемый может быть осуждён. Другими словами, суммирование фактов и предположения достаточно для осуждения обвиняемого»<sup>186</sup>. Как видим, и здесь по существу развивается та же точка зрения. – И здесь, как отчётливо видно, задача органа уголовного преследования ограничена установлением объективной стороны преступления.

То, что в британском уголовном процессе стало возможным внедрение принципа презумпции виновности, на наш взгляд, непосредственно связано с неудачным определением истинного теоретического значения вины британскими криминалистами. Иными словами, нет ничего удивительного в том, чтобы действовал принцип презумпции виновности там, где признаётся допустимым невиновная ответственность.

Исходя из всего вышеизложенного, понятие вины в концепции Кенни и в британском уголовном праве в целом развивается в принципиально ином направлении, чем это имело место в творчестве Беккариа или Фейербаха. Следует заметить, что ныне в англо-американском уголовном праве явно прослеживается влияние континентальной уголовно-правовой доктрины (в рассматриваемом случае прежде всего следует подразумевать признание фундаментальных нормативистских положений), но в то же время англо-американская уголовно-правовая доктрина и представленное в этой доктрине понятие вины по-прежнему продолжают развиваться в ярко выраженном специфическом направлении. Тем не менее без представленного выше сочинения Кенни, возможно, не существовало бы и настоящей монографии, ибо мой выбор на уголовное право пал именно в результате изучения этого произведения.

---

<sup>186</sup> A. Hooper, *Haris's Criminal Law*, 21. ed., London, 1968 (1. ed.-1877), стр. 53.

## ФИЛОСОФИЯ УГОЛОВНОГО ПРАВА

**Кант** Понятие вины в философии уголовного права всегда представляла собой одну из самых актуальных проблем, и об этом наглядно свидетельствует творчество не одного выдающегося мыслителя. В настоящем параграфе мы лишь в общих чертах рассмотрим воззрения Канта, Гегеля и Риккерта, равно как соответствующую концепцию Э. Вольфа, которую он формирует на основе философии ценностей Риккерта и теории познания Канта.

Кант полагает, что не наши понятия должны быть ориентированы на предметы и явления, а, наоборот, предметы и явления – на наши понятия. Соответственно, воля и свобода воли лишь настолько могут нас интересовать в связи с проблемой вины, насколько они с этой проблемой связаны, насколько высока степень их диффузии. Все криминалисты, которые подчиняют проблему вины проблеме свободы воли, явно не по существу воспринимают данную точку зрения Канта. Формирование на основе его взглядов теории свободы воли и последующее её интервенирование в учение о преступлении является непосредственной причиной того, что и по сей день вопрос о взаимоотношениях между виной и свободой воли поставлен, мягко говоря, оплошно. Если следовать методологии, принятой в традиционной догматике, окажется, что решение проблемы вины в уголовном праве невозможно без решения проблемы свободы воли в философии. В силу этого такая постановка вопроса, как это имеет место в современном уголовном праве, не может быть оправданной, потому как необъятность и нескончаемость полемики между детерминизмом и индетерминизмом сделали бы существование понятия вины в уголовном праве вовсе не допустимым, исходящие откуда выводы мы ниже подробно рассмотрим.

Затрагивая проблему субъективной воли, Кант выделяет в индивидуе чувственную и мыслительную – т. е. (раз)ум – способности (*sensible und intelligible Welt*)<sup>187</sup>. В то время как воля включает в себя обе из них, желание не выходит за рамки первой способности, согласно чему воля охватывает желание, но не исчерпывается им. Мы не можем утверждать, что представленная

---

<sup>187</sup> I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, 5. Aufl., Leipzig, 1979, стр. 373.

здесь корреляция понятий воли и желания в уголовно-правовом отношении совершенна, но сам факт размежевания Кантом данных понятий должен был оказать на содержание вины важнейшее влияние, что отчасти так и есть, например, ввиду формирования чётко структурированной интеллектуально-волевой схемы вины в традиционной теории уголовного права.

Из перспективы некоторых современных концепций уголовно-правовой вины совершенно немислимо, как деяние одновременно может быть соответствующим воле и противоречащим желанию. Знаменательность этого вопроса наглядно отображается как в умысле, так и в неосторожности. Представители нормативной теории вины считают, что неосторожность – неосновная, всего лишь условная форма вины, так как в ней, по их же утверждению, «не представлена субъективная воля»<sup>188</sup>. На самом же деле речь должна идти о том, что при неосторожном деянии субъект категорически не желал, но волею общественно опасные последствия (так же как при эвентуальном умысле, где, правда, не категорически, но всё же не желал наступления вредного результата). Конкретно же, если при прямом умысле субъективная воля заключается в желании противоправного результата, в остальных случаях она проявляется соответственно как сознательное допущение противоправных последствий (косвенный умысел), неосновательность упования на удачный исход (самонадеянность) и неиспользование возможности предвидения противоправного результата (небрежность), т. е. упомянутая выше интеллектуально-волевая схема психологической теории вины – эффективно действующая система.

Таким образом, в трёх последних подвидах вины деяние субъекта, противореча его желанию, вполне соответствует его воле. Т. е. главное в конечном итоге всего лишь дифференциация волимого (уголовно наказуемого) и неволимого (уголовно ненаказуемого) деяния. Данная позиция, разумеется, значительно отличается от воззрения Канта, но в последнем случае очевидно то формальное сходство, которое выражается в дифференциации понятий воли и желания. А это, т. е. отрицание Кантом идентичности понятий воли и желания, как видно из вышеизложенного, не может считаться незначительным фактором в развитии уголовно-правового понятия вины. Более того, как увидим ниже, данная трансформация находится в прямой связи с возникновением уголовно-правового понятия свободы воли.

---

<sup>188</sup> J. Baumann, *Strafrecht. Allg. Teil*, 2. Aufl., стр. 351.

Достоинно особого внимания исследование взаимоотношения морали и права в концепции Канта. Его утверждение окончательно проливает свет на ключевой вопрос о том, в чём состоит главный разграничительный признак между моральной и уголовно-правовой виной. Установленное или санкционированное в уголовно-правовом порядке каждое правило поведения влечёт за собой определённый вид поощрения или наказания, что воздействует на индивида аттрактивно или превентивно. Фактор внешнего влияния, в свою очередь, вполне лишает деяние всякого морального характера, так как, по Канту, позитивная моральная воля только потому позитивна, что субъект желает её как таковую, стремится к ней внутренне, а не в силу установленного нормой наказания или стимулирования. Следовательно, юридически позитивная и морально позитивная воля – принципиально разные понятия. Для того чтобы обнаружить наличие уголовно-правовой вины, достаточно констатировать, какого вида окончательно сформированная индивидуальная воля, невзирая на то, какие психические процессы предшествовали её формированию. Моральную же вину следует искать не в субъективной воле, а именно в порождающих волю психических переживаниях. Отсюда Кант прямо не заключает, но несложно заметить, что моральная вина для него олицетворяет психическое отношение субъекта к собственной воле, а уголовно-правовая вина включает субъективную волю вне этого отношения и её противоправный характер. Необходимо указать, что Кант в данном случае имеет в виду не индивидуальную или социальную этику отдельно взятую, а этику в целом. Эта точка зрения коренным образом отличается от принятого в уголовно-правовой догматике воззрения, согласно которому основу вины и в уголовном праве, и в морали составляет субъективная воля – с той разницей, что в отношении первого это воля, проявленная в противоправном деянии<sup>189</sup>.

Как видим, с постулатами Канта в значительной мере связано развитие идеи вины, несмотря на то что в его философии уголовно-правовое понятие вины предметом особого анализа не предстаёт. Немаловажно влияние Канта также и на развитие целого ряда других основных понятий уголовного права, включая наказание<sup>190</sup>.

<sup>189</sup> Н. Hart, *Intention and Punishment*, in: *Punishment and Responsibility*, London, 1968, стр. 126.

<sup>190</sup> I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, 5. Aufl., Leipzig, 1979, стр. 198.

**Гегель**

Как известно, в первой половине XIX века философия права и наряду с ней уголовно-правовое учение о вине оказываются уже под влиянием творчества другого немецкого идеалиста Гегеля. Это очередной, в высокой степени прогрессивный этап динамичного развития вины как понятия науки уголовного права.

В своей «Философии духа» Гегель пишет: «Поскольку акт касается непосредственно сущего, в нём моё присутствие в той мере формально, в какой мере внешнее присутствие само по себе разумеется в отношении субъекта. Это внешнее сущее может изменить направление акту субъекта и представить его другим, нежели тем, чем его подразумевал субъект. Хотя каждое изменение как таковое, происходящее в субъекте вследствие действия, является его творением, субъект всё же не может признать все эти изменения своим актом, в сотворённом им признаёт своим – *своей виной* (выделено нами – автор) – только то, что было дано изначально в его знании и воле, что было его намерением»<sup>191</sup>. Самобытность внешнего присутствия, т. е. отношение к субъекту, означает, что деяние (акт) как внешнее проявление воли не всегда совпадает с данной волей. Преобладание в деянии внешнего присутствия над субъективной волей может проявляться и таким образом, при котором эти две стороны крайне противоречат друг другу, т. е. «преступление совершено благим намерением». Согласно этому, Гегель считает, что ответственность должна основываться не на деянии в целом, поскольку оно, как было показано, может быть следствием лишь объективной причинности, а на деянии настолько и в той его части, насколько и в какой его части оно воплощает в себе субъективную волю. Чтобы оставаться логически до конца последовательным, волю следует дополнить знанием, потому как Гегель рассматривает волюнтаривность и интеллектуальность как разные, независимые друг от друга категории, для него воля не включает в себя знание. Сформированная на основе этого гегелевская вина ведёт к полной нейтрализации безокой каузальности относительно определения ответственности, т. е. субъективная сторона преступления у Гегеля не просто необходимая, а единственная, исчерпывающая предпосылка уголовной ответственности. Иной вывод из вышепредставленного суждения исходить не может.

Логическим продолжением этого является приведённое Т. В. Церетели следующее воззрение немецкого философа: «По мнению Гегеля, наказуемая неправ-

<sup>191</sup> გ. ვ. ფ. ჰეგელი, გონის ფილოსოფია, თბილისი, 1984, სტრ. 292.

да представляет собой сознательное противопоставление отдельной воли общей воле. Исходя из этого, к уголовной ответственности должно привлекаться только то лицо, которое действовало умышленно, так как только при умысле существует сознательное волевое отношение к противоправному результату»<sup>192</sup>.

Однако в таком случае чем объясняются следующие слова Гегеля: «Разумеется, это не моё собственное деяние, когда предметы, собственником которых являюсь я и которые как внешние находятся в разновидности взаимосвязи и действуют (или же я сам как механическое или живое тело), вызывают вред в отношении других, но это более или менее всё-таки должно составлять для меня основание для определённой ответственности, так как эти предметы – моя собственность и они, исходя из этой их принадлежностной природы, подчинены моему покровительству, вниманию и т. п.»<sup>193</sup>. Для права в общем не чужды такие случаи, в которых невиновное деяние может повлечь ответственность. Но здесь безусловно подразумевается непосредственное участие самого субъекта. Вред причиняется не источником повышенной опасности, а субъектом посредством источника повышенной опасности, и вред рассматривается не как материально-объективная, а как субъективно-идейная категория. Поэтому нельзя представить себе и индивида – с точки зрения ответственности – только в виде механического или живого тела. Впрочем, иногда уголовная ответственность действительно представлена и при отсутствии субъективного поведения. С другой стороны, даже конкретно в уголовном праве можно найти немало таких случаев, когда противоправный результат и уголовная ответственность вызваны спонтанным движением предмета, а не непосредственным деянием индивида. Наглядной иллюстрацией этого может служить, например, самоотделение фрагментов износившегося кровельного покрытия частного дома, повлекшее причинение вреда пешеходам. Но здесь несомненно дано деяние собственника, выражающееся в преступном бездействии (несвоевременная реставрация кровли, отсутствие предупреждающих знаков и т. д.), т. е. имеем дело с наличием воли. И этот последний момент – необходимая предпосылка

<sup>192</sup> თ. წერეთელი, თანამედროვე ბურჟუაზიულ კრიმინალისტთა მოძღვრება ბრალზე, სტრ. 4.

<sup>193</sup> G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Sämtliche Werke, Bd. VII, 3. Aufl., Stuttgart, 1952, §116.

уголовной ответственности, в силу чего цитированное утверждение Гегеля вряд ли может плодотворно соответствовать уголовно-правовой перспективе.

Не менее проблематична и следующая точка зрения Гегеля: «1) Акт по своему эмпирично-конкретному содержанию имеет разнородную множественность частных сторон и связей; в аспекте формы для субъекта этот акт наверняка заведом, и он желает его по существенным определённым, содержащим в самом себе эти отдельные показатели. Это право замысла. Умысел касается только непосредственно сущего, замысел же – субъективной стороны и его цели. 2) Субъект имеет право и на то, чтобы частная определённая содержания в его акте для него была бы не внешней по своей материи, а включала бы и собственную частную определённую самого субъекта – его потребности, интересы и цели (...)»<sup>194</sup>. Это несомненно напоминает выдвинутый представителями классической школы (Биндингом, Биркмейером и др.) тезис о том, что субъект во всех случаях желает общественно опасный результат, даже тогда, когда он в отношении этого результата настроен небрежно. Однако, в отличие от них, Гегель ограничивает такую кондицию лишь стадией замысла как субстанциальной стороной сущего и безотлагательно противопоставляет данному трансцендентальному желанию реальное содержание желания, включающее индивидуальные потребности, интересы, цели, мотивы. В силу того что в акте субъекта частная определённая содержания не является для него внешней и указывает также на его собственную частную определённую, можно сказать, что субъект действительно желает свой акт в целостности, но объектом его желания предстаёт весь акт как выражение собственной частной определённости, т. е. потребностей, целей, а не акт в самом себе и для себя самого. Подобный подход Гегеля к субъективному акту находит свой отклик и в современном грузинском уголовном праве, в частности, по Б. В. Хорнабуджели, «преступление представляет собой лишь способ (средство) осуществления психологического поведения, а не собственно поведение»<sup>195</sup>.

Несмотря на определённую противоречивость воззрений Гегеля с уголовно-правовой точки зрения, им вводится целый ряд новых понятий, на которые наука уголовного права по сей день неизменно опирается. «Этими понятиями являются волевая вина (Willensschuld), субъективная воля, внеш-

<sup>194</sup> გ. ვ. ფ. ჰეგელი, გონის ფილოსოფია, სტრ. 293.

<sup>195</sup> Б. В. Хорнабуджели, Психологическая сторона вины, стр. 6.

нее сущее, условие обстоятельства, основание и причина, представление, цель, случайные и необходимые последствия (...)»<sup>196</sup>. Наиболее важная из них, безусловно, конструкция волевой вины, без которой уголовно-правовая вина уже вряд ли мыслима.

**Философия ценностей**      Понятие вины находит значительное развитие и под влиянием теории ценностей. А именно Риккерт в своей философии ценностей впервые конфигурирует понятие вины в аксиологически приоритетном ракурсе. Он, прежде всего, отвергает абсолютность нормативной этики, так как считает, что провозглашение определённого правила поведения обязательным вовсе не удостоверяет его абсолютный характер. Таковым он признаёт формирующуюся в самом индивидуальном представлении систему норм, которые представляют собой объективную единицу и должны осуществляться в представлении же индивида. На наш взгляд, на основе этого утверждения целесообразное восприятие вины не может достигаться. И это в силу целого ряда причин.

Прежде всего, формирующаяся в индивидуальном представлении та или иная ценность уже в силу того не может быть абсолютной, что это ценность и тем самым представляет собой субъективную категорию.

Во-вторых, абсолютность не следует понимать прямолинейно. Ввиду этого недостаточна относительная устойчивость конкретной ценности в представлении конкретного индивида, это должно сопровождаться конгруэнтностью межиндивидуальных ценностей, которая, в свою очередь выделялась бы статичностью, нединамичностью.

И, наконец, абсолютизация субъективных ценностей, их отрыв от существующей действительности, включая социальный мир, может рассматриваться как прямое отрицание уголовно-правовой вины и социально значимой идеи вины в целом: в понятии вины вполне возможно выделение индивидуального или метаиндивидуального момента, но полное исключение какого-либо из них в правовом понятии не представляется допустимым (в данном случае – нормативного, т. е. внешнего момента).

**«Судебная вина»**      На основе философии ценностей Риккерта и теории познания Канта Э. Вольф создаёт весьма оригинальную теорию вины. Понятие уголовно-правовой вины, по Э. Вольфу, дуалистично: вина как оценочное суждение судьи (*richterliches Werturteil*) и вина

<sup>196</sup> G. Nass, *Wandlungen des Schuldbegriffs*, стр. 86.



как понятие науки уголовного права<sup>197</sup>. «Судебная вина» представлена как оценка, выраженная судьёй в качестве представителя государственной власти в отношении конкретного неисполнения предусмотренной уголовным законом индивидуальной обязанности.

Другой вид вины определяется как этическая упречность неисполнения обязанности.

В чём состоит различие? «Судебная вина» подразумевает криминально-политическую, государственную оценку деяния, а не нормативно-теоретические конструкции науки уголовного права. В то время как наука уголовного права основной акцент делает на этическую упречность деяния, в рамках уголовной политики государства всё внимание фокусируется на нарушении уголовно-правовой обязанности, т. е. здесь выделена не этическая, а собственно правовая упречность.

Э. Вольф не разделяет утверждений Мейера и А. Г. ц. Дона относительно того, что единственным основанием ответственности является характер как центральный компонент индивидуальности. Он полагает, что существование ответственности, т. е. виновности и наказуемости целиком зависит соответственно от признания или негации свободы вины. Вместе с тем Э. Вольф отмечает: «Очевидно для всех, что проблема свободы воли юридическими способами нерешаема. Но мы уже ведаем и о том, что методологически в рамках юриспруденции она и не может проявляться. Эмпирически-психологическая воля вечно детерминирована, но только как реализатор умысла. А оценки этого умысла, установления упречности несколько не касаются причинная обусловленность волевого акта, в силу чего усматривать теоретическую проблему вины в свободе воли – систематическая (? – автор) оплошность»<sup>198</sup>. Тем самым Э. Вольф отчасти признаёт детерминизм и своей индетерминистской позиции явно противоречит. Но именно это его последнее воззрение заслуживает куда большего внимания.

Некоторые другие представители вышеупомянутого аксиологического направления полагают, что ценность для личности составляет всё то, что соответствует её устремлениям и интересам, а противоценность (Unwert) – это

---

<sup>197</sup> См. E. Wolf, *Strafrechtliche Schuldlehre*, Teil I, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1928.

<sup>198</sup> *Ibidem*.

то, что противоречит этим устремлениям и интересам<sup>199</sup>. Но если, с одной стороны, ориентиром свободной воли объявляется индивидуальная ценность, а с другой – индивидуальная ценность представляется как механическая коллекция субъективных устремлений и интересов, напрашивается вывод, что окончательный критерий свободного выбора составляют именно интересы и устремления индивида. Это само собой обращает момент свободы в прах, и, вообще, «свободный выбор», как уже отмечалось, скорее всего, является плеоназмом, ибо в выборе уже заложен момент свободы. Принуждая субъекта действовать из множества возможностей в соответствии с какой-либо конкретной из них, нельзя сказать, что субъект эту возможность выбрал. И вновь: выбирает тот, кто принуждает, а не тот, кого принуждают.

**Уг.-правовое понятие  
свободы воли**

Хотя следует совершенно согласиться с Э. Вольфом в следующем: то, что именуется в философии свободой воли, не может определяюще воздействовать на уголовно-правовое содержание вины, во второй половине его вышепредставленного утверждения менее прослеживается подобная последовательность. Заблуждение же заключается в том, что отрицание уголовно-правового значения философского понятия свободы воли не означает того, что свобода воли во всяком своём проявлении в уголовно-правовом отношении иррелевантна. Разве может наказываться лицо без выяснения того, ограничена ли его воля особыми внутренними или внешними факторами и если да, то в какой мере? Разумеется, в таком случае к уголовной ответственности может привлекаться и душевнобольной, и лицо, действующее под принуждением, несмотря на то, было ли это принуждение непреодолимым. Однако когда речь идёт об уголовно-правовой релевантности ограниченности субъективной воли и степени данной ограниченности, очевидно, что не представляется возможным и отрицание уголовно-правового значения свободы воли и степени свободы воли как обратно пропорциональных понятий этим первым понятиям.

Исходя из этого, наглядно вырисовывается *необходимость формирования уголовно-правового понятия свободы воли.*

В виде аналогии можно привести корреляцию философского и уголовно-правового понятий причинной связи. С философской точки зрения (теория

<sup>199</sup> См. Н. Rohrer, Einführung in die Psychologie (цитировано по G. Nass, Wandlungen des Schuldbegriffs).

эквивалентности), в причинной связи с неосторожным лишением жизни находится не только сам водитель, управлявший автотранспортным средством, а также и продавец, продавший этот автомобиль, равно как персонал автомобильного завода, изготовившего данный автомобиль и так до бесконечности, тогда как уголовно-правовое понятие причинной связи (теория адекватности) действия последних лиц не охватывает. Как отсюда явствует, философское понятие причинной связи в уголовно-правовом отношении непригодно, однако если вследствие этого полагать, что причинная связь – irrelevantное в уголовно-правовом отношении понятие, получится, что в вышеприведённом случае для уголовного права безразлично, смерть потерпевшего наступила до столкновения как следствие другой, независимой причины или в результате столкновения. Именно поэтому уголовное право, не признавая причинную связь в философском понимании, формирует собственное понятие причинной связи.

В силу того что и в случае проблемы свободы воли имеем дело, строго говоря, не просто с аналогичной, а с абсолютно идентичной ситуацией, безусловно следует признать неизбежность формирования уголовно-правового понятия свободы воли, в соответствии с чем: *свобода воли в уголовно-правовом понимании – это свобода умысла и неосторожности = отсутствие исключающих вину обстоятельств.*

**Социологическая теория вины** Придание в вышепредставленной философии ценностей преувеличенного значения индивидуальной ценности в отношении социальной этики чревато и множеством других несовпадений. Несмотря на это, данная концепция оказала гораздо более позитивное влияние на совершенствование понятия вины, чем созданная Гольдом фон Фернеком социологическая теория вины, опирающаяся на диаметрально противоположных принципах. Здесь индивидуальная этика, в отличие от философии ценностей, совершенно игнорирована, и понятие вины основывается не на нормативной оценке, а на психосоциальном познании. Предмет интереса социологической теории составляет только сущее. Должное и исходящая отсюда вина как нарушение обязанности не то чтобы с акцентом, но даже и вскользь нигде не упоминается. Нарушенное правовое добро и причинно-следственное отношение к правовому добру – это те две теоретические опции, на которых социологическая теория основывает вину.

Хотя для социологической теории главное нарушенное правовое добро, а не нарушение правового добра, преступное деяние здесь лишь настолько значимо в уголовно-правовом отношении, насколько оно рассматривается как симптом социальной опасности индивида. Иными словами, всякое старание социологизма направлено на выделение общественной опасности личности делинквента и параллельно с этим пренебрегается общественной опасностью деяния. Вопрос о виновности и ответственности определяется в данной теории не в соответствии с отдельным деянием, а с личными качествами делинквента, обуславливающими общественную опасность, т. е. вину. Тем самым наряду с Фернеком и другие социологи (Гроссман, Наглер) перевоплощают уголовно-правовую вину из признака преступления в признак субъекта преступления. Вследствие подобного подхода иной вывод и не мог быть достигнут, так как уголовно-правовая вина – проблема уголовного права, а не социологии.

*Часть II*

## **ТЕОРИИ**

## Глава III

### ПСИХОЛОГИЧЕСКАЯ ТЕОРИЯ ВИНЫ

– §1 –

#### ФОРМАЛЬНО-ЛОГИЧЕСКИЙ АСПЕКТ ПСИХОЛОГИЧЕСКОЙ МОДЕЛИ ВИНЫ

**Систематический ракурс**      В современном грузинском уголовном праве психологическая теория вины по инерции рассматривается как рудимент советской уголовно-правовой доктрины и зачастую принимается за выражение специфически советского уголовно-правового мышления.

В то же время, как будет показано в рамках анализа воззрений Б. С. Утевского, этот последний и наряду с ним не один другой советский криминалист в качестве основного аргумента неприемлемости психологизма приводили именно то, что рассматриваемая теория была сформирована в буржуазном уголовном праве – а именно Францом фон Листом – и в силу этого она должна была классифицироваться именно как специфически буржуазное уголовно-правовое направление.

В отношении вышеуказанного следует заметить, что в советском уголовном праве только после того прослеживались попытки преодоления психологизма, как буржуазная уголовно-правовая догматика его окончательно преодолела.

Вместе с тем здесь же необходимо отметить и то, что в психологической теории вины неубедительно конструируется не только собственно догматический аспект вины, здесь также неудачно определяется и место вины в систематике, равно как систематическое значение вины в общем.

Вина в психологической теории является не самостоятельным элементом преступления, а относится к составу преступления, где она некоторыми авторами рассматривается как в целом субъективная сторона состава преступ-

ления, а другими – в качестве компонента субъективной стороны состава преступления.

Подобное определение места вины в систематике, прежде всего, ведёт к явно неупорядоченному формально-логическому взаимоотношению понятий вины и противоправности. Дело в том, что в соответствии с системой преступления, представленной в психологической теории, противоправность в отличие от вины интегрирована не в состав преступления, а выносится за его пределы и рассматривается как второй основной элемент преступления. Согласно же представленной здесь методике, не установление вины должно зависеть от наличия противоправности, а, наоборот, противоправность как систематически более высокая ступень относительно вины должна констатироваться только в условиях уже констатированной вины, что является грубой незакономерностью.

Действительно, в чём может быть субъект виновен в условиях неопределённой противоправности? Можно ли говорить в уголовном праве о виновном осуществлении правомерного деяния?

Понятно, что должным образом структурированное понятие преступления не должно оставлять возможность для подобных выводов. И, что наиболее важно, как мы увидели выше, главной причиной этому служит именно отсутствие систематической самостоятельности вины.

Наряду с этим, нельзя не заметить, что традиционная психологическая модель вины продолжает активно развиваться в уголовно-правовой доктрине некоторых стран. И здесь подразумевается как догматический, так и систематический аспект. Наглядным примером этому служит господствующее в российском уголовном праве учение. Однако это отнюдь не составляет закономерное следствие развития русской уголовно-правовой мысли: как известно, уже Б. С. Утевский, Н. В. Лясс и другие видные русские криминалисты не одно десятилетие тому назад довольно убедительно обосновывали неприемлемость психологизма. Хотя тут же следует выделить и то, что представленная ими критика ограничивалась лишь догматическим аспектом вины и ничего по существу не содержала с точки зрения чрезвычайно ненадёжной определённости систематического значения вины. Иначе говоря, в российском уголовном праве никогда не намечалась тенденция абсолютного отрицания психологического понятия вины.

С систематической точки зрения, принципиально то же самое касается и грузинского советского уголовного права. И в психологически-нормативной (психо-нормативной) теории вины, которая нами выше была упомянута как самостоятельная теория вины, сформировавшаяся в грузинском уголовном праве, ничуть не просматривались попытки отрицания господствующего в психологическом учении двухпризначного понятия преступления и тем самым – вины как интегрального элемента состава преступления. С другой стороны, на протяжении последних нескольких лет уже имеем дело с существенно иным состоянием. В современном грузинском уголовном праве на сегодняшний день чётко выделяется тенденция признания трёхпризначного понятия преступления, которое именуется нормативной системой преступления. Ныне эта система действительно преобразована в нормативную модель, но не следует забывать, что столь прагматичное трёхпризначное понятие преступления было создано Листом и Белингом в условиях господства и на основе психологической теории вины. В силу этого в рамках исторически справедливого созерцания проблемы нельзя обходить стороной тот факт, что концептуально *трёхпризначное понятие преступления – это психологическая модель преступления.*

**Догматический ракурс** Однако коснёмся непосредственно догматического аспекта психологического понятия вины, т. е. собственно того, в чём выражалось определение уголовно-правового понятия вины, представленного в психологической теории.

Грузинское советское уголовное право – в теории до формирования Т. В. Церетели смешанной модели вины, а официально и после – дефинировало вину как психическое отношение лица к своему общественно опасному, противоправному деянию и его вредным последствиям, выраженное в умысле или неосторожности.

Из настоящей дефиниции сразу же бросается в глаза неадекватное отношение вины к понятию преступления. Если вина – признак понятия преступления и в то же время определяется как психическое отношение к преступному деянию в целом (основанием для такой интерпретации служит, например, то, что как противоправность, так и общественная опасность здесь в качестве самостоятельных признаков преступления ранжируются выше вины), то получаем следующий силлогизм:



Вина – психическое отношение к преступному деянию.

Вина – элемент преступления.

---

Вина – психическое отношение к вине.

Как видим, вина не может представлять собой психическое отношение к преступному деянию в целом. Ввиду этого было бы гораздо логичнее говорить о психическом отношении только к объективной внешней стороне преступления. Однако внешняя сторона преступления не является моноклеточным понятием. Она состоит из таких частей, как общественная опасность деяния и результата, существующая между ними причинная связь, форма (действие или бездействие), место, время и обстановка совершения преступного деяния. Таким образом, было бы также неосновательно рассматривать вину в виде психического отношения к внешней стороне как к неделимому целому. Лишь исследование взаимоотношения с её отдельными компонентами может со всей чёткостью выявить, что означает в действительности психическое отношение делинквента к объективной стороне преступления.

А то, что вина не может пониматься как психическое отношение, например, к общественно полезному деянию и что, следовательно, общественная опасность и противоправность деяния иерархически не могут располагаться выше вины (кстати, согласно альтернативному подходу традиционной теории, признак общественной опасности относился к составу преступления), само собой разумеющийся другой вопрос.

## ВИНА И ЭЛЕМЕНТ ОБЩЕСТВЕННОЙ ОПАСНОСТИ

### Традиционный подход

А. А. Пионтковский общественной опасностью как необходимым признаком понятия преступления считал причинение вреда или опасность причинения вреда общественным интересам в целом или общественно значимому субъективному праву или правовому добру<sup>200</sup>. Однако существует ли такое юридическое право, которое не отличалось бы общесоциальным значением? Разумеется, нет.

С другой стороны, при преступном нарушении определённого права это последнее нарушается не как правовой институт в целом, а только как определённая юридическая возможность отдельного гражданина. А в таком случае деяние вовсе не является общественно опасным<sup>201</sup>, о чём выразительно отмечала Т. В. Церетели: «Преступление, каким бы тяжким оно ни было, не создаёт непосредственную опасность для существования общества. Таковую непосредственную опасность могут создать лишь некоторые тяжкие государственные преступления, и то в определённых условиях. Преступление создаёт опасность для той конкретной общественной опасности, т. е. для того объекта, против которого оно направлено. Утверждение того, словно каждое преступление создаёт непосредственную опасность для условий существования общества, следовательно, для всего его политического и общественного строя, фактически означает отождествление индивидуального преступного акта с преступностью как таковой»<sup>202</sup>.

Отсюда можно заключить, что, согласно Т. В. Церетели, преступление только в том случае может быть общественно опасным, если оно направлено против общества в целом, а не против отдельных её членов. В соответствии с

---

<sup>200</sup> А. А. Пионтковский, Учение о преступлении по советскому уголовному праву, Москва, 1961, стр. 29.

<sup>201</sup> Правда, помимо некоторых исключений, нарушение субъективного права, охраняемого в уголовно-правовом отношении, априори расценивается как посягательство на публичный интерес, но, во-первых, «публичный» означает государственный, а не общественный и, во-вторых, утверждая, что преступление, причиняя вред публичному интересу, в то же время публично опасно, выходит, что субъективное деяние в отношении одного и того же объекта в одно и то же время может быть как вредным, так и опасным, что логически немыслимо.

<sup>202</sup> თ. წერეთელი, გ. ტყეშელაძე, მოძღვრება დანაშაულებზე, სტრ. 37.

этим умышленное убийство, если оно не совершалось с целью подрыва или ослабления государственной власти, вредно для самих потерпевших в результате этого деяния лиц, а не для общества в её целостности. Правда, убийство подразумевает физическое уничтожение члена общества, и в силу этого налицо также и вред, причинённый непосредственно обществу – оно численно сокращается (несмотря на то, что преступление не было направлено против общества в целом), но это нисколько не ставит под сомнение прогрессивность концепции Т. В. Церетели по сравнению с воззрениями других советских криминалистов, при том условии, что убийство в рассматриваемом контексте может быть классифицировано как исключение. В остальных случаях, начиная с кражи личного (частного) имущества и заканчивая тяжким телесным повреждением, позицию грузинской криминалистки легко понять.

Т. В. Церетели следующим образом обобщает своё предположение: «Однако было бы неверно полагать, что поскольку каждое преступное деяние непосредственно направлено против определённого объекта и, следовательно, создаёт опасность для определённой конкретной общественной опасности, оно в то же время не представляет собой посредственную опасность для условий существования общества. Причиняя вред непосредственно конкретному общественному отношению, входящему в комплекс общественного строя как один из его элементов, посягая на одну сторону правопорядка, являющейся составным элементом этого правопорядка, преступление тем самым создаёт опасность для всего общества, всего правопорядка. Т. е. отдельное преступление нарушает непосредственно конкретное общественное отношение и только непрямо – всю систему общественных отношений»<sup>203</sup>. Мы не случайно упоминаем воззрения Т. В. Церетели в связи с вопросом об общественной опасности деяния. На наш взгляд, вышеприведённая позиция логически гораздо более приемлема по сравнению со всеми теми позициями, которые с переменной убедительностью высказывались другими советскими криминалистами. Но совершенное изучение этого вопроса советское уголовное право в определённой степени держало в ежовых рукавицах, что отчётливо отображается и в воззрениях Т. В. Церетели.

В то же время необходимо выделить и то обстоятельство, что ещё Беккариа пытался решить рассматриваемую проблему в аналогичном виде. «Любое преступление, – пишет Беккариа, – даже если оно совершено только в отно-

---

<sup>203</sup> Ibid., стр. 37-38.

шении частного лица, оскорбляет всё общество; но не всякое преступление направлено непосредственно во вред обществу. Деяния, касающиеся моральной сферы, так же как результаты, входящие в физическую сферу, имеют ограниченный круг последствий и, подобно любому другому феномену, зависят от времени и пространства. В силу этого только софистическая (*cavillosa*) интерпретация, обычно составляющая при тирании целую философию, способна отождествлять друг с другом то, что строго разграничивается элементарной истиной»<sup>204</sup>. Беккариа совершенно справедливо заостряет внимание на том, что субъективное деяние в общем имеет «ограниченный круг последствий», что, в свою очередь, означает акцентирование того, что суждение о субъективном деянии не должно выходить за указанный круг последствий. В то же время, как заключаем из последней половины вышецитированного утверждения, декларирование того, что каждое преступное деяние создаёт опасность для всего общества, по своей сути характерно для крайне недемократического уголовного законодательства. То, почему здесь в каждом отдельном случае отдаётся предпочтение суждениям об общественной опасности, на наш взгляд, несложно понять, но одновременно с этим абсолютно неясно, в силу какой конкретной причины рассматриваемая точка зрения продолжает господствовать в современном уголовном праве, где уже широко признаются все соответствующие демократические принципы, т. е. что вынуждает нас пренебрегать упомянутой Беккариа «элементарной истиной»?

На самом же деле игнорирование существующей действительности в современном уголовном праве ничем не может быть оправдано, так как на сей раз приоритетное значение придаётся таким моментам, как логическая соразмерность, точность, теоретическая непредвзятость, а не гипотетической воле законодателя, что делает недопустимым отрыв уголовно-правовых понятий от существующей действительности.

С учётом вышеуказанного Беккариа значительно опережает современное ему уголовно-правовое мышление, когда полагает, что конкретное преступление лишь редчайше создаёт опасность всему обществу и ввиду этого преступное деяние в большинстве случаев не может признаваться как общественно опасное. Согласно этой концепции, становится возможной диффе-

---

<sup>204</sup> Ч. Беккариа, О преступлениях и наказаниях, стр. 41-42.

ренциация опасности преступного деяния не только по степени, но и по виду (форме), что теоретически чрезвычайно важно.

Вместе с тем здесь же следует отметить и то, что Беккариа относительно рассматриваемого вопроса не остаётся до конца последовательным, поскольку он в качестве главного масштаба преступлений, как было показано выше, рассматривает «причинённый обществу вред». Как нам кажется, не должно быть спорным, что у Беккариа таким образом представлены две взаимоисключающие перспективы: если преступление в каждом отдельном случае в силу того не может называться общественно опасным, что оно обычно создаёт опасность не непосредственно обществу, жизни, имуществу и т. п. его отдельного члена или ограниченного числа отдельных членов, становится недопустимым утверждение того, словно каждое преступление причиняет вред обществу в целом. А иначе можно сказать, что вследствие последней позиции Беккариа сам же отрицает тот принцип, в пренебрежении которым он упрекал господствующую доктрину. Наряду с этим, если руководствоваться изначальной логикой Беккариа, получится, что преступное деяние лишь изредка содержит общественную вредность, преимущественно же преступление вредит конкретному индивиду или строго определённой группе индивидов, – тому, кто в уголовном праве называется потерпевшим. И это уже несомненно так и есть. Однако если вместе с тем пытаться утверждать, что преступное деяние, причиняя вред определённому субъекту как члену общества, является посредственно вредным для всего общества, тут же окажемся перед чередой непреодолимых противоречий. Так, например, самооборонительные действия, осуществлённые в состоянии необходимой обороны, современными криминалистами в унисон признаются как общественно полезные. Главным основанием этого считается то, что указанные действия направлены на защиту интересов, признанных в уголовно-правовом отношении, от общественно опасных посягательств, что способствует упрочению правопорядка. Согласно этому, как лишение жизни, так и телесное повреждение в состоянии необходимой обороны без превышения её пределов следует рассматривать как общественно полезные деяния. В то же время здесь налицо причинённый нападающему вред, и если признавать, что деяние, которое «причиняя вред определённому субъекту как члену общества, посредственно вредно для общества в целом», то необходимо заключить, что деяние, осуществлённое в состоянии необходимой обороны, в одно и то же время является как общественно полезным, так и общественно вред-

ным. Вне сомнения, постулат, который ведёт к подобной противоречивости, решительно неприемлем.

**Новое понимание**      Взаимоотношение общественной опасности деяния и общественной опасности результата, размежевание понятий опасности и вреда – это те основные аспекты, ненадлежащее определение которых по сей день препятствует окончательному решению данной проблемы. В силу этого указанную тематику необходимо осмыслить эссенциально по-новому.

Предлагаемое нами понимание вопроса состоит в следующем: *а) общественная опасность преступного деяния прекращается с наступлением вредного результата, б) а результат в силу имманентно присущих ему особенностей никогда не может быть опасным, он только вреден.*

Иначе говоря, понятие опасности включается только в субъективное деяние как детерминант вредных последствий. Когда законодатель в случае криминализации того или иного деяния объявляет его общественно опасным, это означает, что адресат указанного деяния в будущем неопределён – это может быть любой член общества, т. е. деяние представляет собой опасность для всего общества лишь в силу того и лишь настолько, в силу чего и насколько в настоящем мире не определено, кто конкретно в мире будущем потерпит вред от его совершения. Это и есть центр тяжести общественной опасности!

Однако с момента совершения преступления данное преступное деяние в большинстве случаев лишается общественной опасности. Если оно непосредственно повлекло вредный результат, и главным образом это так и происходит, то *деяние тем самым из общественно опасного превращается в индивидуально вредное*; а если между совершением деяния и наступлением результата дан определённый интервал, имеем дело *с конкретно-индивидуальной или вновь с абстрактной общественной опасностью* в зависимости от того, совершённым деянием определился ли точный адресат вредных последствий. Например, в первом случае ложное показание свидетеля в отношении конкретного лица или во втором – заминирование автомобильного моста без определённости будущих жертв. Таким образом, *общественную опасность следует отличать 1) как от конкретной, индивидуально определённой опасности, так и от 2) конкретного, индивидуально определённо-*

*го вреда; наряду с этим 3) необходимо размежевать понятия общественного и конкретного вреда.*

Из вышепредставленного анализа не следует делать скоропостижный вывод, словно преступление вообще не может быть общественно вредным. Предмет нашего утверждения составляет то, что все преступления в силу неопределённости в будущем его конкретно определённого адресата общественно опасны и, как правило, общественно безвредны. Однако это не исключает при отдельных преступлениях возможность наступления общесоциального вреда (например, при государственной измене), откуда можно заключить: *а) преступное деяние с наступлением вредного результата лишается общественной опасности<sup>205</sup>, превращаясь во вредное и б) вред уже, как правило, является не общесоциальным, а индивидуально определённым вредом, локализованным в конкретном социальном, правовом отношении* (формально он, в свою очередь, может именоваться общественным вредом, но не по существу: если, например, вред выражается в смерти, т. е. где вред есть смерть, следует учитывать, что общество не мертво).

Согласно первому выводу: вредным является деяние, результат которого наступил; опасным является деяние, результат которого может наступить. Главным моментом здесь является категориальная разница, существующая между опасностью и вредом: опасность – абстрактная категория, вред – реальная.

Отсюда уже наглядно видно, в каком отношении находятся преступное деяние и результат с понятием общественной опасности – это полярно противоположные отношения.

Помимо всего этого, коренным образом видоизменяется и психическое отношение к общественной опасности деяния. В отличие от законодателя, который не ведает, кого конкретно коснётся нарушение уголовно-правовой нормы, субъект преступления, не принимая во внимание некоторые исключения, ясно себе представляет, на правовое добро какого гражданина или каких граждан посягает его противоправное деяние. Например, когда субъект планирует похищение женщины с целью заключения брака, несложно

---

<sup>205</sup> Если речь продолжается о юридически организованном обществе, а не переключается на естественное состояние, где вредное деяние может обрести силу авторитета прецедента.

распознать, что личность потерпевшей для него определена наверняка<sup>206</sup>. В силу этого общественная опасность деяния может характеризоваться как понятие, существующее лишь в представлении законодателя, которое в сознании делинквента не наличествует никогда, за исключением тех случаев, когда он чётко не предвидит адресата противоправных последствий своего деяния.

Тем не менее то, что субъект осознаёт конкретно опасный характер своего деяния и соответствующие вредные последствия, ещё безусловно не указывает на психическое отношение к ним. Психологическая теория вины подразделяется на два почти противоположные направления – на волевую теорию (*Willenstheorie*) и на теорию представления (*Vorstellungstheorie*). Согласно волевой теории, психическое отношение конституируется волевым результатом. В теории представления для этого достаточно и предвидения результата. Франк, анализируя психологизм, в связи с рассматриваемой проблемой выделяет и третий момент – рефлексию.

Так, что же формирует психическое отношение к общественной опасности деяния и вредности последствий: в момент совершения преступления мышление о вредном результате, его знание или воление (желание)? На наш взгляд, ни одно из них необходимой составляющей не является. Психическое отношение лица к опасности своего деяния и вредности его последствий совершенно исчерпывается уже и в возможности представления этого результата, несмотря на то, сформировалось у него это представление или нет. При преступлении, совершённом по небрежности, субъект хотя ни мыслил о вредном результате, ни представлял и ни желал его, но имел реальную возможность его представления и неиспользование такой возможности является наглядным подтверждением наличия интересующего нас психического отношения. Усмотрение этого может быть связано с определёнными сложностями только в том случае, если отождествлять проблему психического отношения и проблему сознания противоправности. Это два разных по существу вопроса, как формально, так и материально.

---

<sup>206</sup> В процессе гармонизации национального законодательства с правотворчеством Евросоюза данный состав преступления прекратил существование в самостоятельном виде, с указанием реформаторов на то, словно состав по своему содержанию устарел, что, однако, не соответствует действительности: в стране по-прежнему действует институт ответственности.



Ошибочная интерпретация именно психического отношения обусловила в рядах нормативистов распространение того мнения, согласно которому данный признак содержится только в умышленной вине. Р. Буш следующим образом анализирует психологическую теорию вины: «Психическое отношение преступника к своему деянию представлено умыслом или неосторожностью. Умысел и неосторожность – это формы или виды вины, вменяемость – их предпосылка. Однако психологическое понятие вины реально не могло прийти к взаимосвязи умысла и неосторожности как альтернативных признаков преступления, так как психическое отношение содержится только в умысле, а неосторожность включает не психическое отношение, а возможность психического отношения»<sup>207</sup>. Это типичный пример изложения психического отношения с искусственно редуцированным содержанием, когда возможность представления вредных последствий не рассматривается как достаточное условие. Естественно, и по предложенному нами признаку допустима дифференциация психического отношения, существующего при умысле, и психического отношения, существующего при неосторожности, но не как наличия этого отношения и возможности его наличия, а лишь *в виде прямого и косвенного психического отношения*. Это ничего по существу не меняет, ибо психическое отношение как таковое по-прежнему дано.

Таким образом, к анализированным выше элементам объективной стороны преступления психическое отношение субъекта – действительность, если учитывать и замечания, высказанные нами в адрес содержания этих элементов, в частности то, что *психическое отношение распространяется не на общественную опасность деяния и его последствия, а на конкретную, индивидуально определённую опасность деяния и конкретную, индивидуально определённую вредность результата*.

---

<sup>207</sup> Н. R. Busch, *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre*, Tübingen, 1949, стр. 4.

## КАУЗАЛЬНОСТЬ КАК ФАКУЛЬТАТИВНЫЙ ЭЛЕМЕНТ ПСИХИЧЕСКОГО ОТНОШЕНИЯ

**Традиционный подход** Тем более не может быть позитивно перспективным исследование психического отношения к причинной связи между деянием и результатом. Это обусловлено тем, что причинная связь между деянием и результатом не является конститутивным элементом объективной стороны преступления, обоснование чего значительно облегчает опыт, накопленный в зарубежной уголовно-правовой теории.

Какое отношение может существовать между виной и причинно-следственной связью между деянием и его последствиями? «Установление каузальной связи, – указывает Р. Маурах, – не касается оценки деяния преступника в качестве правомерного или противоправного, виновного или невиновного; так как каузальность и противоправность или вина не представляют собой вопросы одной и той же теоретической орбиты, они должны быть строго обособлены друг от друга, как это почти всегда имеет место как в практике, так и в литературе уголовного права»<sup>208</sup>. Вследствие этого Р. Маурах делает вывод, что проблема каузальности за пределы объективной стороны состава деяния не выходит. Строгая систематическая дифференциация вины и причинности представляется необходимой и Г. Шпенделю: «Каузальная связь в силу своих структурных свойств никогда не может быть объектом оценочного суждения. Поэтому вопрос причинности важен только в отношении фактической связи между деянием и результатом, при котором не проявляется и не может проявляться аспект противоправности и вины»<sup>209</sup>. Необходимо отметить, что и Р. Маурах, и Г. Шпендель совершенно приемлемо определяют отношение вины как признака преступления к проблеме каузальности. Несмотря на то, где располагается вина – в сфере состава преступления или за её пределами, вина и каузальность всегда требуют разъединения, потому как наука уголовного права не обладает никаким средством, обеспечивающим их непосредственную формально-логическую взаимосвязь. Эти два вопроса систематически ни взаимовытекаемы, ни взаимоориентированы.

<sup>208</sup> R. Maurach, Deutsches Strafrecht. Allg. Teil, Karlsruhe, 1954, стр. 154.

<sup>209</sup> Г. Spendel, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, in: Festschr. f. E. Schmidt, Göttingen, 1961, стр. 186.

Ничем по существу от этого не отличается и мнение К. Ульзенхеймера, которое он высказывает в монографии, посвящённой неосторожной вине: «Против представленного господствующим учением тезиса – «каузальность неосторожности» было бы справедливым следующее неодобрение: когда в рамках анализа причинной связи, т. е. на ступени объективного состава преступления проявляются понятия «воли, противоречащей обязанности», «виновного бездействия» и т. п., это означает недопустимое отождествление вопроса состава деяния с вопросом противоправности или вины, т. е. с вопросом оценки»<sup>210</sup>. В то время как в этом контексте криминалисты едины в своих воззрениях, признание причинной связи между деянием и результатом необходимым признаком объективной стороны преступления вызывает непримиримые дискуссии.

**Причинность бездействия** Абсолютизация каузальности прежде всего может быть оправдана в том случае, если под понятием деяния в уголовном праве понимать лишь преступное действие. Но ведь от этого нас ещё из XIX века предостерегал Р. Лознинг<sup>211</sup>. Несомненно заслуживает внимания в этом отношении капитальный труд Г. Радбруха о деянии, где он отмечает: «Три позитивных признака – воля, содеянное и причинная связь между ними – чужды для преступлений, совершённых бездействием, или, может быть, чужд первый признак. Нежеланное бездействие, когда и этот последний момент целиком отвергается, олицетворяет противоположное преступному деянию, исключаяющее его понятие (...). Как понятие и его контрдикторная противоположность, как позиция и негация, как а и non-а не могут слиться в одно понятие, так же невозможно объединение бездействия и действия под одно понятие – под деяние»<sup>212</sup>. Поскольку Г. Радбрух отвергает понятие деяния, для него не существует и причинной связи между деянием как ирреальным понятием и результатом. Однако гораздо важнее этого сформированный им новый вид каузальности, а именно каузальное отношение между волей и содеянным в преступлении, совершённом действием. Г. Радбрух здесь явно пренебрегает тем, что каузальность является формой причинно-следственного отношения между предметами, процессами, сис-

<sup>210</sup> K. Ulsenheimer, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Bonn, 1965, стр. 82.

<sup>211</sup> R. Loening, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, Frankfurt a. M., 1885, стр. 12.

<sup>212</sup> G. Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Berlin, 1904, стр. 140-141.

темами и т. д. объективной действительности, когда причина как одно какое-либо явление объективной реальности с необходимостью обуславливает результат как феномен той же реальности. А из компонентов воли (сенситивность, интеллект [и т. п.]) ни один не представляет собой явление объективной действительности и, следовательно, не признаваема таковой и сама воля, что означает следующее: эта последняя в рамках каузальности не может быть ни причиной, ни следствием. Поэтому допущенная Г. Радбрухом неточность очевидна. Несмотря на это, релевантность его позиции для нас ничуть не уменьшается, так как в рамках анализа бездействия он, колеблясь, отвергает всякое проявление каузальности.

В то же время неубедительно мнение Арм. Кауфмана относительно данного вопроса: «Спор о причинности бездействия уже давно устарел, на сей раз выяснения требует финальность бездействия (...). Норма уголовного права может требовать от индивида следующее: использование собственных возможностей, тех специфически человеческих данных, в силу которых он способен к автономному определению задач, выбору средств для их осуществления и концентрации воли как определяющего фактора. Таким образом, норма требует от субъекта только финальные деяния: не «становление причиной» составляет содержание обязанности действия, а сознательное управление волей, создание причин для достижения намеченной цели»<sup>213</sup>. То же самое мнение выражает Арм. Кауфман и в другом своём труде<sup>214</sup>. Согласно этому, автор хотя с нетрадиционной окраской, но недвусмысленно намекает на существование причинности между деянием, выраженным в бездействии, и результатом. «Сознательное управление волей» и «создание причин для достижения намеченной цели» – не одно и то же. Когда субъект при бездействии сознательно управляет собственной волей, это означает именно то, что субъект воздерживается от соответствующей обязанности интервенции в каузально протекающий процесс. Если он желает вредный результат, то его цель составляет наступление вредного результата, а если субъект бездействует против воли, в таком случае цель воплощена в бездействии как в самоцели. Очевидно, что субъективная воля в обоих возможных случаях направлена на достижение намеченной цели, но индивид физически пассивен, он ни в коей мере не нуждается в дезорганизации никакой причин-

<sup>213</sup> Arm. Kaufmann, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, стр. 3.

<sup>214</sup> Arm. Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, Göttingen, 1954, стр. 48.

ной цепи, перевоплощающем воздействии на неё, т. е. эти цели осуществляются сами по себе и без «создания причин». Если субъект, например, при убийстве, совершённом бездействием, действительно создаст даже самую малую причину, это уже будет убийство, совершённое не бездействием, а действием.

Однако Арм. Кауфман так не полагает. Он приводит множество примеров, из которых мы упомянем только четыре, и делает весьма интересный вывод, противоположный предложенному нами воззрению. 1) Субъект с берега удерживает лодку, несущую течением к утопающему; 2) делинквент препятствует: сдерживает овчарку, стремящуюся вызволить из воды малолетнюю дочь своего хозяина; 3) лицо в результате несчастного случая пытается оказать неотложную помощь потерпевшему, но другой субъект предлагает ему определённую сумму денег, побуждая его тем самым к продолжению поездки; и, наконец, 4) водитель на месте дорожно-транспортного происшествия приостанавливает автомобиль с целью оказания помощи, но делинквент ложно информирует его, что потерпевший уже транспортирован. На основании этого Арм. Кауфман пишет: «Все эти случаи сконструированы таким образом, что смерть потерпевшего не наступила бы без вмешательства преступника»<sup>215</sup>. Но именно это «вмешательство преступника» однозначно свидетельствует о том, что преступление совершено действием, а не бездействием. Субъект во всех четырёх случаях непосредственно создал причины наступления противоправных последствий, активно действуя и выходя за рамки бездействия. Деликтным бездействием индивид создаёт условие наступления вредного результата, а причина его наступления может создаваться действием и ничем иным, кроме как действием. Условие и причина в данном случае – антиномичные понятия (на подобную корреляцию данных понятий указывает и Платон, но причиной он называет то, что нам представляется условием и наоборот). Причиной является то, из чего следствие вытекает неизбежно, в то время как условие представляет собой возможность беспрепятственного действия этой причины. Очевидно, что бездействием субъект создаёт не явление, откуда с неизбежностью происходит вредный результат, т. е. не причину, а всего лишь возможность беспрепятственного действия этого явления, т. е. условие.

---

<sup>215</sup> Arm. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, стр. 196.

В первом примере Арм. Кауфмана причины смерти потерпевшего не существует, так как течение к нему направляет лодку. Но как только делинквент с берега блокирует лодку, тем самым он создаёт и причину гибели потерпевшего. Если же лодка сама под механическим воздействием прекращает движение, т. е. причина формируется самостоятельно, делинквент своим бездействием уже создаёт всего лишь возможность действия этой естественно, независимо от него сформировавшейся причины. В последнем случае, в отличие от первого, вредный результат ни в какую причинную связь с деянием субъекта не приводится и не может приводиться. В силу этого одну из оснований ответственности составляет непрерывание каузальности между внешним явлением и вредным последствием, а не создание такой каузальности между собственным деянием и его вредным последствием.

Тем не менее удивительнее всего, что и Арм. Кауфман в рамках сравнительного исследования каузальности и финальности в абсолютный противовес своих вышеупомянутых воззрений приходит к тому же выводу: «Между бездействием и результатом каузальное отношение не проявляется, здесь налично лишь отношение «потенциальной каузальности» (...). Бездействие не представляет собой акт в строгом понимании финального учения; оно характеризуется только «потенциальной финальностью». При бездействии эффективная финальность ни существенна, ни возможна. Этим обусловлено то, что для бездействия человеческая каузальность – чуждое свойство. Где нет причинной связи, там не может быть финальности. Финальная структура опирается на каузальность; первая онтическая категория немислима без последней. Форма действия осуществления финальной воли заключается именно во владении, видоизменении и управлении каузальными факторами»<sup>216</sup>. В своём выводе Арм. Кауфман прав. Отсюда же следует, что финальное учение создаёт весьма благоприятные условия для отрицания каузальности в бездействии.

Примечателен следующий тезис Г. Кельзена: «Норма уголовного права может требовать принципиально всё, даже такие явления, которые находятся лишь в отдалённой причинной связи с физическими движениями субъекта нормы или вообще никак с ним не связаны»<sup>217</sup>. И в качестве наглядной иллюстрации этого Кельзен называет бездействие. То, что норма сама по себе может требовать всё, несомненно. В то же время для обоснования без-

<sup>216</sup> Ibid., стр. 61, ср. 66-67.

<sup>217</sup> Н. Kelsen, Hauptprobleme der Strafrechtslehre, 2. Aufl., стр. 72.

действия нет необходимости приводить подобную специфичность нормы. Чрезмерное усердие здесь вовсе не наводит на актуальные выводы. Иначе говоря, аналогичных уступок бездействие не требует, так как его содержание в полном соответствии с индивидуальными качествами субъекта, объективно отображая его когнитивные или волевые возможности. Касаясь ядра проблемы, следует заметить, что законодатель, объявляя бездействие наказуемым, рассматривает человека не просто как *homo sapiens*, а как *homo moralis*, в обязанности которого, помимо несовершения зла, должно входить и предотвращение зла.

С другой стороны, сложно согласиться с критикой Кельзена, представленной у В. Хардвиг: «Уголовно-правовая норма не может требовать всё. Противоположное утверждение, как это имеет место у Кельзена, означает умаление идеи права в отношении права. Если в прошлых эпохах колдовство относилось к числу уголовно наказуемых деяний, это не потому, что закон может требовать принципиально всё, а в силу того, что в те времена право наряду с общесоциальной мыслью колдовство принимало за возможное. Как только одержала верх мысль о том, что колдовство не соответствует действительности, оно прекратило существование как наказуемый состав каузального деликта. Ныне такой состав преступления принципиально невозможен, на основании чего нельзя сказать, что он и в будущем будет невозможен»<sup>218</sup>. Как ни странно, В. Хардвиг в последнем аспекте оказался совершенно прав: например, Таджикистан в 2015 году ввёл уголовную ответственность за колдовство и чародейство в виде тюремного заключения сроком до 7 лет. Что же касается его критики Кельзена, её неточность заключается в искажённом понимании «принципиального», подразумевающего у Кельзена гипотетическое, теоретически возможное, а не осуществимое в практической действительности. Помимо этого, из замечания В. Хардвиг создаётся такое впечатление, словно он, вновь противореча Кельзену, считает каузальность необходимым условием для признания деяния преступным. Но в другом месте он целиком рассеивает подобную сомнительность: «Догма каузальности – сушая голословность. Соответственно, безосновательно и утверждение: лицо может быть ответственно за вредный результат только в том случае, если это вызвано им. При деликтах, совершённых путём бездействия, каузальной связи между деянием и результатом не существу-

<sup>218</sup> W. Hardwig, Die Zurechnung, стр. 109.

ет, хотя степень ответственности и здесь так же высока, как в случае деликтов, совершённых путём действия»<sup>219</sup>.

**Деликт  
абстрактной  
опасности**

Хотя и на примере бездействия отчётливо выясняется, что объявление причинной связи между деянием и результатом необходимым признаком объективной стороны преступления безрезультатно, но это не единственное основание факультативности рассматриваемого признака. В некоторых случаях фактическому результату для уголовной ответственности не придаётся значение.

В комментарии к советскому УК Грузии отмечается: «В Уголовном кодексе встречаются три вида оконченного преступления: а) т. н. результативное преступление, т. е. преступление, состав которого предусматривает реальное повреждение определённого объекта. Таковыми являются, например, убийство, телесное повреждение, повреждение имущества и т. п.; б) т. н. деликт конкретной опасности, в котором момент окончания преступления перенесён на более раннюю ступень, а именно на ту ступень, когда создана реальная возможность повреждения определённого объекта. Таковыми являются, например, бандитизм, разбой и т. п.; в) т. н. деликт абстрактной опасности, который считается оконченным с момента совершения действия или – в случае бездействия – в тот момент, когда следовало осуществить обязательное действие»<sup>220</sup>. С точки зрения рассматриваемой проблемы, то же самое сказано по существу и в дидактике А. А. Пионтковского: «Те составы преступлений, в которых закон объективной стороной считает собственно факт совершения действия или бездействия, невзирая на дальнейшие последствия, вызванные ими во внешнем мире, называют формальными составами преступления (например, оставление в опасности), а соответствующее преступление – формальным преступлением. Те составы преступлений, в которых для существования объективной стороны преступления закон требует, чтобы действием или бездействием был вызван определённый преступный результат, называются материальными составами преступления (например, убийство, телесное повреждение, кража, уничтожение имущества и др.),

<sup>219</sup> Ibid., стр. 113.

<sup>220</sup> თ. წერეთელი, გ. ტყეშელაძე (რედ.), საქართველოს სსრ სისხლის სამართლის კოდექსის კომენტარები, თბილისი, 1976, სტრ. 116.



а соответствующее преступление – материальным преступлением»<sup>221</sup>. Таким образом, если при результативном или материальном преступлении наступление противоправных последствий считается обязательным условием ответственности (подразумевается оконченное преступление), в формальном преступлении единственный ориентир ответственности олицетворяет деяние. Формальное преступление в уголовно-правовом понимании – безрезультатное преступление. И деликты абстрактной опасности как формальные деликты, однако, вполне могут повлечь трансформацию внешнего мира в виде наступления вредного результата, но это уже будет связано с определением степени ответственности, но не самой ответственности как таковой. В то время как материальная причина материального преступления состоит в деянии, а формальная – в результате, в формальных составах эти оба момента монолитно включает в себя лишь деяние. В силу этого результат в отношении последнего всецело иррелевантен. Но если иррелевантен результат, не может быть релевантной причинная связь между деянием и его последствиями. Более того, во всех тех случаях, когда формальное преступление не вызывает никаких дальнейших изменений в окружающей среде, результата нет ни в уголовно-правовом, ни в объективном понимании, т. е. причинная связь между деянием и результатом – это не просто сущая иррелевантность, но и сущая ирреальность.

Исходя из вышеизложенного, причинная связь между деянием и результатом не может быть конститутивным признаком внешней стороны преступления по меньшей мере в силу двух причин: во-первых, хотя в случае бездействия налицо как деяние, так и результат, но без каузального отношения и, во-вторых, формальный деликт никогда не конституируется результатом. А это обстоятельство исключает генеральность психического отношения к указанному виду каузальности; психическое отношение лица к деянию и его последствиям – частный случай, но никак не общий.

---

<sup>221</sup> А. А. Пионтковский, Преступление. Курс советского уголовного права в шести томах. Часть общая, т. II, Москва, 1970, стр. 150 (цитировано по მ. უგრეხელიძე, ბრალი საგრობის დელიქტებში).

## ПСИХИЧЕСКОЕ ОТНОШЕНИЕ К ФОРМЕ ОСУЩЕСТВЛЕНИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЯ

**Нормативный  
аспект**      Формами осуществления преступления психологическая теория вины, так же как это принято обычно, рассматривает действие и бездействие. На наш взгляд, проведение анализа в последнем направлении методологически намного выгоднее, так как сущность подлежащей проблеме гораздо масштабнее и ярче вырисовывается именно в бездействии.

Формально основное различие между действием и бездействием состоит в содержании той нормы, объектом регулирования которой и является соответствующее деяние. Нарушение запрещающей нормы возможно только действием, обязывающей нормы – только бездействием, т. е. невыполнением определённого позитивного действия. Но в теории уголовного права приверженность такому подходу далеко не единогласна. По мнению, К. Энгиса, «не содержание нормы определяет, что есть действие или бездействие, а, наоборот, характер нормы как обязывающего или запрещающего правила поведения сам устанавливается в соответствии с тем, что составляет его содержание – действие или бездействие»<sup>222</sup>. Это неприемлемо. В процессе создания нормы первоначально выясняется необходимость охраны правового добра, т. е. запрета или обязывания, где представлено деяние как таковое, и лишь отсюда следует, что это деяние в соответствии с запретом и обязыванием должно подразделяться на действие и бездействие. Действие запрещается не потому, что оно действие, а в силу того, что оно недопустимо в уголовно-правовом отношении, т. е. первичной является уголовно-правовая нетерпимость деяния, а форма деяния в виде действия и бездействия всегда вторична. Ввиду этого не отдельный его вид может определять содержание нормы, а в соответствии с самим запрещающим или обязывающим характером нормы следует различать между собой действие и бездействие.

К. Вольф полагает, что подобная дифференциация, какая бы сторона ни была заложена в её основу, представляет собой сильно условную и вместе с тем совершенно непрacticабельную дифференциацию, так как, по его же

---

<sup>222</sup> К. Engisch, Vom Weltbild des Juristen, Heidelberg, 1950, стр. 37.

мнению, обязывающие и запрещающие нормы легко способны замещать функции друг друга. Запрет «Не скрывай налог!» и диспозиция обязывающей нормы «Уплати налог!», согласно К. Вольфу, должны отличаться материальной идентичностью<sup>223</sup>. Однако если эти два требования объединить в последнее: «Уплати налог!», должно результировать, что всякая неуплата налога в то же время является и его сокрытием, т. е. конкретным преступным бездействием, что не соответствует действительности. Неуплата налога будет наличествовать и тогда, если налогоплательщик хотя не скрывает налог, но настойчиво уклоняется от его уплаты. Таким образом, запрет «Не скрывай налог!» отличается самостоятельной правовой нагрузкой и его интеграция в другую правовую норму неоправдана.

Не может считаться оправданной и подход Г. Хусерла, который утверждает: «Обязывающие и запрещающие нормы отличаются друг от друга в соответствии с тем, что лежит в основе определённого поведения: согласие или отрицание со стороны правопорядка, «позитивная» или «негативная» правовая воля. И для позитивности или негативности обязанности неважно, подразумевающееся поведение, с метаправовой точки зрения, является позитивным (действие) или негативным (бездействие)»<sup>224</sup>. Это – крайность, противоположная вышерассмотренной крайности, отвергающая правовое значение действия и бездействия. То, что Г. Хусерл, в отличие от К. Энгельса, определение содержания правовой нормы не подчиняет первичности формы деяния, несомненно составляет положительную сторону его воззрения. Но нет никакого основания для полного отрицания этого последнего момента, т. е. формы деяния.

Правовое, как и любое другое явление всегда сливается инерционно с целым рядом смежных явлений, как с точки зрения содержания, так и с точки зрения формы и реализации. Следующим образом выделяется необходимость межфеноменальной логической связи у В. С. Джевонса: «(...) Лишь изредка удаётся наблюдать явление в полной изоляции и абсолютной сингулярности. Так, например, если экспериментатор желает измерить тепловое расширение жидкости, он помещает её в стеклянную термометрическую пробирку и наблюдает за увеличением столба жидкости. Но нагревание жидкости объективно невозможно без синхронного нагревания стекла, откуда

<sup>223</sup> K. Wolff, *Verbotenes Verhalten*, Wien und Leipzig, 1923, стр. 143.

<sup>224</sup> G. Husserl, *Negatives Sollen im bürgerlichen Recht*, Breslau, 1931, стр. 37.

выясняется, что конечное изменение – это разница между параллельными дилатациями жидкости и стекла. Более детальный анализ вынуждает учитывать и другое действие, а именно сжатие жидкости и расширение ядра, что является следствием прогрессирования давления, вызываемого увеличением столба»<sup>225</sup>. В той же неразрывной связи находится запрещающее и обязывающее содержание нормы с действием и бездействием. Бездействие представляет собой форму реализации нормы, её практического существования.

Признавая это незначительным, мы невольно признаём, что для уголовного права реализация нормы уголовного права в виде её действия категорически не важна. Другой вопрос, насколько заслуживает уголовно-правового интереса психическое отношение субъекта к действию и бездействию как к способам совершения преступления. Признание уголовно-правового значения форм деяния ещё вовсе не означает, что психическое отношение к ним в уголовно-правовом отношении так же немаловажно.

Довольно интересно описывает взаимоотношение формы деяния и содержания нормы вышецитированный финалист Арм. Кауфман: «По логике обязывания, на которую опирается наше исследование, устанавливается, что «каждый обязан выполнить действие б» то же самое, что и «действие б обязательно». А «действие а не должно выполняться» подразумевает, что субъект «обязан выполнить не действие а», а не то, что выполнение действия а не является обязательным»<sup>226</sup>. Т. е. преступное бездействие для Арм. Кауфмана есть не собственно «бездействие», а «иное действие»; субъект наказывается не за то, что он не действовал, а за то, что он действовал не должным образом, т. е. действовал иначе. Для обнаружения недоказуемости этого тезиса достаточно рассмотреть состав любого преступления, совершение которого возможно только бездействием.

Например, оставление в опасности. Согласно ст. 129 УК РФ, оно выражается в сознательном оставлении потерпевшего без оказания помощи, который находился в опасном для жизни (или здоровья – УК РФ, ст. 125) состоянии и был лишён возможности принять меры к самосохранению, если оставляющий был обязан иметь заботу об этом лице и имел возможность оказать ему помощь.

<sup>225</sup> В. С. Дживонс, Основы науки. Трактат о логике, С.-Петербург, 1881, стр. 317.

<sup>226</sup> Arm. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, стр. 6.

Когда субъект беспрепятственно продолжает заниматься своей деятельностью и тем самым на находящегося в опасности даже не обращает внимания, понятно, что он действует. Вместе с тем в отношении одного и того же объекта индивид, конечно же, вполне может одновременно и действовать, и бездействовать. В данном случае в пределах своей деятельности он действует, а в отношении оказавшегося в опасности лица бездействует. – Таким образом, здесь делинквент действительно действует иначе, чем должен был, но основание наказуемости состоит в бездействии, вызванном этим иным действием, но не в самом этом ином действии. А если лицо вообще не действует (неподвижно созерцает горящего или истекающего кровью), тогда момент действия целиком исключается. Субъект может действовать реально, фактически и в то же время бездействовать в уголовно-правовом понимании (продолжение своей активности при оставлении в опасности), но недопустимо, чтобы субъект действовал в уголовно-правовом понимании, не действуя фактически. Приводить уголовно-правовое бездействие в противоречие со своим этимологическим значением никак не может быть залогом его успешного дефинирования.

Согласно истинному утверждению Зигварта, «всякая попытка определения понятий в уголовном праве должна упорно и непреклонно опираться на лексику повседневной жизни, чтобы эти понятия сделались доступными для представления и исследования»<sup>227</sup>. Соответственно, восприятие деликтного бездействия иным или ненадлежащим действием, как это предлагает Арм. Кауфман, имеет под собой весьма зыбкую почву.

Тем не менее достойно особого внимания следующее утверждение Арм. Кауфмана: «Обязывающие и запрещающие нормы отличаются друг от друга предметом обязанности, что указывает на то, насколько неверен распространённый в догматике уголовного права перенос нарушения веления на нарушение запрета: словно нарушением обязанности предотвращения летального результата субъект нарушает и запрет убийства. Также: если преступник нарушает обязанность предусмотрительности, его деяние, с точки зрения запрета, уже в силу этого является соответствующим составу деяния и противоправным; или же в обратном понимании той же мысли: когда по неосторожности нарушается запрет телесного повреждения, субъекту это деяние потому вменяется в вину, что он нарушил обязанность предусмо-

<sup>227</sup> G. Nass, Wandlungen des Schuldbegriffs, стр. 100.

трительности. – То, что эти выводы нормативно-логически не безупречны, не нуждается в объяснении»<sup>228</sup>. Но позже Арм. Кауфман этому всё же даёт объяснение. Он отмечает, что если деяние одновременно подчинено обязывающей и запрещающей норме, это означает двойное отрицание, а двойное отрицание – дозволенность. Разумеется, это так и есть. Совпадение значений обязанности и запрета допустимо только в случае тождественности предметов обязанности, но в виде действия и бездействия разнородность предметов обязанности делает немислимым взаимопереходность этих двух понятий. При убийстве, совершённом бездействием, субъект уже ввиду того не может нарушить запрет убийства, что бездействие – предмет обязанности запрещающей нормы, т. е. для адресата подобной нормы бездействие составляет обязанность и каждый раз, когда субъект бездействует, он выполняет, а не нарушает требование запрещающей нормы.

Что касается момента негативности в запрете, Арм. Кауфман считает, что запрет является не «негативной нормой», а нормой негативного содержания, откуда происходит обязанность бездействия. Негативный акцент приходится не на долженствование (*das Sollen*), а на должное (*das Gesollte*). На наш взгляд, это ошибочное предположение. По содержанию обязывающие и запрещающие нормы требуют одно и то же, только в различной форме. Например из содержания запретной нормы «Не убей!» следует, что уголовное право охраняет право на жизнь своих субъектов. Однако ведь и из содержания обязывающей нормы следует тот же вывод: когда законодатель неприведение в техническую исправность пассажирского авиалайнера в той или иной жизненно важной системе объявляет наказуемым, разве это не может и не должно рассматриваться как охрана права на жизнь? Различие проявляется лишь в том, что первое требование выполняется позитивно (действием), а последнее – негативно (бездействием). В силу этого негативность является признаком не содержания, а формы запрета.

Однако в каких условиях возлагается на субъекта обязанность действия? «Правовая обязанность, – указывает Ф. Альфельд, – не должна выходить за рамки возможности действия. В противном случае обязанность лишится реальной юридической силы: *ultra posse nemo obligatur!*»<sup>229</sup>. В качестве иллюстрации приводятся три различных случая: лицо не может обязываться ока-

<sup>228</sup> Arm. Kaufmann, *Die Dogmatik*, стр. 6.

<sup>229</sup> Ph. Allfeld, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Allg. Teil*, 9. Aufl., Leipzig, 1934, стр. 113.

зять помощь, если оно от места несчастного случая недостижимо отдалено, ни другое лицо, которое хотя поблизости, но ничего не ведаёт о произошедшем и ни третье, полностью парализованное лицо, которое является очевидцем всего произошедшего. В силу этого всех трёх субъектов, по мнению автора, в пределах данного несчастного случая обязанность оказания помощи касается лишь *in abstracto*; условие конкретизации обязывающей нормы, т. е. действия правовой нормы здесь и сейчас состоит в «конкретной дееспособности субъекта», что вполне естественно и приемлемо.

Наряду с этим, неоправданы высказанные в адрес К. Биндинга критические замечания, когда он истолковывает дееспособность как возможность знания нормы и её исполнения<sup>230</sup>. Поводом критики служит то, что по этому определению Биндинга понятия дееспособности и обязанности действия не пересекаются, что они параллельны. Но параллельность понятий – нечто иное, чем это понимается Ф. Альфельдом или некоторыми другими криминалистами. Обязанность действия, исходящая из возможности конкретного осуществления деяния, абстрактно описанного в обязывающей норме, не всегда может сопровождать дееспособность так, чтобы этим не нарушалась параллельность данных понятий. Параллельность понятий означает не то, что они в каждом отдельном случае должны обуславливать друг друга, а всего лишь то, что наступление одного понятия не должно исключать наступления другого понятия. Таким образом, в утверждении Биндинга нет ничего алогичного, когда понятия дееспособности и обязанности действия представляет в качестве параллельных понятий.

Впрочем, с другой стороны, вышеупомянутое определение отличается и определённым оттенком реакционности: Биндинг одним из основных элементов дееспособности постулирует знание нормы, т. е. если субъект не знаком с нормой уголовного закона, он недееспособен и тем самым пользуется непрекращаемым иммунитетом относительно уголовной ответственности. Согласиться с Биндингом – значит не суметь наказать большинство делинквентов, так как искусственное создание дееспособности Биндинга обычно не составляет особого труда.

Фон Лист, подобно Арм. Кауфману, отмечает: «Бездействие – это переходный глагол, который означает не «делать ничего», а «не делать определённое что-либо». Оно не является эквивалентом «непротекания ничего», «неизмене-

<sup>230</sup> К. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung*, Bd. II, 3. Aufl., Leipzig, 1916, стр. 117.

ния внешнего мира» или «физического покоя»<sup>231</sup>. Но там же противоречиво дополняет: «Понятием бездействия выражается, что субъекту своим действием, выполнить которое он мог и был должен, но не выполнил, надлежало предотвратить наступивший результат; следовательно, в понятии бездействия налицо аналогичный каузальности действия признак, но не сама каузальность»<sup>232</sup>. Значит, по фон Листу, каузальность не является необходимой предпосылкой для видоизменения внешнего мира!

**Дескриптивный аспект** На наш взгляд, позиция Г. Радбруха, в отличие от воззрения фон Листа, почти в точности отображает существующую действительность. Согласно ему, «бездействие – это невыполнение действия, несмотря на наличие физической возможности»<sup>233</sup>. Это мнение разделяет Л. Траегер: «Бездействие представляет собой невыполнение субъектом нормы ожидаемого от него в уголовно-правовом отношении действия, если его выполнение не превышало волевой способности субъекта. Или же вкратце: это невыполнение ожидаемого возможного действия»<sup>234</sup>. Помимо того, что бездействие как вид преступного деяния трактуется без изъятия, здесь в равной мере учитываются также и объективный и субъективный аспекты возможности действия (чего нельзя сказать о вышеприведённой позиции Г. Радбруха). «Физической возможностью» в большинстве случаев обладает и неменяемый, но его «волевая способность» настолько низка, что он далеко не всегда может действовать в соответствии с собственной волей.

Отчётливо выделяет субъективную сторону и В. Зауер: «Возможность осуществления деяния, свобода деяния и воли – важнейшие предпосылки наказуемости бездействия (...). Неумеющий плавать, воздерживаясь от оказания помощи, не бездействует виновно; определение бездействия в качестве уголовно-правового бездействия не допускается, если субъект не был способен действовать. Свобода действия не относится ни к вопросам причинности, виновности или правовой обязанности, она ограничивается непосредственно сферой деяния как такового и опрежает все остальные проблемы»<sup>235</sup>. Раз-

<sup>231</sup> F. v. Liszt, E. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., стр. 116.

<sup>232</sup> Ibid., стр. 126.

<sup>233</sup> G. Radbruch, Der Handlungsbegriff, стр. 141.

<sup>234</sup> L. Traeger, Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, Marburg, 1913, стр. 8.

<sup>235</sup> W. Sauer, Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, in: Festg. f. R. v. Frank, Bd. I, Tübingen, 1930, стр. 213.



межевание свободы деяния и свободы воли как вопросов виновности ведёт к единственно верному выводу: соотношение внешней и внутренней сторон индивидуального акта в случае бездействия такое же, как в случае действия. Внешнее осуществление акта, наподобие фактического бездействия, ещё не конституирует уголовную ответственность, ибо бездействие, так же как действие, может быть совершено под непреодолимым принуждением или в условиях отсутствия «волевой способности», т. е. в условиях невменяемости.

Не менее важен подход В. Зауера к взаимоотношению нормы и обязанности. Подтверждением дифференцированности уголовно-правовой нормы и уголовно-правовой обязанности является хотя бы то, что, согласно норме, на субъекта может возлагаться обязанность определённого действия, но в силу оправдывающих обстоятельств эта обязанность погашается. Таким образом, В. Зауер не рассматривает обязанность как интранормативную категорию, что не следует понимать так, словно обязанность в то же время – категориально сверхнормативное понятие. То, что отрицание интранормативности обязанности не обосновывает её сверхнормативности, исходит из своеобразного профиля оправдывающих обстоятельств. Они существуют не сами по себе, а проистекают из содержания контрнормы, т. е. нормы, противоположной соответствующей норме. Субъект лишь на основе оперирования нормами может устанавливать, что в конкретной ситуации на него не возлагается обязанность действия.

«При объективной невозможности, – замечает Э. Шмидт, – произвольное деяние исключается, и в силу этого не существует и бездействия: оно так же представляет собой свободное, определённое представлениями деяние»<sup>236</sup>. С точки зрения ответственности, мы целиком разделяем мнение Э. Шмидта и полагаем, что бездействие, если оно наряду со свободой воли не характеризуется и когнитивной определённой, не может быть наказуемым деянием. Когда субъект всесторонне знаком с содержанием нормы, но не образует в своём представлении протекающий во внешнем мире процесс с описанной в норме ситуацией, его бездействие совершено невиновно. Он может созерцать, но в то же время не представлять себе, что другое лицо находится в опасном для жизни или здоровья состоянии и не может спастись без его вмешательства. Наблюдение и представление в таком случае опос-

<sup>236</sup> F. v. Liszt, E. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Allg. Teil, 26 Aufl., Berlin und Leipzig, 1932, стр. 170.

редствованы исключаяющим вину обстоятельством, называемым в уголовном праве фактической ошибкой.

Оригинально трактует волевою сторону бездействия К. Энгисш: «Бездействие, подобно действию, предполагает соответствие воле, подразумевающее психофизическую возможность альтернативного действия. Связанный дежурный по железнодорожному поезду не бездействует наказуемо, так как он лишён этой свободы деяния»<sup>237</sup>. Как нам кажется, К. Энгисш безосновательно отождествляет свободу деяния и соответствие воле, т. е. свободу воли. Выраженностью воли в деянии это первое становится компонентом этого последнего. В силу этого воля включает в себя лишь часть того, что включается в содержание деяния. Иными словами, воля – психическая, деяние же – психофизическая категория. Связанный дежурный по поезду психически свободен, т. е. он обладает свободой воли, но в силу физического принуждения лишён свободы деяния как психофизической возможности.

Х. Мейер определяет бездействие таким образом: «Бездействие точно так же, как действие, является осуществлением воли. И при бездействии деяние преступника должно быть актом, направленным или направляемым волей. Несообщение не есть деяние и, следовательно, не может быть и бездействием, если субъекту в силу крайней растерянности не удалось вовремя выбраться из сговорившейся группы»<sup>238</sup>. По сравнению с другими авторами, в воззрении Х. Мейера нет ничего нового, но указанием на него отчётливо вырисовывается следующая тенденция: когда лицо действует под принуждением, считается, что оно действует противоправно, но невиновно; когда же субъект бездействует под принуждением, заявляется, что он в уголовно-правовом отношении не бездействует вообще. Верно ли это логически?

Уголовно-правовой анализ преступления проводится не от субъективного деяния к факту преступления, а, наоборот, от факта преступления к субъективному деянию. Если вследствие этого обратного исследования устанавливается, что обнаруженное во внешнем мире вредное изменение в определённой связи с деянием субъекта (необязательно в причинной связи), то данное деяние, несмотря на то, выражено оно в действии или бездействии, тут же превращается в предмет дальнейшего исследования, но уже не как об-

<sup>237</sup> К. Engisch, Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände, Tübingen, 1931, стр. 31.

<sup>238</sup> Н. Mayer, Strafrecht. Allg. Teil, Stuttgart und Köln, 1953, стр. 112.

щее понятие, а виде отдельного составного элемента. Ни при действии, ни при бездействии не может выявляться, что субъективный акт является следствием принуждения, если следствием не пройдены этапы соответствия деяния составу преступления и его противоправности. Установление для бездействия отличной процедуры было бы из этой перспективы абсолютной беспредметностью, так как для этого нет никаких аргументов. В силу того что сферы состава преступления и противоправности – уголовно-правовые сферы, фактическое бездействие с проникновением в эти пространства сливается с уголовно-правовой реальностью и механически превращается в уголовно-правовое бездействие. Поэтому не могут быть достоверными утверждения всех тех авторов, кто не рассматривает бездействие под принуждением как уголовно-правовое бездействие.

В их числе и Э. Мецгер. Он пишет: «Как во время активного действия воля относится к понятию деяния, так же следует требовать наличие этого момента и при бездействии. Таким образом, в уголовно-правовом понимании субъект не бездействует, если он в необходимый для выполнения нормативной обязанности момент находился в бессознательном состоянии»<sup>239</sup>. Допущенную Э. Мецгером неточность в логике именуют поспешной генерализацией. Воля поистине представляет собой признак понятия преступного деяния, но преступное деяние не является единственным видом уголовно-правового деяния. Уголовно-правовое деяние может быть: соответствующим составу преступления, противоправным и виновным, т. е. преступным. Постольку, поскольку на первых двух ступенях вопрос о воле не изучается, воззрение Э. Мецгера вынуждает заключить, что соответствующее составу преступления и противоправное деяние лишено уголовно-правового характера, недопустимость чего выше уже наглядно демонстрировалась. В силу этого и в противовес позиции Э. Мецгера и лицо, находящееся в бессознательном состоянии, в уголовно-правовом понимании бездействует, хотя это только противоправное, но не виновное, т. е. преступное бездействие.

В намеченном здесь направлении почти непреодолимые препятствия создаются финальным учением о деянии. Финалист Р. Хониг отмечает: «Фактическое бездействие лишено значения уголовно-правового бездействия, если оно совершено вследствие душевной болезни или физического принуждения. Или же если в силу других объективных или субъективных причин

<sup>239</sup> E. Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., Berlin und München, 1950, стр. 132-133.

возможности действия не существовало. В отношении наступления результата мы только тогда говорим об уголовно-правовом бездействии (за исключением тех случаев, когда преступник сознательно не предотвратил результат), если субъект мог его предвидеть и обладать (управлять) им, т. е. предотвратить и если в отношении результата пребывание в бездействии финально мыслимо»<sup>240</sup>. Сложность заключается в том, что, согласно финальному учению, такой субъективный момент, как умысел, находит своё проявление уже на начальном этапе уголовно-правового расследования деяния; если умысел в деянии не обнаруживается изначально же, оно не может быть ни противоправным, ни виновным. Как очевидно, подобное «субъективирование» традиционного, т. е. предложенного Листом и развитого позже Белингом состава деяния в корне переопределяет содержание уголовно-правового деяния. Необходимый признак всех трёх его видов одинаково составляет признак финальности, все три вида деяния – финальные деяния. Ввиду этого здесь уже нельзя сказать, что лицо, находящееся в бессознательном или ином подобном состоянии, бездействует в уголовно-правовом понимании.

Основатель финализма Х. Вельцель заявляет: «Лишь конкретно возможное или потенциально финальное обладание субъективным актом переопределяет фактический вид бездействия в уголовно-правовой (...). Потому как конститутивным признаком бездействия является потенциальное финальное обладание, бездействие предполагает не актуальный, а всего лишь возможный для лица волевой акт»<sup>241</sup>. На то же самое указывает Р. Маурах: «Уголовно-правовое содержание бездействия конституируется не способностью финального действия, а лишь возможностью выполнения действия, обязательного в уголовно-правовом отношении (...). Об уголовно-правовом бездействии не приходится говорить только тогда, когда субъект не владел объективной возможностью действия»<sup>242</sup>. Воззрение Р. Маураха противоречиво в самом себе: субъект может владеть объективной возможностью действия, но не владеть способностью финального действия, без которой, как утверждают сами финалисты, недопустимо признание деяния уголовно-правовым. Вместе с тем следует заметить, что упомянутая Р. Маурахом «возможность выполнения обязательного в уголовно-правовом отношении действия»

<sup>240</sup> R. Honig, Kausalität und objektive Zurechnung, in: Festg. f. R. v. Frank, Bd. I, Tübingen, 1930, стр. 191.

<sup>241</sup> H. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 9. Aufl., стр. 174.

<sup>242</sup> R. Maurach, Deutsches Strafrecht. Allg. Teil, стр. 167.

и объективная возможность выполнения этого действия – разные понятия, так как это первое наряду с этим последним включает в себя и саму способность финального действия. Х. Вельцель, который идёт сравнительно дальше в своих суждениях, гораздо внятнее выражает свою позицию. Однако это тем более разоблачает тот факт, насколько сложна адаптация принципов финального учения к понятию бездействия. То, что «потенциальная финальность» Х. Вельцеля не равна умыслу, это и для самого Вельцеля вне сомнения. «Потенциальная финальность» или же «потенциальный умысел» здесь – это условно понятая неосторожная вина. Можно ли в то же время допускать проявление неосторожности, в каком бы то ни было виде, утверждая, что для интеллектуальной стороны неосторожности возможность знания недостаточна? Разумеется, подобными взаимоисключающими аспектами совершенная градация вины при бездействии, её точное материально-структурное отображение не могут достигаться.

Швейцарские криминалисты в качестве стержневого ориентира бездействия пытаются выделить уголовно-правовую обязанность. Э. Хафтер полагает: «Уголовно-правовая оценка бездействия должна опираться на то, что предотвращение наступившего вредного результата было возможно путём правомерного, соответствующего обязанности действия субъекта»<sup>243</sup>. Согласно и О. А. Герману, бездействие только тогда уравнивается с действием, если субъект соответствующим обязанности действием мог предотвратить вредные последствия<sup>244</sup>. Хотя швейцарские криминалисты и утверждают, что они таким образом подчёркивают момент обязанности, но на самом деле то, что акцентируется ими, вовсе не уголовно-правовая обязанность, а именно результат. Если в отношении бездействия обязанность определять как приоритетный фактор, её нарушение должно быть невиновным вне зависимости от того, мог ли субъект правомерным, соответствующим результату действием предотвратить вредные последствия.

Более того, положения Э. Хафтера и О. Германа ведут к всесторонней декриминализации т. н. гипотетического результативного деликта (под всесторонностью подразумеваются все четыре подвида умышленной и неосторожной вины). В виде гипотетического результативного деликта в современном уголовном праве рассматривается такое деликтное деяние, при котором ре-

<sup>243</sup> E. Hafter, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allg. Teil, 2. Aufl., Bern, 1946, стр. 76.

<sup>244</sup> См. O. A. Germann, Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs, Zürich, Aargau, 1914.

зультат, вызванный противоправным деянием, наступил бы и в случае правомерного поведения. По Э. Хафтеру и О. А. Герману, данный деликт не может быть наказуем именно в силу того, что соответствующим обязанности действием или бездействием не удалось бы предотвратить вредный результат, вследствие чего нарушение обязанности как таковое лишается самостоятельного значения относительно ответственности. И всё это там, где подчёркивается первоочерёдность уголовно-правовой обязанности!

Австрийский криминалист Ф. Новаковский указывает: «Бездействие не является чисто негативным понятием, его содержание наполняется самим невыполненным действием (...). Соответствие воле при бездействии (так же как при действии) не должно составлять предпосылку виновности»<sup>245</sup>. Приведённое Ф. Новаковским «соответствие воле» – это, скорее всего, оплошный эквивалент соответствия желанию. Иначе было бы совершенно неясно, какую мысль пытается выразить автор. Как правило, при преступлении, совершённом бездействием, субъект действительно не желает вредного результата, так как он обычно не является непосредственным инициатором создания причин этого результата, его планирования, а лишь случайным очевидцем протекающих независимо от него процессов. Как легко догадаться, в большинстве случаев в силу тех же причин и деяние не может составлять объект его желания. Именно поэтому большинство авторов считает «умысел бездействия» немислимым понятием.

Немало интереса заслуживают воззрения фон Вебера: «Возможность действия не является признаком понятия бездействия (...). И при деликтах, совершённых бездействием, физическая возможность – лишь исключаящее вину обстоятельство»<sup>246</sup>. А в другом месте он определяет данный принцип следующим образом: «(...) Следует размежевать категории должного и возможного. Возможность – это главнейший принцип вины. Виновно действует тот, кто действует противоправно, несмотря на то что мог действовать иначе (...). В уголовно-правовом отношении и возможность осуществления обязательного действия представляет собой подслучай такого принципа вины, и поэтому она учитывается только на ступени вины»<sup>247</sup>. Наглядно видно, что положение фон Вебера принципиально соответствует представлен-

<sup>245</sup> F. Nowakowski, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, Graz, Wien, Köln, 1955, стр. 43.

<sup>246</sup> Н. v. Weber, Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., Bonn, 1948, стр. 53, 122.

<sup>247</sup> Н. v. Weber, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, Jena, 1935, стр. 17-18.

ной нами выше позиции. Вина несомненно относится к категории возможности, а не должного. Но способы, которыми фон Вебер стремится обосновать это, для нас неприемлемы. Сложно с ним согласиться, когда он связывает вину не со всяким нарушением уголовно-правовой обязанности, а лишь с таким, при котором субъект «мог действовать иначе». Адресат нормы обязан не совершать не противоправное, а виновное деяние. Противоправным является убийство, совершённое невменяемым лицом, тяжкое телесное повреждение, совершённое вменяемым лицом в условиях неизбежной субъективной ошибки и т. д. В подобных случаях на индивида не может возлагаться обязанность действовать иначе, потому как он на это не способен. Однако если в первом случае невменяемого заменить вменяемым, а во втором – исключить субъективную ошибку, вместо противоправного деяния получим виновное, где на субъекта вполне может возлагаться обязанность иного действия и возлагается в действительности, т. е. уголовно-правовая обязанность в самом себе включает возможность альтернативного поведения. Исходя из этого, лицо нарушает обязанность не тогда, когда оно не владеет возможностью альтернативного действия, а только тогда, если оно такой возможностью владеет. Таким образом, фон Веберу следовало определять вину как всякое, а не как специальное нарушение обязанности.

Но не означает ли это перемещение из сферы возможного в сферу должного? Разумеется, нет, поскольку возможность по-прежнему остаётся решающим принципом, хотя уже не как находящийся вне обязанности, а как локализованный в её пределах исходный момент.

Наконец, обратим наше внимание на точку зрения Х. Вельцеля, которую мы выше бегло затронули. Он для бездействия предлагает следующую формулу состава преступления: «1) Объективный состав деяния: а) наличие определённой ситуации: существование плана преступления, присутствие при вредном происшествии и др.; б) невыполнение определённого действия: несообщение о преступлении, неоказание помощи и др.; в) возможность выполнения действия преступником. 2) Субъективный состав деяния: знание соответствующей составу деяния ситуации (возможность знания недостаточна. Бездействие может результировать как сознательно, так и несознательно)»<sup>248</sup>. Мы, естественно, не согласны с представленной Х. Вельцелем схемой состава преступления, ибо содержание состава преступления не должно быть на-

<sup>248</sup> Н. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 9. Aufl., стр. 446.

столько масштабным, чтобы оно охватывало и субъективные элементы (стоит ли выдавать технические уточнения за большее: вред не может уступать по своему значению вине). Однако правильности непосредственно интеллектуального момента это не касается.

Х. Вельцель прекрасно понимает, что отождествление действия и бездействия в этом плане недопустимо. Например, при несообщении делинквент должен был знать о существующем преступном плане, а не просто обладать возможностью такого знания. Причину этого составляет то, что с возможностью знания в уголовно-правовом отношении прямо связана обязанность предусмотрительности. При действии субъект определяюще воздействует на внешний мир, приводя в действие целый ряд объективных процессов, ввиду чего строго должен представлять себе степень управляемости своего деяния, его основных и побочных последствий, т. е. при каждом действии он с полным основанием обязан проявлять предусмотрительность.

Но что означает такого рода должная предусмотрительность при каждом бездействии? Практически это указывает на то, что пешеход столько раз должен окунуться в реку с моста, сколько раз заметит плескавшегося в ней старая или молодая, чтобы достоверно убедиться в их безопасности, или собственник дома после каждого порыва ветра обязан проверить состояние крыши, чтобы в точности удостовериться в безопасности прохожих, т. е. субъект должен быть предусмотрителен всегда и всюду, требовать и ожидать чего уголовное право от него не может.

Когда Х. Вельцель намекает на возможность совершения бездействия как сознательно, так и несознательно, это следует понимать так, что для него сознание противоправности не является одной из предпосылок наказуемости бездействия. Это безусловно так и должно быть, так как в указанном ракурсе никакого различия между действием и бездействием нет. Признание сознания противоправности как предпосылки ответственности и в случае бездействия создаёт такие же трудно преодолимые барьеры, как это встречается при действии. Следовательно, спецификация преступного бездействия здесь ничем не может быть продиктована.

Исходя из всего вышеизложенного, очевидно, что психическое отношение лица к форме совершения преступления иррелевантно с точки зрения виновности, потому как необходимость рассматриваемого субъективного элемента ни на одном этапе исследования не проявлялась.



Мы отвергаем не то, что психическое отношение лица к форме совершения преступления – реальность, а всего лишь то, что это релевантная реальность с точки зрения уголовно-правовой вины. Невозможно, чтобы субъект не находился в психическом отношении к определению вида своего поведения, когда он ясно осмысляет его содержание. Однако это не находит существенного отображения в пределах ни волюнтативных или когнитивных моментов вины, ни тем более в виде автономной третьей категории, чему здесь и придаётся решающее значение.

## ПОНЯТИЕ И СИСТЕМА

**Sui generis?** Специализированное исследование общественной опасности деяния и результата, причинной связи между деянием и результатом и к форме совершения преступления делает излишним анализ очередных компонентов объективной стороны преступления. И без этого становится объяснимо, что вина в уголовном праве не может рассматриваться как психическое отношение лица к объективной стороне своего деликтного деяния.

С другой стороны, то, что в психологической теории вина в конечном итоге представляет собой психическое отношение лица к объективной стороне преступления, выраженное в умысле или неосторожности, т. е., говоря об обратном, то, что она олицетворяет умысел и неосторожность как выражение психического отношения к объективной стороне преступления, указывает на отождествлённость в психологической теории понятия вины с понятиями умысла и неосторожности, в силу чего можно заключить, что психологическая теория самостоятельным понятием вины не оснащена.

**Система вины** Однако: не следует забывать, что *господствующая и по сей день интеллектуально-волюнтативная система вины – это открытие именно психологической теории вины*. Ни одна другая теория вины, ни до, ни после психологизма, уголовно-технической конструкции подобной значимости не создавала. Интеллектуально-волюнтативная или когнитивно-волевая схема вины со всеми её строго упорядоченными особенностями и есть главное достояние психологической теории вины.

## Глава IV

### КРИТИКА ПСИХОЛОГИЗМА

– §1 –

#### Х. КЕЛЬЗЕН

##### Общеправовая критика

Уголовное право XIX века не имеет уголовно-правового определения вины. – Это взаимствованное из психологии неправовое, точнее антиправовое понятие, анализ которого проводится только психологическими способами и методами. Современные криминалисты, характеризуя развитие вины, отмечают: «Нигде и ни в какой другой науке познания психологии не отображались так интенсивно и масштабно, как в юриспруденции XIX века (...). Даже удивительна та глубинная точность, с которой применяются сложнейшие психологические понятия и достижения. Нередки случаи, когда в посвящённом проблеме вины юридическом произведении цитируется больше специальная психологическая, чем правовая литература. В силу этого ничего необычного не было в том, что некоторые объективно настроенные криминалисты писали о полной психологизации науки права»<sup>249</sup>.

Одним из первых, кто успешно взялся за пересмотр доминирования психологизма в праве в целом и уголовном праве в частности, был Х. Кельзен. Выделением отсутствия в большинстве гражданско-правовых сделок психологически соответствующей воли он подвергает сомнению целесообразность ориентации правовых понятий на психологические дефиниции. Кельзен отмечает: «Не правовая сделка является действительной (имеющей юридическую силу), насколько она (психологически) желательна, а наоборот: сделка желательна, насколько она законна, в соответствии с чем степень законности является основой познания для степени волеия. В этом отношении воля уже

---

<sup>249</sup> G. Nass, Wandlungen des Schuldbegriffs, стр. 97.

на первый взгляд бросается в глаза не как т. н. психический факт»<sup>250</sup>. Подобное противопоставление гражданско-правовой и психологической воли демонстрирует резкую контрастность этих двух понятий. Это два основанных на разных принципах и охватывающих разные содержания понятия, практическим проявлением чего является их периодическая несовместимость. Кельзен переносит своё сравнение также и на уголовное право и утверждает, что уголовно наказуемые внешние составы преступления должны рассматриваться как соответствующие воле, в то время как психологический момент волеия охватывается лишь частью состава неправды.

Наряду с волей то же самое требует Кельзен и для интеллектуальной стороны и понятия деяния, рассматривая их в качестве очередных элементов вины. Оснащение уголовно-правового деяния уголовно-правовыми особенностями представляет собой бесспорно положительное начинание, но неясно, почему у Кельзена оно встречается как составляющая вины. Если представлять себе деяние в виде неделимого деликтного деяния, тогда оно не может быть элементом вины по той простой причине, что вина в таком случае сама является составной частью этого первого; если же воспринимать его в виде деяния, соответствующего первой ступени классической схемы, вина и на сей раз не может подразумевать его в качестве своего элемента, так как одно явление составляет исключительно объективную категорию, другое – исключительно субъективную.

**Догматический ракурс** Кельзен решительно отвергает принятый в психологической теории принцип деления вины на два вида – умысел и неосторожность, согласно которому связь между интеллектуальной и волевой сторонами во всех случаях пристально статична. Он различает следующие виды вины: «1) Умышленные деликты, при которых субъект желает вредный результат; 2) умышленные деликты, при которых субъект хотя не желает вредного результата, но предвидит его наступление (вина здесь состоит не в волевой, а в интеллектуальной стороне); 3) неосторожность: субъект не желает наступления вредных последствий и не предвидит их, но может и в уголовно-правовом отношении обязан их предвидеть и предотвратить»<sup>251</sup>. Во втором самостоятельном виде умысла вина заключается только в интеллектуальной стороне! Однако если субъекту вме-

<sup>250</sup> Н. Kelsen, Hauptprobleme der Strafrechtslehre, 2. Aufl., стр. 133.

<sup>251</sup> Ibid., стр. 136.

няется в вину только предвидение результата, виновно бездействует и упомянутый нами выше связанный дежурный железнодорожного переезда или виновно действует также и лицо, находящееся в состоянии крайней необходимости или необходимой обороны, так как наступление вредных последствий и для них не могло быть непредсказуемым. Так же недопустимо, чтобы вина заключалась только в волевой стороне. Субъект может волею своё противоправное деяние и вытекающие отсюда последствия, ничего не ведая и не будучи в состоянии ведать что-либо о данной противоправности. Если в начале текущего столетия пограничье целостности интеллектуальной и волевой сторон, их неделимости не составляло особого труда, ныне неразрывность этой связи по меньшей мере теоретически – непреложная уголовно-правовая аксиома. Как будет показано ниже, Кельзен был не единственным учёным, кто совершенно несправедливо пренебрегал указанным открытием психологической теории вины.

Однако содержание самого интеллектуального момента, каким его представляет Кельзен в видах умысла, на наш взгляд, заслуживает весьма значительного внимания. Во втором случае умышленных деликтов, «при которых субъект хотя не желает вредного результата, но предвидит его наступление», автор не конкретизирует, какая форма наступления имеется в виду: возможное или неизбежное.

В современном уголовном праве наподобие психологической теории той эпохи признаётся не только необходимость взаимосвязи интеллектуальной и волевой сторон, а также принято исходить из необходимости того, что обе стороны при переходе от одного подвида вины на другой обычно должны субстанциально видоизменяться, т. е. если интеллектуальный признак прямого умысла заключается в предвидении неизбежного наступления вредного результата, при эвентуальном умысле эту неизбежность следует заменить на возможность.

В уголовно-правовой литературе нередко приводится следующий казус косвенного умысла: с целью незаконного получения страховых выплат собственник дома поджог своё недавно застрахованное имущество, где в это время находилось тяжело больное лицо пожилого возраста.

Субъект не желает наступления вредных последствий, т. е. в отношении убийства прямой умысел следует исключить. В то же время делинквент твёрдо

уверен, что больной не сможет выбраться наружу, т. е. предвидит неизбежность летального исхода, что, в свою очередь, исключает и косвенный умысел.

Но в таком случае какая субформа вины налицо? Когда субъект не желает противозаконных последствий, но сознательно допускает неизбежность (не возможность) их наступления, как бы парадоксально это не звучало, действует невиновно, так как ни один подвид вины не включает в себя оба упомянутых признака. И это в рамках как психологической, так и нормативной теории вины.

На самом же деле вследствие подобной конstellляции волевых и интеллектуальных моментов представлена новая, по сей день неоткрытая субформа вины, имеющая точно такое же право на существование, как прямой или эвентуальный умысел.

Детальное исследование этого предусматривается нами лишь в последней части настоящего труда. Здесь же очевидно, что Кельзен не случайно опускает детализацию интеллектуальной стороны во втором подвиде вины. Это его имплицитное критическое замечание, адресованное психологизму, вне сомнения заслуживает позитивное выделение.

Не соответствует и неосторожность Кельзена принятой в психологической теории соответствующей форме вины. Правда, и он признаёт, что субъект «может и в уголовно-правовом отношении обязан предвидеть и предотвратить вредные последствия», но соотношение возможности и обязанности понимается им неординарно. Согласно психологизму, субъект обязан предвидеть вредные последствия в силу того, что он это может. А у Кельзена наоборот – может, потому что обязан. В первом случае акцент приходится на возможность, т. е. на психологический аспект проблемы, во втором – на обязанность, т. е. на нормативный или правовой аспект.

Кельзен отмечает: «То, что определённое явление не удалось реально предусмотреть и предотвратить, в достаточной степени свидетельствует о невозможности его предусмотрения и предотвращения. Всё, что происходит, должно происходить, а именно так, как это и происходит, и в силу этого ничего другое происходить не может»<sup>252</sup>. Это – яркое тому подтверждение, что из перспективы универсального детерминизма, который представляет Кельзен, превалирование в неосторожности психологического момента недостижи-

---

<sup>252</sup> Ibidem.

мо. Кельзен, рассматривая неосторожную вину как недостаток внимания, дефицит предусмотрительности, там же указывает, что это всего лишь отвергающая всякую мажорность психологизма точка зрения, поскольку «её главное требование составляет обязанность предусмотрительности; без обязанности этого позитивного процесса (концентрации внимания) в представлении субъекта сознание его необходимости не может проникнуть». Иначе говоря, субъект только тогда и может напрячь своё внимание, если он в уголовно-правовом отношении обязан это предпринять, исходя из чего «нормативная обязанность» опережает «психологическую возможность». И поэтому неосторожность здесь как форма уголовно-правовой вины рассматривается как понятие не психологического, а юридического содержания.

На это Кельзен указывает прямо: «Психолог никогда не сможет сформировать понятие вины. Деяние виновно потому, что субъект был обязан совершить или не совершить, сделать или пресечь что-либо. Воля – то, чего желает или не желает индивид – в связи с проблемой вины менее значимо. Что касается социальнопревентивной или общепревентивной функции уголовного закона, это безусловно усиливает нормативный характер вины, так как именно угроза наказания вынуждает субъекта тем более напрячь свою способность предусмотрительности, когда для него противоправные последствия являются нежелательными и непредвиденными»<sup>253</sup>. Кельзен отнюдь не ошибается, утверждая, что психология не способна сформировать модель вины. Автор не отрицает и объективно неопровержимо, что в вине в виде воли и представления налицо психологические понятия. Кельзен стремится наделить их лишь неосновными, производными от обязанности функциями, а не целиком элиминировать их из вины. Однако если вина всё-таки включает в себя явно психологические моменты, то, на первый взгляд, становится неясно, почему же нельзя перемещением акцента на них получить психологическую модель вины. Дело в том, что вина, согласно верному утверждению нормативистов, не может результировать без внешней оценки психологического поведения субъекта, что явно выходит за рамки психологии как науки строго дескриптивного характера.

**Систематический ракурс**      Как видно из последней цитаты Кельзена, в институте наказания он видит очередное усиливающее нормативность вины звено. Значительно углубляя впоследствии своё исследование в данном направлении, Кельзен в конечном итоге заключает, что

<sup>253</sup> Ibid., стр. 138.

не обязанность, как им изначально отмечалось, а наказание является тем решающим элементом, который конституирует уголовно-правовую вину как метапсихологическое, нормативно-правовое понятие. Аргументация выделения наказания в качестве главного момента следующая: «Состав неправды включает такие психологические признаки, как воля и способность представления. Но вина – это ни воля и ни представление, она – существование самой этой неправды, т. е. нарушенной уголовно-правовой нормы (...). Почему и насколько – наказание, потому и настолько – вина»<sup>254</sup>. Это крайнее искажение сущности вины, так же неприемлемое, как и психологическая концепция вины. Можно сказать, что Кельзен вышел и за рамки нормативизма, очутившись в никому неведомом зазеркалье.

Норма в обратном порядке не читается ни гражданином и не сотворяется ни законодателем. Нормативно наказание опережается всем, а из него ничего не вытекает – это не приставка и не корень, даже не суффикс, а окончание нормы, что представляет собой формально-логическую сторону вопроса. А материально ошибочность этого в разы нагляднее: если вину обуславливает наказание, то наказание в то же время должно быть предметом уголовно-правового реагирования вины, а не наоборот; но вина – признак индивида, наказание – государства, тогда как механизмом уголовно-правового реагирования, как известно, владеет именно государство, а не индивид, что недвусмысленно свидетельствует и о материальной превратности тезиса Кельзена.

Причина, повлёкшая подобный вывод, лежит на ладони. Кельзен считал, что вызволение вины из клещей закостенелого радикального психологизма могло быть достигнуто лишь вследствие максималистского подхода, т. е. посредством радикального нормативизма, основанием чего и могло быть только противопоставление воле и представлению наказания как крайнего проявления нормативности. Но клин клином в уголовном праве – по меньшей мере так – не вышибается: ненаучно. Даже если речь в данном случае идёт ни о ком ином, как об основателе Конституционного суда (Австрия, Чехословакия, 1920), который, кстати, в настоящем его виде весьма рафинированно противоречит на 2/3 принципу разделения властей Монтеस्कье.

---

<sup>254</sup> Ibid., стр. 142.



Вопрос в том, что можно ожидать от такой науки уголовного права, которая наводняет теорию психологизмами, нормативизмами и сегодня уже социологизмами?

Тем не менее здесь указанный выше вывод – отнюдь не последний этап развития понятия вины. За рамками критики психологизма Кельзен значительно расширяет амплитуду своих воззрений и вину уже представляет как понятие не просто юридической, а этически-правовой природы, где для него, подобно большинству нормативистов, вина связана с нормативно-этической упречностью. Невзирая на не одно непреодолимое противоречие, конфронтацию Кельзена с психологической теорией вины следует признать эффективной, и в этом, как мы убедились, не последнюю роль сыграло его позитивистское мировоззрение.

## Р. ФРАНК

### Логическая неприемлемость

Предпринятый Р. Франком критический анализ психологической теории вины сделал необратимым процесс её дезинтеграции и внедрения нормативной концепции в западноевропейском сегменте континентальной доктрины. Он однозначно отвергает основополагающие принципы психологизма и на их месте формирует ныне уже доминирующие, революционные для той эпохи нормативные положения. По мнению современных нормативистов, нельзя отрицать, что основание нормативной теории вины является заслугой Франка, но в то же время он отчасти всё же находился под влиянием психологизма и рассматривал определённые стороны вины по-прежнему в рамках психологизма. В качестве основного аргумента здесь приводится то, что у него «упречность» и «психическое отношение» представлены рука об руку.

Сегодня уже широко известно следующее мнение Франка: когда субъект под непреодолимым физическим или психическим принуждением совершает вредное в уголовно-правовом отношении деяние, психическое отношение к нему не вызывает сомнений; субъект желал совершения неправды, чтобы таким образом избежать неприемлемых для него последствий принуждения. Несмотря на это, как продолжает развитие своего воззрения Франк, соответствующая норма уголовного закона такое деяние не классифицирует как виновное. Отсюда он заключает, что к вине, помимо психологического, следует относить и оценочный, нормативный элемент.

Франк, прежде всего, выступает против господствующего тогда определения фон Листа, согласно которому вина представляет собой основание ответственности за совершённое противоправное деяние. Если отстаивать определение Листа, то ответственность без вины, по Франку, превратилась бы в немислимое понятие и следовало бы совершенно отвергать всякое различие между принципами виновной ответственности и ответственности за результат (*Erfolgshaftung*)<sup>255</sup>.

Как нам видится, постулированная Листом мысль глубже, чем это определяется Франком: основание ответственности – не всегда вина, но вина – все-

---

<sup>255</sup> См. R. Frank, Kommentar über das Großherzoglich Hessische StGB, Teil I, 1842, passim.

гда основание ответственности. Следовательно, указание на вину как на основание ответственности не означает, что ответственность всегда была и будет только виновной. Это одна сторона самообмана Франка.

С другой стороны, его заблуждение заключается в том, что Лист подразумевает не правовую ответственность в общем, а только уголовно-правовую. В современном же уголовном праве ответственность в любом своём проявлении – виновная ответственность (иной вопрос, как при этом понимается вина в разных правовых системах). Если невинное деяние субъекта влечёт противоправные последствия, что, например, сопровождалось использованием источника повышенной опасности, ответственность с целью возмещения причинённого ущерба носит не уголовно-правовой, а гражданско-правовой характер и является гражданско-правовой ответственностью, несмотря на то что возникает из регулируемого уголовным правом отношения.

И, наконец, если же Франк имеет в виду ответственность за материальное преступление, и это не может быть приемлемо. Хотя при материальных или результативных деликтах ответственность иногда действительно не наступает без наступления вредного последствия (подразумевается действительное раскаяние, когда субъект после оконченого покушения добровольно предотвращает вредный результат, что не следует смешивать с половинчатым действительным или деятельным раскаянием как действующего УК РФ, так и действующего УК РФ), это ещё не даёт основания утверждать, что результат в данном случае объявляется основанием ответственности. Правда, в теории уголовного права до сих не остывают прения относительно того, чему следует отдавать предпочтение – виновной ответственности или ответственности «за результат», но это ничего общего с рассматриваемым вопросом не имеет: предмет указанной дискуссии составляет то, насколько допустимо в отдельных случаях признание результата признаком виновности, т. е. оправдано ли то, что в таких случаях деяние не считается виновным до тех пор, пока не наступил противоправный результат. Таким образом, априорность виновности для ответственности никак не подвергается сомнению, так как теоретический диспут ведётся в рамках виновности и значение результата для ответственности выясняется в зависимости от того, вносится он в данные рамки или нет. Соответственно, в теории уголовного права ответственность «за результат» понимается условно и в этом аспекте Франку также не на чём опереться относительно критики Листа.

Кто насколько прав в рассматриваемом вопросе, догматически, конечно же, весьма любопытно, но с другой, куда более важной стороны, факт остаётся фактом: нормативная теория вины Франка и трёхкомпонентная система преступления Листа – это те две основные колонны, на которых и по сей день опирается, можно сказать, глобальное влияние немецкой теории уголовного права.

**Структура вины** Подобно Кельзену, и Франк исходит из того, что структура вины должна включать в себя больше, чем только умысел и неосторожность. В качестве двух дополнительных элементов, *превращая тем самым умысел и неосторожность из форм вины в элементы вины*, он называет вменяемость и сопровождающие обстоятельства (*begleitende Umstände*). Сам Франк особо выделяет «сопровождающие обстоятельства», но нам, прежде всего, хотелось бы остановить наше внимание на втором элементе, так как на примере вменяемости отчётливее выделяется допущенная Франком неточность.

Если рассматривать вину как только психическое отношение, следует учитывать, что способностью психического отношения к своему деянию нередко обладает как малолетнее, так и душевнобольное лицо, в силу чего в психологической теории вины не вменяемость должна быть исключаяющим вину обстоятельством как расположенный вне последней элемент, а вменяемость должна представлять собой признак вины, включённый в понятие вины компонент, чтобы не воспринимать и психическое отношение невменяемого виной.

Потому как в нормативной теории вина является упречностью, а не психическим отношением, здесь уже нельзя заключить, что и психическое отношение невменяемого – вина, так как его ничего не связывает с упречностью. Упречность в самой себе включает вменяемость, а психическое отношение – нет; если то последнее логически требует дополнения признаком вменяемости, в отношении первого подобное оказывается совершенной беспредметностью: недопустимо, чтобы один и тот же признак являлся составной частью понятия и в то же время находился вне понятия.

Таким образом, с точки зрения уголовно-правовой техники, вменяемость в той или иной форме орбиту вины не покидает.

Впрочем, о противоположном свидетельствует сущность вины. Когда под виной подразумеваем умысел и неосторожность, это указывает на то, что пре-

ступление является противоправным деянием, совершённым умышленно или по неосторожности; но если наряду с ними представить себе и вменяемость, невольно получим, что преступление является и противоправным деянием, «совершённым вменяемостью». Вменяемость – естественное психическое состояние, а не продукт психической деятельности, как умысел или неосторожность. Ввиду того что субъекту может вменяться в вину только то, что он содеял или не содеял, но не в коем случае то, что представляет собой субъект персонально, очевидно, что уголовно-правовая норма и субъективная психика не могут пересекаться, если субъект психически не касается соответствующей нормы, если он для этого не привёл в позитивное или негативное действие свою психику. В силу этого понятие вины, безусловно, не может включать вменяемость в качестве своего структурного элемента.

То же самое касается и предложенного Франком второго дополнительного элемента. Разумеется, без учёта сопровождающих преступление обстоятельств установление упречности невозможно, но Франк, видимо, пренебрегает тем, что вина относится не к обоим, а только к субъективной стороне преступления. Поэтому если в первом случае его неточность заключалась в недифференцированности признака и элемента, на сей раз он не дифференцирует между собой элемент и предпосылку. Очередным подтверждением этому служит его следующий вывод: «*Предпосылками* (выделено нами – автор) противоправного деяния являются: 1) нормальный склад ума; 2) конкретное психическое отношение преступника к противоправному деянию или возможность такого отношения (умысел или неосторожность); 3) нормальное течение обстоятельств, при которых действует преступник»<sup>256</sup>. Могут ли эти моменты одновременно определяться как предпосылки упрека и элементы упречности? Упречность как совокупность этих факторов несомненно представляет собой предпосылку упрека, но не всегда, ибо субъект может упрекаться и в том случае, когда его не в чём упрекать, т. е. порой содержание упречности и предпосылки упрека взаимоисключаются.

Одна из основных сторон франкского критического анализа психологизма выражается в специфическом ревизионировании понятия психического отношения. Вторым условием упрека он признаёт умысел как психическое отношение и неосторожность как возможность психического отношения, т.

---

<sup>256</sup> R. Frank, *Über den Aufbau des Schuldbegriffs*, in: *Festschr. f. die juristische Fakultät in Gießen zum Universitäts-Jubiläum*, Gießen, 1907, стр. 29.

е. не как психическое отношение. Франк первый, но не единственный, кто указывает на отсутствие психического отношения в неосторожной вине. Большинство представителей нормативизма ловко ссылается на этот аргумент в борьбе с психологизмом, что, как нам кажется, является следствием слепого полемизирования с психологической теорией вины.

Например, при самонадеянности субъект не желает вредных последствий, предвидит возможность их наступления, но (легкомысленно) рассчитывает на их предотвращение. «Предвидит», «рассчитывает» – разве это не проявление психического отношения?

А при небрежности субъект своё психическое отношение к внешней стороне деяния и его вредным последствиям выражает неиспользованием возможности знания, неосуществлением должной предусмотрительности. Естественно, имеются и исключения: к противоправному деянию, совершённом в состоянии алкогольного опьянения, лицо не может иметь медицински здорового, юридически релевантного психического отношения. Но это и подобные исключения здесь беспочвенны, так как существует другой, простой выход. Согласно действующим законодательствам некоторых стран, уголовная ответственность определяется не «преступлением», совершённым в состоянии опьянения (это может влиять лишь на степень ответственности), а сознательным приведением себя в состояние опьянения.

Ошибочность позиции Франка относительно этого вопроса легко устанавливается и симптоматически. Если психическое отношение, по его же мнению, является одним из элементов упречности, то противоположное этому понятию негативное понятие должно исключать упречность. Это очевидное требование логики. Возможность в отношении к самой себе – позитивное понятие, потому как она означает наступление соответствующего явления, его реализацию в определённом отрезке будущего. Однако в отношении к самому этому явлению возможность приобретает негативный характер, так как она своим существованием выражает его отсутствие: явление – это действительность, возможность – абстракция, а действительность и абстракция являются противоположными, т. е. контрарными понятиями. «Возможность психического отношения», в свою очередь, также носит негативный характер относительно «психического отношения», поскольку и её наличие свидетельствует об отсутствии этого последнего.

Таким образом, у Франка возможность психического отношения в виде неосторожности должна быть исключающим, а не конституирующим упречность элементом, что в корне противоречит его принципиальному положению.

Достоинно внимания исследование Франка в связи с корреляцией вины как целого и умысла и неосторожности как её отдельных элементов. Здесь он усматривает одну из главных оплошностей психологической теории вины. Франк полагает, что объявлением умысла и неосторожности в качестве форм вины психологизм создал непреодолимый барьер, так как, по его же утверждению, об «умысле и неосторожности всегда нельзя сказать то, что можно сказать о вине». В силу этого Франк уже прямо отвергает их в качестве форм вины, и, как было показано выше, вводит понятие элемента вины.

Данный подход впоследствии стал господствующим в немецкой уголовно-правовой доктрине. Как считают современные нормативисты, конструирование вины как упречности невозможно, если в ней не выделять умысел и неосторожность как элементы. В традиционной же догматике ближе всех к позиции Франка находится Ю. Бауман, который следующим образом интерпретирует содержание вины: «Понятие вины состоит из трёх элементов: 1) отношение преступника к своему деянию, т. е. то, из-за чего преступник упрекается (предвидение и желание деяния – умысел или неосторожность при возможности предвидения); 2) виноспособность или вменяемость (возможность оценки деяния преступником); 3) отсутствие исключających вину обстоятельств (возможность преступника действовать в соответствии со своей оценкой).

Из этой конструкции вины следует, что умысел и неосторожность являются элементами вины, а не формами вины (как в психологическом понятии вины), полностью охватывающими вину. Психологическое учение вины считало понятие вины исчерпанным уже в умысле и неосторожности».<sup>257</sup>

На наш взгляд, намеченная Франком и почти единогласно признанная в современном нормативизме эта тенденция верна в том плане, что умысел и неосторожность не могут быть формами вины, но ошибочна в том плане, что умысел и неосторожность не могут быть и элементами вины.

Говоря, что тепло – форма энергии, подразумеваем, что тепло – энергия; так же следует представить себе умысел виной, утверждая, что умысел – фор-

<sup>257</sup> G. Baumann, Strafrecht. Allg. Teil, 2. Aufl., стр. 292.

ма вины. Но в умысле или неосторожности вина в совершенстве не проявляется, несмотря на то что она вопреки утверждению нормативистов в обоих случаях – психическое отношение. Форма является философской категорией, выражающей организацию, структуру систем, т. е. совокупностью тех отношений, которые существуют между элементами определённой системы, откуда исходит следующий вывод: явление может проявляться в двух или более формах, только при условии качественной и количественной тождественности слагаемых элементов. Соответственно, формальное видоизменение явлений связано не с качественным или количественным различием между их составными частями, а с неидентичностью отношений между их идентичными элементами. Ввиду того что элементы умысла и неосторожности характеризуются качественным различием, умысленная и неосторожная вина, исходя из вышесказанного, – это две разные явления, а не две разные формы одного и того же явления, т. е. уголовно-правовой вины. В силу этого выводы Франка и Баумана в данном контексте верны.

Однако когда нормативисты представляют умысел и неосторожность в виде элементов вины, напрашивается вопрос, что здесь под элементами подразумевается. Элемент – это всего лишь один из объектов системы объектов. Система не результирует до тех пор, пока не будет представлена полная совокупность этих отдельных объектов. Следовательно, вина дана только тогда, если налицо все его элементы, если одновременно даны и умысел, и неосторожность, т. е. виновное осуществление деяния в таком случае допустимо только целостностью умысла и неосторожности, а не только умыслом или только неосторожностью. Именно риском такого вывода и обуславливалось, что в начале исследования Франк выделяет четыре элемента вины, а в конце, подобно Бауману, ограничивается всего лишь тремя, посредством комбинирования умысла и неосторожности в качестве альтернативных элементов. Но это скорее тактическая уловка, нежели стратегическое решение проблемы. Объявление умысла и неосторожности альтернативными элементами означает, что в одном случае понятие вины состоит из вменяемости, умысла и сопровождающих обстоятельств, во втором же – из вменяемости, неосторожности и сопровождающих обстоятельств; а нетождественность элементов равна нетождественности понятий (от сухопутной лодки до подводного самолёта). И по этой причине здесь так же не может достигаться формирование единого, монолитного понятия вины.



Тщетен, на наш взгляд, и последующий шаг Баумана, когда он умысел и неосторожность обозначает ступенями (*Schuldstufen*) вины. Этим Бауман вернулся к тому же, что изначально отвергал. Высказанные им в адрес умысла и неосторожности все без исключения замечания с таким же успехом применимы к его же последнему положению.

Но что представляют собой умысел и неосторожность, если они не могут быть ни формами, ни элементами, ни даже ступенями? Решение этой проблемы – как теоретически целесообразное, так и прагматичное – будет представлено ниже, где речь пойдёт о *процентах* вины в рамках её градации на лагме, что, в свою очередь, концептуально ничего общего со степенями вины в англо-американском понимании не имеет. Хотя такой подход вполне может расцениваться как более англо-американский, нежели континентальный. В то же время можно прямо указывать и на континентальное понятие вины В. Галласа со способностью возрастания. Параллелей может быть немало, но ядро пока не расщеплялось.

Продолжая критическое рассмотрение психологизма, Франк отмечает, что вина в уголовном праве не должна определяться как самостоятельное понятие. У него понятие вины сливается воедино с понятием уголовно-правового деяния (впоследствии это мнение развивается и другим немецким криминалистом М. Э. Майреом). Так как для Франка сущность вины заключается в упречности, виновное деяние он определяет как «упречное деяние». Как нам кажется, подобная позиция теоретически некорректна.

Хотя в уголовном праве вина не может существовать, если не существует деяния (действия или бездействия), но это отнюдь не означает, что вины в уголовном праве нет вообще. Дефиниция Франка подразумевает именно отрицание вины как релевантного в уголовно-правовом отношении понятия, потому как в виде «упречного деяния» он предлагает уголовно-правовое определение деяния, а не вины.

Если уголовное право станет ограничиваться «виновным», «виновностью», «невиновностью» и расположенными вокруг вины и исходящими из вины другими понятиями, а собственно понятие вины оставить научно неопределённым, получим непреодолимое логическое противоречие: сам тот факт, что вышеупомянутые понятия по своему содержанию вытекают из понятия вины, делает невозможным формирование совершенного представления о них путём игнорирования понятия вины.

Так, например, виновный означает содержащий вину и если не определять понятие вины, насколько точным может быть наше суждение о том явлении, которое содержит это неопределённое понятие?

Таким образом, вина как самостоятельное понятие необходима по крайней мере для того, чтобы понятия вышеупомянутой категории воспринимались адекватно.

Помимо этого, если руководствоваться подходом Франка, следовало бы отвергать уголовно-правовое значение не только понятия вины, но также состава преступления, противоправности и самого преступления, чтобы заменить их понятиями соответствующего составу преступления, противоправного и преступного деяния. Хотя в первом из последних трёх случаев в традиционной догматике дело практически так и обстоит, т. е. «виновное деяние» Франка – это закономерная аналогия формулы Листа в виде «соответствующего составу преступления деяния» там, где понятие состава преступления (деяния) и по сей день подменено понятием «соответствия составу преступления».

**Волевая теория  
и теория  
представления**

Франк обстоятельно касается также существующих в психологической теории вины основных направлений – волевой теории и теории представления, выявляя их недостатки. По его мнению, *conditio sine qua non* долуса не заключается только в предумышленном противоправном результате или только в его желании. Франк рассматривает *dolus* как «знание обстоятельств, предусмотренных составом преступления или отягчающих наказуемость, сопровождающееся выраженной в противоправном деянии волей».

На наш взгляд, приоритизация знания и воли является единственно верным способом положительного решения вопроса. Абсолютизацией результата в умысле он сделался бы неотличимым от самонадеянности (легкомыслия), так как этот признак имманентно присущ и этому последнему. Помимо этого, представление в обход воли никогда не может быть причиной деяния.

Впрочем, и у теории представления имеется не один контраргумент. Согласно ей, представление результата может оказывать на субъекта настолько сильное влияние, чтобы лишить эффективности всякое противоположное представление. Сознание противоположных представлений, согласно той же теории, не является необходимым; хотя они существуют и «потенциальный пре-

ступник знает о них», но противоположные представления в конкретных условиях в его сознание не проникают и, следовательно, их нельзя признать сознательными контрсилами (*bewußte Gegenkräfte*) представляемого результата. На основе этого теория представления заключает, что уголовно-правовой умысел представляет собой следствие бездействия как такового доброй воли и доминирования представления.

Сегодня уже вряд ли кто-либо стал бы возражать против утверждения, что понимание воли в теории представления неадекватно. Но удивительно именно то, что и Франк преодолевает данную теорию на основе неадекватного понимания воли.

Волю Франк определяет как телесные, физические движения (при бездействии – как воздержание от таких движений), и в силу этого представление тотчас же дополняется волевым моментом, как только перевоплощается в деяние или же, наоборот, представление противоправного результата не превращается в виновное действие, если эти два понятия не опосредствованы волей.

Ошибочность предположения Франка заключается в том, что воля является механизмом не машинального, метапсихического, а сознательного управления представлением и его целенаправленного проецирования на деяние.

Правда, это не умаляет основательности критики Франка или немаловажности сделанного им вывода, так как обе ветви психологической теории вины действительно неприемлемо узко, односторонне определяли содержание уголовно-правового умысла.

Франк и позже обобщает своё воззрение и в конечном счёте делает вывод, что преступник во время умысла не просто должен знать и представлять себе вредный результат, а также думать о нём сознательно или подсознательно (следует заметить, что он не требует подобного и для других обстоятельств преступления). И тем самым, т. е. внедрением между представлением и волей рефлексии, Франк уже приближается к объективному восприятию воли.

**Концепция «незнания»** Оригинальностью отличаются воззрения Франка также относительно юридической ошибки. Он пишет: «Незнание уголовно-правовой нормы не исключает вменение: предусмотренное уголовным законом каждое деяние в неизбежной точности совпадает с основными принципами религии и морали. Однако если для субъекта требова-

ние уголовно-правовой нормы действительно незнакомо, это свидетельствует о том, что описанное в этой конкретной норме преступление противоречит морали и религии, что лишает её юридической силы. А отсутствие юридической силы нормы делает недопустимой речь о виновности деяния»<sup>258</sup>.

Высказывание Франка никак не может соответствовать идее права и назначению уголовно-правовой нормы:

Во-первых, например, нормы морали – это фактически, сами собой возникающие правила поведения. В то же время уголовное право не только санкционирует, т. е. перенимает их, но и само устанавливает (создаёт, творит) новые правила поведения. Между санкционированием и установлением кроется принципиальная разница между моралью как спящей красавицей и живым правом.

Во-вторых, в обществе могут существовать несколько государственных религий или каждый социальный слой может руководствоваться собственной моральной концепцией, но если налицо более одной правовой системы, налицо и более одного организованного в правовом порядке общества. И при сложнейшем федеральном устройстве федеральная конституция является гарантом неделимости права. В силу этого немислимо, чтобы уголовный закон в одно и то же время и в одной и той же мере соответствовал всем религиозным или моральным направлениям, которые обычно могут взаимоисключаться.

В последнем аспекте Франк только тогда смог бы надлежаще обосновать своё положение, если наряду с единой правовой системой существовали бы единая мораль и единая религия. Вместе с тем с его позицией не может иметь ничего общего понятие обязанности знания нормы.

Когда мы выше неуважительное незнание закона признали отягчающим вину обстоятельством, в основе этого было заложено именно нарушение такой обязанности. Поскольку, по Франку, субъект не обязан знать уголовный закон, а врождённо, естественно знаком с каждой отдельной его нормой, понятно, что незнанием нормы субъект не может нарушить никакую обязанность и, соответственно, не может отягчаться и его ответственность. В силу этого так же ясно, что воззрение Франка для нас и в этом, наиболее прин-

---

<sup>258</sup> R. Frank, Kommentar über das Großherzoglich Hessische StGB, Teil I, стр. 550-551.

ципиальном отношении как несоответствующее уголовно-правовой реальности неприемлемо.

Неприемлем и вывод, сделанный на основе этого воззрения, согласно которому незнание нормы – это негация психического отношения, ибо, как отмечалось выше, психическое отношение здесь выражается не в знании нормы, а в неисполнении обязанности знания.

**Основные  
понятия вины**

Из вышепредставленных воззрений Франка явствует, что на грани двух последних столетий немецкий криминалист со всех сторон непримиримо полемизирует с господствующей тогда психологической теорией вины. Хотя порой без веских оснований, но всегда с особой научной интуицией, проникнутый идеей преодоления психологизма в уголовном праве.

Тем не менее главная заслуга Франка заключается не в плодотворной критике психологизма, а в создании на основе этой критики новой, нормативной теории вины, в которой вина уже предстаёт не как дескриптивное психическое отношение, а как оценочная упречность.

Наряду с этим нельзя упускать из внимания, что Франк противится господству психологизма в уголовном праве, не всякому проявлению психологии. Более того, он рассматривает психическое отношение или возможность психического отношения (неосторожность) как конститутивный элемент упречности.

И поэтому в теории уголовного права встречается и такая мысль: «Под влиянием психологии, философии ценностей и социологии 19-го века теория вины подразделилась на четыре направления: 1) психологическое понятие вины – вина как психическое отношение преступника к преступлению; 2) нормативное понятие вины – вина как противоречие обязанности (Pflichtwidrigkeit), противоценность преступного деяния; здесь понятие вины – оценочное понятие (Белинг); 3) расположенное между двумя первыми очередное, промежуточное понятие вины – вина как упречность (Франк); 4) Социологическое понятие вины – вина в формальном понимании как недостаток ответственности, в материальном понимании – как недостаток социального настроения»<sup>259</sup>.

<sup>259</sup> G. Nass, Wandlungen des Schuldbegriffs, стр. 115.

Как нам видится, подобный подход к воззрениям Франка является следствием чрезмерной предосторожности, что берёт своё начало в радикализации нормативизма Р. Маурахом. Концепцию Франка ввиду её полной несовместимости с психологизмом и полной совместимости с нормативизмом следует рассматривать не как расположенное между ними промежуточное направление, а как начальный, исходный этап развития нормативизма.

## Т. В. ЦЕРЕТЕЛИ

### **Вина как основание ответственности**

С личностью Тинатин Васильевны Церетели тесно связано динамичное развитие современной национальной уголовно-правовой мысли в рамках основанной ею же грузинской школы уголовного права. Она – первая криминалистка-доктор юридических наук в СССР (Москва, 1949, Причинная связь в уголовном праве). Следует особо выделить, что с её именем связана, например, декриминализация в Грузии укрывательства преступления, совершённого близким родственником, невзирая на интенсивное давление со стороны созных властей. В её обширном и необычайно глубоком творчестве важное место уделяется и изучению проблемы вины. Исследование уголовно-правовой вины в произведениях Т. В. Церетели в основном проводится по следующим трём направлениям: сущность вины, вина как конститутивный признак преступления и вина как основание ответственности. В отношении первых двух представлен критический анализ психологической теории вины, а анализ последнего вопроса целиком основывается на критике господствующего в уголовном праве субъективизма.

Разумеется, не может достигаться полноценное осмысление воззрений Т. В. Церетели о вине, если не разобраться основательно в третьей части её исследования, т. е. в значении вины при определении уголовной ответственности. Она видит основание уголовной ответственности не в вине как в элементе преступления, а в совокупности объективной и субъективной сторон преступного деяния. Вина для неё – необходимое, но не единственное условие ответственности. По этому поводу М. Г. Угрехелидзе отмечает: «Согласно её (Т. Церетели) нравственному чувству и правовому убеждению, для уголовного права подрывные тенденции содержат теории, которые умаляют роль и значение объективной стороны деяния и объявляют единственным основанием уголовной ответственности субъективную сторону. Подобные субъективные тенденции, по мнению Т. Церетели, следует пресекать в корне, так как они непременно ведут к отрицанию т. н. «устойчивых составов», стабильности уголовного закона и центральных основ уголовного правосудия»<sup>260</sup>.

<sup>260</sup> М. Г. Угрехелидзе, Диалектика объективного и субъективного в трудах Т. В. Церетели; Уг.-правовые исследования, Тбилиси, 1987, стр. 113.

Впоследствии Т. В. Церетели признаёт это и как отрицание уголовного права. В силу этого в качестве очередной необходимой предпосылки ответственности она представляет объективную сторону преступления и в результате анализа заключает, что решающим в связи с рассматриваемым вопросом является именно этот второй аспект.

Т. В. Церетели совершенно последовательна в своих выводах, когда она считает неприемлемым «протвоправное расположение духа как таковое» в виде единственного условия ответственности.

Тем не менее можно ли сказать то же самое о расположении духа, проявленном в противоправном деянии, т. е. что определяет уголовную ответственность: протвоправное расположение духа, выраженное в деликтном деянии, или деликтное деяние, выражающее это противоположное расположение духа? На наш взгляд, Т. В. Церетели приданием преимущественного значения деликтному деянию и здесь делает безошибочный выбор.

Хотя преступление не дано, если наряду с соответствующим составу преступления и противоправным деянием не представлено и виновное деяние, но вместе с тем нельзя сказать, словно субъект для совершения преступления каждое из них должен осуществлять в отдельности. (Систематически) Преступление является деянием, а не совокупностью деяний. Ввиду этого его деление на указанные деяния может быть только уголовно-правовой условностью, так же как и его деление на отдельные стороны – внутреннюю и внешнюю.

Исходя из этого, в уголовно-правовом отношении конкретно лишь преступное деяние, только преступление, тогда как все другие моменты являются обрамлённой этой конкретностью абстракцией. Это, в свою очередь, свидетельствует о том, что объектом ориентации ответственности как конкретной категории в деликтном деянии может быть только деликтное деяние в его целостности, но не его какой-либо абстрактный элемент или аспект. Следовательно, генеральное основание ответственности должна представлять собой не вина, а преступление, несмотря на то что материально каждое виновное деяние в то же время является и преступным деянием.

Однако сложно согласиться с последующим положением концепции Т. В. Церетели, а именно с акцентированием объективной стороны в деликтном деянии как в универсальном основании ответственности. Естественно, она да-



лека от объективизма, но её последнее утверждение в определённой степени всё-таки бросает тень на истинное значение вины. Вне всякого сомнения, уголовное право регулирует индивидуальные деяния, а не индивидуальные мысли. Склад устремлений или интересов – предмет регулирования морали и религии. Для уголовно-правовой нормы подобные глубины непостижимы, равно как безынтересны, если всё это не находит проявления в противоправном деянии. И здесь уже уголовное право с такой мощью и интенсивностью вторгается во внутренний мир субъекта, с какой в неё никогда не проникает ни религия, ни мораль. С целью изучения промелькнувшего на миг в уме индивида субъективного отношения приводится в действие огромный процессуальный аппарат, и лишь его всестороннее выявление ставит в повестку дня вопрос об ответственности. Субъект может совершить множество противоправных деяний, но не привлекаться к уголовной ответственности ни за одно из них. А установлением вины наряду с противоправностью ответственность почти неминуема. В соответствии с этим противоправность деяния, т. е. определённая объективной стороны предстаёт в качестве пассивного зародыша ответственности, активирование которого осуществляется только виновностью деяния, т. е. определённой субъективной стороны. Это в рассматриваемом контексте несомненно свидетельствует в пользу вины.

В этом же аспекте наше внимание привлекает и проблема покушения. Г. Т. Ткешелиадзе отмечает: «Т. Церетели (...) обосновывает, что и в случае покушения необходимо наличие объективных и субъективных моментов. Более того, она полагает, что для определения отдельных стадий преступления решающее значение придаётся именно объективным признакам деяния, в соответствии с которыми происходит дифференциация этих стадий»<sup>261</sup>. Мы этот довод Т. В. Церетели не разделяем, но не безусловно.

На то, что упомянутое воззрение небезосновательно, наглядно указывает представленная Ф. Клерком градация уголовно-правового раскаяния. «Раскаяние, – отмечает он, – в уголовно-правовом отношении разнообразно в соответствии с тем, в каком отрезке времени оно проявляется: 1) в процессе совершения деликта оно является исключаящим вину обстоятельством; 2) после совершения деликта, но до наступления результата оно именуется дей-

<sup>261</sup> გ. ტყემელიაძე, „თ. წერეთელი. მეცნიერული კვლევის პროგრამა“, „სახელმწიფო და სამართალი“, თბილისი, 1990, №5, სტრ. 75.

ственным раскаянием, которое, по усмотрению суда, может применяться как смягчающее вину обстоятельство; и 3) после окончания деликта, т. е. за пределами наступления противоправного результата оно, вновь по усмотрению суда, также применимо как смягчающее вину обстоятельство, если признаётся искренним»<sup>262</sup>.

В первом случае, когда деликт в процессе осуществления и не выходит за пределы покушения, раскаянием ответственность полностью исключается.

В остальных двух случаях, где сначала представлено деяние без последствий, а после представлен и результат, раскаяние лишь снижает степень уголовной ответственности и то не в обязательном порядке, а по усмотрению суда.

Из тезиса Ф. Клерка следует, что масштабом вины и ответственности выступает объективная сторона преступления, что абсолютно совпадает с представленным выше утверждением Т. В. Церетели. К такому же выводу приходят и некоторые другие авторы.

Тем не менее в каждом отдельном случае покушение применяется в спекулятивном понимании, и это отчётливо выделяется в обоих приведённых нами иллюстрациях: одной из опор Т. В. Церетели является внесение в покушение объективного момента с его последующей приоритизацией в отношении субъективного момента (!), Ф. Клерк при определении объективной стороны главным масштабам опирается именно на то, что покушение лишено объективного момента (!!).

Обнаружение объективного момента как такового в покушении на преступление является немаловажной заслугой Т. В. Церетели. В то же время эта стадия деликтного деяния, подобно другим стадиям, чётко подтверждает, что объективная сторона – лишь *causa materialis* ответственности. И наоборот: во время покушения вина также ясно вырисовывается как *causa formalis* уголовной ответственности, с которой в прямой логической связи преступление уже как *causa efficiens* ответственности и наказание как *causa finalis* уголовно-правовой ответственности.

Покушение на преступление несомненно предполагает выполнение определённого действия или действий, которые в то же время никогда не повлекут уголовную ответственность, если позитивно не решается вопрос о винов-

---

<sup>262</sup> F. Clerc / E. Steck, Grundzüge des schweizerischen Strafrechts. Allg. Teil, Basel, 1943, стр. 57.

ности, на чём мы выше особо заострили наше внимание. В силу этого и на сей раз нет под рукой никакого весомого аргумента для развенчания вины. То же самое касается по существу и приготовления к преступлению.

**Двухпризначное понятие преступления** Если при исследовании основания преступления Т. В. Церетели главным образом занята критикой нормативистского субъективизма, рассмотрение вины как признака преступления здесь преимущественно выражается в критическом анализе принятых в психологической теории вины воззрений.

Прежде всего, Т. В. Церетели не считает возможным разделять мнение Н. Д. Дурманова, согласно которому противоправность немислима без вины. По той же причине она отрицает воззрения В. Н. Кудрявцева, полагающего, что «вина может не считаться необходимым элементом противоправности только в гражданском праве, так как гражданское право признаёт ответственность и без вины».

Т. В. Церетели следующим образом обосновывает свою точку зрения: «Согласно Уголовному кодексу, уголовная ответственность возлагается и наказание применяется только в отношении того лица, кто умышленно или по неосторожности совершил предусмотренное уголовным законом общественно опасное деяние. Таким образом, предусмотренное уголовным законом общественно опасное деяние может быть совершено без умысла и неосторожности, т. е. без вины и в таком случае оно не влечёт уголовную ответственность (...). Деяние может не быть виновным и, несмотря на это, быть общественно опасным и противоправным»<sup>263</sup>. Очевидно, что тем самым Т. В. Церетели в значительной степени противоречит высказанным ею ранее своим же воззрениям, но она совершенно справедливо полагает, что вина должна представлять собой самостоятельный, ранжируемый выше противоправности признак понятия преступления.

На наш взгляд, общеправовая и в том числе уголовно-правовая *формула противоправности должна определяться как нарушение (субъективного) права*<sup>264</sup>, вины – как нарушение обязанности.

<sup>263</sup> თ. წერეთელი, გ. ტყეშელიაძე, მოძღვრება დანაშაულზე, სტრ. 53, 55.

<sup>264</sup> Нарушение субъективного права устанавливается именно на ступени противоправности, а не состава преступления, так как в последнем случае ещё неясно отсутствие оправдывающего обстоятельства. Оправдывающее обстоятельство означает не оснащение действующего в соответствии с составом преступления правовой возможностью нарушить

Согласно О. К. Гамкредидзе, уголовный закон устанавливает три условия исключения вины: невменяемость в силу недостижимости установленного уголовным законом возраста, невменяемость в силу психического заболевания и неизбежную субъективную ошибку<sup>265</sup>.

Однако все эти случаи наглядно свидетельствуют именно о том, что исключением вины не может отвергаться факт нарушения охраняемого в уголовно-правовом порядке субъективного права.

Если следствием устанавливается, что убийство совершено душевнобольным, это отнюдь не означает, что потерпевший жив. Ему не восстановить нарушенного права и установлением субъективной ошибки или малолетности субъекта.

В то же время, ни один из этих трёх субъектов, совершая убийство, не нарушает обязанность несовершения убийства, поскольку на первых двух вообще не возлагаются уголовно-правовые обязанности, а на третьего хотя и возлагаются, но субъект здесь не осознаёт и не может осознавать, что его конкретное деяние противоречит обязанности.

В силу этого противоправность как нарушение субъективного права вполне может существовать и при отсутствии вины как нарушения обязанности.

Помимо этого, следует принять во внимание и другое, не менее важное обстоятельство. Если нарушение субъективного права допустимо и без нарушения собственной обязанности, нарушение обязанности в уголовно-правовом отношении всегда подразумевает посягательство на правовое добро других. Абстрактные дезавуации обязанности для уголовного права релевантны не более, чем абстрактные мысли.

Итак, когда цитированные Т. В. Церетели авторы требуют комбинирования вины и противоправности в единый признак, речь должна идти о проти-

---

субъективное право, а то, что уголовное право в данном случае не охраняет право потерпевшего, т. е. не признаёт его; это и понятно, ибо логически немыслимо, чтобы нарушение охраняемого уголовным правом субъективного права дозволялось уголовным же правом (исключение здесь в качестве алогизма составляет естественное – до- или внеправовое – состояние крайней необходимости, когда лицо «вправе» нападать на правовое добро, которое собственник «вправе» оборонять). И поскольку состав преступления ничего не указывает о наличии субъективного права потерпевшего, здесь не может выясняться и нарушение этого субъективного права.

<sup>265</sup> ი. გამყრელიძე, სისხლისსამართლებრივი კანონმდებლობის სრულყოფისათვის, „მართლმსაჯულების მაცნე“, თბილისი, 1995, №1, სტრ. 5.

воправности как о материальном придатке вины, а не о вине как о формальном придатке противоправности, т. е. одержимая стремлением унификации этих двух признаков психологическая теория в лучшем случае могла интегрировать в вину противоправность, а не наоборот.

Неоправданным считает Т. В. Цертели интеграцию вины и в общественную опасность, которая, согласно психологической теории вины, является необходимым признаком понятия преступления. По утверждению грузинской криминалистки, вина одновременно не может быть составляющей общественной опасности и психическим отношением к ней постольку, поскольку вина как элемент общественной опасности сама бы превратилась в объект психического отношения. Определённой аналогией этого может служить представленный нами выше силлогизм, где вина отрицается как психическое отношение к деликтному деянию.

Однако в рамках того же суждения вина также не может быть и интегральным компонентом состава преступления. В силу этого, разделяя воззрения Т. В. Цертели о его разграничении с общественной опасностью и противоправностью, для нас неприемлема её позиция в контексте взаимоотношения состава преступления и вины. «Состав преступления содержит также указания на признаки, характеризующие субъективную сторону. К субъективной стороне состава относятся, прежде всего, признаки, характеризующие вину и её формы – т. е. умысел и неосторожность»<sup>266</sup>.

Основной субъективный компонент присутствует в двухпризначном понятии преступления и задолго до его традиционной советской модели. Классическая двухпризначная система преступления К. Биндинга также делится на объективную и субъективную стороны. Что наиболее любопытно, на рассматриваемой орбите вращается вынесенная из вины воля. Сама вина у Биндинга определяется как всего лишь уголовно-правовая дееспособность, что, естественно, никак не способствует адекватному размежеванию понятий вины и вменяемости.

Указанную структуру состава преступления с незначительными изменениями обобщают Й. Наглер и Ф. Альфельд.

<sup>266</sup> თ. წერეთელი, გ. ტყეშელაძე, მოძღვრება დანაშაულებზე, სტრ. 118.

С другой стороны, упомянутый нами выше финалист Р. Маурах, независимо от «объективного состава» Биндинга, формирует свой т. н. волеуправленный состав деяния, который находит гораздо более широкое развитие.

Тем не менее все эти и подобные направления – лишь умеренный субъективизм по отношению к тому, что предлагает А. А. Пионтковский и психологическая теория вины в целом. В то время как Биндинг и Маурах в состав преступления интегрируют хотя важную, но только часть вины, советский учёный подходит к вопросу максималистски и вину целиком относит к составу преступления.

Именуемая субъективной половина состава преступления полностью включает в себя формы вины, т. е. традиционный умысел и неосторожность, мотивы, цели и в таком виде сопоставляется объективной стороне преступления, состоящей из внешнего деяния и его вредных последствий. И вышепредставленная позиция Т. В. Церетели является сценарием инерционного развития данной тенденции.

Следует здесь же заметить, что в рассматриваемом вопросе мы дистанцируемся не только от радикального подхода психологизма, а скептически относимся и к малейшему проявлению вины в составе преступления, за исключением тех случаев, которые могут быть продиктованы периодической технической необходимостью. Ныне уже начинает доминировать и у нас трёхпризначное понятие Листа и исходящая отсюда систематическая самостоятельность вины в отношении состава преступления, равно как в отношении неправды в целом. Вместе с тем мы не совсем точно воспринимаем саму основу закономерности преуспевания данной системы, усматривая эту основу лишь в особой практикабельности деликтной схемы каузалистов. Арт. Кауфман, который не является каузалистом, но в то же время не является и финалистом в отличие от упомянутого нами выше Арм. Кауфмана, справедливо замечает: «Если концепция логически исправна, она может не заботиться о своей пригодности, ибо, как об этом ведал уже Аристотель, нет ничего практичнее хорошей теории»<sup>267</sup>. Лист и наряду с ним Белинг прекрасно понимают, что вина не может включать в себя взаимоисключающее содержание в систематике и догматике. Если догматически воля – признак вины, она и систематически должна оставаться признаком вины, необходимость чего в

---

<sup>267</sup> Arth. Kaufmann, *Schuld und Strafe*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1956, стр. 120.

теории уголовного права усваивается всё меньше на протяжении уже не одного десятилетия.

Неколлиззионность догматического и систематического аспектов, абсолютность субъективной природы вины, т. е. её субстанциальное дистанцирование от всего объективного – краеугольный камень концепции создателей трёхпризначной системы преступления. А прагматичный характер данной конструкции – это не более чем контингентное следствие теоретической прецизионности. Концепция основоположников трёхпризначной схемы преступления, конечно же, содержит и определённые недостатки, но они имеют мало общего с рассматриваемым вопросом.

Как нам видится, положительное выделение классической схемы должно удовлетворительно свидетельствовать о том, в силу чего воззрение Т. В. Церетели относительно корреляции состава преступления и вины для нас неприемлемо.

**Психо-нормативное понятие вины** Третий, гораздо более важный аспект в отношении вины состоит в отрицании Т. В. Церетели психологического понятия вины. Точнее, она стремится унифицировать психологическое и нормативное понятия вины. Однако атрибуирование психического отношения порицаемостью у неё производится в соответствии с различными признаками. С одной стороны, вина здесь рассматривается как «этически порицаемое психическое отношение», с другой – где предметом исследования предстаёт отношение порицаемости к понятиям преступления и вины, Т. В. Церетели отмечает: «(...) Внесение в определение понятия преступления морально-политической порицаемости деяния как самостоятельного признака излишне, так как этот момент уже представлен вместе с признаком вины. Вина – это такое психическое отношение к деянию и результату, которое заслуживает нравственного порицания со стороны общества. В силу этого внесение в определение преступления признака морально-политической порицаемости было бы признанием того, словно в других признаках преступления этот момент не содержится»<sup>268</sup>. Во-первых, порицаемость не может быть нравственной, так как порицание унижает честь и достоинство личности. Во-вторых, являются ли этическое, нравственное и морально-политическое порицание понятиями однородного содержания?

<sup>268</sup> თ. წერეთელი, გ. ტყეშელაძე, მოძღვრება დანაშაულზე, სტრ. 60.

Этика в общем может определяться как учение или наука о нравственном, предмет изучения которой составляют моральное сознание и поведение индивидов. Вместе с тем этика – наука, существующая в рамках философии, откуда результирует вывод: если вина определяется как этически порицаемое психическое отношение, этим получаем не правовое, а (формально) этически-психологическое, т. е. философско-психологическое понятие вины. Понятие вины, составленное совместно из психологического и этического (философского) моментов может стоять ближе к уголовно-правовому понятию вины, чем только её психологическая модель, но это вряд ли может привести к желаемому результату, так как право – это ни психология и ни схоластический синтез психологии и этики (философии).

В связи с соотношением этики и нравственности следует заметить, что они в философии развивались по двум противоположным направлениям.

Советские теоретики обычно исходили из материальной идентичности морали и этики, в отличие от чего в современной буржуазной философии здесь налицо два качественно разных понятия.

Согласно последней точке зрения, мораль характеризуется содержательным разнообразием, противоречивостью, подверженностью перманентным изменениям, индивидуальной и субъективной определённости, а этика представлена как статическая система императивов, неизменно действующая в каждой эпохе и в отношении каждого отдельно взятого индивида; в то время как этика здесь относится к сфере «творческого духа», мораль представляется как понятие, исходящее из субъективного сознания «отдельных».

Н. Гартман, стремясь отчётливо выделить данное различие, постулирует принцип «множественности моралей» (*Vielheit der Moralen*) и «единства этики» (*Einheit der Ethik*).

Если обобщать последнюю из вышепредставленных позиций, выйдет, что принципы морали могут не совпадать с принципами этики и даже значительно противоречить им (более того, с формально-логической точки зрения, поскольку в случае морали имеем дело с «подверженностью перманентным изменениям», а этика носит «статический» характер, следует заключить, что этические и моральные принципы, как правило, взаимоисключаются).

Исходя из этого, то, что этически «порицаемо», в то же время может и вовсе не быть морально «порицаемым» и наоборот. Выяснение того, какая позиция



может быть более приемлема, несомненно представляет собою сложную теоретическую задачу, так как в обоих случаях налицо целый ряд довольно убедительных аргументов.

Хотя в данном случае актуально не это. На сей раз важно лишь то, каково отношение такого состояния проблемы к воззрению Т. В. Церетели. В силу того что она упоминает этическую порицаемость психического отношения параллельным понятием моральной порицаемости, следует полагать, что она полностью разделяет представленную здесь первую точку зрения и это совершенно понятно.

Можно ли, в свою очередь, считать понятной в той же мере и позицию представителей классического нормативизма, которые, подобно Т. В. Церетели, не избегают упоминания моральной упречности наряду с этической упречностью? В таком случае выходит, что западногерманские криминалисты, с точки зрения корреляции этики и морали, руководствуются не принятой в немецкой философии соответствующей концепцией, в основе которой заложены воззрения Канта и которая своё развитие находит у М. Шелера и Н. Гартмана, а принципами, принятыми в советской философской доктрине. Это никакому логическому объяснению не поддаётся, потому как идеалистское мировоззрение нормативистов должно было исключать ориентацию на указанные принципы.

Разумеется, мы не склонны утверждать, что немецкие криминалисты в каждом отдельном случае должны придерживаться только представленных в немецкой философии взглядов, но когда дело касается противоречивого отношения определённого тезиса с исходной позицией, выбор безусловно надлежит делать в пользу исходной позиции. Следовательно, допущение представителями нормативизма параллельности этической упречности и моральной упречности означает полную бесперспективность, несмотря на то что у Т. В. Церетели здесь никакой диспропорции не наблюдается.

Однако какими особенностями отличается комбинирование с психическим отношением непосредственно моральной порицаемости? Если вина рассматривается как морально порицаемое психическое отношение, то обязанность признания деяния виновным может возлагаться на кого угодно, только не на судью, который представляет государство, а не общество, т. е. право, а не мораль (от имени кого бы формально не зачитывался приговор). С другой стороны, этим постулатом искусственно редуцируем возможность диф-

ференциации уголовно-правовой и моральной вины. Под моральное регулирование подпадает не только внутренний мир субъекта, но наподобие правового регулирования и выраженная в деянии и результате субъективная воля. В силу этого уголовно-правовая вина как морально порицаемое психическое отношение к деянию и результату всегда совпадёт с последней стороной моральной вины, т. е. превратится в элемент моральной вины.

Т. В. Церетели акцентирует то обстоятельство, что в современном для неё социалистическом обществе моральные и правовые принципы не отличаются друг от друга. И поскольку каждое морально порицаемое деяние одновременно заслуживает и политически-правового порицания, она заключает, что в качестве эквивалента моральной порицаемости может применяться морально-политическая порицаемость. Но наряду со всем этим здесь никак не аргументируется, что обуславливает в уголовно-правовом понятии вины вторичность правового аспекта. Во вторичности этого последнего имеется в виду следующее: Т. В. Церетели опирается на правовую (политическую) порицаемость только в силу того, что она рассматривается как понятие, совместимое с моральной порицаемостью, т. е. исходный момент – по-прежнему мораль.

Помимо этого, Т. В. Церетели сама же отвергает вышеупомянутую тождественность морали и права, когда недвусмысленно заявляет: «(...) Деяние может не противоречить никакой правовой норме и, несмотря на это, представлять общественную опасность. Возьмём такие аморальные деяния, как кровосмещение, зоофилию, провоцирование или поддержку совершеннолетнего вменяемого лица при самоубийстве. Эти тяжкие аморальные деяния несомненно представляют общественную опасность, противоречат социалистической морали, но социалистическое общество считает необходимым бороться против них не посредством государственных принудительных мер, а путём общественного воздействия»<sup>269</sup>. Это парадигма того, что прокламированная в социалистическом праве тождественность моральных и правовых принципов – не более чем фикция. Морали и праву присущ целый ряд таких особенностей, которые объективно исключают субстратную идентичность этих двух социальных феноменов.

В то же время следует заметить, что сочетание психического отношения и морально-политической порицаемости не было шаблонностью. До В. Г. Ма-

---

<sup>269</sup> Ibid., стр. 41.

кашвили и Т. В. Церетели этого никто не упоминал, ничего не говоря о научной обработке. Несмотря на то, на основе каких принципов было сформировано это положение и какой именно компонент в нём преимущественно выделяется, морально-политическая порицаемость психического отношения означает, что в психологическое понятие вины весьма оригинальным образом была внесена необходимость нормативной оценки.

Именно это отличает концепцию Т. В. Церетели от воззрений Г. Радбруха, и именно в силу этого можно именовать её психо-нормативной или психологически-нормативной теорией вины.

Подобно Т. В. Церетели и Радбрух полагает, что вина не может быть только психическим отношением, но в результате этого он рассматривает вину только как этически или нравственно упречное психическое отношение. Этическое или нравственное порицание противоправного деяния – это его этическая или нравственная оценка, но не правовая. Поскольку истинный правовой нормативизм под упречностью должен подразумевать не всякую, а именно правовую упречность, понятно, что определение Радбруха не отвечает в необходимой степени требованиям нормативизма в уголовном праве. Таким образом, недостижима его классификация как комплексной целостности основных качеств психологизма и нормативизма.

Различие между позициями Т. В. Церетели и Радбруха отчётливо наблюдается и на примере форм вины. У Радбруха неосторожность не относится к разновидностям психического отношения, и вследствие этого она как упречное психическое отношение и не предстаёт. Согласно ему, таковым может признаваться лишь умышленная вина, когда субъект «желает противоправный результат и знает о нём». Ввиду этого различие между этими двумя подходами обусловлено тем, что Т. В. Церетели и Радбрух по-разному представляют себе не только соответственно порицаемость и упречность, но также и содержание психического отношения.

**Экскурс:** На наш взгляд, не стоит держаться на почтительном расстоянии от вопроса, насколько ценно в уголовно-правовом отношении выявление корреляции между самим психическим отношением и упречностью («порицаемостью»). Ныне общепризнано, что психологическое понятие вины – это понятие, лишённое оценочного момента; данный момент считается достоянием исключительно нормативизма, и это отнюдь не так. Каждый индивид к совершаемому им деянию обычно выражает

удовлетворение, неудовлетворение или инертность, т. е. он подвергает своё поведение субъективной оценке. Исходя из специфической природы индивида, немислимо, чтобы он в рамках каждого психического отношения (будь это умысел или неосторожность) внутренне не оценивал своё деяние. В силу этого психическое отношение всегда подразумевает оценку. А этическое, моральное или морально-политическое «порицание» – не что иное, как оценка данной оценки (здесь же следует заметить, что во внутреннем порицании или самопорицании в отличие от внешнего порицания мы ничего этически недопустимого не усматриваем). Но первая представляет собой автономную, индивидуальную оценку, другая – внешнюю, метаиндивидуальную. Тогда как внешняя упречность всегда указывает на негативную оценку, в самом психическом отношении она может проявляться как в негативной, так и в позитивной форме.

Вместе с тем для установления вины как таковой совпадение субъективных оценок до и после совершения деяния (в том числе после этапа действительного раскаяния в классическом смысле) иррелевантно. Непосредственно в процессе совершения преступления субъект может относиться к своему поведению с удовлетворением, т. е. положительно оценивать его, но эффект, вызванный совершением этого деяния, может негативно настроить его к деянию, что в основном выражается в уголовно-правовом раскаянии.

Соответственно, сфера уголовно-правового интереса главным образом ограничивается тем видом субъективной оценки, которым сопровождается умысел или неосторожность, но не оценкой уже осуществлённого результата в том же принципиальном понимании.

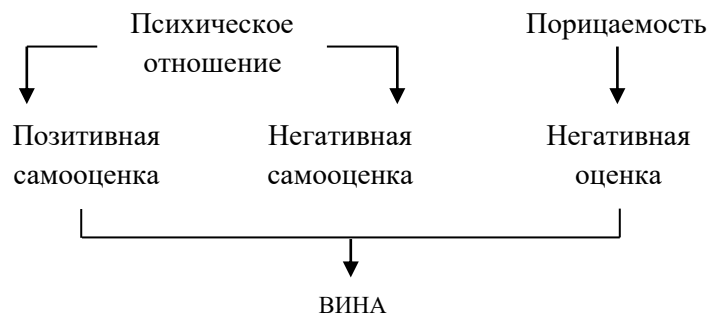
Упречность как перманентно негативная оценка может результировать только тогда, если налицо положительная субъективная оценка. Например, когда Тариэл из «Витязя в тигровой шкуре» сожалеет, что «убил без капли крови» сына Хваразмши, очевидно, что речь о внешней упречности его психического отношения вполне допустима, так как он позитивно оценивает совершённое им убийство.

Негативная субъективная оценка никогда не в силах вызывать внешнюю упречность ни в одной из вышеупомянутых форм. И это вполне обоснуемо даже на примере прямого умысла. Несмотря на то что прямой умысел олицетворяет наиболее агрессивную степень вины, субъект и здесь может отрицательно оценивать своё деяние. Лицо, предвидя и желая неизбежность на-

ступления вредных последствий своего противоправного деяния, в то же время может явно отрицательно оценивать это своё желание, т. е. и прямой умысел может сопровождаться резким самопорицанием. Самопорицание же по определению исключает необходимость внешнего упрёка, что означает и исключение вины. Однако допустима ли невиновность подобного деяния в соответствии с уголовным законодательством какой бы то ни было страны? Разумеется, нет. В силу этого вина не может быть внешне упречным психическим отношением. Что может служить объектом внешней упречности (сознание противоправности, воля или др.), это предмет самостоятельного исследования.

**Паритетность признаков** Схематически корреляция основных сторон теории вины Т. В. Церетели – психического отношения и порицаемости может в действительности выражаться следующим образом:

Как видно из данного изображения, психо-нормативная теория вины черевата негацией виновности и наказуемости во всех тех случаях, когда налицо негативная самооценка, т. е.



когда субъект хотя сознательно нарушает уголовно-правовую обязанность, но внутренне осуждает, порицает собственное деяние.

Из вышепредставленного соотношения психического отношения и порицаемости в концепции Т. В. Церетели так же эклатантно выделяется тот основной признак, который отличает её от классического нормативизма. А именно в психо-нормативной теории психическое отношение и порицаемость – самостоятельные признаки понятия вины, тогда как в нормативной теории психическое отношение представлено как один из компонентов упречности.

Во взаимоотношении психического отношения и порицаемости усматривает это различие и М. Г. Угрехелидзе: «Ныне господствующим может быть признано мнение, что вина – не чисто психологическое понятие, а социально-этическая категория, подразумевающая в качестве своего неотъемлемого признака порицаемость психического отношения субъекта к собственному поведению. Вместе с тем момент порицаемости является вторичным, и он исходит из реального психического отношения. Психологические факты и их содержание должны определить, действительно ли порицаемо реально

данное поведение. Другими словами, исходным является положение, что морально-политическая порицаемость вносится не извне кем-либо в психическое отношение, а, наоборот, из содержания психического отношения делается соответствующий вывод. Этим советская теория вины принципиально дистанцируется от идеалистской нормативистской теории вины»<sup>270</sup>. Замечание М. Г. Угрехелидзе, условно говоря, о вторичности порицаемости не следует понимать так, словно в психо-нормативной доктрине порицаемость не представляет собой самостоятельный признак понятия вины. То обстоятельство, что только психическое отношение исчерпывающе не излагает содержание вины, что психическое отношение без порицаемости – не вина, уже достаточно свидетельствует о самостоятельности порицаемости как параллельного признака понятия вины. Ввиду этого вышеприведённое воззрение, как нам видится, ни в коей мере не подвергает сомнению самоочевидность представленного нами выше соответствующего сравнения.

Наконец, можно с уверенностью заметить, что теория вины Т. В. Церетели, которая всё заметнее претендует на доминирующее влияние в национальной уголовно-правовой доктрине, значительно выходит за рамки господства психологизма в уголовном праве. В этом отношении следует особо указать на творчество В. Г. Макашвили, который справедливо считается сооснователем психо-нормативной теории вины. Правда, данная концепция не полностью отвечает специфическим требованиям рассматриваемого понятия во всех его проявлениях и в силу этого нельзя сказать, что здесь налицо реальная тенденция наполнения уголовно-правовой вины уголовно-правовым содержанием, но отображение в ней догматических достижений нормативизма несомненно следует признать значительной рациональностью и теоретическим прогрессом.

**Неопсихологизм.** Необходимо здесь же выделить появление двух других уголовно-правовых дефиниций понятия вины в грузинской теории уголовного права, возникших уже после первого издания настоящей монографии. Обе из них теоретически также крайне привлекательны, одна из которых является неопсихологической моделью вины, впрочем, с лёгкостью конфигурируемой как психо-нормативная система, другая – неонормативной. В первом случае вина определяется как *интеллектуально-волевое отношение к собственному деянию и его последствиям* (Г. Т. Тке-

<sup>270</sup> მ. უგრეხელიძე, ბრალი საფრთხის დელიქტებში, თბილისი, 1982, სტრ. 7-8.

шелиадзе), во втором – уголовно-правовая вина дефинируется как *безответственное отношение к обязанности* (Г. И. Начкебия)<sup>271</sup>.

---

<sup>271</sup> См. L.-G. Kutalia, Criminal Law+, Tbilisi, 2020, стр. 26, 95, 108 и passim.

## Б. С. УТЕВСКИЙ

### Психологизм – рудимент буржуазной догматики

Анализируя воззрения Б. С. Утевского с точки зрения критики психологической теории вины, прежде всего, необходимо выделить тот принципиальный момент, что он – один из первых теоретиков, который в советском уголовном праве напрямую оппонирует господствующему здесь психологизму. В то же время, в отличие от Т. В. Церетели и В. Г. Макашвили, он в результате этого вовсе не стремится к такому синтезу основных аспектов психологической и нормативной теорий, что дало бы возможность систематизировать и его воззрения как психо-нормативную теорию вины. Б. С. Утевский развивает свой подход в принципиально ином направлении.

К анализу проблемы вины в современном ему уголовном праве советский криминалист приступает с критики бессистемности взаимоотношения догматического и систематического аспектов вины и основывания понятия вины на индетерминистскую концепцию. «Прежде всего, – отмечает он, – отсутствовала дифференциация вины как общего основания уголовной ответственности и вины как субъективной стороны состава преступления, что приводило советских криминалистов к полным недоразумениям (...). Наряду с этим, господствовало неверное представление о том, что вина несовместима с детерминистской точкой зрения о воле. Утверждалось, что вина мыслима только в связи с индетерминизмом»<sup>272</sup>. На наш взгляд, здесь же следует выделить противоречивость воззрения Б. С. Утевского в рамках первого вышепредставленного момента: если, с одной стороны, вина представлена как общее основание ответственности, а с другой – она рассматривается как субъективная сторона состава преступления, становится неясно не только теоретическое назначение объективной стороны состава преступления, его функциональный облик, а также вряд ли удастся в таком случае обоснование самого понятия преступления. В то же время главная сложность заключается не в противоречивости этих двух положений, а в том, что Б. С. Утевский не смог бы надлежащим образом теоретически обосновать даже каждую из них, отдельно взятую.

---

<sup>272</sup> Б. С. Утевский, Вина в советском уголовном праве, Москва, 1950, стр. 46, 47.



В отличие от него большинство советских криминалистов рассматривает вину не как субъективную сторону состава преступления, а как составную часть субъективной стороны состава преступления. Но этим в актуальном для нас контексте ничего по существу не меняется. Дело в том, что в обоих случаях одинаково неупорядоченным остаётся взаимоотношение вины и противоправности. Если анализ понятия преступления начинается с состава преступления и вина относится к сфере состава преступления, то установлению вины систематически должно предшествовать установление противоправности. А это, в свою очередь, означает то, что квалифицироваться как виновное может и правомерное, т. е. непротивоправное деяние!

Что касается очередного положения – вины как общего основания уголовной ответственности, здесь по существу приходим к такому же выводу, как это имело место при исследовании противоречивости корреляции этих последних положений, т. е. к отрицанию понятия преступления.

С полярно противоположной ситуацией имеем место, когда Б. С. Утевский отрицает правильность того тезиса, согласно которому понятие вины несовместимо с индетерминистской концепцией вины. Здесь мы целиком разделяем его мнение. Естественно, существуют и крайне строгие виды детерминизма, в условиях которых обоснование вины теоретически невозможно. Однако в общем детерминизм вовсе не ведёт к отрицанию идеи вины, т. е. из перспективы детерминизма отнюдь не каждый субъект невменяем. Хотя тут же следует заметить, что данная проблема содержит множество теоретических сложностей.

Что касается указанной проблемы в актуальном здесь контексте, необходимо отметить, что Б. С. Утевский совершенно справедливо критикует соответствующие воззрения А. А. Пионтовского и А. Н. Трайнина. «А. А. Пионтовский, – указывает он, – писал о стремлении кодекса избегать высказывания «вина», «виновность», чтобы никто не подозревал его в том, что он даже незначительно разделял индетерминистскую точку зрения о моральной ответственности преступника (...). В этом же труде автор писал об отрицании советским уголовным законодательством понятия «моральной вины»<sup>273</sup>. А в отношении А. Н. Трайнина Б. С. Утевский выделяет его замечание о том, что «речь о виновности велась в рамках того, что субъект из множе-

---

<sup>273</sup> Ibid., стр. 47.

ства существующих возможностей свободно выбрал путь преступления»<sup>274</sup>. Очевидно, что в подобной ситуации вина в советском уголовном праве того периода не могла найти надлежащее развитие.

С другой стороны, нельзя не заметить, что и А. А. Пионтковский, и А. Н. Трайнин небезосновательно подвергали критике соответствующие «буржуазные» концепции.

У А. Н. Трайнина, как легко догадаться, речь идёт об англосаксонской модели вины, согласно которой вина во многих случаях является лишь понятием символической нагрузки, а вопрос об ответственности решается сугубо объективистски.

В отличие от этого у А. А. Пионтковского в виде «моральной вины» выделяется принятая в романо-германской догматике той эпохи чрезмерно этицированная модель вины. А чрезмерная этизация понятия вины может осуществляться только вследствие исключения из него специфически уголовно-правовых моментов, что никак не может быть приемлемо с точки зрения адекватного определения уголовно-правового понятия вины.

В силу этого воззрения А. А. Пионтковского и А. Н. Трайнина в рассматриваемом аспекте вполне понятны.

Тем не менее, во-первых, если в буржуазной уголовно-правовой доктрине понятие вины определялось неверно, это логически должно было стать основанием для критики представленного в буржуазной уголовно-правовой доктрине понятия вины, а не для отрицания идеи вины в советском уголовном праве; а на то, что в данном случае действительно имеем дело с отрицанием идеи вины, прямо указывает и сам Б. С. Утевский: «Причинами, побудившими советских криминалистов отвергнуть идею вины (...), предстают опасность «морали», «моральной вины» и ошибочное представление о несовместимости детерминизма и моральной оценки»<sup>275</sup>.

Во-вторых, мы имели бы дело с принципиально иной ситуацией, если бы советские криминалисты не утруждали себя поиском только негативных моментов в буржуазном уголовном праве. И до формирования советского уголовного права буржуазная уголовно-правовая мысль уже значительно развила понятие вины внедрением нормативной теории вины. Конечно, было не-

---

<sup>274</sup> Ibidem.

<sup>275</sup> Ibidem.

безукоризненно ассоциирование уголовно-правовой вины с этической упречностью, но сам факт интеграции в понятие вины (внешнего) оценочного момента и преодоление понятия, основанного только на дескриптивном моменте, не мог не быть предметом позитивной оценки.

Вместе с тем наше особое внимание привлекает мнение Б. С. Утевского, согласно которому он пытается выделить специфически буржуазный характер психологической теории вины, а внесение в понятие вины оценочного момента представить как заслугу советского уголовного права, указывая на соответствующие воззрения В. Г. Макашвили.

Рассматривая психологическую теорию вины как концепцию, выражающую специфику буржуазной уголовно-правовой мысли, Б. С. Утевский в основном опирается на точку зрения другого советского криминалиста – Б. С. Маньковского, согласно которому «некритическое восприятие психологической теории вины должно составлять предмет строжайшей критики». «Совершенно нетерпимо то, – продолжает Б. С. Утевский цитировать утверждение Б. С. Маньковского, – что в советских учебниках уголовного права эта вздорная идея о психологическом понятии вины ещё не отвергнута. Формально-догматическое определение вины в понимании т. н. классической школы уголовного права, представляет собой не выражение обобщения богатой в борьбе за социальную законность советской судебной практики, а следствие того, что буржуазный догматизм ещё не до конца преодолен в советской литературе, в частности в уголовном праве»<sup>276</sup>. Вследствие этого Б. С. Маньковский указывает на необходимость наличия в понятии вины наряду с психологическим моментом «социально-оценочного» момента, но почему-то ни Б. С. Маньковский, ни Б. С. Утевский в данном случае ничего не указывают о том, что в современной им буржуазной уголовно-правовой догматике понятие вины уже содержало оценочный момент. Если же пытаться справедливо расценивать существующую здесь ситуацию, следует прямо отметить, что факт, в соответствии с которым советским криминалистам понадобились без малого четыре десятка лет, чтобы завести разговор о неприемлемости психологизма, несомненно свидетельствует о серьёзной отсталости советской уголовно-правовой мысли той эпохи.

А при цитировании В. Г. Макашвили (следует заметить, что воззрение последнего опережало и вышеприведённые воззрения Б. С. Маньковского, что

---

<sup>276</sup> Ibid., стр. 48.

наглядно видно и у Б. С. Утевского) Б. С. Утевский приводит представленное у этого первого определение понятия вины, где уголовно-правовая вина рассматривается как «порицаемое, осуждаемое отношение лица к совершённое им общественно опасному поведению». Отсюда Б. С. Утевский делает вывод, что у В. Г. Макашвили предметом отрицательной оценки предстаёт психическое отношение субъекта к объективной стороне осуществлённого им деяния, т. е. умысел и неосторожность, что он считает неверным и там же формирует собственную позицию. Б. С. Утевский пишет: «Вина – это явление общественное, классовое. Понятие вины неразрывно связано с наличием установленных в обществе определённых правил и с действиями, которыми эти правила нарушаются. Советское уголовное право и советский суд дают оценку этим действиям с точки зрения интересов социалистического государства и политики, проводимой этим последним. Виновное поведение – это такое поведение, которое заслуживает негативную общественную оценку, т. е. поведение, которое упречно с точки зрения социалистической морали и политики, проводимой социалистическим государством»<sup>277</sup>. На первый взгляд, здесь совершенно непонятным может показаться то, что Б. С. Утевский выше рассуждал о приоритетности морального момента в уголовно-правовом понятии вины как об одной из отрицательных сторон буржуазной уголовно-правовой доктрины в рассматриваемом аспекте, а на сей раз вина ему представляется как упречное с точки зрения социалистической морали противоправное поведение. Но дело в том, что согласно советским криминалистам, требования социалистической морали и социалистического права, как правило, совпадали (об этом указывалось здесь и выше, в рамках анализа воззрений Т. В. Церетели). Однако это, в свою очередь, ничего не меняет по существу с той точки зрения, что в уголовно-правовом понятии вины моральный момент не может представлять объектом приоритизации. Иными словами, Б. С. Утевский, исходя из логики своего первоначального утверждения, не должен был выделять моральный момент в качестве предмета особого акцентирования. Как видно, намеченная здесь цель состояла не в выявлении истинного теоретического значения морального момента в уголовно-правовом понятии вины, а лишь в поверхностной критике «буржуазной» модели уголовно-правовой вины.

---

<sup>277</sup> Ibid., стр. 57.

Правда, из вышепредставленного воззрения Б. С. Утевского ещё не явствует, в чём он видит принципиальное отличие своих взглядов от концепции В. Г. Макашвили, где в виде объектов оценки представлены умысел и неосторожность, но здесь налицо и другой немаловажный момент, также заслуживающий нашего внимания. Как было показано, Б. С. Утевский уголовно-правовое понятие вины связывает, с одной стороны, с «наличием в обществе определённых установленных правил», где логически следует подразумевать наличие уголовного закона, а с другой – с «действиями, которыми эти правила нарушаются». Очевидно, что в первом случае Б. С. Утевский стремится в понятии вины выделить значение нормативного аспекта, во втором же – признаётся психологический аспект. Хотя, как увидим ниже, он здесь имеет в виду отнюдь не только психологическое поведение, т. е. умысел и неосторожность, но также и чисто объективные признаки, в чём и заключается принципиальное различие между его концепцией и концепцией В. Г. Макашвили (равно как Т. В. Церетели).

Вслед за обособленным выделением нормативного и психологического аспектов он там же пытается достичь их формально-логической взаимосвязи в понятии вины, отмечая, что в рамках квалификации деяния виновным советский суд оценивает указанные действия в призме интересов социалистического государства и проводимой им политики. Разумеется, было бы точнее, если бы Б. С. Утевским в осуществлённой судом оценке выделялась перспектива не интересов социалистического государства и проводимой им политики в общем, а конкретно требований нормы уголовного права. Однако, исходя из вышесказанного, понятно, что у Б. С. Утевского в рамках суждения о виновности представлено не только собственно психологическое поведение, посягающее на «установленное в обществе определённое правило», а также и сам этот последний момент и вместе с ним взаимоотношение этих обоих моментов, что свидетельствует о том, что Б. С. Утевский стремится охватить все актуальные с точки зрения уголовно-правовой вины аспекты.

**Универсальная  
природа вины**

Логическим продолжением последнего вывода предстаёт мнение самого Б. С. Утевского, где также наглядно

видны оригинальность его подхода к понятию вины и, соответственно, различие с принятой в грузинском уголовном праве психо-нормативной теории: «Морально-политическая оценка поведения включает в себя не толь-

ко психическое отношение лица к совершённомu им противоправномu деянию, т. е. умысел и неосторожность, и вызванномu этим деянием последствием, а также все характерные для его поведения объективные признаки: обстановку совершения преступления, преступные последствия, характер и значение объекта преступления, личность преступника, мотивы, цели совершения преступления и т. д.»<sup>278</sup>. Таким образом, в рамках суждения о виновности Б. С. Утевскому объектом нормативной оценки представляется всё то, что характеризует преступление как с объективной, так и с субъективной стороны. Следует тут же заметить, что данная позиция легко способна повлечь абсолютный хаос как с догматической, так и с систематической точки зрения.

Давайте посмотрим, какими последствиями чревата догматически интеграция в понятие вины объективных элементов преступления в виде объекта оценки. Согласно вышепредставленному воззрению Б. С. Утевского, в пределах суждения о виновности субъект может упрекаться только при наличии всех упомянутых субъективных и объективных элементов (при покушении, естественно, за исключением вредных последствий). Может ли субъект упрекаться «морально-политически», признаваясь виновным, если, скажем, объект преступления ненадлежащего характера и значения? Конечно же, нет. Тогда почему не может нормативная оценка в пределах суждения о виновности включать своим объектом наряду с психическим отношением также и характер и значение объекта преступления? Дело в том, что в первом случае субъект логически может упрекаться, во втором же – нет. А то, что в случае ненадлежащего характера и значения объекта преступления лицо вообще не может упрекаться, свидетельствует только о том, что последний момент должен рассматриваться как предпосылка суждения о виновности, т. е. суждение о виновности может инициироваться лишь в условиях установленности упомянутого момента, т. е. как это традиционно имеет место. Согласно этому, в свою очередь, характер и значение объекта преступления предстают уже не как включённый в понятие вины, а как данный вне понятия вины и совершенно независимый от понятия вины элемент. Как видно из этого, интеграция в понятие вины этих и подобных объективных элементов посягает не только на категориальную размеренность и слаженность структуры вины, но также и на реальную догматическую независи-

---

<sup>278</sup> Ibid., стр. 57-58.

мость этих же элементов (от понятия вины), что также неблагоприятно в контексте определения истинной теоретической природы данных элементов.

Существенно то же самое касается личности субъекта преступления. Субъект вообще не может упрекаться по поводу того, что вменяем. Если же он – рецидивист, это в общем, разумеется, составляет предмет «морально-политического» упрёка, но в пределах конкретного деяния так же не может быть объектом указанного упрёка, как вышерассмотренный объективный элемент. Относительно понятия вины формальное различие между этими двумя элементами состоит в том, что если выяснение характера и значения объекта преступления предшествует суждению о виновности, речь о личности субъекта преступления ведётся лишь вслед за суждением о виновности как таковой. Конкретно говоря, невменяемость как исключаящее вину обстоятельство систематически относится к непосредственной орбите вины, тогда как выяснение того, является ли делинквент рецидивистом, вопреки традиционной догме не может иметь ничего общего с понятием вины и если быть до конца искренним, этот момент также не может влиять на степень наказания независимо от вины. Всё зависит от того, с какой системой уголовного права имеем дело – конституированной конкретным деянием или субъектом преступления.

Вместе с тем несомненно существует основание для дискуссии относительно проблемы невменяемости. Можно привести множество аргументов в пользу того, что невменяемость как исключаящее вину обстоятельство не может ранжироваться «параллельно» с ней, а, наоборот, суждение о виновности должно вообще исключаться, если лицо невменяемо, т. е. здесь речь должна идти не о невменяемости как об исключаящем вину обстоятельстве, а о вменяемости как о предпосылке вины и, соответственно, рассмотрение вопроса о невменяемости, подобно рассмотрению вопроса о характере и значении объекта преступления, должно производиться до начала суждения о виновности. Однако в актуальном для нас контексте это принципиально ничего не меняет, так как в обоих случаях речь идёт о рассматриваемом моменте вне понятия вины.

В отношении субъективных элементов всё выглядит относительно сложнее. Бесспорно, что, например, такой субъективный элемент, как цель, вполне может являться предметом «морально-политической» упречности. Хотя здесь же следует заметить, что то, что может быть политически или юридически

упречным, не всегда может в то же время быть и морально упречным; а цель «морально-политически» только тогда может быть упречной, если она одновременно упречна и нравственно, и политически. В рамках самого советского уголовного права, несмотря на утверждения советских криминалистов, возможно выделение множества таких противоправных целей, которые, являясь юридически упречными (противоправная цель уже в силу того является юридически упречной, что противоправна), не поддаются моральному упреку, что в рамках анализа воззрений Т. В. Церетели нами уже подчёркивалось. Исходя из вышеизложенного, противоправная цель в уголовном праве не всегда может являться «морально-политически» упречной. Но главное в данном случае то, что цели как субъективному элементу преступления может быть присуща функция предмета упречности. В этом отношении она может подразумеваться в виде компонента суждения о виновности. Но всегда, когда налицо противоправная цель (при прямом и косвенном умысле, равно как при неосторожности), разве она не сама собой охватывается традиционно понятой соответствующей субформой вины? Так, например, если видеть содержание прямого умысла в том, что субъект, предвидя неизбежность наступления вредных последствий, в то же время желает их наступления, нельзя сказать, что актуальная в рассматриваемом случае цель оказывается за пределами понятия умысла. Совершенно очевидно, что традиционно понятое понятие прямого умысла в самом себе включает соответствующую противоправную цель. То же самое можно отметить и о других вышеупомянутых подвидах вины.

Таким образом, выделение цели наряду с психическим отношением объектом «морально-политической» упречности теоретически было бы неоправдано. Точнее, представленная выше концепция В. Г. Макашвили, господствующая в грузинском уголовном праве, должна по-прежнему оставаться в силе.

Что касается остальных субъективных элементов, здесь, прежде всего, следует выделить мотив преступления. Мотив в отличие от цели является элементом, расположенным вне психического отношения. С другой стороны, он – и не продукт сознательной деятельности субъекта, а представляет собой психомеханический элемент, что имеет решающее значение с точки зрения упречности. Субъект не может упрекаться по поводу того, что не относится к его психической деятельности или непосредственно не исходит из



этой последней, т. е. по поводу того, в отношении существования чего он не был внутренне активен. И здесь совершенно безразлично, какой конкретный вид мотива будет представлен: месть, корысть, ненависть, зависть или др. Проще говоря, упречным может быть выстраивание определённого психологического поведения на том или ином мотиве, но не сам этот мотив.

Также не может представлять предметом «морально-политической» упречности такой субъективный элемент, как сознание противоправности. Субъект может упрекаться в условиях сознания противоправности в произвольном осуществлении вредного объективного поведения, но не в самом сознании противоправности.

А о систематических осложнениях, исходящих из рассматриваемой концепции Б. С. Утевского, необходимо отметить, что здесь остаётся абсолютно неясным (в соответствии с советской моделью преступления) систематическое назначение объективной стороны состава преступления и противоправности. Действительно, если в рамках суждения о виновности должно выявляться значение вредных последствий, обстановки совершения преступления и всех остальных элементов, то выявление чего должно иметь место в пределах объективной стороны состава преступления и противоправности? Очевидно, что всё это ведёт к абсолютизации систематического значения вины и негации системы преступления как такового. На наш взгляд, из перспективы современного уголовного права это вряд ли может приниматься за позитивную тенденцию развития уголовно-правовой мысли.

Исходя из всего вышеизложенного, в результате критического анализа психологизма налицо очередная весьма оригинальная теория, которая может быть менее приемлема, чем представленная выше психо-нормативная теория, но в виде рационального отрицания уголовно-правового психологизма и она несомненно отличается значительной прогрессивностью.

## Глава V

### НОРМАТИВНАЯ ТЕОРИЯ ВИНЫ

#### – §1 –

#### ОБЩАЯ ХАРАКТЕРИСТИКА

**Содержание  
вины**      Нормативизм не возникал независимо от психологической теории вины; он, как выяснилось в рамках анализа воззрений Х. Кельзена или Р. Франка, является непосредственным следствием критического осмысления психологизма. В силу этого нормативизм, прежде всего, – отрицание психологизма и это значительно определяет общий облик этой первой теории.

Как было показано, в основу нормативной теории было заложено выделение двух основных моментов психологической теории вины, о чём А. Г. ц. Дона отмечает: «Предикат психологизма с необходимостью порождает следующие непоправимые недостатки: он не соответствует природе неосторожности, так как неосторожная вина вовсе не содержит психического отношения; во-вторых, установление психического отношения решающим образом ещё ничего не указывает в связи с виной, ибо, несмотря на наличие умысла, вина может вовсе не наличествовать. Достаточно вспомнить исключаящую вину крайнюю необходимость или необходимую оборону. Именно эти взгляды выявили вследствие длительного процесса неприемлемость психологической доктрины и окончательно привели к выводу, что в отношении вины так же, как при установлении противоправности, налицо результат оценки. Только с тем отличием, что противоправность подразумевает оценку объективной стороны состава преступления, а вина является продуктом оценки субъективной стороны состава преступления»<sup>279</sup>. Мы хотя не разделяем первое замечание Дона, касающееся корреляции неосторожной вины и психического отношения, но то, что только психическое отношение не состав-

---

<sup>279</sup> А. G. zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, Bonn, 1950, стр. 39.

ляет совершенной формулы вины, безусловно. Также безусловна закономерность внесения в понятие вины внешней оценки. А всё это обуславливает трансформацию как сущности, так и содержания психологического понятия вины.

Следом за материальным обобщением вина, помимо психического отношения, включила в себя вменяемость и исключаящие вину специальные обстоятельства. Тем самым умысел и неосторожность из форм вины перевоплотились в элементы вины.

Пионеры нормативной теории видели сущность вины в упречности, противоречии обязанности, т. е. во внешней оценке противоправного деяния (вина как упречность – правда, не в виде *Vorwerfbarkeit*, а в виде *Tadelhaftigkeit* – и противоречие обязанности впервые встречается у Э. ф. Белинга, а не у Р. Франка, хотя её научная обработка – заслуга последнего криминалиста).

С другой стороны, некоторые основоположники нормативизма (например, Фройденталь) считали, что объектом нормативной оценки должно было стать не деяние или психическое отношение, а возможность субъекта действовать альтернативно, что предполагало приведение вышупомянутых элементов вины под общий знаменатель.

На наш взгляд, возможность альтернативного поведения, как собирательное понятие, состоящее как из активных, так и из пассивных психических моментов, несовместима с юридической оценкой деяния. Если правовая оценка психического отношения логически допустима, вменяемость, т. е. возможность индивидуальной оценки со стороны делинквента и отсутствие исключаящего вину обстоятельства, т. е. возможность делинквента действовать в соответствии с собственной оценкой, не может подпадать под нормативную модель оценки; эти последние две признаки могут быть лишь предметом психологической дескрипции. Нарушение уголовно-правовой нормы вследствие вменяемости или любого другого психического свойства как такового немисливо, так как всякое психическое качество или способность как пассивное проявление психики – хотя субъективное, но независимое от воли обстоятельство.

Ввиду этих и других не менее принципиальных соображений возможность альтернативного поведения, разумеется, не могло кристаллизироваться как определяющий вину объект оценки.

Однако нормативизм не предстаёт неизменным и монотонным учением. Здесь вина в обоих направлениях (сущность, содержание) претерпевает значительные метаморфозы.

В отличие от ортодоксальных нормативистов, Дона в результате своего знаменательного исследования приходит к выводу, что психическое отношение не только не исчерпывает содержание вины, но и не может восприниматься даже как элемент вины.

Однако впоследствии, рассматривая недопустимость коллективной вины в уголовном праве, Дона вразрез со своим положением отмечает: «В то время как гражданское право однозначно устанавливает ответственность юридических лиц за деликты, а международное право признаёт деликтоспособность государств и даже административное уголовное право (*Verwaltungsstrafrecht*) предусматривает ответственность для корпораций, собственно уголовное право прежней категоричностью отвергает идею коллективной вины. Это может объясняться лишь тем, что уголовно-правовая вина основывается на отрицательной оценке психического поведения, т. е. исходит из нарушения таких обязанностей, адресатом которых может быть только отдельный индивид»<sup>280</sup>. Поскольку вина основывается на отрицательной оценке психического поведения, неясно, каким образом может отвергаться психическое поведение как элемент вины.

Лишение жизни в результате выстрела, телесное повреждение холодным оружием и т. п. относится к категории физического поведения, а психическое поведение выражается в психическом отношении к данному физическому поведению, которое отнюдь не исчерпывается в психомеханическом управлении последним.

Таким образом, полное систематическое размежевание вины и психического отношения (как это понимается нормативистами – умысла) означает отрицание всякой оценочности понятия вины.

Однако наряду с Дона (который не является финалистом) все без исключения представители финализма полагают, что интеграция психического отношения в понятие вины нереализуема именно с точки зрения оценочности.

Согласно их утверждению, нормативное понятие вины представляет собой комплекс взаимнесовместимых аспектов, поскольку одновременно содер-

---

<sup>280</sup> Ibid., стр. 42.

жит и умысел как объект оценки, и саму оценку (ein Gemisch von Wertung und Gewertetem). «В силу этого, – пишет Ю. Бауман, – финалисты, окончательно вынося из понятия вины психическое отношение, относят его к понятию деяния, чтобы тем самым уголовно-правовой вине придать чисто оценочный, чисто нормативный характер; вследствие этого результирует существенно новое понятие вины, которое содержит только оценку объекта и лишено объекта оценки»<sup>281</sup>. Такой подход Ю. Бауман называет не просто радикальным нормативизмом, а рассматривает как возникновение самостоятельного учения о вине.

В соответствии с этим он выделяет следующие три учения о вине: психологизм, где понятие вины содержит только объект оценки; нормативизм, который определяет вину как совокупность оценки и объекта оценки; и, наконец, финализм, согласно которому вина – сама оценка.

Неоправданности классификации учений о вине в соответствии с подобным признаком мы коснёмся чуть ниже, а здесь следует заметить, что инициированная Дона и финалистами критика неосновательна. Более того, эта неосновательность находит своё проявление уже в исходном тезисе, аподиктическим доказательством чего предстаёт пренебрежение соответствующими аксиологическими аксиомами. Аксиология однозначно допускает в понятии соналичие оценки и объекта оценки.

Помимо этого, финалисты сами же противоречат своему вышепредставленному постулату, определяя преступление как противоправное, виновное деяние: «противоправное» и «виновное» в данном понятии олицетворяют оценку, а «деяние» – объект той же оценки. Вынести из понятия преступления «деяние» означает превратить указанную дефиницию в полную бессодержательность. То же самое касается и элиминации умысла как психического отношения из понятия вины.

Хотя мы не можем согласиться с выдвинутым Шрёдлером – представителем классического нормативизма – аргументом, согласно которому объект оценки всегда должен относиться к сфере оценки, но в отношении вины адекватность его высказывания подтверждается тем, что вина может являться лишь исходящей из психики и психических процессов, а не *вариабельно* направленной к ним оценкой.

---

<sup>281</sup> J. Baumann, Strafrecht. Allg. Teil, 2. Aufl., Bielefeld, 1961, стр. 290.

Связь внешней оценки с психикой подразумевает неделимость упречности и умысла, т. е. оценки и объекта оценки, тогда как систематическое или догматическое опосредствование психики и правовой оценки указывает на отсутствие прозрачной корреляции между этими двумя компонентами.

Иначе говоря, во всех тех случаях, где объект оценки наличествует сам собой и не обусловлен необходимостью оценки, речь должна идти об их структурной целостности.

Необходимость упречности порождается умыслом, а не наоборот – умысел никогда не возникает вследствие необходимости упречности, исходя из чего нарушается принцип зависимости упречности от умысла, если из понятия вины исключить объект оценки.

Таким образом, отмежевание содержания вины от всего психического служит причиной признания вины беспредметной оценкой, что, естественно, вынуждает отвергать и оценочный момент.

О реакционном проявлении этого в правовой практике В. Г. Макашвили отмечает следующее: «Рассматриваемое воззрение основывается на крайнем субъективизме. Понятие вины, оторванное от своей реальной основы – от психологического содержания, превращено в оценочное суждение, лишённое всякой юридической определённости. Установление вины – этого важнейшего основания уголовной ответственности – связано не с определённым психическим отношением действующего, а с мировоззрением судей, их политической и «моральной» верой, интересом, вкусом»<sup>282</sup>.

Багателизации объекта оценки и гипертрофированию значения оценки непримиримо противится и Э. Мецгер. Однако, в отличие от Шрёдлера, он характеризует вину не как нормативную оценку, включающую объект оценки, а как совокупность оценки и объекта оценки. Согласно этому Э. Мецгер выделяет в понятии вины состав умысла (*Vorsatzsachverhalt* – знание и воля – психическое отношение) и оценочное суждение об умысле (*Vorsatzwerturteil*). Следует заметить, что некоторые авторы расценивают подобную позицию Э. Мецгера как стремление к компромиссу между классическим нормативизмом и финализмом. На наш взгляд, это не совсем точная параллель, так как предмет критики финализма составляет совмещение с оценкой объекта оценки (в пределах единого понятия), вне зависимости от того, ка-

---

<sup>282</sup> В. Г. Макашвили, Уголовная ответственность за неосторожность, Москва, 1957, стр. 57.

кова форма этого совмещения; а представленное у Э. Мецгера исследование проводится именно в ракурсе формы.

Смутно подходит к внесению структурных изменений в вину Р. Буш, который пишет: «Вынесением умысла из пространства вины вновь поднимается вопрос о том, что есть вина». И там же: «Нормативное учение о вине окаймляет упречностью формированием воли, процессом мотивации, т. е. лишь частью волевой стороны, тогда как её объектом является деяние как целое»<sup>283</sup>. Очевидно, что воззрение Р. Буша указывает не на неприемлемость психологического момента в понятии вины, а на необходимость его экспансии.

Хотя позже Р. Буш строго следует идее размежевания вины и умысла. Вместе с тем малоубедительно его замечание относительно параллелизации упречности и процесса формирования воли в нормативизме. В умысле в равной мере отображается процесс формирования и осуществления воли. В то время как первый выражает формирование уголовно-правового умысла как такового, в последнем дан ход его реализации. Осуществление воли – это осуществление умысла. Соответственно, упрек как внешняя оценка умысла вовсе не ограничивается стадией формирования воли.

С точки зрения содержания вины с первоначальным образом нормативизма ближе всех стоит Дж. Гольдшмидт. В созданной им теории об обязывающих нормах структура вины, её материальная специфика излагается приблизительно так же, как это представлено в воззрениях Р. Франка. Т. В. Цертели следующим образом описывает данную теорию: «По мнению Гольдшмидта, существуют два вида норм: нормы, которые требуют от человека определённого действия (оценочные нормы) и нарушение которых конституирует объективную неправду деяния, и нормы, которые обязывают человека направлять свою внутреннюю, психическую деятельность так, чтобы она соответствовала требованиям, предусмотренным для внешнего поведения. Вторую категорию норм Гольдшмидт называет обязывающими нормами (Pflichtnormen). Вина выражается в нарушении именно этих обязывающих норм. Каждое умышленное действие отнюдь не представляет собой нарушение обязывающей нормы и, следовательно, виновное деяние. В случае крайней необходимости (трагической коллизии) деяние является противоправным и умышленным, но не виновным, так как от субъекта, находящегося в этом состоянии, нельзя требовать, чтобы он действовал правильно, т. е. в со-

---

<sup>283</sup> R. Busch, *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre*, стр. 11.

ответствии с нормой. Хотя лицо в это время нарушает норму оценочного характера, но оно не нарушает обязывающую норму, так как действие в состоянии трагической коллизии представляет собой исключаящее вину обстоятельство»<sup>284</sup>. Таким образом, согласно Дж. Гольдшмидту, вина состоит в нарушении «обязывающей нормы» и когда сопровождающие обстоятельства непреодолимо ограничивают возможность субъекта адаптировать внутреннее поведение к требованию нормы, теряет силу и обязанность.

Ввиду того что характер психического отношения в значительной степени определяется вменяемостью, внешним воздействием или внутренней неполноценностью, и Дж. Гольдшмидт, подобно Р. Франку, полагает, что каждое из этих обстоятельств должно сопровождать как умысел, так и неосторожность. Пренебрежение ими в понятии вины, по утверждению Дж. Гольдшмидта, равносильно возникновению резкой диспропорциональности между виновностью и «свободой выбора».

Исходя из вышесказанного, Дж. Гольдшмидт также характеризует содержание вины как разнообразную систему психических моментов, которые он называет константными элементами вины. От воззрения Р. Франка данная позиция отличается лишь формально: у Р. Франка определяющий критерий – это упречность, у Дж. Гольдшмидта – нарушение обязывающей нормы.

Как видим, содержание вины в нормативной теории неединообразно. Экстремальной «психологизации» структуры вины со стороны Р. Франка, Дж. Гольдшмидта, Ю. Баумана и других противостоит её экстремальная нормативизация. Р. Маурах, В. Галлас и не один другой финалист рассматривают классический нормативизм Р. Франка как пропсихологическое учение, так как он не только не отвергает значение психического отношения в понятии вины, а даже заметно пополняет его целым спектром психических моментов.

Т. В. Церетели отмечает: «(...) Учение о вине в буржуазном уголовном праве развилось в том направлении, что формы вины – умысел и неосторожность сперва превратились в предмет нормативного суждения о вине, а впоследствии совершенно были выдворены из понятия вины. В понятии же вины остался всего лишь чисто нормативный момент (порицаемость – *Vorwerfbarkeit*). К тому же если нормативная школа умысел и неосторожность, на-

<sup>284</sup> თ. წერეთელი, თანამედროვე ბურჟუაზიულ კრიმინალისტიკა მოძღვრება ბრალზე, სტრ. 8.



ряду с другими моментами, считала хотя бы объектами оценочного суждения, финалистами они не воспринимаются уже даже как объекты оценки»<sup>285</sup>. Прежде всего, уточним, что финалисты рассматривают вину не как упречность, а уже как упрёк (Vorwurf), в чём и заключается весь радикализм данного направления нормативизма. Что касается рассматриваемого выше контекста, если не учитывать последнее утверждение (отрицание финалистами умысла и неосторожности как объектов оценки), Т. В. Церетели точно и масштабно трактует динамику материального развития нормативного понятия вины.

**Сущность вины** Гораздо разностороннее дискуссия нормативистов о сущности вины. В Комментарий Шёнке-Шрёдера к УК ФРГ читаем: «Тогда как для психологической теории вина представляла собой «только психическое отражение действительности» (Белинг), современная уголовно-правовая мысль исходит из положения, в соответствии с которым система преступления должна опираться на оценочное («нормативное») понятие вины, определённое упречностью. Но по сей день полемичны некоторые стороны этой нормативной концепции вины, особенно вопрос, что конституирует упречность материально и какое отношение должно связывать друг с другом понятия «вина» и «упречность»»<sup>286</sup>. Последнее замечание подразумевает то формальное различие, с каким применяется значение упречности.

Большинство нормативистов определяет вину как собственно упречность. В их числе, помимо Р. Франка, Ю. Бауман, В. Хардвиг, Э. Мецгер и др., «однако отождествление вины с упречностью, – отмечает Арт. Кауфман, – есть по меньшей мере неточность, так как упречность может быть лишь следствием вины, но не самой виной. Точнее, вина заключается не в том, что виновный может подвергаться упреку, а, наоборот, субъект может подвергаться упреку тогда, когда и поскольку он виновен»<sup>287</sup>. Это мнение безусловно разделяет Э. Шмидхойзер, согласно которому упречность означает всего-навсего то, что делинквент может упрекаться за своё деяние.

<sup>285</sup> Ibid., стр. 13.

<sup>286</sup> Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, München, 1978, стр. 162.

<sup>287</sup> Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, стр. 179.

Т. Ленкнер и К. Роксин, обобщая это воззрение, заключают, что упречность является оценочным суждением о «чём-то определённом», но не самим «этим чем-то определённым».

Упречность как следствие вины и упречность как оценочное суждение о вине – существенно идентичные выводы, которые чётко отображают недостатки рассматриваемой дефиниции. Главный же изъян данного определения состоит в его «функциональном» характере: упречность создаёт наглядное представление о месте вины в системе преступления, о её уголовно-правовом назначении, но ничего не предлагает для познания того, что есть вина.

*Функциональная определённость ни в коей мере не означает материальную определённость; тот или иной предмет или то или иное явление может выполнять функцию любого другого предмета или явления, оставаясь материально неизменным.*

Акцентированием этой же реалии следует признать вышеуказанное определение Э. Шмидхойзера, где упречность упоминается не более чем как возможность упрёка. Когда существует вина, несомненно существует и возможность упрёка. Более того, возможность упрёка наличествует только тогда, если налицо вина (а не на ступени состава деяния или противоправности), но отождествлять вину с возможностью упрёка – значит описать функцию вины и целиком пренебречь её сущностью, т. е. упречность или возможность упрёка представляет собой только внешнее описание вины.

Разумеется, у Р. Франка и его последователей имеется аргумент против подобного обстоятельства, согласно которому с материальной точки зрения достаточно уже и того, что дефинированию вины в виде упречности предшествует определение структуры вины.

Однако эта мнимая последовательность тем более углубляет противоречивость изначальной нормативной догмы. Если, с одной стороны, вина – упречность, а с другой – вина состоит из совокупности умысла и неосторожности, вменяемости и отсутствия исключаяющих вину обстоятельств, то каждый из этих элементов должен быть и структурным атрибутом упречности.

Р. Франк хотя пытается обосновать это более или менее убедительно, но напрасно: умысел, вменяемость и т. п. могут быть лишь предпосылками, а никак не составными элементами упречности. Недопустимо, чтобы категория возможности включала в себя актуальные, реальные моменты.

Как наглядно видно, для классического нормативизма характерен не учёт вообще материальной стороны вины, а её ненадлежащий учёт. Однако это, исходя из вышесказанного, является достаточным основанием для признания того, что вина как упречность олицетворяет бессодержательность, в лучшем случае – материальную несущественность.

Против дефиниции Р. Франка настроен и В. Галлас. Для него упречность формально-логически составляет подчинённое вине понятие (die ««Vorwerfbarkeit» bezeichnet das «Daß», die Schuld dagegen das «Was»»). В. Галлас определяет вину как понятие, способное возражать (ein steigerungsfähiger Begriff), а в упречности такую способность отрицает. В соответствии с этим он полагает, что следует различать между составом вины как объектом оценки, упречностью как самой оценкой и виной как объектом наряду с оценочным предикатом, где в широком понимании предметом упречности является деяние в целом (неправда в сопровождении специфических признаков вины)<sup>288</sup>.

В то же время В. Галлас пишет об особом значении «состава вины» (Schuld tatbestand) для упречности.

Всё это вряд ли может соответствовать принципам финализма, представителем которого является В. Галлас, но главное в данном контексте – галласская безошибочная постановка вопроса.

Усваивая объективную невозможность акцептирования в упречности элементов вины, он формирует понятие состава вины и в самом понятии вины сопоставляет ему упречность. Такая поляризация понятия вины является совершенным решением стоящей перед Р. Франком дилеммы, так как здесь отвергается материальная эквивалентность вины и упречности.

Однако, с другой стороны, В. Галлас уделяет недостаточно внимания формальным особенностям понятия упречности. Так же как у Р. Франка, и у В. Галласа упречность рассматривается как «оценка объекта», только в последнем случае в узком понимании подразумевается состав вины, в общем – деликтное деяние.

На наш взгляд, подобный подход к форме понятия упречности неточен. Упречность означает не оценку, а оценочность, а оценкой является упрёк. В силу этого упречность как оценочность, а не оценка, не может иметь непосред-

---

<sup>288</sup> W. Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, Berlin, 1961, стр. 38-39.

ственного объекта оценки, т. е. и состав вины В. Галласа может характеризоваться как предмет ориентации упрёка, а не упречности.

## СИМВОЛИЗМ

**Порицание – вина или наказание?** Определённую косвенную критику понятия упречности содержит следующее утверждение Х. Вельцеля: «Конститутивным элементом вины является только упречность. Это решающий новый момент, который сочетается с деянием и придаёт ему качество виновности»<sup>289</sup>. Таким образом Х. Вельцель от параллельности упречности и вины склоняется к параллельности упречности и виновности, что вполне логично.

А в другом месте он прямо отмечает: «Вина – это отрицательное суждение о неправильном управлении волей, *персональный упрёк* (выделено нами – автор), (...) выражающий то, что личность действовала неверно, хотя могла действовать в соответствии с нормой»<sup>290</sup>. Отрицание вины как упречности как таковое является позитивной стороной теории Х. Вельцеля, но он использовал это лишь для усугубления отвергнутой им оплошности.

Если концепция классического нормативизма в связи с данным вопросом содержала хотя бы рациональное зерно, Х. Вельцель совершенно выходит за рамки всякой рациональности. Персональный упрёк субъекта, негативное суждение об ошибочном управлении волей – это процессы, протекающие не в психике делинквента, а выражающие деятельность судебных органов. Правовой (а не какой-либо другой) упрёк отображает то, что судьи отрицательно относятся к конкретному противоправному деянию. Следовательно, Х. Вельцель ищет вину не в психике делинквента, а в психике судей. Его интересует только то, что связывает психически судью с рассматриваемым им действием или бездействием.

Исходя из этого, у Х. Вельцеля и в финальной доктрине в целом *вина – это отрицательное психическое отношение судей к соответствующему составу деяния, противоправному поведению.*

Но в таком случае напрашивается вопрос: если вина рассматривается как отрицательное психическое отношение судей к противоправному деянию, если вина – понятие, локализованное в психике судьи, то кто и в силу чего ви-

---

<sup>289</sup> Н. Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, Göttingen, 1957, стр. 39.

<sup>290</sup> Н. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 9. Aufl., стр. 141.

новен в совершении данного деяния: судья или подсудимый? Виновная ответственность здесь, как ни странно, приобретает формальный оттенок.

Характеризуя финальную модель вины, Т. В. Церетели отмечает: «Нормативное понятие вины неприемлемо (...) не потому, что оно в понятие вины внесло оценочный момент, а в силу того, что полностью довело понятие вины до оценочного суждения и из психики преступника перенесло в психику судьи. Нормативная теория разорвала связь между процессами внутренней, психической жизни преступника и оценочным суждением, вследствие чего оголённое оценочное суждение повисло в воздухе»<sup>291</sup>.

Существенно то же самое отмечает В. Г. Макашвили: «(...) Вина черпает свою основу из реальных фактов психической жизни человека, а не из наного оценочного суждения. Оценочное суждение о порицаемости не есть сама вина, а является следствием существования вины, выводом о том, что психическое отношение лица к деянию во время совершения преступления было виновным и оно заслуживает порицания, а личность должна привлекаться к ответственности за совершение преступления»<sup>292</sup>.

В этих взглядах отчётливо видна вся неконкретность коренных постулатов финализма. Однако это отнюдь не означает, словно Х. Вельцель и приверженцы финализма остаются без аргументов.

Между объективным идеализмом и номинализмом по сей день не утихает спор о сущности понятия.

Объективный идеализм в понятии видит абстрактные духовные сущие, т. е. идеи, существующие сами по себе и для самих себя и отношение которых к отдельным, конкретным предметам или явлениям заключается в том, что они вовлечены в представленные понятием идеи.

В отличие от этого, номинализм отвергает всеобщность и самобытность понятия.

Как нам видится, подход объективного идеализма, на котором финалисты основывают свои определения, справедливо не разделяется ни в одной науке. Если понятие оснастить автономностью относительно определяемого предмета или явления, устойчивая, инвариантная взаимосвязь между отдельными

---

<sup>291</sup> თ. წერეთელი, თანამედროვე ბურჟუაზიულ კრიმინალისტთა მოძღვრება ბრალზე, სტრ. 13.

<sup>292</sup> В. Г. Макашвили, Уголовная ответственность за неосторожность, стр. 56.

понятиями и конструирование системы понятий оказались бы недостижимыми. А без этого существование любой отдельно взятой науки ирреально.

Помимо этого, значение понятия, как отмечалось нами в одном из предыдущих параграфов, не должно противоречить его этимологическому значению, принятому в ординарной лексике. В силу этого финальная концепция вины как проявление крайнего семантического аномализма и в этом контексте также неприемлема.

Вслед за Х. Вельцелем к радикализации оценочного момента в понятии вины наиболее демонстративно стремится Р. Маурах, который пишет: «Основание для упрека преступника традиционно понимается как ошибочное формирование воли, в соответствии с чем вина представляет собой ошибочность психического побуждения, а не само это первое. В то же время упомянутый аспект господствующим учением выражается в тезисе «вина – это упречность», что недопустимо, так как подобное понятие вины по-прежнему содержит своей основной стороной психическое отношение к деянию»<sup>293</sup>. Как из этого явствует, для финалистов полемика вокруг и против психического отношения – самоцель. И этот фактор окончательно выказывает, в чём исток алогичности финалистского утверждения.

Точку в этой вековой дискуссии ставит О. К. Гамкредидзе: «Порицание – это не вина, а наказание»<sup>294</sup>.

**Инвариантность вины** В нормативной теории вина определяется не только как упречность или упре́к. В результате многогранного и длительного развития немецкая уголовно-правовая мысль формирует качественно новое понятие вины. В теории Х. Ахенбаха и К. Лакнера говорится о «конституирующей наказании вине» (Strafbegründungsschuld).

В вышеуказанном комментарии к УК ФРГ эта ветвь нормативизма характеризуется следующим образом: «У Ахенбаха и Лакнера дело касается не приоритетной идеи вины и, следовательно, вопроса внутреннего обоснования уголовно-правовой санкции, а вины как совокупности субъективных пред-

<sup>293</sup> R. Maurach, Deutsches Strafrecht. Allg. Teil, стр. 365.

<sup>294</sup> ო. გამყრელიძე, სისხლისსამართლებრივი სსჯელის ცნება, [www.dgstz.de](http://www.dgstz.de), 2015, стр. 8. Однако не в специфически уголовно-правовом понимании. Помимо этого, где наказание – порицание, там вина – (напр., франкская) упречность. И, наконец: современное государство – вообще – не порицает делинквента (акт унижения чести и достоинства), а привлекает к ответственности; а где наказание – *ответственность*, там вина – (напр., начкебиевская) безответственность.

посылок вменения, конституирующих или исключаящих назначение наказания преступнику в соответствии с позитивным правом. Таким образом, вина целиком представлена в призме уголовно-правовой систематики»<sup>295</sup>. Здесь же заметим, что преодолеть функционализм не удаётся и этому понятию вины, так как конституирование наказания также является внешним свойством вины, «следствием существования вины». Однако это вовсе не умаляет оригинальность вышепредставленного положения.

Генеральным ориентиром вины как у Х. Ахенбаха, так и у К. Лакнера не является ни психическое отношение, ни упрёк или упречность, а установление сущности вины в данном случае производится в соответствии с её местом в системе преступления.

На первый взгляд, подобная позиция по отношению к другим воззрениям гораздо ближе к выявлению истинной уголовно-правовой природы вины; выделение корреляции вины и преступления несомненно воплощает позитивное начало постижения догматико-систематической специфики вины. Но не в таком виде! Место вины в системе преступления определяется в соответствии с сущностью вины, а не наоборот. Невозможно осмысление значения и систематической принадлежности определённого феномена, если неопределённой остаётся внутренняя натура этого феномена.

Конкретно это выражается в следующем аспекте: потому как преступление представляет собой противоправное, виновное деяние, налицо первичность понятия вины относительно понятия преступления, т. е. система преступления до определения понятия вины характеризуется материальной недействительностью. Соответственно, место вины в систематике есть выражение сущности вины, а не дефинирующий сущность вины критерий.

Очередная неприемлемость, которой отличается теория Х. Ахенбаха и К. Лакнера, заключается в опрометчивом оперировании субъективными предпосылками вменения. У них вина включает такие субъективные предпосылки вменения, которые конституируют или исключают уголовную ответственность.

Однако не оставляет сомнений тот факт, что вина не может включать в себя исключаящие наказание обстоятельства.

С другой стороны, вина не может быть и переменчивой системой субъективных предпосылок вменения, которая в некоторых случаях предпола-

---

<sup>295</sup> Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch. Kommentar, стр. 162-163.



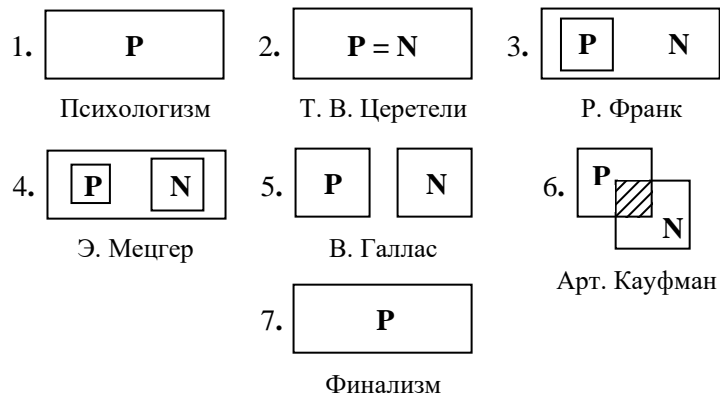
ет наличие конституирующих уголовную ответственность, а в других – наличие исключających уголовную ответственность особых обстоятельств. Немногими словами, вина не должна представлять собой вариантное понятие.

**Геометрия вины** Исходя из всего вышеизложенного, корреляция психического отношения и упречности в процессе развития идеи вины далека от однообразности. Порой это взаимоотношение между целым и его составной частью, порой – паритетная корреляция самостоятельных понятий. В то же время психологизм не знаком с упречностью и финализм не признаёт психическое отношение в сфере вины, что в обоих случаях свидетельствует о взаимонеприкосновенности этих понятий.

Для того чтобы наглядно представить себе формально-логическую сторону упомянутого взаимоотношения или его отсутствие, целесообразно обратиться к апробированному в предикатной логике методу геометрической иллюстрации. В соответствии с этим результирует следующее топологическое изображение (где [P] психологический момент = психическое отношение, [N] нормативный момент = упречность):

В первом и седьмом случаях понятие вины формируется без всякой корреляции между рассматриваемыми единицами.

У Т. В. Церетели психическое отношение и порицаемость являются самостоятельными признаками вины – самостоятельными и эквивалентными, что обуславливает их полное равенство.



В представленном Р. Франком нормативизме это взаимоотношение меняется как качественно, так и количественно. Качественная трансформация выражается в деградации значения психического отношения и его реформировании в альтернативный элемент вины; а количественное преобразование проявляется в нарушении существующего во втором случае соотношения между психическим отношением и упречностью.

Такая взаимозависимость понятий в теории Р. Франка представляет собой отношение субординации или субальтернации: в традиционной логике субординированное понятие (психическое отношение) рассматривается как

видовое понятие, а субординирующее понятие (упречность) – как родовое понятие.

У Э. Мецгера родовое отношение последнего понятия к первому прерывается; однако это также не может расцениваться как возвращение к психо-нормативной теории Т. В. Церетели, так как Э. Мецгер психическое отношение и упречность не рассматривает как равнозначные понятия.

Особенность тезиса В. Галласа заключается в том, что упречность у него понимается дуалистически: в одном случае (формально-логически посредственный) предмет упречности составляет т. н. состав вины, которым охватывается и психическое отношение, в другом же месте объектом упречности выдвинуто деликтное деяние в целом.

Таким образом, для В. Галласа ограничение понятия упречности понятием вины неприемлемо, вследствие чего и корреляция упречности и психического отношения здесь не может ограничиваться сферой вины. И ввиду того что им наряду с экстенциональным (перспектива объёма) различием имманентно присуща и полная интенциональная (перспектива содержания) дифференцированность, представленное выше изображение может рассматриваться как наиболее точная демонстрация обеих этих особенностей.

Наконец, из шестого изображения явствует, что у Арт. Кауфмана понятие вины формируется не как следствие совокупности психического отношения и упречности, а в результате их взаимопересечения.

Обобщая эти сравнения, можно выделить четыре основные тенденции, логическим основанием для корреляции которых представляется психическое отношение (а противоположно – упречность). Таковыми предстают психологическая, нормативная, нормативистская (финальная) и психо-нормативная концепции. Соответственно полному признанию и полной негации психического отношения психологизмом и финализмом противостоит соответственно его частичное признание и частичная негация классическим нормативизмом и нормативным психологизмом, который в той же мере может восприниматься и как психологический нормативизм.

## ТЕОРИИ УМЫСЛА И ВИНЫ

**Теория умысла** В рамках общей характеристики нормативизма, помимо вышерассмотренных вопросов, наше особое внимание привлекает также очередная, не менее важная проблема, а именно сознание противоправности как камень преткновения нормативизма, разделяющий его на два противостоящих друг другу направления – теорию умысла и теорию вины.

Хотя они в определённой степени и напоминают существующие в рамках психологизма теорию представления и волевую теорию, но в то же время значительно отличаются от них: предметом исследования последних является не вопрос о сознании противоправности, а соотношение интеллектуальных и волевых моментов в умысле (в то же время следует заметить, что контроверза между теорией представления и волевой теорией не исчерпала себя в рамках психологизма, она нашла активное развитие и в нормативизме); тогда как теория представления и волевая теория относятся к сфере догматики, теория умысла и теория вины подлежат систематическому анализу.

К. Биндинг следующим образом трактует общий облик теории умысла: «Для теории умысла исходным является утверждение, что сознание противоправности относится к уголовно-правовому умыслу. В соответствии с этим в случае неосознанности противоправности – или других обстоятельств преступления – умысел отвергается. Субъект должен быть освобождён от уголовной ответственности или может быть наказан за совершение преступления по неосторожности»<sup>296</sup>. Здесь представлено лишь одно направление теории умысла, которое именуется строгой теорией умысла. Помимо К. Биндинга, к его представителям можно отнести также Ю. Баумана, Ф.-К. Шрёдера и Й. Наглера.

Строгая теория умысла полагает, что делинквент в момент совершения преступления должен обладать актуальным сознанием противоправности, он должен понимать, что «его деяние – неправда».

Такое решение проблемы неприемлемо для финального учения, представители которого указывают на то, что при преступлении, совершённом в со-

---

<sup>296</sup> К. Binding, Die Schuld im deutschen Strafrecht, Leipzig, 1919, стр. 132.

стоянии аффекта или «убеждённым делинквентом»<sup>297</sup> (Überzeugungstäter), отсутствие актуального сознания противоправности вынуждает в таком случае отрицательно решать вопрос о наказуемости, что, по их же утверждению, этически неоправдано.

Относительно этого Ю. Бауман отмечает, что и в приведённых финалистами примерах субъект осознаёт противоправность своего деяния, и, на наш взгляд, это так и есть.

Значительно иным оттенком отличается этот нюанс в другом виде данной теории, т. е. в умеренной теории умысла. Это направление требует для наличия умысла наличия уже не актуального, а всего лишь потенциального сознания противоправности. Согласно умеренной теории умысла, главными представителями которой являются Э. Мецгер и А. Шёнке, деликт, совершённый в состоянии аффекта или убеждённым делинквентом, будет считаться наказуемым в силу того, что субъект, хотя непосредственно не осознавал запрещённость своего поведения, но «хотя бы потенциально» обладал сознанием этой запрещённости.

Тот же Ю. Бауман наперекор данной позиции утверждает, что субъект таким образом наказывается не за виновное совершение преступления, а за поведение, не предусмотренное в уголовном законе как наказуемое.

Общая черта между строгой и умеренной теориями умысла состоит в том, что обе из них проблему сознания противоправности рассматривают в пределах умысла.

#### **Теория вины**

Следующим образом характеризует теорию вины Г. Шеве: «В отличие от теории умысла, теория вины полагает, что сознание противоправности является не составным компонентом умысла, а суверенным элементом вины. Согласно этой теории, ошибка в неправде как таковая не исключает умысел. Если ошибку можно было избежать, налицо умышленная вина; вместе с тем и при выяснении вопроса о наказуемости в качестве основания применяется наказание, предусмотренное для умышленного преступления. Однако при предотвратимой ошибке в запрете степень вины может быть ниже, чем в случае знания запрета, и может смяг-

<sup>297</sup> Убеждённый делинквент или делинквент по убеждению – лицо, совершающее уголовно наказуемое деяние в силу того, что считает себя вправе или обязанным на основании своих религиозных, политических или иных убеждений совершить данное преступление.

чатая в соответствии с положениями о наказуемости покушения»<sup>298</sup>. Г. Шеве в точности излагает теорию вины в общем аспекте, но неполноценно определяет её частный аспект.

Для теории вины в общем действительно характерно расширение значения сознания противоправности, принимая во внимание его перемещение из узкой сферы элемента вины – умысла в единую сферу вины, что и дало само название этой теории.

С другой стороны, конкретное следствие такой реориентации выражается не только в признании сознания противоправности элементом вины. Аналогично теории умысла, теория вины также состоит из двух направлений.

Если в первом из них сознание противоправности ранжируется рядом с умыслом в качестве суверенной составляющей, отсутствие которого в условиях предотвратимости ошибки не исключает умысел, то во второй концепции, предложенной финалистами, оно по-прежнему остаётся элементом вины, но уже не рядом с умыслом вследствие элиминации этого последнего из понятия вины и отсутствие сознания противоправности здесь никакого влияния на установление умысла не оказывает, несмотря на то, предотвратима ошибка или нет.

Существующая между ними контрастность со всей яркостью проявляется в рамках полемики по поводу ошибочного представления об оправдывающих обстоятельствах, которая и по сей день не лишена актуальности. Предмет разногласия состоит в том, что из себя должно представлять ошибочное представление об оправдывающем обстоятельстве: ошибку только в противоправности или в противоправности и соответствии составу деяния.

Тогда как первое направление теории вины тотально индеферентно к этой проблеме, финалисты относятся к ней с особым усердием, так как «если упомянутая ошибка распространяется только на противоправность, следует исключить только сознание противоправности и неизменным должен оставаться умысел; для отрицания последнего необходимо наличие ошибки в соответствии составу преступления»<sup>299</sup>.

Здесь же следует выделить, что неучёт представленных нами моментов не препятствует Г. Шеве в установлении основного различия между теорией

<sup>298</sup> G. Schewe, *Bewußtsein und Vorsatz*, Berlin, 1967, стр. 22-23.

<sup>299</sup> *Ibid.*, стр. 25.

вины и теорией умысла. Из его вышецитированного высказывания легко можно заключить, что, во-первых, теория вины допускает исключение сознания противоправности без исключения умысла, что недопустимо в теории умысла и, во-вторых, в теории вины, в отличие от теории умысла, сознание противоправности не является объёмным эквивалентом умысла.

Специфически интерпретирует противостояние теории умысла и теории вины Арт. Кауфман: «Предмет спора между этими теориями составляет явно мнимая проблема, возникшая вследствие формального отождествления сознания противоправности с сознанием неправды. Теория вины верно полагает, что ошибка в противоправности не исключает умысел; но ошибочно её утверждение, словно умысел вовсе не нуждается в знании неправды и должен представлять собой «естественный» умысел, финальную волю действия, лишённую оценки. Теории умысла эта погрешность не касается, поскольку она уголовно-правовой умысел понимает так, как этот элемент вины всегда воспринимался (*dolus malus*) и для которого знание специфической противоценности преступления не является незначительным.<sup>300</sup>

Наряду с этим Арт. Кауфман полагает, что само превратное восприятие ценности преступления и в теорию умысла вносит определённый диссонанс: поскольку это материальное значение преступления состоит не в направленности воли против уголовно-правового запрета, а в игнорировании общесоциальных ценностей, эта теория искажённо определяет умысел, требуя для него знание запрета, сознание формальной противоправности.

Мы, правда, не можем следовать этому замечанию Арт. Кауфмана, но на фоне современной доктрины его не в чём упрекнуть. На сегодняшний день не существует нормы, запрещающей незнание уголовно-правовых требований, т. е. так уж сложилось нелепо, что знание уголовно-правового запрета в уголовно-правовом отношении необязательно.

Что касается содержания теории вины и теории умысла, оно и здесь, как у Г. Шеве, трактуется односторонне. Арт. Кауфман, выделяя одну конкретную сторону обеих теорий, пытается выстроить на них общие аналогии. Поэтому и заключаем из его воззрения, что определяющим принципом теории умысла предстаёт традиционно понятое понятие уголовно-правового

---

<sup>300</sup> Arth. Kaufmann, *Schuld und Strafe*, стр. 144.

умысла, тогда как теория вины полностью опирается на принцип «естественного» умысла.

Несмотря на эти неточности, положение Арт. Кауфмана о сознании противоправности как о предмете противостояния между данными теориями немаловажно.

Как известно, представители обеих теорий исходят из того тезиса, что сознание противоправности является не подчинённым сознанию неправды, а его параллельным понятием. В теории относительно этого вопроса наблюдается разделение мнений. Согласно первой группе криминалистов, сознание неправды делится на сознание соответствия составу преступления и сознание противоправности; другие рассматривают его «неделимой» целостностью этих элементов, где сознание неправды «полностью включает запрет деяния и запрещённое деяние»; а у остальных авторов сознание неправды – это сознание противоправности.

Доминирующей можно считать вторую точку зрения, частичным сподвижником которой является Арт. Кауфман. Его аргументация заключается в следующем: «Было бы достаточным лишь знание уголовно-правового запрета, то лицо, стреляющее в запретном месте и вследствие этого по неосторожности уничтожающее жизнь другого лица, следовало бы наказывать за умышленное убийство, так как лицо ведало, что оно не обладало правом стрелять в этом конкретном месте. Это, конечно же, свидетельствует и против «неделимого» сознания неправды. Однако выделить на этом основании сознание соответствия составу деяния в качестве отдельного элемента – значит отвергнуть сознание неправды как сознание противоправности, запрещённости: одновременное владение двумя разрозненными представлениями о деянии психически невозможно. С этой точки зрения идея неделимости приемлема»<sup>301</sup>. Разумеется, в этом воззрении Арт. Кауфмана много чего спорного, но такое освещение вопроса предоставляет возможность по-новому осмыслить характер controversy между теорией вины и теорией умысла. Арт. Кауфман заметно расширяет размах суждения, ибо он делает спорным одинаково принципиальный для обеих теорий момент.

Таким образом, в нормативной теории вины и в этом отношении налицо неодносторонняя и резко прогрессируемая контрастность воззрений.

---

<sup>301</sup> Ibid., стр. 143.

В нормативизме возможно выделение не одной другой принципиальной стороны (например, места и значения вины в структуре преступления, особенностей нормативистского подхода к неосторожности), которые мы ниже непременно затронем, не в последнюю очередь в рамках анализа соответствующих учений о деянии, которые в уголовно-правовой догматике воплощают главную основу классификации воззрений о вине и не только о вине: такова традиция современной теории уголовного права.



## Глава VI

### КРИТИКА НОРМАТИВИЗМА

– §1 –

**Н. В. ЛЯСС**

**Немецкая догматика** Представленную у русской криминалистки Н. В. Лясс критику нормативной теории вины можно считать самой обширной в пределах советского уголовного права. В рамках критики нормативной модели вины Н. В. Лясс основное внимание уделяет воззрениям Э. Белинга, Р. Франка, Х.-Г. Йешека, Ф. Новаковского и Т. Ритлера.

К анализу взглядов Белинга Н. В. Лясс приступает с исследования представленной у него корреляции понятий вины и состава преступления (деяния). «При установлении взаимоотношения понятий состава преступления и вины, – указывает Н. В. Лясс, – Белинг подчёркивает, что типичность деяния (т. е. соответствие составу преступления) и его виновность – сущность являются совершенно разными признаками. Наличие состава ещё не подразумевает установление вины. Тип преступления (состав) включает одно и то же содержание как для умышленных, так и для неосторожных деяний. Так, например, по Белингу, составы умышленного и неосторожного убийства ничем друг от друга не отличаются»<sup>302</sup>. Как увидим ниже, для Н. В. Лясс такой подход Белинга принципиально неприемлем. Для этой первой сложно себе представить, как умышленное и неосторожное преступление не может отличаться друг от друга на ступени состава преступления.

Хотя Н. В. Лясс вовсе не признаёт психологическую теорию вины с той точки зрения, что вина должна представлять собой лишённое оценочности чисто дескриптивное понятие, но, с систематической точки зрения, она не выходит за рамки советской психологической теории, и в силу этого несложно

---

<sup>302</sup> Н. В. Лясс, Проблемы вины и уголовной ответственности в современных буржуазных теориях, Ленинград, 1947, стр. 13.

понять, что систематическая самостоятельность понятия вины относительно сферы состава преступления для неё совершенно неприемлема.

Однако почему же необходимо, чтобы, скажем, составы умышленного и неосторожного убийства основывались на разных содержаниях? На наш взгляд, неприемлемой была бы именно противоположная ситуация, т. е. ситуация, в которой в системе преступления не была бы представлена самостоятельная ступень, где можно было бы отобразить реально существующую частичную идентичность умышленного и неосторожного убийства.

Разве с объективной стороны умышленное и неосторожное убийство не одно и то же? Если да, то это непременно должно находить надлежащее проявление и с систематической точки зрения.

Естественно, и в рамках представленной психологической теорией системы преступления фиксируется объективная тождественность преступлений указанных видов. Об этом наглядно свидетельствует представленная здесь структура состава, в соответствии с которой речь идёт об объективной и субъективной сторонах состава преступления и об их разграниченности. Однако подобная дифференциация объективных и субъективных признаков преступления могла бы быть только в том случае систематически допустимой, если существующее между рассматриваемыми признаками догматическое различие было бы поверхностным.

В действительности же это различие существенно. Догматически объективная и субъективная стороны преступления характеризуются строгой взаимной неподвластностью. А это, в свою очередь, указывает на теоретическую необходимость такого структурирования понятия преступления, где наличествуют *объективная сфера преступления* и *субъективная сфера преступления*, а не каких-то составов или иных ядер ядра, будь это в советской или буржуазной модели преступления.

В то же время следует принять во внимание и другое не менее важное обстоятельство. Специфика существующей в догматике корреляции между объективной и субъективной стороной преступления предполагает, что значение вины и субъективных элементов преступления в целом должно устанавливаться на систематически более высокой ступени, чем значение объективной стороны преступления. Т. е. вышеуказанные сферы технически – но не

более – обретают иерархический характер, перевоплощаясь в том же техническом смысле в *ступени*.

В уголовном праве речь о субъективных элементах может заходить лишь после того, как имеет место абсолютная определённость объективных признаков. Теоретически недопустимо говорить об ошибке, вине, противоправной цели и других субъективных показателях деяния, если не имело место наступление вредных последствий или по меньшей мере покушение на детерминацию вредного результата или подготовка к такому покушению в предусмотренных уголовным законом случаях.

Иначе говоря, уголовно-правовая характеристика субъективного деяния всегда должна начинаться с исследования объективных признаков. Субъективные элементы только тогда могут составлять предмет уголовно-правового интереса, если дан факт их внешнего проявления. Всё внешне непроявленное, как высока бы ни была степень его агрессивности в отношении охраняемого в уголовно-правовом порядке добра, в уголовно-правовом отношении совершенно иррелевантно. Субъективные элементы в сфере уголовно-правового интереса оказываются лишь с того момента, когда определённым внешним поведением субъекта создаётся опасность для того или иного охраняемого уголовным правом добра или же если это поведение реально направлено на создание такой опасности (приготовление к преступлению). Всё это должно соответствующим образом учитываться при определении иерархического значения объективных и субъективных элементов в системе преступления.

Исходя из вышеотмеченного, субъективные элементы не могут выражаться до описания объективных признаков, тогда как в традиционном двухпризначном понятии преступления противоправность как описание объективного осуществления уголовно-правового запрета ранжируется выше вины.

Что же касается предложенного Листом и развитого впоследствии Белингом трёхпризначного понятия преступления, представленная здесь последовательность констатации систематического значения объективных и субъективных признаков преступления вовсе не искажает существующую в догматике корреляцию этих последних моментов. Однако наиболее важен непосредственно тот аргумент, который приводится Н. В. Лясс против представленной Белингом системы преступления. В данном отношении она отмечает: «Ограничение состава только установленными в законе объектив-

ными признаками, характерными для типа преступления, исключение из состава субъективных признаков – в этом состоит одно из основных положений нормативной теории Белинга. Именно этот разрыв объективной (предусмотренной в конкретном уголовном законе) и субъективной (основанной на оценке) сторон деяния делает возможным (...) применение нормативной теории для отрицания состава преступления как основания уголовной ответственности, оправдания судебного произвола»<sup>303</sup>.

Таким образом, по Н. В. Лясс, Белинг выносит вину из состава преступления по той причине, чтобы оправдать судебный волюнтаризм. Однако в чём конкретно могло выразиться оправдание судебного волюнтаризма вследствие вынесения вины из понятия состава и, соответственно, «отрицания» состава преступления в качестве основания ответственности, Н. В. Лясс не поясняет.

Ведь основанием ответственности у Белинга в традиционном понимании вместо состава преступления выступает преступление в целом, а понятие состава преступления в психологическом учении не включает в себя ничего такого, что не наличествовало бы в представленном Белингом понятии преступления. В силу этого, с точки зрения обоснования ответственности, отрицанием состава преступления в качестве основания ответственности результирует лишь сугубо формальное изменение.

Совершенно неясен также смысл утверждения о том, что элиминация вины из состава преступления чревата разрывом эссенциальной связи между объективной и субъективной сторонами преступления.

Во-первых, сам факт элиминации вины из состава преступления никак не свидетельствует о невозможности логической связи между объективной и субъективной сторонами преступления, а указывает лишь на изменение сферы этой взаимосвязи, увеличение масштаба данного взаимоотношения.

Во-вторых, если неизбежно, чтобы систематические взаимоотношения между объективной и субъективной стороной преступления выяснялись на одной и той же ступени, т. е. в пределах состава преступления, тогда в чём суть существования самого понятия преступления?

Н. В. Лясс следующим образом продолжает интерпретацию воззрений Белинга о взаимоотношении вины и состава преступления: «То, что вина – признак деяния, а не состава, по мнению Белинга, вытекает из самого закона.

---

<sup>303</sup> Ibidem.

Он указывает, что, согласно §59 Уголовного кодекса от 1871 года, вина состоит в отношении психики субъекта к составу преступления. На основе этого Белинг делает вывод, что вина является психическим, субъективным отражением состава в сознании преступника. А из этого, согласно ему же, следует, что вина является не признаком состава, а самостоятельным признаком преступления наряду с составом преступления и противоправностью. Белинг указывает на особое значение вины: она рассматривается как «необходимое основание ответственности»<sup>304</sup>. Именно в этом, именно в чрезвычайном акцентировании систематического значения вины и заключается вся суть учения Листа и Белинга. Однако может ли быть выделение значения вины положено в основу «обоснования судебного произвола»? Очевидно, что перед нами два взаимоисключающих утверждения.

С другой стороны, из только что цитированной позиции Н. В. Лясс создаётся такое впечатление, словно Белинг, правда, подобно Листу, свою модель трёхпризначного понятия преступления формирует строго в рамках психологической теории вины. На самом же деле Белинг отнюдь не рассматривал вину только как «психическое, субъективное отражение состава в сознании преступника», а, как отчасти видно и из анализа воззрений самой Н. В. Лясс, вина у него конституируется и уже, и по существу задолго до трёхпризначного понятия преступления Листа и нормативного понятия вины Франка как «упречное содержание воли субъекта», как «психическая упречность деяния». Другой вопрос, что трёхпризначное понятие преступления было сформировано Листом, руководствовавшимся в объективном аспекте каузализмом, как и Белинг, в субъективном же – психологизмом. То, что классическая трёхкомпонентная система преступления и по сей день именуется классической нормативной схемой преступления ничего общего с действительностью не имеет. Если быть в данном отношении до конца последовательными, то данная модель преступления, конечно же, не может рассматриваться достоянием ни нормативизма, ни психологизма как такового, а является конструкцией каузализма, т. е. каузального учения о деянии, следствием чего, в свою очередь, предстаёт сама психологическая теория вины.

Гораздо более того, само деление понятия преступления на те же три конститутивных элемента встречается уже в XIX веке в той же немецкой тео-

---

<sup>304</sup> Ibid., стр. 25.

рии уголовного права. Причина открытого искажения действительности в первом случае и её замалчивания – во втором не вполне ясна.

Н. В. Лясс особое внимание уделяет тому, что у Белинга в рамках суждения о виновности речь идёт о психическом отношении лица не к результату, а только к деянию. Параллельное утверждение того, что, по Белингу, основное содержание вины состоит именно в этом психическом отношении, опять-таки создаёт половинчатое представление о концепции вины Белинга, конститутивно включающей и нормативное начало. Однако что означает собственно психическое отношение к деянию, а не к результату?

Как известно, в традиционном виде психологической теории вины речь идёт о психическом отношении лица как к деянию, так и к результату (впоследствии определение обычно релятивируется). Но если вина рассматривается как психическое отношение к деянию и результату в их целостности или же как психическое отношение только к результату, как может обосновываться виновность субъекта в случае покушения на преступление или приготовления к преступлению? В последних случаях вредный результат не наличествует, и психическое отношение к тому, чего действительно не существует, не может быть релевантным в уголовно-правовом понимании.

В силу этого вина как психическое отношение к деянию намного ближе к реальности, нежели вина как психическое отношение к результату или к деянию и результату синхронно. Хотя следует заметить здесь же, что и в первом случае, т. е. рамках подхода Белинга налицо значительные сложности. Если вина – всего лишь психическое отношение к деянию, речь должна идти об отношении волевых и интеллектуальных моментов не к вредным последствиям деяния, а к самому деянию. Так, например, чем заменить интеллектуальный момент прямого умысла, в соответствии с которым лицо предвидит неизбежность наступления вредных последствий, или волевой момент небрежности, состоящий в том, что лицо могло предотвратить вредные последствия?

Естественно, преодоление последних осложнений вполне мыслимо, но для этого наверняка пришлось бы отвергнуть традиционные понятия видов и подвидов вины и на их месте сконструировать понятия существенно нового содержания. Ввиду этого рассматриваемая проблема куда сложнее и насущнее, чем это может казаться на первый взгляд.

Продолжая критический анализ воззрений Белинга в указанном контексте, Н. В. Лясс отмечает: «Отношение сознания субъекта к факту противоправности состоит в сознании противоправности деяния (умысел) или в возможности и обязанности сознания (неосторожность). Согласно Белингу, это очередной признак вины, обуславливающий нетерпимость воли преступника, что создаёт основу его порицания. По его же мнению, утверждение наличия вины при отсутствии подобного сознания делает понятие вины, его порицаемый момент бессодержательным»<sup>305</sup>. Наряду с этим Н. В. Лясс там же указывает и на то, что внесение в вину подобного признака характерно для всех представителей нормативной теории и особо выделяет позицию Биндинга, согласно которой «для понятия умысла существенное значение имеет признак сознания противоправности и в силу этого было бы точнее указывать не на умысел, а на противоправный умысел».

Разумеется, собственно воззрение Биндинга о том, должен ли умысел включать момент сознания противоправности, весьма спорно, и мы это наглядно увидели в рамках систематической характеристики нормативизма во время сравнительного анализа т. н. теорий умысла и вины, где основной предмет дискуссии не выходит за рамки выяснения того, как должно определяться систематическое место сознания противоправности, конкретнее, должно ли относиться сознание противоправности к умыслу или независимо от умысла относиться к понятию вины в целом в качестве самостоятельного элемента. Н. В. Лясс не разделяет вышеуказанное мнение Биндинга и подвергает его резкой критике. Однако дело в том, что советская криминалистика не ограничивается критикой позиции Биндинга и также неприемлемым объявляет постулат Белинга в общем, главное требование которого состоит в необходимости наличия сознания или возможности сознания противоправности для обоснования вины.

Следует прямо заметить, что здесь сложно отследить консеквентность. Если лицо не может и, соответственно, не обязано в конкретной ситуации осознавать противоправный характер своего деяния, понятно, что суждение о его виновности следует безусловно исключить. Лицо в этом случае не может упрекаться ни этически, ни морально-политически и ни чисто юридически, ибо ни в одном из этих пониманий субъект никакой обязанности не нарушает: он лишён конкретной психологической возможности альтернативно-

---

<sup>305</sup> Ibid., стр. 27.

го действия. Никакая другая мысль, помимо этой, в позиции Белинга не развивается. Поэтому когда Н. В. Лясс ведёт речь о неприемлемости данной позиции, выходит, что она невольно против дифференциации содержания вины и содержания объективного вменения.

В то же время Н. В. Лясс развивает свою критику Белинга и в ином ракурсе, указывая на следующее: «Сущность вины как порочного волеобразования понимается у Белинга как отношение сознания субъекта к моменту противоправности деяния и его соответствия составу преступления, т. е. к двум внешним признакам, которые (...) носят однозначно формальный, нормативный характер. А вследствие этого само понятие вины предстаёт чисто юридической категорией, оно лишено всякого социального содержания»<sup>306</sup>. И там же: «Содержание вины Белинг определяет на основе признака противоправности, потому-то белингская концепция вины отличается непоследовательностью и антинаучностью»<sup>307</sup>.

Прежде всего: юридическое является разновидностью социального, и в силу этого во всём юридическом априори содержится момент социальности. Но почему должны юридические понятия содержать более высокую степень социальности, чем этого требует сама юридическая природа этих понятий, т. е. чем может быть обусловлена необходимость экстраюридической социальности юридических понятий? На наш взгляд, подобная постановка вопроса возможна лишь в идеологизированном уголовном праве<sup>308</sup>. Дело обстоит бы иначе, если бы Белинг при формировании понятия вины стремился к изоляции уголовного права от какой-либо другой науки, с понятиями которой вина неизбежно должна оказываться в существенной связи, например, как это имело место с точки зрения взаимоотношения уголовного права и психологии у Кельзена.

---

<sup>306</sup> Ibid., стр. 28.

<sup>307</sup> Ibid., стр. 29.

<sup>308</sup> А штурмовать и рушить именем идеологии полезно функционирующие понятия и институты – дело неблагодарное. Наглядных исторических примеров уйма, но вот один из них с точки зрения уголовно-правовой статистики: в СССР существовал город с молодёжной милицией (основательница – офицер МВД Русудан Багратиа, г. Хоби; созданию ведомства предшествовал взлом Городского музея несовершеннолетними), возглавляемой мной в мои 14 лет. В результате смены режима её в спешном порядке упразднили. Следствие: разбитые окна в школах, разграбленные библиотеки, ношение холодного оружия и порнографической литературы, курение, употребление прочих наркотиков, хулиганство и многое другое.



С другой стороны: если постижение содержания вины на основе противоправности, т. е. с учётом моментов, данных вследствие определённости противоправности, свидетельствует о непоследовательности и антинаучности, то что следует рассматривать как выражение последовательности и научности – то, что вина систематически должна предшествовать противоправности и её содержание должно познаваться без надлежащей теоретической связи с понятием противоправности, допуская виновность правомерного, как это имеет место в двухпризначной модели преступления?

Относительно меньше внимания уделяет Н. В. Лясс анализу воззрений Р. Франка. В этом отношении она в основном отмечает следующее: «Р. Франк (...) считал теорию вины Белинга ошибочной, так как вина у Белинга доводилась лишь до психического отношения лица к определённому внешнему, объективному факту, рассматривалась как родовое понятие умысла и неосторожности. В отличие от Белинга, представившего «господствующее» учение, как его называет Франк, этот последний понимает вину в более широком смысле. Он указывает, что вина только умыслом и неосторожностью не является (...). Поэтому всё то, что касается вины, в то же время отнюдь не может применяться и к умыслу и неосторожности»<sup>309</sup>. Как видим, Н. В. Лясс, в рассматриваемом аспекте доподлинно излагает точку зрения Франка. Здесь отчётливо видно, что Франк – первый, кто отвергает умысел и неосторожность как формы вины и представляет их в качестве элементов вины.

Нам бы хотелось добавить лишь то, что Франк хотя вносит в вину не один новый момент, но, рассуждая сугубо формально, его модель вины в конечном счёте всё же не может считаться материально более пространной, чем понятие вины Белинга, ибо тогда как в первом случае вина рассматривается лишь в виде элемента субъективной стороны преступления, в последнем случае она сама включает в себя всю субъективную сторону преступления, точнее, Белинг отождествляет понятие вины с понятием субъективной стороны преступления в целом, и это уже составляло предмет исследования в предыдущей главе настоящего труда.

Но давайте посмотрим, какую оценку даёт сама Н. В. Лясс представленному Р. Франком «широкому» понятию вины. «Широкое понятие вины, – пишет она, – которое предлагал Франк, означало отождествление понятий вины и ответственности и тем самым умаление значения вины как самостоя-

---

<sup>309</sup> Ibidem.

тельного признака преступления (...)»<sup>310</sup>. Здесь оба основных момента, выделенных Н. В. Лясс, в равной степени привлекают наше внимание. Следует заметить, что она в своих выводах по-прежнему менее конкретна и у нас складывается впечатление, что критика нормативизма у неё главным образом сводится к самоцели, невзирая на тот факт, что нормативизм – это океан противоречий.

Рассмотрим выделенный Н. В. Лясс первый основной момент, в соответствии с которым Франк отождествляет друг с другом понятия вины и ответственности.

Что может считаться выражением того или иного признака понятия ответственности в содержании вины, представленном Франком? Совершенно очевидно, что ни вменяемость, ни умысел и неосторожность, равно как ни фактические обстоятельства, в условиях которых осуществлено соответствующее деяние, не могут рассматриваться как моменты, определяющие содержание ответственности. Понятие ответственности располагается в существенно иной плоскости, и в силу этого к его содержанию относятся компоненты качественно иного содержания. Всё это настолько очевидно, что продолжать суждение в этом направлении было бы схоластицизмом.

Однако если это всего лишь оплошность и Н. В. Лясс в действительности подразумевает не отождествление понятия вины собственно с понятием ответственности, а имеет в виду вину только как общее основание ответственности, и в этом с ней вряд ли можно согласиться. Было бы так, в представленном Франком содержании вины должны были бы, помимо субъективных моментов, наличествовать и все объективные моменты, без которых уголовная ответственность не конституируется.

Ещё более глубокой неопределённостью чревата другая вышеупомянутая часть утверждения Н. В. Лясс, где она упрекает Франка в умалении значения вины как самостоятельного признака преступления.

Во-первых, даже если Франк на самом деле умалял бы значение вины как самостоятельного признака преступления, может ли это составлять предмет критики у Н. В. Лясс, когда она, отстаивая двухпризначное понятие преступления, хладнокровно критикует Белинга по поводу выделения вины в качестве самостоятельного признака преступления?

---

<sup>310</sup> Ibid., стр. 29-30.

Во-вторых, Н. В. Лясс ничего не отмечает о том, по какой конкретной причине обусловило бы предложенное Франком «широкое понятие вины» умаление значения вины как самостоятельного признака преступления. Правда, мы выше в рамках анализа нормативной модели вины Франка сами отметили, что полноценность содержания вины вовсе не зависит от рассредоточенной множественности входящих в него элементов, и недвусмысленно указывали на негативные стороны содержания представленного им понятия вины, однако речь о том, что возрастанием численности элементов, охватываемых содержанием вины, значение систематической самостоятельности вины умалается, неоправдана. Систематической самостоятельности вины только тогда может угрожать определённая опасность, когда количество её компонентов сокращается и эти последние относятся к другим систематическим сферам, в то время как привнесение в содержание вины прежде систематически независимых от неё элементов её самостоятельность не убывает, а, наоборот, однозначно возрастает.

Если же реально стремимся выяснить, умалает ли Франк теоретическое значение вины как самостоятельного понятия, следует заострять внимание на совершенно ином аспекте проблемы, а именно на франкской корреляции понятий вины и деяния, при которой, как было показано в предыдущей главе, вина как самостоятельное понятие не просто умалается, а отвергается и представлена лишь в виде прилагательного, описывающего деяние.

В рамках анализа воззрений Х.-Г. Йешека Н. В. Лясс, прежде всего, позитивно выделяет то, что у него надлежащим образом представлено теоретическое значение принципа вины, вследствие чего вина результирует как понятие, не только конституирующее наказание, но также и определяющее степень наказания. «Как отмечает Г. Йешек, – указывает Н. В. Лясс, – наказание вообще может назначаться только при наличии вины и, кроме этого, размер наказания не должен превышать степень вины. А после этого Йешек выделяет то, что этот принцип в первую очередь обеспечивает необходимую охрану личности от излишнего вмешательства в сферу личной свободы и применения неоправданных репрессивных мер со стороны государства»<sup>311</sup>. Следует заметить, что в отношении последнего момента, т. е. с точки зрения предупреждения излишнего вмешательства в сферу личной свободы и применения неоправданных репрессивных мер со стороны государ-

---

<sup>311</sup> Ibid., стр. 49.

ства, ныне уже, помимо упрочения собственно значения принципа вины, намечена и другая, принципиально новая тенденция, а именно в виде выделения значения отсутствия превентивной необходимости как основания для исключения уголовной ответственности. Основные стороны этого направления мы рассмотрим в следующем параграфе, в рамках анализа воззрений К. Роксина.

Касаясь оригинальности подхода Х.-Г. Йешека по отношению к воззрениям представителей классического нормативизма, Н. В. Лясс отмечает: «Родоначальники нормативного понятия вины (Белинг, Франк, Майер), определяя вину как порочное волеобразование, считали, что вина является оценкой волеобразования субъекта на основе правовых норм. Йешек вносит изменение в это оценочное понятие вины, представляя в нём определённое материальное содержание. Он указывает, что вина представляет собой не порицаемость волеобразования, а ошибочность воли, направленной на осуществление противоправного деяния. Подобную точку зрения в литературе разделяют Мецгер и Энциш»<sup>312</sup>. Здесь весьма метко трактуется оригинальность воззрений Йешека относительно догматического аспекта представленного в классическом нормативизме понятия вины, и вряд ли можно добавить что-либо к вышепредставленному анализу с целью более наглядной интерпретации его позиции.

Нельзя сказать то же самое о следующем суждении Н. В. Лясс: «Определение вины, предлагаемое Йешеком, представляет собой своего рода компромисс между психологической и нормативной теорией вины. Применение этого определения на практике означает, что для признания лица виновным необходимо, чтобы суд в его деянии установил умысел или неосторожность и на основании этого порицал его за несоответствующее нормам правопорядка волеобразование»<sup>313</sup>. Исходя из этого, заключаем, что в рамках нормативной теории отнюдь не всегда было необходимо установление умысла или неосторожности для того, чтобы правосудие могло признать деяние виновным. Понятно, что Н. В. Лясс имеет в виду финализм. Тем не менее и в случае финализма умысел и неосторожность, правда, уже являются элементами не вины, а неправды, но поскольку вина и здесь не может результировать в условиях неопределённости неправды, речь о вине при неуста-

<sup>312</sup> Ibid., стр. 50.

<sup>313</sup> Ibidem.

новленности умысла или неосторожности как конституирующего неправду обстоятельства на сей раз также недопустима.

Вместе с тем Н. В. Лясс возможно исходит из момента отрицания финализмом классических понятий умысла и неосторожности. Однако в таком случае речь должна идти о том, что нормативизм в одном из своих направлений отвергает классические понятия умысла и неосторожности с точки зрения признания деяния виновным, но не умысел и неосторожность в общем, как это следует из вышецитированного утверждения.

Н. В. Лясс уделяет внимание размежеванию воззрений Йешека не только от точки зрения классического нормативизма, но и от самого финализма.

В рассматриваемом контексте она, прежде всего, стремится разграничить финализм и традиционный нормативизм в целом (сюда же относятся, разумеется, и воззрения самого Йешека), предлагая следующую неточную интерпретацию финализма: «При таком понимании вины (имеется в виду понятие вины классического нормативизма – автор) психологический момент – психическое отношение виновного лица к деянию в виде умысла и неосторожности –, составляя её основной признак, охватывается определением рассматриваемого понятия. В этом состоит отличие данной концепции вины от финальной теории, согласно которой психологический признак вины – умысел исключается из понятия вины и относится к характеристике противоправного состава преступления (выделено нами – автор)»<sup>314</sup>. На наш взгляд, здесь всё ясно: с одной стороны, Н. В. Лясс прекрасно ведает, что неправда у нормативистов означает совокупность соответствия деяния составу преступления и его противоправности, а, с другой стороны, для неё, видимо, не является тайной и то, что финалисты относят умысел к понятию неправды; отсюда, в свою очередь, по вероятной логике Н. В. Лясс прямо заключаем, что умысел как элемент неправды в то же время предстаёт и элементом противоправного состава преступления, так как неправда – не что иное, как противоправное соответствие деяния составу преступления. На самом же деле финалисты внедряют умысел не в противоправный состав преступления, а собственно в состав преступления. И если утверждаем, что умысел в финальном учении является элементом неправды, – это только потому, что сам состав преступления предстаёт в качестве компонента неправды.

---

<sup>314</sup> Ibidem.

По определению это так, теперь взглянем на вопрос симптоматически.

То, что финализм элиминированный из понятия вины умысел вносит собственно в состав, а не в противоправный состав преступления, отчётливо видно хотя бы на примере корреляции понятия умысла и оправдывающих обстоятельств. Так, например, сам Вельцель неоднократно указывал на то, что лицо, находящееся в состоянии необходимой обороны, действует с умыслом, тогда как необходимая оборона исключает противоправность деяния. Соответственно, если исключается противоправность, а умысел по-прежнему налицо, можно легко заключить, что понятие умысла в финальном учении ничего общего с противоправным составом преступления не имеет.

Наряду с этим мы не можем согласиться с Н. В. Лясс и тогда, когда она выделяет очередное отличие воззрений Йешека от финализма. «(...) Возможно выделение ещё одной особенности позиции Йешека, – пишет Н. В. Лясс, – которая отличает её от нормативного понятия вины, представленного у Вельцеля и других финалистов. Эта особенность состоит в том, что не намерение, а его осуществление – деяние создаёт вину как основание порицаемости и уголовно-правовой ответственности. В вопросе об установлении содержания вины проф. Йешек является сторонником позиции, характерной для представителей объективного направления нормативной теории»<sup>315</sup>. Таким образом, согласно Н. В. Лясс, вина у финалистов основывается на умысле, а у Йешека – на осуществлении умысла. В данном случае следует выделить как минимум следующие три момента:

Относительно первого необходимо заметить, что осуществление умысла по существу является объективным процессом и главный определяющий момент вины как субъективного элемента преступления, мягко говоря, не может ограничиваться пределами объективной категории. В то же время это, как несложно догадаться, вовсе не означает, что в понятии вины не должен отображаться соответствующий аспект осуществления умысла, т. е. что вина должна основываться только собственно на умысле, рассматриваемом в отрыве от процесса его осуществления.

В последующем контексте оплошно само утверждение, согласно которому у финалистов установление вины в общем зависит только от установления умысла и ничего общего с процессом осуществления умысла не имеет. Ес-

---

<sup>315</sup> Ibid., стр. 51.

ли это так, то в финальном учении должна быть налицо такая система преступления, в рамках которой установление вины представлялось бы возможным, минуя те систематические ступени, где констатируются объективные признаки, что, однако, не соответствует действительности.

И, наконец, Йешек в действительности рассматривает вину не как осуществление умысла, а как умысел, проявленный во внешнем поведении, предусмотренном уголовным законом, и на это чуть выше указывала сама Н. В. Лясс. Следует полагать, что она не считает принципиальным различие между этими двумя моментами.

Обобщая всё вышеуказанное в связи с последним утверждением Н. В. Лясс, необходимо условно заключить, что основное отличие теории вины Йешика от финальной модели вины она видит в том, что у Йешика вина основывается на проявленном во внешнем поведении умысле, тогда как финалисты для установления вины довольствуются наличием внешне непроявленного умысла. Что здесь можно заметить по существу?

Следующее: финалист Р. Буш в рамках суждения о виновности к сфере упречности относил только формирование умысла, а осуществление умысла вследствие этого оказывалось за пределами сферы упречности, что в следующей части настоящей монографии непременно будет подвергнуто соответствующей критике. Однако, с другой стороны, Р. Буш в результате этого отнюдь не развивает мысль о том, словно бы установление вины представляется возможным в условиях неопределённости осуществления умысла в общем.

Следует заметить, что при рассмотрении позиции Йешика о неосторожной вине Н. В. Лясс уже значительно преодолевает вышепредставленную противоречивость интерпретации его воззрений. Более того, в рассматриваемом случае она исследует указанную позицию Йешика в весьма оригинальном ракурсе и, что самое главное, предлагает теоретически актуально важные выводы.

Как указывает Н. В. Лясс, Йешек полагает, что с целью сокращения числа наказуемых деяний целесообразна депенализация преступлений по неосторожности. Вместе с тем Н. В. Лясс представляет позицию Йешика относительно полемики между теорией вины и теорией умысла, выделяя тот факт, что он по существу приверженец первого течения. Как уже отмечалось, в

рамках данной теории сознание противоправности рассматривается не как элемент умысла, а как элемент вины в целом и здесь в силу этого при отсутствии сознания противоправности умысел отнюдь не исключается. Иными словами, когда субъект владеет только возможностью сознания противоправности, согласно теории вины, он может осуществлять умышленное преступление. И если это так, то все ранее существовавшие неосторожные деликты безусловно подпадают таким образом под понятие умышленного преступления, к акцентированию чего и стремится Н. В. Лясс.

«Если противопоставить этому выводу (речь идёт о вышеуказанном выводе – автор) предложение Йешека об ограничении ответственности лишь умышленными преступлениями, – пишет Н. В. Лясс, – становится совершенно очевидно, что не может быть и речи о сокращении круга уголовно наказуемых деяний. Хотя объявляется о ненаказуемости неосторожности, но фактически за счёт расширения содержания понятия умысла она вновь относится к сфере наказуемых деяний. Более того, теория вины ведёт на практике к ужесточению уголовной ответственности, так как для умышленно совершённых преступлений закон во всех случаях применяет более строгие санкции»<sup>316</sup>. Согласно блестящему выводу Н. В. Лясс, требование Йешека о депенализации неосторожных преступлений реально ничего общего с ограничением уголовно-правовой репрессии не имеет, а служит именно цели ужесточения уголовно-правовой репрессии.

Здесь также следует принять во внимание и то обстоятельство, насколько может быть оправдано отрицание наказуемости неосторожных деликтов со стороны представителей нормативной теории на том фоне, что основоположники нормативизма необходимость отрицания психологической теории вины и, соответственно, формирования нормативизма обосновывали именно тем, что в рамках этой первой не достигалось соответствующее обоснование неосторожности (вышеупомянутый тезис нормативизма: неосторожность – не как психическое отношение, а всего лишь как «возможность психического отношения»).

Непосредственно с точки зрения взаимоотношения вины и сознания противоправности Н. В. Лясс значительно расширяет амплитуду анализа воззрений Йешека. В этом отношении нам бы хотелось, прежде всего, выделить её следующее мнение: «Йешек утверждает, что в большинстве случаев пре-

---

<sup>316</sup> Ibid., стр. 52-53.



ступник осознаёт противоправность своего поведения с точки зрения соответствия этого поведения правопорядку в целом. Йешек отмечает, что для наличия вины не может быть необходимым сознание признаков конкретного состава преступления. Таким образом, сознание противоправности не предполагает сознание признаков состава преступления или, другими словами, сознание формальной противоправности. Йешек неоднократно подчёркивает то, что такое понимание интеллектуального признака вины делает возможным верное понимание социальной сущности вины как упречности». <sup>317</sup> Исходя из этого, Н. В. Лясс заключает, что «материальная противоправность», которая, согласно Йешеку, составляет конститутивный признак вины, состоит в противоречии деяния со всей системой права, с правопорядком в целом. Она полагает, что таким образом не могут быть достигнуты формирование «истинно материального» понятия вины и установление содержания психического отношения субъекта к деянию.

Естественно, понимание противоправности в вышепредставленном виде никак не может способствовать надлежащему определению содержания вины, так как сознание (возможность сознания) противоправности рассматривается как неотъемлемый компонент содержания вины и если противоправность воспринимается как противоречие субъективного деяния с правовой системой в целом, в пределах сознания противоправности должно выясняться психологическое отношение субъекта к системе права в общем, а не к требованию конкретной нормы уголовного закона, что, в свою очередь, означает то, что уголовно-правовая вина может наличествовать и в условиях незауказанного уголовно-правового запрета.

С другой стороны, Йешек полагает, что сознание противоправности в том понимании, в каком сам же определяет, как правило, должно иметься у виновного, относительно чего Н. В. Лясс постулирует следующее замечание: «Эта презумпция сознания противоправности своего деяния ни на чём не основывается. Ни Йешек, ни другие представители нормативной теории не выработывали критерий, на основе которого было бы возможным определение наличия сознания противоправности на практике» <sup>318</sup>. Разумеется, данное замечание Н. В. Лясс совершенно справедливо, но в то же время это не следует понимать так, словно все представители нормативизма определяют

---

<sup>317</sup> Ibid., стр. 53-54.

<sup>318</sup> Ibid., стр. 54.

противоправность как противоречие субъективного деяния с правовой системой в целом и исходят из принципа презумпции сознания противоправности. Хотя здесь же следует отметить и то, что в современном нормативизме всё отчётливее вырисовывается тенденция, в соответствии с которой для конституирования сознания противоправности речь идёт уже не о противоречии собственного деяния только с системой права в общем, с правопорядком в целом, а о сознании его несоответствия нормам культуры!

В рамках анализа воззрений Йешека о корреляции вины и сознания противоправности Н. В. Лясс предлагает следующий заключительный вывод: «Таким образом, как уголовное законодательство, так и современные теории ФРГ при решении вопроса об основном признаке – сознании противоправности деяния – вины как упречности применяют критерии, устанавливающие чрезмерно широкие границы для судебного усмотрения»<sup>319</sup>. Безусловно, когда противоправность понимается как противоречие субъективного деяния с системой права и правопорядком в целом или тем более – с нормами культуры в общем и целом (а не как [собственно] уголовная противоправность) и наряду с этим прямо признаётся принцип презумпции сознания противоправности, пределы судебного усмотрения действительно подвергаются значительному расширению, что вряд ли может быть приемлемо, потому как чем просторнее пределы судебного усмотрения, тем выше степень вероятности того, что два разных субъекта при наличии идентичных объективных и субъективных данных могут караться неидентично, что обусловлено пестротой совершенно непредвзятых теоретических пристрастий судей.

**Австрийская догматика**      Вслед за плодотворной критикой представленного в немецком уголовном праве нормативизма Н. В. Лясс в том же контексте предлагает и критический анализ воззрений австрийских криминалистов. Она заостряет своё внимание на взглядах Т. Ритлера и Ф. Новаковского и затрагивает в основном полемику между ними как между представителями т. н. объективной (Ритлер) и субъективной (Новаковский) теорий.

Анализируя представленную Новаковским критику объективной теории, Н. В. Лясс пишет: «Новаковский указывает, что объективная теория видит сущность преступления в посягательстве на охраняемые в уголовно-правовом порядке объекты и ввиду этого основанием уголовной ответственнос-

---

<sup>319</sup> Ibidem.

ти считает уничтожение, повреждение или создание опасности повреждения охраняемого в правовом порядке добра. Вина, согласно этому, представляет собой лишь условие наказуемости за противоправность, вредность осуществлённого деяния»<sup>320</sup>.

Наряду с этим Н. В. Лясс там же приводит воззрение Новаковского о самой субъективной теории, согласно которому здесь основной акцент приходится на «моменты, характеризующие преступника в момент совершения преступления», вследствие чего «основным содержанием преступления представляется ошибочное поведение субъекта, направленное против охраняемых в уголовно-правовом порядке объектов». А в результате всего этого субъективная теория исходит из того, что сущность преступления заключается в вине.

Как видно из представленного у Новаковского общего анализа рассматриваемых теорий, объективная теория центральное место в системе преступления уделяет понятию противоправности, в противовес чему в субъективной теории исходным систематическим моментом предстаёт вина.

Н. В. Лясс с той же наглядностью анализирует воззрения Ритлера. В данном аспекте она в основном выделяет следующее: «Ритлер указывает, что важнейший признак преступления составляет волевое поведение человека, характерной для преступления основной особенностью считается то, что внутренняя воля субъекта осуществляется в деянии. Только субъективная воля как таковая уголовно-правовой заинтересованности не вызывает (...). По мнению Ритлера, основание наказуемости преступных деяний заключается в том, что осуществлённые субъектом деяния фактически причиняют (или по крайней мере могут причинить) физический или психический вред не только определённой личности, но и обществу в целом. Вред, причиняемый преступным деянием, он характеризует как «антисоциальный характер преступления»<sup>321</sup>. Отсюда Н. В. Лясс заключает, что по Ритлеру и представителям объективной теории в целом, сущность преступления выражается в том, что преступное деяние нарушает или создаёт опасность определённому общественному интересу, охраняемому уголовным законом.

Однако в таком случае выходит, что, согласно объективной теории, центральным элементом в системе преступления должна рассматриваться не

<sup>320</sup> Ibid., стр. 69-70.

<sup>321</sup> Ibid., стр. 71.

противоправность, а состав преступления, ибо значение нарушения или создания опасности охраняемому уголовным законом общественному интересу выясняется именно в пределах соответствия деяния составу преступления.

Вместе с тем Н. В. Лясс в связи с вышепредставленной позицией Ритлера не предлагает подобный вывод. Она проводит анализ в принципиально ином направлении. «Особенность позиции представителей объективной теории, – пишет Н. В. Лясс, – составляет то, что они сущность преступления и, соответственно, основание наказуемости видят не в опасности личности, а в опасности осуществлённого лицом деяния, являющегося вредным для определённого интереса, охраняемого в правовом порядке. Опасность деяния определяется степенью причинённого вреда. Таким образом, деяние, в котором нашла своё выражение преступная воля виновного лица, его вредность – это и является масштабом опасности и наказуемости преступления»<sup>322</sup>. Как указывает сама Н. В. Лясс, представители объективной теории выделяют эту позицию как удобную для обоснования уголовной ответственности за покушение и соучастие, так как, по их мнению, оперирование объективной опасностью деяния, его направленностью против охраняемого уголовным законом объекта делает возможным выявление истинной природы указанных понятий.

В отличие от этого, Новаковский полагает, что только в рамках субъективной теории может достигаться надлежащее обоснование рассматриваемых понятий. В отношении покушения на преступление Н. В. Лясс приводит его следующее мнение: «Новаковский считает, что только субъективная теория обеспечивает осуществление принципа справедливости и соответствия наказания преступлению. Основание наказуемости покушения, по его мнению вовсе не основывается на опасности деяния – не преступный результат, а преступный умысел создаёт основание наказуемости»<sup>323</sup>. Там же представлена позиция Новаковского о проблеме соучастия: «Новаковский отвергает объективный критерий размежевания исполнителя и соучастника, представленный Ритлером и другими представителями объективной теории. Исполнитель осуществляет действия, формирующие состав преступления, а

---

<sup>322</sup> Ibidem.

<sup>323</sup> Ibid., стр. 72.

соучастник осуществляет действия другого рода, которые оказываются вне пределов, описываемых в норме закона»<sup>324</sup>.

На наш взгляд, вышепредставленная дискуссия по поводу того, что должно конституировать уголовную ответственность – «преступный результат» или «преступный умысел», не может быть теоретически оправданной. Детерминация вреда или опасности для охраняемого в уголовно-правовом порядке добра не может быть наказуемым в уголовно-правовом отношении, если это не связано с противоправным психологическим поведением субъекта, равно как и противоправный умысел не в силах повлечь уголовную ответственность, если этот последний не может находиться ни в какой объективной связи с повреждением или подтверждением опасности охраняемого объекта. Следовательно, с точки зрения обоснования уголовной ответственности, можно говорить лишь об эквивалентности объективного и субъективного сторон.

На принципиальную неприемлемость рассматриваемых теорий указывает и Н. В. Лясс, только аргументация её конкретной позиции выглядит существенно иначе. Она исходит из особой неприемлемости субъективной школы: «(...) Противоречивость нормативной теории создаёт основание как для объективного, так и для субъективного направления в современном буржуазном уголовном праве. Представители последней теории руководствуются особо реакционными положениями и используют их для отрицания состава преступления в качестве основания ответственности (...). Основная цель этих теорий – обоснование судебного произвола (...)»<sup>325</sup>. Одновременно с этим Н. В. Лясс полагает, что самой реакционной теорией, представленной в нормативизме, является финализм. Согласно её же утверждению, финальное учение следует считать радикальным проявлением субъективного направления. Как указывает Н. В. Лясс, «у финалистов вина полностью лишается своего объективного характера». Что касается непосредственно позиции Новаковского, она считает, что последняя точка зрения лишена упомянутых крайностей, и указывает на её промежуточное положение между объективной и субъективной теориями.

Подобная критика нормативизма далека от основательности. Более того, здесь недостоверно излагается общий облик нормативной теории: в рам-

<sup>324</sup> Ibidem.

<sup>325</sup> Ibid., стр. 78.

ках представленной Н. В. Лясс точки зрения заключаем, что не все представители отвергают состав преступления в качестве генерального основания ответственности, а только приверженцы субъективной теории, что в действительности совершенно иначе.

Помимо этого, теоретически неоправдано утверждать, словно «у финалистов вина полностью лишается своего объективного характера». Вина однозначно относится к субъективной категории, и недопустимо говорить о её «объективном характере». Разумеется, мы прекрасно понимаем, что подразумевает Н. В. Лясс под «объективным характером» вины. Она имеет в виду материальную определённую вина, что реально ничего общего с «объективностью» вины иметь не может.

Другими словами, Н. В. Лясс рассуждает об оценочном как о субъективном, а об описательном – как об объективном, но вследствие этого получаем, что «объективный характер» вины должен определяться таким сугубо субъективным элементом, как психическое отношение.

Таким образом, если следовать воззрению Н. В. Лясс и описательное расценивать как объективное, а об оценочном рассуждать как о субъективном, следует отвергнуть традиционное понимание объективного и субъективного, в рамках которого объективное представлено как физическое (внешнее), а субъективное воспринимается как психическое (внутреннее), поскольку ситуация, в которой в условиях полярности объективного и субъективного один и тот же элемент порой предстаёт как объективный, порой же – как субъективный, не может способствовать ясности формально-логических взаимоотношений между уголовно-правовыми понятиями.

В то же время, Н. В. Лясс отнюдь не отстаивает до конца своё утверждение о том, что подход Новаковского лишён характерных для финализма крайностей и должен рассматриваться как промежуточное направление между объективной и финальной теориями. Наглядным примером этому служит её следующее мнение: «Хотя Новаковский в своём труде неоднократно подчёркивает то, что созданное им учение о вине основывается на принципах законности и правопорядка и что «о свободной оценке судьи не может быть и речи», на самом деле его концепция вины, так же как и финальная порицаемость, представляет собой субъективное определение сущности вины. Несмотря на всякие аргументы, вина, по Новаковскому, является оценочной категорией, зависящей от усмотрения судьи (...). Иначе говоря, в основе кон-

цепции Новаковского (так же, как это имеет место у финалистов) лежит раздробленность объективных и субъективных факторов деяния. Оценка субъективных признаков деяния, в частности психического отношения субъекта к деянию, оторвана от объективного основания ответственности – от совершённого деяния»<sup>326</sup>. Как видим, здесь уже упомянутая Н. В. Лясс умеренность субъективной теории Новаковского бесследно исчезает и его концепция рассматривается в одной плоскости с финализмом.

А для обоснования того, что у Новаковского имеет место разрыв теоретической связи между объективной и субъективной сторонами преступления, Н. В. Лясс указывает на представленную у него корреляцию вины и противоправности, поясняя, что здесь виновность лица и «фактически осуществлённое противоправное деяние» относятся к параллельным плоскостям. В этом плане она непосредственно представляет утверждение Новаковского, согласно которому «виновным может быть также правомерное поведение, совершённое в силу ошибки, так как вина целиком оказывается в сфере психической деятельности субъекта и не зависит от того, что дано в действительности и что имеет место в объективном мире».

На основе всего вышеуказанного Н. В. Лясс предлагает следующий вывод в отношении теории Новаковского: «(...) Разъединённость объективных и субъективных признаков деяния, обосновывание вины в отрыве от внешнего акта противоправного поведения, лишь на основе чего может научно и с учётом принципов законности устанавливаться психическое отношение лица к совершённому деянию – таковы основные положения концепции вины Новаковского»<sup>327</sup>. Относительно данного вывода нам, прежде всего, хотелось бы выделить то обстоятельство, что если для Н. В. Лясс значение наличия противоправности для наличия уголовно-правовой вины так очевидно, то в силу чего отстаивается двухпризная модель преступления, в которой совершенно неясно, как может наличие вины зависеть от наличия противоправности, а не наоборот, так как данная модель преступления структурирована таким образом, что понятие вины систематически предшествует понятию преступления?

Что касается непосредственно позиции Новаковского, следует заметить, что и здесь налицо весьма значительная противоречивость, хотя на сей раз уже не

<sup>326</sup> Ibid., стр. 79.

<sup>327</sup> Ibidem.

столько с точки зрения освещения данного подхода со стороны Н. В. Лясс, сколько в рамках самой рассматриваемой концепции, что наглядно выражается во взаимоотношении догматического и систематического аспектов вины. Трёхпризначная система преступления, которой Новаковский формально активно придерживается, не допускает речь о виновности деяния в условиях неопределённости его противоправного характера. Вина здесь – последняя систематическая ступень преступления, и её наличие должно опережаться абсолютной определённостью обоих других основных элементов преступления. В данной системе о конституирующих или исключаяющих вину обстоятельствах можно говорить лишь после того, как в совершенстве установлена вся неправда деяния. Эта система преступления состоит из трёх восходящих ступеней, а не из трёх параллельно расположенных в одной и той же плоскости взаимонезависимых элементов.

С учётом этого в основу критики теории вины Новаковского не может быть заложено утверждение, что он вообще разрывает теоретическую связь понятия вины с объективными элементами преступления. Речь здесь может быть всего лишь о том, что определение Новаковским догматического аспекта вины в вышеуказанном виде контрастирует с представленным у него же с систематическим понятием вины.

Одновременно, на наш взгляд, следует уделить больше внимания тому, почему недопустимо теоретически установление вины без установления противоправности.

Утверждая, что установление виновности деяния возможно без установления его противоправности означает, что допустимой признаётся речь о виновности правомерного деяния, что нашло своё прямое отображение и в вышеприведённом воззрении Новаковского. Виновность правомерного деяния, в свою очередь, означает, что субъект может быть юридически виновен в осуществлении юридически дозволенного деяния. Как видим, противоречие налицо. И такая аномалия является совершенно закономерным следствием рассматриваемой точки зрения.

Если же пытаться утверждать, что уголовное право может объявлять виновным и такое антиправовое отношение субъекта, которое выражается в правомерном, дозволенном уголовным законом поведении, получим, что уголовное право одинаково интересуется внутренним поведением субъекта вне зависимости от того, находится ли оно в какой-либо связи с его вред-



ным внешним поведением. Это непосредственно противоречит истинной природе уголовного права, его назначению, состоящему в том, что уголовное право призвано регулировать определённые межличностные отношения, а не абстрактные психические процессы, локализованные в самой психике субъекта. Может ли уголовное право охранять остальных субъектов от такого антиправового внутреннего поведения отдельных субъектов, которое внешне ни в каком вредном поведении не проявляется? Разумеется, нет. А если это так, то и внешне вредно непроявленное поведение не может считаться основой уголовно-правовой вины, т. е. уголовно-правовой упречности. Действительно, насколько допустимо, чтобы лицо упрекалось в уголовно-правовом отношении по поводу внешне непроявленного психологического поведения, если подобное поведение находится далеко за пределами уголовно-правового интереса, т. е. иррелевантно в уголовно-правовом отношении?

В связи с воззрением Новаковского наряду с вышесказанным необходимо учесть и то, что у него в качестве основания ответственности рассматривается не преступление, а вина. Как отмечает Н. В. Лясс выделение вины (генеральным) основанием ответственности характерно для субъективной теории преступления в общем и позиция Новаковского в этом аспекте не является исключением. Но несложно понять, о чём свидетельствует подобная позиция в связи с вышерассмотренным подходом Новаковского: если, с одной стороны, утверждаем, что для установления вины нет необходимости устанавливать противоправность, а с другой – признаём вину не просто необходимым, а достаточным основанием ответственности, выходит, что субъект в уголовно-правовом отношении может наказываться и за правомерное поведение!

В объективной теории преступления Н. В. Лясс, прежде всего, акцентирует то обстоятельство, что здесь вина рассматривается как признак субъективной стороны преступления, в то время как собственно Ритлер вину определяет как субъективную сторону конкретного деяния, т. е. фактически отождествляет понятия вины и субъективной стороны преступления.

Особое внимание уделяет Н. В. Лясс выделению Ритлером трёх основных признаков вины. Ритлер указывает на биологический, психологический и нормативный признаки вины.

В пределах первого признака вины выяснению подлежит вопрос о том, относится ли субъект, совершающий противоправное поведение, к кругу тех индивидов, в отношении которых применение уголовного наказания генерально допустимо. Как уточняет Н. В. Лясс, здесь имеется в виду достигнутость субъектом соответствующего возраста и его психическое здоровье. Помимо этого, Н. В. Лясс заостряет внимание на замечании Ритлера, согласно которому «спор о том, следует ли вменяемость рассматривать предпосылкой вины или её признаком, является лишь спором о терминах». Исходя из представленного Н. В. Лясс анализа, у Ритлера вменяемость, поскольку она – предпосылка вины, в то же время является и признаком вины.

Конечно же, Ритлер совершенно справедливо выделяет абсолютность момента вменяемости относительно вины, и в условиях современного уголовного права иной подход к данной проблеме и немыслим. Однако такая постановка вопроса, в соответствии с которой теоретически незначительно, конкретно какое место следует уделять вменяемости в систематике, на наш взгляд, не может быть приемлемой. Напротив, проблема определения конкретного систематического места вменяемости и конкретного взаимоотношения понятий вменяемости и вины теоретически чрезвычайно важна.

Утверждая иррелевантность того, где будет проявляться систематическое значение вменяемости – вне понятия вины в виде её предпосылки или в понятии самой вины в виде его элемента, напрашивается вывод, что также иррелевантно и то, предшествует ли констатация систематического значения вменяемости констатации систематического значения умысла (неосторожности), цели и других субъективных элементов, непосредственно входящих в понятие вины или в её сферу в общем. Это не может быть теоретически допустимо. Например, может ли с точки зрения виновности считаться актуальным установление умысла в таких условиях, когда известно, что субъект невменяем? Естественно, нет. И наоборот, свидетельствует ли с той же точки зрения определённость вменяемости об отсутствии необходимости установления уголовно-правового умысла? Вне сомнения, и этот вопрос однозначно заслуживает отрицательного ответа. Однако если от систематических координат вменяемости зависит то, нуждается ли в выяснении значение остальных элементов, относящихся к третьей систематической ступени, как это имеет место в случае, соответственно, каждого из последних элементов, то на чём может основываться утверждение, что вменяемость в

отличие от остальных указанных элементов не требует точного определения своих систематических координат? Совершенно очевидно, что единственной основой подобного утверждения Ритлера может быть только теоретическая неточность.

Более того, исходя из представленного нами выше анализа, важно не только то в общем, где систематически размещается вменяемость – в понятии вины или за его пределами, а в той же мере необходима и дальнейшая спецификация её систематической позиции, т. е. необходимо определение её точного систематического места где бы то ни было: в понятии вины или вне понятия вины.

Рассматривая психологический признак вины, Н. В. Лясс положительно выделяет позицию Ритлера и представителей объективной теории в целом, которые отрицательно оценивают попытку исключения психологического признака из понятия вины со стороны последователей субъективной теории преступления. В то же время Н. В. Лясс полагает, что Ритлер, как и другие представители объективной теории преступления, психологический признак вины наполняет не более чем чисто формальным содержанием. «По их мнению, – пишет Н. В. Лясс, – этот признак характеризует психическое отношение лица лишь к фактическим обстоятельствам деяния, предусмотренным в данном составе преступления. Рассматриваемое отношение должно включать в себя все признаки состава преступления, а поскольку состав подразумевает только признаки, характеризующие внешнюю сторону преступления, сознание субъекта должно включать объект и расположенные рядом с ним признаки – характер деяния, предусмотренный законом результат, указанные в законе способы совершения преступления, особенности места и времени, с которыми связано совершение преступления и другие конкретные признаки»<sup>328</sup>.

Наряду с этим Н. В. Лясс особо выделяет и то, что у Ритлера имеет место презумпция сознания противоправности в отношении субъекта, сознательно осуществляющего состав преступления. Следует заметить, что такой подход к проблеме характерен не только для Ритлера и других представителей объективной теории преступления, а для нормативистов в целом. Как показывалось нами выше, соответствие деяния составу преступления предствалено в нормативизме как основание для индицирования его противоправности и

---

<sup>328</sup> Ibid., стр. 75-76.

в силу этого же положения принято полагать, что лицо, осознающее соответствие своего деяния описанному в уголовном законе составу преступления в то же время, как правило, обладает и сознанием противоправности.

Согласно предложенному Н. В. Лясс выводу относительно вышепредставленной проблемы, у Ритлера психологический признак вины отождествляется с сознанием формальной противоправности. Заметим, что Н. В. Лясс на сей раз ограничивается лишь интерпретацией воззрения Ритлера и ничего отчётливо не отмечает о том, в чём конкретно выражается для неё неприемлемость данного соображения.

Характеризуя третий основной признак вины, Н. В. Лясс утверждает: «(...) Установление психического отношения лица к осуществлённому им деянию в виде умысла или неосторожности само по себе недостаточно для того, чтобы признать его виновным в совершении преступления. Для наличия вины необходима оценка того психического отношения субъекта, которое выражает порочность его волеобразования. Следовательно, нормативное понятие вины выражается в оценке психического отношения лица к собственному деянию с точки зрения возможности правомерного поведения, на основе чего может быть сделан вывод о порочности его волеобразования»<sup>329</sup>. Вместе с тем Н. В. Лясс концентрирует своё внимание также на вопросе о том, кто и на каком основании осуществляет рассматриваемую оценку, указывая вновь на Ритлера, согласно которому оценка деяния осуществляется судьёй в рамках закона или обычного права. Обычное право в уголовной доктрине, общая противоправность или несоответствие нормам культуры вместо уголовной противоправности и т. д. – это моменты с точки зрения научного обоснования принципа законности, которые свидетельствуют о значительной отсталости теперь уже западного уголовно-правового мышления от советского.

Исходя из всего вышеизложенного, Н. В. Лясс весьма содержательно характеризует нормативное понятие вины как в немецкой, так и в австрийской догматике, осмысляя его критически. Правда, несложно было усмотреть, что она в своих выводах являлась зачастую менее объективной и порой противоречивой, но не следует упускать из виду, что чрезмерная идеологизированность советской уголовно-правовой догматики не предоставляла возмож-

---

<sup>329</sup> Ibid., стр. 77.

ность непредубеждённого научного исследования нормативизма и формирования полноценного теоретического представления о нём.

## Г. ЯКОБС

### **Отрицание психологизма**

Как известно, Г. Якобс считается одним из ведущих догматиков современной теории немецкого уголовного права, наряду с К. Роксиним, воззрения которого мы рассмотрим в следующем параграфе – Роксин и Якобс являются основоположниками вторичного превентивного функционализма в современной уголовно-правовой доктрине. Как нам видится, исследование взглядов упомянутых криминалистов в рассматриваемом контексте особо актуально, так как нормативизм берёт своё начало именно в немецком уголовном праве и по существу здесь же находит своё развитие.

Якобс полагает, что сам факт формирования нормативной теории вследствие критики психологизма несомненно следует рассматривать как продукт прогрессивного развития уголовно-правовой мысли. Вместе с тем он предлагает краткий критический анализ психологической теории, пытаясь выделить не только негативные, но и позитивные моменты данной теории.

С точки зрения позитивности психологической теории вины, Якобс в основном отмечает следующее: «В системе преступления Листа, Белинга и Радбруха отграничение внешней стороны (неправды) от внутренней (вины) порождает (т. н.) психологическое понятие вины: психические факты внутренней стороны в понимании того времени – только умысел и неосторожность есть вина (...). Хотя подобный подход к проблеме является следствием натуралистической точки зрения, он также исходит из ориентированного на идею правового государства стремления отмежевать понятие вины от неточных оценок и совокупить её с безусловно устанавливаемыми данными»<sup>330</sup>. Броско: Якобс довольно оригинально рассматривает теоретические основы психологизма. Среди представителей нормативной школы уголовного права освещение психологической модели вины в таком ракурсе вряд ли можно встретить нередко. Что касается ненормативистских авторов, в частности советских криминалистов, у них вышепредставленный момент всегда состав-

---

<sup>330</sup> G. Jakobs, Strafrecht. Allg. Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2. Aufl., Berlin, New York, 1991, стр. 470-471.

лял главный аргумент выделения преимущества психологической теории вины относительно нормативизма.

Впрочем, в связи с упомянутой проблемой Якобс указывает следующее: «Несмотря на это, психологическое понятие вины в силу множества причин всё-таки не выдерживает серьёзной критики. Прежде всего, оно не содержит никакого указания на то, какие психические (и почему вообще психические?) факты (...) должны быть релевантны с точки зрения вины; таким образом не может обосновываться и релевантность умысла и неосторожности (почему, например, не только намерение [Absicht]?) (...). Радбрух (...) старается преодолеть этот недостаток, когда он хотя сводит умысел и неосторожность к психическим факторам (знание и непредусмотрительность), но рассматривает их в качестве основания для индицирования антисоциального отношения; и здесь также непонятно как то, в силу чего следует руководствоваться вместо определённого феномена основанием индицирования этого феномена, так и то, почему не может и отсутствие психического данного рассматриваться как основание для индицирования, и также то, почему должна идти речь только о психических фактах»<sup>331</sup>. Не должно быть спорным, что позиция Якобса в рамках анализа психологизма отличается оригинальностью с точки зрения освещения не только позитивных, но и негативных аспектов этой теории. В его последнем воззрении отчётливо представлены сложности формально-логического обоснования психологической модели вины, которые с убедительностью можно назвать непреодолимыми.

То же самое касается непосредственно и представленной Якобсом критики позиции Радбруха. Действительно, если, с одной стороны, понятие вины существенно отождествляется с понятиями умысла и неосторожности, а с другой – речь идёт об умысле и неосторожности как об основаниях индицирования антисоциального отношения субъекта, выходит, что и сама вина должна рассматриваться как основание для индицирования антисоциального отношения. Однако логически уголовно-правовая вина никогда не может быть основанием для индицирования рассматриваемого момента, а, наоборот, именно антисоциальное отношение (чисто логически) может лежать в основе понятия вины, и в таком случае это первое уже само должно служить основанием для индицирования этой последней. Как видим, старания

---

<sup>331</sup> Ibid., стр. 471.

Радбруха преодолеть формально-логическую противоречивость психологической модели вины тем более углубляют данную противоречивость.

Анализируя процесс становления нормативизма, Якобс считает, что возникновение нормативной теории вины в результате опровержения психологизма являлось вполне закономерным следствием развития уголовно-правовой мысли.

Как указывает Якобс, ахиллесовой пятой психологического понятия вины являлось то, что данное понятие было совершенно непригодным в таких случаях, когда уголовный закон, несмотря на наличие умысла и неосторожности, исключал вину. Отсюда Якобс заключает, что по представленной в психологической теории логике «противоправное невиновное деяние» вообще должно было считаться ирреальным термином. Однако упрекать серьёз конструкторов иерархической трёхпризначной системы преступления в исключении «противоправного невиновного деяния» – не более чем серьёзная спекуляция.

**Нормативизм Франка** С учётом всего вышеизложенного вполне понятно, что Якобс считает справедливым и франкскую критику психологизма, но в то же время он весьма сдержан в своих оценках по поводу сформированного Франком на основе этой критики нормативного понятия вины.

Якобс следующим образом трактует общий облик ранненормативного понятия вины: «По Франку, умысел и неосторожность лишь отчасти должны наполнять содержание вины; вина должна рассматриваться как упречность субъективного поведения (...), причём данная упречность первоначально опять делится на – отчасти стандартизированные – факты: «нормальное умственное состояние» в сумме с «психическим отношением» и также с «нормальным состоянием обстоятельств, при которых действует субъект»<sup>332</sup>. Презентация Франком вины в таком виде в общем признаётся как радикальное преобразование понятия вины в уголовном праве. Хотя одновременно с этим нередко также случаи выделения того, что Франк таким образом не до конца смог преодолеть психологическую теорию. Что же касается непосредственно оценки Якобса, следует заметить, что он и здесь предлагает не менее оригинальную позицию, состоящую в основном в следующем: «Это (т. н.) нор-

<sup>332</sup> Ibid., стр. 471-472.



мативное понятие вины в своём изначальном виде – не что иное, как формальное расширение сформированного уже Радбрухом взаимоотношения между фактом и отрицательной правовой оценкой (Радбрух: антисоциальное отношение; Франк: упречность), только Франк не ограничивается понятиями умысла и неосторожности. А сама упречность остаётся собирательным понятием без собственной функции»<sup>333</sup>. Как видно из этого воззрения Якобса, он вовсе не считает заслугой Франка внесение в понятие вины оценочного момента, а единственной его заслугой рассматривает то, что он не ограничивает содержание объекта оценки только умыслом и неосторожностью.

С другой стороны, как там же наглядно видно, Якобс не до конца представляет теорию Франка и в этом отношении в качестве объекта позитивного акцентирования. По его мнению, упречность как совокупность вышепредставленных трёх элементов является лишь функционально неопределённым собирательным понятием. Немудрено заметить, что и тут имеем дело с представленной Якобсом очередной оригинальностью. Главное основание критики теории Франка обычно составляла функциональность сформированного им понятия вины, т. е. то, что франкское понятие вины охватывало только определённую функцию вины (упречность как основание реакции – упрёка), тогда как указывалось на материальную неопределённость данного определения. У Якобса же всё это наоборот. Согласно ему, главное основание критики создаёт уже не материальный, а именно функциональный аспект франкского понятия вины. Причина этого становится ясна лишь из перспективы т. н. функционального понятия вины самого Якобса, которое мы ниже непременно затронем.

**Телеологическая система**      «Это (неопределённость функции вины – автор), – развивает свою мысль Якобс, – меняется только заодно с попытками определения понятия вины как основания наказания. Так, например, Хеглер, усердствуя перестроить данное понятие в пригодное, в отношении вины требует выяснения того, «владел» ли субъект своим деянием, в частности (...) деянием по его юридически релевантным качествам. Данное «владение» собственным деянием (...) рассматривается как необходимая предпосылка наказания, так как социально-этически применение наказания может быть оправдано лишь в отношении того, кто, исходя из сво-

<sup>333</sup> Ibid., стр. 472.

его деяния, может упрекаться, а упрёк может адресоваться только тому, кто абсолютно «владел» своим общественно вредным поведением»<sup>334</sup>. Очевидно, что здесь речь идёт о концепции т. н. конституирующей наказание вины, рассмотренной нами выше. А в актуальном в данном случае контексте можно отметить, что в результате этой концепции имеет место не просто выделение теоретического значения функции вины, а гипертрофирование данного значения с точки зрения надлежащего восприятия теоретического значения других аспектов вины (например, того же вышеупомянутого материального аспекта), что наглядно отображается в представлении сущности вины как практически формального приложения к её функции в рамках рассматриваемой теории. Таким образом, в отношении представленного Якобсом подхода можно заключить, что реально в таком случае налицо субституция одной экстремы противоположной экстремой.

Продолжая анализ указанной концепции Хеглера, Якобс отмечает: «Нормативным является упрёк, а фактическими – предпосылки упрёка, но первичным значением отличается не это, а адаптация предпосылок к требованиям упрёка: в этом состоит – ошибочно представленный в виде «психологически-нормативного» – переход от классификаторской системы (...) к телеологической»<sup>335</sup>.

Нам бы хотелось приступить к анализу этой позиции Якобса с рассмотрения именно представленного в ней вступительного утверждения, которое у него в этом случае не акцентируется. В силу того что, с одной стороны, упрёк рассматривается как нормативный (оценочный), а предпосылки упрёка – как фактические (дескриптивные), а с другой – вина представлена как совокупность обоих моментов, выходит, что вина здесь в конечном счёте не выступает в качестве понятия ни исключительно нормативного (оценочного), ни исключительно фактического (дескриптивного) характера, а предстаёт нормативно-фактическим (соответственно, оценочно-дескриптивным) понятием. Когда психическое отношение лица к собственному вредному деянию и его вредным последствиям характеризуется как психологическое или дескриптивное (фактическое) понятие, в этом не может быть ничего загадочного. Также не может быть ничего неуловимого в том, чтобы основанное только на оценочном моменте понятие вины, полученное вследствие отрицания финалиста-

---

<sup>334</sup> Ibidem.

<sup>335</sup> Ibidem.

ми комплексного понятия вины, рассматривать как нормативное. Однако когда в понятии вины одновременно представлены оценочные и дескриптивные моменты, оно логически может и должно пониматься как нормативно-психологическое, а не только как нормативное понятие. Исходя из этого, понятие вины, одновременно охватывающее оценку и объект оценки лишь условно может восприниматься как нормативное понятие вины. Такова проблема в её идеальном виде, за рамки которого суждение Якобса не выходит.

В реальности же всё, конечно, зависит от перспективы и акцентов, которые, например, позволяют отличить психо-нормативную теорию вины Т. В. Церетели от той же нормативной модели вины Франка, а финальную модель рассматривать уже не как просто нормативную, а как нормативистскую модель вины. Тогда как всё это может быть разборчиво и логически последовательно, выделенный аспект суждения Якобса застревает между небом и землёй.

Что касается очередного его утверждения о переходе от «классификаторских» систем к «телеологическим», следует заметить, что в рамках своей секундарной общепревентивной теории (как наказания, так и вины) он, прежде всего, неверно понимает саму суть уголовно-правовой телеологии, в соответствии с которой *не наказание должно предотвращать рецидив (post factum), а наказуемость – преступление (ante factum)*. В то же время в уголовном праве существуют исключаящие наказание обстоятельства, на чём и ломается карандаш псевдотелеологических концепций.

Внимание Якобса в рамках того же анализа воззрений нормативистов привлекает позиция Дж. Гольдшмидта, для которого приоритетным является выявление догматической специфики исключаящих вину обстоятельств. По его утверждению, для нормативной определённости вины недостаточна переориентация умысла и неосторожности на результативную противоправность, ибо и это субъективное отношение было бы «психологическим» и при исключении вины оставалось бы неизменно представленной. Как на это указывает опять Якобс, наряду с умыслом и неосторожностью как психическими фактами Гольдшмидт пытается представить противоречие обязанности как нормативный элемент, определяемый в виде нарушения «обязывающей нормы» и нейтрализуемый в случае исключения вины наподобие контекста исключения противоправности. Состояние исключения вины у Гольдшмидта представлено как состояние, в котором от субъекта не может ожидать

(zumuten) управление собственным поведением в соответствии с «обязывающим мотивом» (Pflichtmotiv).

В отношении конструкции Гольдшмидта из всего вышеизложенного Якобс заключает: «Тем самым Гольдшмидт формирует телеологический принцип исключаящих вину обстоятельств, который без строгой связи с позитивным правом отличается немаловажной трансформативностью: неожиданность (Unzumutbarkeit) правомерного поведения в разнообразных отдельных ситуациях убедительно обосновывается – таким образом, чтобы не была в общем терпимой»<sup>336</sup>. На наш взгляд, такая тенденция однозначно должна признаваться позитивной. Следует заметить и то, что данная тенденция могла быть намечена лишь в результате верного понимания уголовно-правового понятия обязанности и адекватного определения его систематической принадлежности.

Как известно, и поныне существует множество таких уголовно-правовых течений, в рамках которых при наличии неизбежной ошибки, невменяемости и иных экскульпирующих обстоятельств уголовно-правовая обязанность считается нарушенной, но подобное нарушение обязанности признаётся уважительным, что и влечёт за собой исключение вины. А из этого следует, что субъект «обязан», невзирая на то, что «не может». Разумеется, в современном уголовном праве такая корреляция обязанности и возможности категорически неприемлема, о чём мы выше уже упоминали. Однако если полагать, что субъект только тогда может быть обязан осуществлять или не осуществлять определённое поведение, когда он в силе, то получим, что в вышеуказанной обстановке вина исключается не ввиду того, что нарушение обязанности имело место в силу уважительной причины, а ввиду того, что в данной обстановке он вовсе и не нарушал никакой обязанности. И для развития именно такого подхода достаточно пространства в представленном Якобсом последнем выводе в связи с концепцией Гольдшмидта.

**Теория разумности** В значительной связи с последним воззрением Гольдшмидта находится учение Б. Фройденталья о т. н. индивидуальной ожидаемости (individuelle Zumutbarkeitslehre), именуемое нами теорией разумности и предстающее у Якобса в качестве предмета острой критики. Как отмечает Якобс, Фройденталь отрицает наличие вины, когда сопровождающие деяние обстоятельства такого рода, что степень способ-

<sup>336</sup> Ibid., стр. 472-473.

ности сопротивления преступлению так низка, что обычно ни от кого не может требоваться его несовершенство. По поводу этого Якобс замечает: «Эта концепция вины – которая практически осталась незначительной – неосуществима; дело в том, что если вина должна исключаться из-за сопровождающих обстоятельств, то генезис конфликта от субъекта должен переместиться на сопровождающие обстоятельства и достижима ли там его обработка, зависит не только от способности сопротивления субъекта, а также от изменчивости сопровождающих обстоятельств»<sup>337</sup>. С целью иллюстрации своего мнения Якобс приводит пример, согласно которому субъект для предотвращения ожидаемого банкротства с основательным ожиданием перелома путём подделки осуществляет кредитную операцию. По утверждению Якобса, исключение вины здесь недопустимо, так как, по его же мнению, правовое признание элементарной необходимостью неплатёжеспособности существенно лишило бы значительной части правопорядка, в частности по меньшей мере деликтов собственности и имущественных деликтов (Eigentums- und Vermögensdelikte) уголовно-правовой гарантии.

На наш взгляд, сложно не согласиться с Якобсом, когда он в сконструированном им казусе решительно отвергает возможность исключения вины. Тем не менее достоин особого внимания сам принцип, предлагаемый Фройденталем в рамках своей теории, который слишком узко интерпретируется на примере того же анализа Якобса. Если существует обоснованное предположение того, что конкретный субъект ввиду своих конкретных способностей и/или возможностей в той или иной ситуации неизбежно осуществит преступление, можно и нужно ли ему угрожать наказанием?

Нам бы хотелось выделить следующие три момента в пользу принципа Фройденталю:

Во-первых, теория Фройденталю включает в себя трагическую коллизию или, как её иначе принято называть, исключаящую вину крайнюю необходимость, не признаваемую, например, в грузинском уголовном законодательстве (иначе в теории на примере взглядов О. К. Гамкрелидзе или М. К. Турава; что касается классической теории, Т. В. Церетели в своё время полагала, что приоритизация инстинкта самосохранения противоречила социалистической морали), но признаваемую в немецком уголовном законодательстве. Не

---

<sup>337</sup> Ibid., стр. 473.

следует забывать, смотря реальности в глаза, что здесь речь идёт о спасении части обречённых.

Во-вторых, концепция Фройденталя прямо отображает один из основополагающих правовых принципов в виде *frustra ferentur leges nisi subditis et obedientibus* (бесполезно издавать законы, если им не покоряются и не подчиняются).

И, наконец, в-третьих, здесь речь не только об ожидаемости как таковой. Может ли уголовное право требовать что-либо генерально в подобной ситуации? Право, в том числе уголовное, черпает свою легитимность из правовой этики, из перспективы которой не представляется возможным упрекать мать в спасении собственного ребёнка из двух каузально обречённых лиц.

С учётом всего вышеуказанного вряд ли можно утверждать, что концепция Фройденталя лишена всякой основательности, как это полагает Якобс.

В рамках критического анализа рассматриваемой теории Якобс затрагивает и соответствующую теорию Э. Шмидта, характеризуемую им как в виде теории генерализированной ожидаемости.

Согласно последней теории, вина определяется как «асоциальное отношение» субъекта. Как это трактуется у Якобса, предпосылку установления данного отношения составляет то, что делинквент должен был обладать возможностью сознания социальной вредности своего поведения и что от него, с нормативной точки зрения, вместо фактически осуществлённого противоправного деяния, может ожидаться правомерное поведение. Как к тому же отмечает Якобс, данная ожидаемость должна определяться в соответствии с возможностями «гражданина среднего типа», наряду с чем существенное значение придаётся и учёту психофизических качеств конкретного субъекта. Типизированные законом исключаящие вину обстоятельства в данной теории рассматриваются как случаи презюмированной неожиданности, что, хотя в исключительных случаях, комплементируется общей неожиданностью (так вновь Якобс).

И здесь Якобс не менее строг в своих оценках, опираясь на ту же аргументацию, что и в рамках критического анализа теории Фройденталя. В данном контексте он предлагает следующую точку зрения: «(...) Тут также становится необходимо акцентировать приведённые против позиции Фройденталя моменты: юридически релевантные возможности «гражданина среднего типа» должны устанавливаться не просто психологизированно, а должны

определяться также и тем, возможно ли урегулирование социального конфликта (противоправного деяния) без вменения. Помимо этого, вышепредставленный материальный состав вины – асоциальное отношение находит своё проявление и в сферах невиновности: отношение осуществляющего противоправное поведение душевнобольного субъекта также асоциально»<sup>338</sup>.

Мы остановим наше внимание на последнем замечании, а именно на том, что определение вины в качестве асоциального отношения теоретически недопустимо. На наш взгляд, критика такого подхода к понятию вины должна производиться в принципиально ином направлении.

Что означает «асоциальное отношение» – то, что субъект настроен против требования уголовно-правовой нормы? В таком случае речь должна идти собственно об антиуголовно-правовом отношении субъекта или вполне допустимо также исходить из антиправового отношения в общем, так как антиуголовно-правовое всегда означает антиправовое, чего нельзя сказать о взаимоотношении антиуголовно-правового и антисоциального.

Вместе с тем обоснование понятия «асоциальное отношение» теоретически вообще невозможно в силу указанной нами выше разноречивости социальных нормативных систем. Действительно, как может быть допустима речь о асоциальности отношения субъекта, дезавуирующего норму уголовного права, если он действовал в соответствии с требованиями, скажем, моральной нормы?

Вернёмся, однако, к анализу Якобса. Прежде всего, он здесь не менее критичен в отношении воззрений Э. Мецгера.

По утверждению Якобса, Мецгер, также признавая неожиданность исключаящим вину общим обстоятельством, основной акцент переносит на корреляцию фактического содержания (*Sachverhalt*) и его оценки – у него вина представлена как совокупность предпосылок наказания, касающихся личности действующего субъекта, т. е. как материальные показатели, которые, как правило, носят психологический характер (так Якобс). Наряду с этим вина должна включать и оценочное суждение об этих материальных показателях. Однако у Мецгера в понятии вины вопрос о соотношении фактического содержания и оценки решается в пользу этого первого, как указывает Якобс, ссылаясь на следующее суждение Мецгера: «Вина есть (...) не толь-

---

<sup>338</sup> Ibidem.

ко вина – фактическое содержание, а вина – это фактическое содержание как вина – предмет упрёка».

Якобс предлагает следующий критический анализ указанного воззрения Мецгера: «С фактическим содержанием, подчинённым этой оценке, как с виной, если вину в то же время понимать как «упречность», вряд ли может корреспондировать утверждение Мецгера о том, словно вина преимущественно основывается на оценочном суждении. Противоречие может быть преодолено только дифференциацией разновидных применений понятия вины. Виной может называться то, что подлежит отрицательной оценке (подобно тому как противоправность означает, что осуществление состава преступления без оправдывающего обстоятельства должно оцениваться отрицательно); это касается вины как упречности. Однако виной может называться также и негативно оценённое в силу оценки (подобно тому как осуществление состава преступления без оправдывающего обстоятельства является неправдой)»<sup>339</sup>.

Исходным, однако, следует считать то, как определяет сам Мецгер своё отношение к соотношению нормативного и психологического моментов в понятии вины. Как отмечалось и нами выше, психические факты здесь по определению уступают нормативности. В то же время нельзя не согласиться с Якобсом в том, что Мецгер не вполне последователен в развитии своего воззрения.

**Финализм** Согласно Якобсу, «проблематичное отношение между виной и предотвратимостью (умысел и неосторожность) должно решаться в соответствии с намеченным в финальной теории подходом таким образом, что умысел и неосторожность являются объектами оценки, тогда как в случае вины речь должна идти только об оценке объектов»<sup>340</sup>. Прежде всего, указанный подход был намечен не в финализме, а до финализма, Доной. В силу этого элиминация объектов оценки из понятия вины ещё не есть финализм. О чём Якобс?

С другой стороны, он полагает, что представленная в финальной теории модель преступления не предоставляет возможность для удовлетворительного решения целого ряда проблем. Причину этого боннский криминалист видит отнюдь не в традиционном скептицизме в отношении финализма, согласно которому здесь вина, охватывая лишь оценочный аспект, сводится к оценочному суждению в психике судьи. «В данном случае, – отмечает

<sup>339</sup> Ibid., стр. 474.

<sup>340</sup> Ibidem.



Якобс в отношении указанной традиционной критики, – налицо неразграниченность идеального суждения, которое ни в какой психике не наличествует, и факта осуществления суждения. Так же как неправда не считается неправдой, когда имеет место её оценка таковой, а её возникновение возможно только посредством осуществления противоправного поведения, и вина независима от психического факта осуществления суждения»<sup>341</sup>. На наш взгляд, опровержение данного аспекта традиционной критики финализма нельзя считать неубедительным. Он пытается акцентировать, что у финалистов вина, правда, является всего лишь оценочным суждением, но данное суждение не оторвано от объекта оценки.

Как было показано выше, этому принципиально противоречит предложенный Н. В. Лясс анализ финальной теории, в рамках которого финальная модель вины была представлена как оценочное суждение, совершенно оторванное от объекта оценки, прямым выражением чего являлось утверждение Н. В. Лясс относительно того, что вина как чисто оценочное суждение создавала широкие возможности для злоупотребления правосудием.

Разделяя мнение Якобса, следует заметить, что подобная критика финализма отнюдь не соответствует действительности, так как сам факт отнесения объекта оценки к составу преступления не может иметь ничего общего не только с разрывом, но и с каким бы то ни было ослаблением существующего взаимоотношения между объектом оценки и самой оценкой. Иными словами, на интенсивность корреляции данных компонентов никак не влияет смена сферы проявления этой корреляции. В аналогичной призме развивает своё вышепредставленное мнение и Якобс: «В корне ошибочно столь распространённое утверждение против финализма, словно сведение понятия вины до оценочного суждения лишает данное понятие сущности, «опустошает» её (...). Если неправда совершенно является предметом оценочного суждения о вине, перестановка из вины в неправду признака деликта не может вызвать «пустоту» вины. В силу этого отнесение умысла и неосторожности к неправде ничем не вредит понятию вины. Во всяком случае, вполне допустимо называть виной не только оценочность, но наряду с оценочностью также и предмет оценки, так, чтобы вовсе не имело место объединение этих двух аспектов»<sup>342</sup>.

---

<sup>341</sup> Ibidem.

<sup>342</sup> Ibid., стр. 475.

Отрицательную сторону финализма Якобс видит в существенно другом обстоятельстве. По его мнению, уязвимость представленной в финальной теории системы преступления обусловлена тем, что финалистам не удаётся определить точно место (виртуального) сознания неправды. В то же время Якобс заостряет внимание на том аргументе финалистов, что содержание упрёка формируется только умыслом (или неосторожностью), в отличие от чего (виртуальное) знание неправды представлено лишь как причина, на основании которой субъект может упрекаться в противоправном умысле.

Согласно финалистам, поскольку субъект мог осознать противоправный характер своего поведения и вследствие этого воздержаться от его осуществления, именно в силу этого и представляется возможным упрекать его, откуда те же финалисты делают вывод, что знание неправды должно составлять элемент упречности, а не умысла.

Об этом Якобс отмечает: «Подобная дифференциация между предметом и причиной упрёка всё-таки не решает проблему определения места субъективного отношения к неправде: к умыслу оно не относится и самой упречностью, т. е. виной не является (...). В любом случае неизбежно формирование состава вины, в котором объединялись бы предпосылки оценочного суждения о вине: наряду с противоправным деянием (с наличествующими в нём моментами умысла и неосторожности) также только-субъективные объекты оценки, помимо этого, субъективные признаки вины, прежде всего, (виртуальное) сознание неправды. Если бы из-за учения о неправде умысел и неосторожность не относились к неправде (и, следовательно, посредством неправды к вине), было бы легко достижимо их размещение непосредственно в составе вины»<sup>343</sup>. Таким образом, Якобс приходит к выводу, что вопрос об определении систематического места виртуального сознания неправды решается неадекватно не только в финальном учении, но и в современном уголовном праве в целом и для надлежащего решения вопроса считает необходимым формирование понятия состава вины, которое включало бы все вышеупомянутые элементы. Однако в виде самого понятия состава вины Якобс скицирует то, что задолго до него уже сконструировал Галлас, и мы об этом выше упоминали, причём сходство здесь далеко не только номинальное.

---

<sup>343</sup> Ibidem.

С другой стороны, как видно из вышецитированного воззрения Якобса, сама оценка здесь оказывается за рамками состава вины. Следует заметить, что Якобс ничего не указывает о точном местоположении состава вины, и, следовательно, остаётся неясной конкретная сфера взаимоотношения между составом вины и суждением о виновности. Если исходить из того, что вина является чисто оценочным суждением, то состав вины как понятие, включающее предпосылки оценки, не может располагаться в пределах понятия вины, а должно его систематически опережать. Если же допустить в понятии вины наличие как оценки, так и предпосылок оценки, отсюда результирует двухступенчатая система вины, где наряду с оценкой будет представлен и состав вины. Однако в конечном итоге истинная природа понятия состава вины становится вообще таинственной, если учитывать то, что Якобс в нём, как утверждает сам, интегрирует не только признаки самой вины!

Исходя из всего вышеизложенного, у Якобса, в отличие от Н. В. Лясс, критика нормативизма направлена не на устранение данной концепции, а на её совершенствование и поиск путей её активного развития. Что наиболее важно, мы выше наглядно увидели и то, что Якобс в рамках критического анализа нормативизма как нельзя более оригинально пытается решать целый ряд актуальных проблем в данном аспекте, что в равной степени касается как формирования, так и процесса развития нормативизма.

## К. РОКСИН

### Нормативное понятие «ответственности»

Прежде чем рассмотрим представленный К. Роксин критический анализ отдельных направлений нормативной теории вины, необходимо затронуть и ту общую критику нормативизма, на основе которой он формирует своё т. н. нормативное понятие ответственности.

«Нормативное понятие вины, – отмечает Роксин, – настолько оправдано и означает большой сдвиг относительно психологического понятия вины, насколько в нём чётко познаётся, что при смежной с неправдой категорией деликта дело касается иной оценки осуществления деяния в сравнении с противоправностью, а не только обнажённых психических показателей. Однако понятие упречности, поскольку оно ориентировано только на вину, лишь несовершенно включает актуальный здесь вид оценки. Оценка должна касаться не только того вопроса, может ли субъекту адресоваться упрёк (виновности), а оценка в данном случае является суждением относительно того, может ли субъект за своё поведение привлекаться к уголовной ответственности»<sup>344</sup>. Отсюда К. Роксин заключает, что упречность представляет собой необходимое, но не достаточное условие ответственности, что должно восполняться *превентивной необходимостью санкции* (*präventive Sanktionsnotwendigkeit*). В качестве иллюстрации он приводит пример эксцесса обороны, при котором лицо может действовать виновно, т. е. упречно, но не наказываться в уголовно-правовом порядке, так как при астенических аффектах законодатель считает нецелесообразным наказывать за превышение пределов необходимой обороны.

Исходя из всего вышеотмеченного, Роксин делает вывод, что нормативное понятие вины подлежит дальнейшему развитию, а именно перевоплощению в т. н. *нормативное понятие ответственности*.

Какие теоретические последствия связаны с данной точкой зрения? Прежде всего, следует выделить то обстоятельство, что представленная Роксин «превентивная необходимость санкции», в отличие от вины, является элементом вне понятия преступления, и если исходить из того, что и данно-

---

<sup>344</sup> C. Roxin, Strafrecht. Allg. Teil, Bd. I, München, 1992, стр. 540.

му элементу с точки зрения конституции ответственности должно придаваться то же значение, что и вине, получим отрицание преступления как общего основания уголовно-правовой ответственности.

Разумеется, с точки зрения конституции уголовно-правовой ответственности, «превентивная необходимость санкции» не может игнорироваться. Однако и тогда, если полагать, что в обход «превентивной необходимости санкции» уголовная ответственность не может наступить, это отнюдь не указывает на то, что в силу этого данное обстоятельство можно объявит основанием ответственности. В связи с этим главным образом следует заметить то, что ошибочно непосредственно то утверждение Роксина, согласно которому у него «превентивная необходимость санкции» рассматривается таким же условием ответственности, как вина. Ошибочность данного положения, во-первых, состоит в том, что то, что рассматривается как условие ответственности, в то же время не может считаться основанием ответственности, а основанием ответственности может признаваться только то, что может рассматриваться как причина ответственности. Во-вторых, в отличие от представленного Роксиным воззрения, вина является не условием ответственности, а её причиной. Что касается «превентивной необходимости санкции», она (чисто логически) может приниматься за условие ответственности (хотя и это теоретически отнюдь не бесспорно). Однако именно в силу этого момента она уже не может быть основанием ответственности наряду с виной и преступлением. Иными словами, субъект создаёт причину ответственности своим виновным, т. е. преступным деянием, а если полагать, что он не может наказываться без «превентивной необходимости санкции», это указывает только на то, что «превентивная необходимость санкции» представляет собой возможность беспрепятственного действия причины ответственности, т. е. условие ответственности.

Следует отметить, исходный момент данной и подобных теорий составляет то, что в современном уголовном праве применение государственной репрессии не должно ограничиваться только принципом вины, а также должны существовать дополнительные гарантии охраны субъектов от данной репрессии. Конечно же, такой подход весьма заманчив и создаёт впечатляющую имитацию того, словно здесь мы имеем дело с прогрессивным развитием уголовно-правовой мысли. На самом же деле это вовсе не так, ибо в данном случае имеет место умаление истинного теоретического значения само-

го принципа вины. Акцентирование значения (вторичной) превенции достигается лишь за счёт ненадлежащего акцентирования принципа вины. Подобная тенденция в конечном итоге ведёт к криминально-политическому утилитаризму. Действительно, как иначе может называться поиск основания ответственности за пределами преступления?

К тому же «превентивная необходимость санкции» и интересы потерпевшего хотя и пересекаются в определённых точках, но не покрывают друг друга. А где нет потерпевшего, там нет и делинквента, т. е. делинквент карается за то, что существует потерпевший, добивать которого утилитаризмом санкции не следует. Открытым текстом: законодатель не вправе заигрывать юридически живыми интересами мертвеца или правовым состоянием изнасилованной. Пока современное уголовное право не вникнет в суть созданной нами позитивной виктимологии, можно с уверенностью прогнозировать, что подобные дистанцирования от интересов самого главного персонажа уголовного права – потерпевшего и впредь будут нередки.

Вернёмся к Роксину. Он значительное внимание уделяет также отношению проблемы корреляции оценки и объекта оценки к «понятию нормативной ответственности», отмечая, что мнение, словно элиминация умысла из вины и его интеграция с составом преступления превращает ответственность в чисто оценочное суждение, всецело нерасчётливо. Наряду с этим вину Роксин упоминает в кавычках, что излишне подтверждает, что он однозначно преобразовывает понятие вины в понятие ответственности.

А относительно ошибочности вышепредставленной позиции исходный момент своего утверждения он излагает следующим образом: «Так же как материальные показатели неправды и суждение о неправде следует различать друг от друга и «неправда» предстаёт в качестве предмета оценки наряду со своим предикатом оценки, следует различать между собой также материальные показатели ответственности и суждение об ответственности и «ответственное деяние» («verantwortliche Handlung») понимать как совокупность оценки и объекта оценки»<sup>345</sup>. Роксин различает два вида «материальных показателей ответственности» – «материальные показатели ответственности в узком смысле» и «материальные показатели ответственности в широком смысле».

---

<sup>345</sup> Ibidem.

В первом случае речь идёт о всех обстоятельствах за пределами неправды, которые необходимы для обоснования ответственности. Конкретно среди них Роксин упоминает «отчасти субъективные, отчасти же объективные» элементы, каковыми являются психическое состояние субъекта, актуальное или потенциальное сознание неправды и отсутствие исключających вину ситуаций (*exkulpierende Situationen*).

Под «материальными показателями ответственности» в широком понимании Роксин, помимо вышеуказанных обстоятельств, подразумевает также саму неправду (*das tatbestandliche Unrecht*), откуда заключает, что все элементы неправды одновременно являются косвенными, посредственными критериями «вины и ответственности».

Таким образом, как продолжает сам Роксин, вопрос о том, куда следует относить умысел – к составу преступления или к вине, предполагает своим предметом всего лишь констатацию того, должен ли он относиться к «материальным показателям ответственности» в широком или узком смысле.

Наряду со всем вышеуказанным Роксин пытается уточнить, что следует, как правило, понимать под понятием «ответственности» и в каком значении допустимо применение данного понятия в исключительных случаях. «Термин «ответственность», – отмечает он, – в строгом понимании, наподобие строгого значения упречности (или противоправности в отношении неправды), подразумевает только оценочный предикат, не сами материальные показатели, подлежащие оценке. Хотя (...) где этого требует соответствующий контекст, допустимо также в данное понятие внесение и материальных показателей ответственности, так, чтобы, «ответственность» тогда понимать как ответственное деяние»<sup>346</sup>.

Соответственно, в контексте проблемы корреляции оценки и объекта оценки из вышепредставленного воззрения Роксина можно сделать следующий вывод: с одной стороны, он не уточняет, куда конкретно следует относить умысел и вместе с ним неосторожность – к «материальным показателям ответственности» в широком или узком понимании, но, с другой стороны, в силу того что «материальные показатели ответственности», как правило, вообще не вносятся в понятие «ответственности», следует исходить из того, что у него ни умысел, ни неосторожность в понятии «ответственности» (т.

---

<sup>346</sup> Ibidem.

е. вины) не наличествует. Это прямо отображается и в первой части его заключительного утверждения, где «ответственность» представлена как чисто оценочная категория.

В рамках дальнейшего критического анализа нормативного понятия вины Роксин основной акцент переносит на функциональный характер вины как упречности, отмечая следующее: «Нормативное понятие вины указывает только на то, что виновное поведение должно быть упречным. Однако данное понятие отличается совершенно формальной природой и не предлагает никакого ответа на вопрос, от каких материальных предпосылок зависит упречность»<sup>347</sup>. Как нам видится, представленную Роксиним критику, с данной точки зрения, несомненно следует признать справедливой, так как недопустимо, чтобы общеправовое понятие вины включало в себя определённую лишь одного отдельного, т. е. функционального аспекта и ничего не указывало об остальных, не менее важных сторонах вины, в частности о его материальном аспекте.

Одновременно с этим необходимо выделить и то обстоятельство, что Роксин – отнюдь не единственный криминалист, «усматривающий» этот негативный момент нормативной теории вины. В аналогичном контексте развивает свои суждения не один другой криминалист, но в этот раз нам хотелось бы остановить наше внимание на позиции швейцарского криминалиста Х. Швейкерта.

Исследуя взаимоотношение вины и неправды, Швейкерт отмечает: «Уголовно-правовая формула «вина – это упречность», верность которой для нас вне сомнения, не составляет непосредственного основания для размежевания вины и неправды. Понятие упречности представляет собой функциональное понятие, ничего не свидетельствующее о том, что есть собственно вина. Основоположники нормативной теории вины более или менее пренебрегли материальной стороной вины и преимущественное внимание уделили роли вины в структуре преступления. Вина материально олицетворяет предосудительное отношение преступника (*verwerfliche Haltung*) к своему противоправному поведению. Это упречное отношение ведёт к упреку относительно самого субъекта преступления, вследствие чего сокращённо можно сказать, что вина – это упречность»<sup>348</sup>. Несмотря на то что для Швейкерта очевидна «фун-

<sup>347</sup> Ibid., стр. 541.

<sup>348</sup> H. Schweikert, *Wandlungen der Tatbestandslehre*, 1957, стр. 146.



кциональность» нормативного понятия вины, для него в этом нет ничего неприемлемого. Вместо того чтобы выделить надобность соналичия функционального и материального аспектов в понятии вины, Швейкерт стремится сепаратно определить вину сперва в функциональном, затем в материальном контексте.

Вместе с тем напрашивается вопрос, каково различие между психическим отношением и представленным Швейкертом «упречным отношением». Это легко познаётся из его следующего суждения: «Между упречным отношением действующего против социально-этических и уголовно-правовых императивов посредством умышленного посягательства на правовое добро и упречным отношением осуществляющего состав неправды настоящего деликта риска (*das echte Risikodelikt*), который не осознаёт опасность своего поведения, расположен целый ряд степеней вины. И здесь упречное отношение следует размежевать соответственно с умышленным, неосторожным и рискованным поведением, предстающими в качестве элементов неправды. Формы поведения своей предпосылкой упречное отношение преступника к преступлению не предполагают; они ещё ничего не указывают о вине (...)»<sup>349</sup>. Таким образом, у Швейкерта умысел, неосторожность и риск, в отличие от «упречного отношения», являются формами психического поведения, относящиеся к сфере неправды, а не вины. Исходя из этого, по Швейкерту, психическое отношение определяет не виновность деяния, а конституирует только неправду (точнее, соответствие составу преступления) и в силу этого с упречностью оно непосредственно ничего общего не имеет, что свидетельствует о том, что упречным может быть «субъективная позиция», но не психическое отношение.

В соответствии с последним выводом субъект должен упрекаться не в том, что он предвидел неизбежность наступления деликтных последствий или сознательно допускал возможность их наступления и т. д., а в том, что он своим поведением был отрицательно настроен в отношении нарушенного им императива социальной этики и уголовного права. Однако включает ли действительно такое отношение каждое деликтное деяние? Естественно, нет. Например, субъект, посягающий на достоинство другого субъекта, отнюдь не желает, чтобы своё собственное достоинство не было охраняемо в уголовно-правовом отношении, т. е. в отношении нарушенного императива как

---

<sup>349</sup> Ibid., стр. 147.

такового индивид обычно не может быть отрицательно настроен. На наш взгляд, это следует расценивать как вполне закономерное следствие воззрения Швейкerta, поскольку он, судя по его же суждению, стремился не к объективному анализу тенденциозности, выявленной в вине как в упречности, а к её формальной нейтрализации.

В отношении материальной неопределённости нормативного понятия вины гораздо дальше в своих выводах идёт Т. В. Церетели. «Потому как момент порицаемости не имеет никакого материального содержания и отличается совершенно формальной природой, – указывает Т. В. Церетели, – такое понятие вины может применяться для полного растоптания принципа виновной ответственности. И, воистину, из теории уже в практику прокралась мысль о том, что умысел и неосторожность необязательны для уголовной ответственности. Такой вывод уже сделал западногерманский Федеральный суд в отношении преступления, совершённого в состоянии алкогольного опьянения (§ 330 УК ФРГ): «Вместе с тем уже давно признано, что уголовно-правовая вина не выражается в психологическом элементе ни умысла и ни неосторожности, а добавляется как упречность к этим внутренним процессам. Такое понимание вины не исключает возможность порицать лицо за такой результат, который не охватывается ни умыслом, ни неосторожностью»<sup>350</sup>. Следовательно, согласно Т. В. Церетели, материальная неопределённость вины чревата отрицанием принципа вины и допущением объективного вменения.

Что касается вновь позиции Роксина о неопределённости материального аспекта в понятии вины, он указывает на то, что представители нормативной теории вины рассматриваемую проблему решают по-разному. В данном контексте предметом анализа у него выделяются несколько нормативных течений. Как будет показано ниже, данные течения у Роксина подвергаются довольно строгой критике.

**Вина  
как «возможность  
альтернативного  
поведения»**

Как известно, в соответствии с рассматриваемой концепцией в рамках суждения о виновности субъект упрекается в силу того, что он, несмотря на возможность правомерного, т. е. «иного» или «альтернативного» поведения, действовал противоправно. Роксин отмечает, что данный подход нашёл своё место и в судебной практике и в подтверждение это-

<sup>350</sup> თ. წერეთელი, თანამედროვე ბურჟუაზიულ კრიმინალისტიკა მოძღვრება ბრალზე, სტრ. 14.

му ссылается на одно из решений Федерального Верховного Суда ФРГ, согласно которому главное основание упрёка, конституирующего вину, состоит в том, что «индивиду имманентна присуща способность свободного самоопределения, и в силу этого он вполне может принимать противоречащее не правде и соответствующее требованиям права решение».

Относительно этого Роксин отмечает: «(...) Данная позиция, несмотря на её рутинно-теоретическую убедительность, не может надлежаще обосновываться. Ещё можно допустить то, что она основывается на недоказуемой предпосылке свободы воли, так как эта последняя в своих относительно узких границах, в которых она представлена сегодня её приверженцами, есть гипотеза, которой можно руководствоваться, поскольку и строгий детерминизм эмпирически недоказуем и вместе с тем практически неосуществим. Однако неприемлемость данного учения в основном связана с тем обстоятельством, что и в случае допущения свободы выбора возможность альтернативного действия субъекта в момент осуществления деяния не поддается научному установлению»<sup>351</sup>. Наряду с этим Роксин характеризует представленную П. Бокельманом критику как чрезмерную, когда этот последний указывает на абсолютную несостоятельность тезиса, в соответствии с которым свобода воли составляет критерий размежевания психически здоровых и психически больных. Хотя Роксин там же отмечает, что если в качестве предпосылок вины рассматривать эмпирические данные, принципиально не поддающиеся установлению, то принцип *in dubio pro reo* в каждом отдельном случае привёл бы к оправдательному приговору, т. е. определённое виной уголовное право стало бы невозможным.

Как указывает Роксин, представители рассматриваемой теории во избежание последнего замечания пытаются выделять в виде исходного момента возможность альтернативного действия не индивидуального субъекта, а «среднего типа субъекта», т. е. предметом основного акцентирования здесь выступает не то, конкретно какими психофизическими возможностями владел данный субъект в данной обстановке, а то, как должен был поступить в указанной обстановке «средний тип субъекта», относительно чего Роксин отмечает: «Однако, с индетерминистской точки зрения, невозможно основывать нравственный упрёк в отношении индивидуального субъекта на тех возможностях, которыми другие субъекты, возможно, обладают, но которых сам

<sup>351</sup> C. Roxin, *Strafrecht. Allg. Teil*, Bd. I, стр. 541-542.

данный субъект лишён! Это не только алогичность, но также означает и отрицание исходного момента, согласно которому субъект должен владеть возможностью свободного решения»<sup>352</sup>.

Для нас вне всякого сомнения, что эта критика не лишена рациональности. Однако вместе с тем нельзя не отметить, что сущность центральной проблемы, представленной в рамках данной критики, осмысливается не до конца безукоризненно. Согласно Роксину, не поддаётся обоснованию, мог ли конкретно этот субъект конкретно в этой ситуации действовать иначе. С философской точки зрения, полемика по этому поводу может бесконечно длиться, и так оно и есть, если учитывать то, что как детерминистская, так и индетерминистская точка зрения всё ещё далека от существенного доминирования. Однако если руководствоваться подобным подходом к проблеме, т. е. если признавать в качестве главного определяющего критерия философское понятие свободы воли, обосновать уголовно-правовую вину не удастся никогда, а не только в рамках теории вины как возможности альтернативного действия.

На самом же деле вопрос о том, доказуема или нет свобода воли в философском понимании, не должен оказывать никакого влияния на определение того, могло ли в уголовно-правовом понимании конкретно это лицо конкретно в этой ситуации действовать «иначе», т. е. в соответствии с требованиями нормы уголовного закона. Если установлено, что субъект в момент осуществления соответствующего деяния не был невменяем и не наличествует никакое другое экскульпирующее обстоятельство, в уголовно-правовом отношении этого совершенно достаточно для того, чтобы от субъекта в данной ситуации требовалось формирование соответствующей воли и действие или бездействие в соответствии с данной волей.

Другими словами, если субъект в момент осуществления конкретного деяния не был психически болен и не находился в условиях неизбежной юридической или фактической ошибки, равно как не был пленён клещами иного законного или сверхзаконного экскульпирующего обстоятельства, уголовное право не вправе предаваться философски искренним, но юридически пагубным умозрениям, т. е. не вправе предаваться естественному состоянию, абстрагируясь от собственной реальности, словно субъект в данной обстановке мог не владеть возможностью определения воли в соответствии с требо-

---

<sup>352</sup> Ibid., стр. 542.

ваниями нормы. По этим уголовно-правовым плодам детерминизма может познать свободу воли не только само уголовное право в рамках сформированного нами выше уголовно-правового понятия свободы воли, но и философия за пределами юридически релевантного, ибо ядовитость плодов детерминизма самоочевидна.

Возможно, тем самым уголовное право рикошетом возвращает самую горькую пилюлю философии, потому как разгадка здесь не в мудрости, а в реальности. Видите ли, ни одно моральное существо не предпочитает быть в таком мире, где волк раздирает косулю или лев – антилопу, которые вряд ли – по меньшей мере всегда – вершат правосудие. Однако в то же время ни одно моральное существо не может капитулировать перед злом, возлагая на его алтарь весь мир. Дело в том, что где-то дно бесконечно, а где-то – вершина.

Таким образом, роксинская постановка вопроса в действительности связана с куда более далеко идущими последствиями, чем это представляется самому Роксину в рамках его вышепредставленного суждения.

**Вина  
как «юридически  
нетерпимое отношение»**

Теория вины как «юридически нетерпимого отношения» берёт своё начало у В. Галласа. Вышерассмотренную соответствующую концепцию Швейкерта следует считать непосредственным проявлением развития данной теории Галласа. Одновременно с этим сам Роксин указывает и на других представителей этой теории, в частности на Х.-Г. Йешека («юридически ошибочное отношение») и Й. Вессельса («юридически осуждаемое отношение»).

«Против данной точки зрения, – отмечает Роксин, – в основном следует заметить то, что здесь не просматривается преодоление формального характера упречности, так как не представлен никакой критерий того, что обуславливает нетерпимость субъективного отношения (...). Когда Галлас, отмечая (...), что противоположность отношения, как правило, сопутствует противоположности деяния и не наличествует «только тогда, если субъект, несмотря на умышленное поведение, был лишён возможности», этим он хотя предлагает материальный признак, но идентичный с возможностью альтернативного действия, и его, соответственно, также касаются замечания, высказанные против этого последнего»<sup>353</sup>. Помимо этого, Роксин указывает на то,

<sup>353</sup> Ibid., стр. 542-543.

что в некоторых случаях допущение или отрицание виновности вряд ли может истолковываться ошибочностью или безупречностью отношения, что он иллюстрирует на примере небрежности. По утверждению Роксина, в случае небрежности субъективное отношение вовсе не направлено ни против правовых, ни против социальных ценностей в общем. А в виде противоположного примера (т. е. когда «юридически нетерпимое отношение» не в силе конституировать вину) Роксин приводит казус сексуального убийства, в котором, несмотря на наличие крайне низменного отношения, ввиду ненадлежащей способности самовоздержания судом выносится оправдательный приговор.

На наш взгляд, здесь критика теории Галласа развивается в вполне приемлемом направлении. Нам же к критическим замечаниям Роксина хотелось бы добавить то, что в основу уголовно-правовой вины, исходя из специфической природы уголовного права, может быть заложена определённая психическая деятельность, определённое психическое поведение, к чему субъективное отношение в виде субъективного настроения или расположения не может относиться.

С точки зрения обоснования уголовно-правовой вины, важно то, что субъект своим психологическим поведением нарушил уголовно-правовую обязанность, а то, с каким подтекстом он эту обязанность нарушает, с «юридически нетерпимым» или «юридически нейтральным», в рассматриваемом аспекте уже в силу того совершенно несущественно, что нарушение уголовно-правовой обязанности осуществляется не подтекстами.

**Вина**  
как «ответственность за  
собственный характер»

По Роксину, данное учение основывается на той детерминистской точке зрения, что каждое лицо в силу своих качеств, расположивших его к делинквированию, в силу своего «так-сущего» (So-Sein) должен быть ответственен за своё деяние без всякого дополнительного условия. Вместе с тем, как на это указывает сам Роксин, истоки данного учения коренятся в творчестве А. Шопенгауэра, а в качестве основных его представителей в уголовном праве он перечисляет Э. Хейница, А. Г. ц. Дона, К. Энгиса и Ф. Диаса.

Предмет основной критики данной теории у Роксина составляет обстоятельство, в соответствии с которым здесь субъекту вменяется в вину то, что сформировалось и дано вне зависимости от его воли. Преодолеть эту complication, как отмечает Роксин, последователи рассматриваемой концепции пытаются на основе применения «метафизических конструкций». «Так, на-

пример, – указывает Роксин, – Шопенгауэр за пределами совершенно детерминированного эмпирического характера видит также другой независимый вид характера, являющийся в случае свободного выбора самоопределяющимся (...). На «основной выбор» в подобной экзистенциально модифицированной форме ссылается и Диас, «посредством которого индивид сам определяет вид собственного бытия и собственной сущности». Однако обоснование подобных воззрений так же недостижимо, как возможности альтернативного действия в момент осуществления деяния, и в силу этого они могут составлять предмет лишь философского спора, но не могут быть положены в основу эмпирично-рациональных уголовно-правовых концепций»<sup>354</sup>.

Утверждение, словно характер субъекта «сформирован и дан независимо от его воли», отнюдь не аксиоматично. Вопрос о том, формирование характера зависит только от генетических данных индивида и социальной среды или он сам также воздействует на процесс формирования собственного характера, весьма проблематичный. Здесь же заметим, что мы воззрение Роксина как таковое вовсе не отрицаем, но и разделять его существование не считаем возможным, так как данная проблема требует основательного самостоятельного исследования. В то же время главное в данном случае – другое, а именно то, что субъекту в уголовно-правовом отношении в вину может вменяться только конкретное психическое поведение (как об этом нами выше уже отмечалось), в качестве чего характер в общем, подобно субъективному расположению, не может восприниматься. С другой стороны, ввиду того что для обоснования уголовно-правовой вины абсолютно достаточно уже и конкретного психического поведения, характер, субъективная склонность и иные подобные явления, сопровождающие психическое поведение, из перспективы вины следует считать однозначно инородными, «неестественными» компонентами.

Прежде чем окончательно отвергнуть рассматриваемую теорию, Роксин стремится надлежаще выявить все возможные опции её обоснования, отмечая при этом следующее: «Лучший путь обоснования концепции вины, исходным моментом которой провозглашается характер, состоит в ориентировании уголовного права только на превентивные цели и понимание вины более с точки зрения социальной ответственности через полное отрицание возмездия преступнику и нравственного упрёка. А было бы в таком

---

<sup>354</sup> Ibid., стр. 544.

случае уместно именовать её предпосылки по-прежнему «виной» и само подобное юридическое последствие «наказанием», это более представляло бы собой терминологический вопрос»<sup>355</sup>. Однако Роксин полагает, что такой подход был бы в конечном итоге не менее неприемлем, так как здесь всецело отвергается принцип вины и в его юридико-политическом аспекте, превращая невозможным обоснование того, почему не действует психически или иначе невменяемое лицо виновно: ведь и они осуществляют соответствующее поведение только в соответствии с укладом своей данной сущности (*gegebene Wesensbeschaffenheit*).

Относительно замечания Энгиша, что деяния малолетних, душевнобольных или лиц, находящихся в состоянии алкогольного опьянения, не выражают их личность или выражают таким образом, что они не подлежат воздействию наказанием (в последнем случае Энгиш, как на это указывает Роксин, прежде всего, имеет в виду случаи невменяемости в силу возраста, в которых «связь между осуществлённым субъектом деянием и личностью этого субъекта очевидна»), Роксин отмечает: «(...) В первом случае в условиях строгой определённости всех эмпирических явлений вряд ли может результировать «личность», которая не нашла бы своё выражение в реальном поведении субъекта. А во втором случае, в котором деяние невменяемого лица рассматривается как выражение его личности, наказание, согласно данному учению, уже вообще не зависит от вины (которая признавалась бы наличествующей), а ориентирована на чистую целесообразность»<sup>356</sup>.

Одновременно с этим углубляя критику воззрений Энгиша в данном контексте, Роксин указывает на его подход к проблеме наказуемости тех душевнобольных, для которых «криминальное поведение» составляет качество характера. По утверждению Энгиша, наказание этих лиц, как правило, нецелесообразно, а в некоторых случаях, опираясь на тот же принцип целесообразности, он допускает наказуемость данной категории лиц, что рассматривается Роксиным как субординация значения принципа вины значению специальной превенции. Помимо этого, Роксин выделяет также и то, что определённый характером принцип вины не оставляет возможности для определения соответствующих пределов для общей превенции.

---

<sup>355</sup> Ibidem.

<sup>356</sup> Ibid., стр. 545.



Следуя представленной у Роксина критике, необходимо заметить, что в современном уголовном праве одинаково недопустимы определённая характером вина и основанное на чистой целесообразности наказание. Более того, вряд ли объясним сам тот факт, что рассматриваемая теория развивалась всего несколько десятилетий тому назад, в частности в шестидесятых годах, так как уровень развития уголовно-правовой мысли, свойственный этому периоду, отнюдь не представляется теоретической платформой для возникновения подобных направлений. Подчинение принципа вины целям специальной превенции, как это встречается в вышепредставленном суждении Энгиса, означает не оставить адресату уголовно-правовой нормы никакой гарантии, что он независимо от собственной воли не превратится в объект уголовно-правовой репрессии. Только в том случае не будет наказание субъекта злоупотреблением механизмом государственного принуждения, если ему в вину вменяется осуществление психофизически полностью управляемого поведения (разумеется, этим вовсе не отвергается наказуемость преступлений, совершённых в состоянии алкогольного опьянения или иных преступлений подобного рода, ибо в конечном счёте и здесь субъекту вменяется в вину только психофизически совершенно управляемое поведение).

И, наконец, в отношении рассматриваемой теории непременно следует также выделить и представленную у Роксина критику концепции Диаса. Согласно последнему, при психической аномалии вынесение оправдательного приговора необходимо постольку, поскольку этически обоснованная вина предполагает акт «персональной коммуникации» между судьёй и подсудимым, что не может быть дано, когда личность субъекта остаётся недостижимой для «познавательного рассмотрения судьёй». По поводу этого Роксин справедливо замечает, что вина и наказание не могут зависеть от «познавательных способностей» судей, необходимо различающихся между собой, а подлежат объективной констатации.

К данному замечанию Роксина можно добавить лишь то, что объективная устанавливаемость вины является одной из наиболее важных условий для реализации принципа равенства граждан перед уголовным законом, так как, отвергая вину как объективно устанавливаемый феномен, вопрос о конституировании вины в отношении идентичного поведения (т. е. в условиях эквивалентности объективных и субъективных параметров деяния) разных лиц

может решаться неидентично, что непосредственно обуславливает также гетерогенное решение вопроса о конституировании ответственности в отношении данных лиц.

**Вина  
как «неправда вопреки  
нормативной ожидаемости»**

«Деяние, соответствующее неправде, вопреки нормативной ожидаемости» Роксин рассматривает как состояние, в котором субъект, исходя из своих умственных способностей, владел в конкретной ситуации возможностью решения действовать в соответствии с требованиями нормы.

Положительной стороной данной теории ему представляется то, что она при выявлении возможности решения в пользу правомерного поведения обходит стороной проблему свободы воли. Роксин там же отмечает, что мнение, согласно которому здесь уголовное право должно обходить стороной философию и естествознание, можно считать доминирующей в теории современного уголовного права, указывая при этом на замечание К. Лакнера, «что ни в соответствии с современным состоянием знания и, судя по всему, ни когда-либо не представляется возможным открытие метода, который сделал бы возможным научное обоснование способности предотвращения в определённой ситуации определённого деяния». Следовательно, в рамках представленного здесь суждения уголовное право не в силу того должно пренебрегать проблемой свободы воли, что она в уголовно-правовом отношении эссенциально иррелевантна, а в силу того, что необозрима перспектива онтологического решения этой проблемы. И что самое главное, Роксин считает подобный подход вполне оправданным.

Что касается непосредственно утверждения, что в современном уголовном праве пренебрежение догматическим значением свободы воли можно считать господствующей позицией, с Роксиним здесь непременно следует согласиться, поскольку в современной теории уголовного права всё более выделяется тенденция, в рамках которой проблему свободы воли в философском понимании можно не принимать во внимание. Наглядным примером этому служит австрийское уголовное право, где господствующим можно считать не только игнорирование проблемы свободы воли в указанном понимании, но и саму рассматриваемую теорию, т. е. вину как «неправду вопреки нормативной ожидаемости», о чём наглядно свидетельствует следующее утверждение ведущего современного австрийского криминалиста Ф. Хёпфеля и австро-немецкого классика Д. Кинапфеля: «Для того чтобы эта ныне

общепризнанная формула (вина как упречность – автор) не оставалась пустой фразой, она требует определённого обобщения, опираясь на уголовно-правовой масштаб вины. Многие связывают этот вопрос с проблемой свободы воли и вследствие этого не могут избежать так же бесполезный, как и неразрешимый спор между детерминизмом и индетерминизмом (...). В отличие от этого в Австрии господствующее учение исходит из золотой середины, избегающей этот спор, и основной акцент переносит на эмпирический факт нормативной ожидаемости»<sup>357</sup>.

На наш взгляд, данная позиция, так же как представленная в рассматриваемой теории точка зрения в общем, не может рассматриваться в качестве исчерпывающего решения вопроса, но она несомненно включает в себя надлежащую перспективу. Последний момент по существу состоит в том, что здесь имеет место окончательная негация значения психологического понятия свободы воли в контексте определения уголовно-правового понятия вины и основной акцент переориентирован на представленные в нормативной действительности психологические возможности субъекта. Однако половинчатость решения заключается в том, что вследствие всего этого на месте отвергнутого философского-психологического понятия свободы воли не было положено начало уголовно-правовому понятию свободы воли. В то же время следует заметить, что Ф. Хёпфел, будучи моим высокопочтенным консультантом в Венском университете, пристально следил за процессом доработки моего уголовно-правового понятия свободы воли и однозначно его поддержал.

Давайте взглянем, как развивает Роксин свой вышепредставленный анализ свободы воли. «(...) Налицо единогласие по поводу того, – отмечает он, – что уголовное право должно исходить из наличия свободы воли, хотя она точно не может быть доказана. Единственный спорный момент может заключаться в том, что, согласно оппонентам нашего убеждения, детерминист не может и не вправе разделять подобную позицию. Словно нам следовало размышлять больше о свободе воли (...), прежде чем суметь положить её в основу правовых понятий. Однако такое требование научно ни возможно, ни надобно»<sup>358</sup>. Исходя из этого, Роксин на самом деле не отвергает значение философского понятия свободы воли в уголовном праве, а даже рассматри-

<sup>357</sup> D. Kienapfel, F. Höpfer, Grundriß des österreichischen Strafrechts. Allg. Teil, 7. Aufl., Wien, 1998, стр. 77.

<sup>358</sup> C. Roxin, Strafrecht. Allg. Teil, Bd. I, стр. 548-549.

вает в качестве исходного момента. То, что свобода воли философски недоказуема, для Роксина сущая иррелевантность. Соответственно, уголовное право должно обходить стороной не философское понятие свободы воли, а то, что свобода воли философски недоказуема. На наш взгляд, это, с научной точки зрения, отнюдь не убедительно.

С другой стороны, Роксин прямо заявляет, что его тезис о признании свободы воли, не являясь зависимым от эмпирических обстоятельств, в равной мере должен быть приемлем как для индетерминистов, так и для детерминистов. Однако ведь Роксин говорит о безусловном признании свободы воли. А говорить о безусловном признании свободы воли с детерминистами – плохой совет.

Выделяя основную положительную сторону исследуемой теории, Роксин отмечает: «(...) Это понятие вины отличается тем преимуществом, что оно надлежащим образом отвечает требованиям той точки зрения, которая устанавливает рубежи уголовного права в пределах общественно крайне недопустимого (...). Применение уголовного права совершенно нецелесообразно там, где необоснуемо, что субъект мог быть мотивирован законом (...)»<sup>359</sup>. Здесь Роксин в основном имеет в виду, что рассматриваемая теория не создаёт никаких сложностей для обоснования невменяемости душевнобольных, малолетних и неизбежно ошибающихся лиц. В данном случае мы полностью разделяем мнение Роксина. Здесь же следует заметить и то, что в рамках представленной в данной теории перспективы в условиях невменяемости или неизбежной ошибки субъекту не прощается нарушение обязанности, а вообще не адресуется обязанность правомерного поведения, о теоретической значимости чего нами выше неоднократно указывалось.

Что касается роксинской критики рассматриваемой теории, здесь главным образом следует выделить его следующее суждение: «Представленное здесь понятие вины (...) основывается на социальной легитимации наказания и, следовательно, проявляет определённое сходство с отдельными направлениями учения об определённом характере вине (...), так же как с функциональным понятием вины Якобса (...), но в нём либеральная охранительная функция принципа вины в правовом государстве выражена лучше, чем в последних теориях, так как, согласно этому первому, вина не зависит от зыбких и изменчивых надобностей, от настоящей или мнимой необходимости

---

<sup>359</sup> Ibid., стр. 549.

общей или специальной превенции, а определяется в соответствии со способностью самоуправления субъекта и тем самым в соответствии с критерием, строго ограничивающем уголовно-правовую репрессию»<sup>360</sup>. Как видим, представленная Роксиним критика в данном случае отличается значительной формальностью, заключааясь в основном в выделении преимущества рассматриваемой теории относительно указанных концепций, причём понятие вины Якобса в действительности не дополняет охранительную функцию принципа вины, а непосредственно посягает на принцип вины, как это будет показано уже чуть ниже в рамках самой роксинской критики.

Наряду с вышепредставленными теориями Роксин в общих чертах анализирует также теорию т. н. конституирующей наказания и определяющей степень наказания вины (Strafbegründungs- und Strafzumessungsschuld), берущую своё начало у Х. Ахенбаха. У Роксина данная теория составляет предмет лишь позитивного акцентирования. Для него соналичие в систематике уголовного права этих двух понятий вины – прямая безусловность. Неясно только то, что Роксин в данном случае ничего не отмечает о неприемлемости абсолютизации функционального аспекта, как это имеет место в рамках представленной им критики теории вины Якобса.

**Экскурс:  
«функциональное»  
понятие вины**

Роксин в данном случае критикует воззрения Якобса, который на основе системно-теоретических концепций Н. Лумана формирует «функциональное» понятие вины, где вина понимается как вменение по общепреventивной необходимости (!). Как отмечает Роксин, у Якобса вина представлена как «понятие, определяемое целью» и что «только цель наполняет понятие вины содержанием».

В общей превенции как в цели вины Якобс подразумевает не негативное устрашение, как это вытекает из традиционного содержания генеральной уголовно-правовой превенции, а позитивную практицизацию законопослушности граждан. По его мнению, главная цель вины заключается в «стабилизации доверия к нарушенному деликтным поведением правопорядку», в соответствии с чем вменением деяния в вину и конституированной виной наказанием «корректность доверия» должна подтверждаться в «корректности нормы» (так вновь Роксин).

<sup>360</sup> Ibidem.

Рассматривая позицию Якобса о вменяемости «патологических делинквентов», Роксин делает вывод, что здесь вменяемость не является эмпирически устанавливаемым феноменом, а допустимой считается дискуссия о вменяемости указанной категории субъектов, после того как в условиях современной медицины стало возможным их излечение. Иными словами, поскольку вменяемость может дискутироваться, отвергается абсолютность её фактического характера.

Как нам кажется, вывод Роксина в данном случае мало убедителен, так как сам факт констатации определённого феномена вследствие дискуссии ещё не может означать лишения данного явления абсолютности его фактического характера. Спор о наличии того или иного факта, как это встречается у Якобса, ничего общего с оценочным суждением и, следовательно, с оспариванием фактичности факта не имеет, ибо не всякое суждение может быть оценочным.

Однако основная сторона представленной Роксиным критики состоит в принципиально других моментах. По его мнению, против теории Якобса свидетельствует то, что здесь «лимитирующая наказуемость функция» принципа вины однозначно приносится в жертву общей превенции. «Наказуемость субъекта, – отмечает Роксин, – в данном случае определяется не теми обстоятельствами, которые локализованы в его личности, а в соответствии с тем, что будто бы необходимо для практицизации законопослушности граждан, стабилизации их доверия к правопорядку. Это отчётливо выделяется, когда Якобс требует объявлять патологического преступника, совершенно неспособного к самораспоряжению, виновным и наказывать его, если для излечения его болезни никакие перспективные методы неизвестны. Подобную аргументацию предлагает Якобс в случае рецидива, где он безусловно признаёт сниженную способность законопослушности у рецидивиста, но, исходя из социальных соображений, игнорирует её»<sup>361</sup>. Наряду со всем этим Роксин также указывает и на то, что такую «инструментализацию» субъекта, т. е. его использование как инструмента стабилизации общественных отношений ещё Кант рассматривал как попрание достоинства индивида.

Прежде чем коснёмся основательности критики Роксина, необходимо остановить внимание и на его другом мнении, согласно которому приоритизацией значения общей превенции «Якобс практически нейтрализывает её

---

<sup>361</sup> Ibid., стр. 546.

действенность, потому как если наказание зависит не от того, что осуществил субъект с каким отношением, а от того, что видится судье необходимым для восстановления нарушенного правопорядка и если вина в случае излечимости отрицается, а в случае неизлечимости считается наличествующей, (...) это вряд ли может способствовать стабилизации системы»<sup>362</sup>. Причиной этому Роксин называет то обстоятельство, что в данном случае обоснование или отрицание вины зависит не от того, что осуществил или не осуществил субъект в соответствии с собственной волей, а от факторов, которые ничего общего с укреплением «доверия к правопорядку» иметь не могут.

«Функциональная» теория вины Яковса может называться, конечно же, далеко не самой великой, но тем не менее сплошной катастрофой уголовно-правового мышления XX века, и мы в этом ещё успеем наглядно убедиться, но в этот раз вопрос в следующем: разве здесь не прослеживаются определённые параллели с соответствующей концепцией самого Роксина – с точки зрения конституирования «ответственности»? Согласно Роксину, соналичием принципа вины и «превентивной необходимости санкции» его концепция обеспечивает двойную охрану граждан от уголовно-правовой репрессии, тогда как теорией Яковса отвергается уже и сам существующий механизм указанной охраны.

---

<sup>362</sup> Ibid., стр. 547.

*Часть III*

**ВИНА**  
**В УЧЕНИЯХ О ДЕЯНИИ**



## Раздел А

# ПСИХОЛОГИЧЕСКИЕ НАПРАВЛЕНИЯ

## Глава VII

### СИМПТОМАТИЗМ

#### – §1 –

### НЕМЕЦКОЕ ПРАВО

**Симптомы вины** Как отмечалось выше, по сложившейся традиции господствующая уголовно-правовая доктрина – это в общем и целом господствующее уголовно-правовое учение о деянии. Рассматривая проблему вины в основных учениях о деянии в уголовном праве, необходимо, прежде всего, коснуться самой первой из них – симптоматического учения, которое в его первоначальном виде было создано немецкими криминалистами Х. Кольманом и О. Тезарем. Однако в немецком уголовном праве оно не нашло должного развития. Хронологическая последовательность, в свою очередь, будет соблюдаться и в дальнейшем, за исключением финального и социального учений о деянии, где хронологическая и тематическая последовательность с точки зрения развития понятия вины не совпадают.

Упомянутые учения в их совокупности – это каузальное или «натуралистическое» учение, симптоматическое учение или эпистемологический дуализм, финальное или «субъективно-финальное» учение, социальное или «объективно-финальное» учение, персональное учение Арт. Кауфмана и его неоперсональная версия К. Роксина, негативное учение Р. Д. Герцберга и его неонегативная версия Г. Якобса и, наконец, интерперсональное учение о деянии как первое функциональное учение о деянии в уголовном праве. Помимо этого, конечно же, будет затронута проблема вины и в других уголовно-правовых учениях о деянии, например, в интенциональном учении Г. Киндхойзера.

Вернёмся, однако, к рассматриваемому в данном случае симптоматизму. Характеризуя рассматриваемую концепцию как преданное забвению течение, Арт. Кауфман отмечает: «Разумеется, деяние не может осмысляться только посредством представлений и сентиментов преступника, если каждый внешний акт не представить себе в качестве симптома этих внутренних процессов. Однако также недопустимо *только* симптоматическое восприятие психических процессов, так как это означает изоляцию вины как несубъективной категории от психологии и в конечном итоге его превращение в метапсихическую проблему»<sup>363</sup>.

Данное критическое суждение Арт. Кауфмана не вполне основательно, потому как оперирование объективными показателями деяния при установлении вины ничуть не попирает субъективность вины и имманентность специфически психологических моментов понятию вины. Что же касается преданности симптоматизма забвению, ведь, как говорится, чашка никуда не исчезает, когда на неё не смотрят.

Исходное положение симптоматического учения о деянии состоит именно в психологической определённости вины. Здесь речь, естественно, не о психологизме, а лишь о том, что в рамках суждения о виновности кардинальное значение придаётся психической деятельности субъекта, процессам, протекающим в его психике в момент совершения преступления. Таким образом, симптоматизм исследует не категориальный характер вины, а лишь уголовно-правовые средства и методы установления отображающихся в вине субъективных компонентов.

**Процессуальный  
технизм?**

Трансцендентальность воли, предвидения противоправного результата и других релевантных с точки зрения вины психических элементов делает невозможным их непосредственное изучение. Однако вследствие этого симптоматическое учение исследует не только и не столько объективную сторону, сколько выраженные в ней эти субъективные данные.

Соответственно, рассматриваемая концепция ищет вину в индицированной объективными признаками субъективной стороне, а не собственно в объективной стороне, что принципиально не одно и то же.

<sup>363</sup> Arth. Kaufmann, Schuld und Strafe, стр. 43.

В силу этого наперекор замечанию Арт. Кауфмана следует заметить, что «только симптоматическое восприятие» вины не означает «изоляцию вины как несубъективной категории от психологии» и её срастание с объективной стороной.

Адекватное понимание симптоматического учения имеет, прежде всего, важное практическое значение. Дело в том, что симптоматизм максимально ограничивает возможность процессуального волюнтаризма: установление субъективных элементов должно зависеть не от свободной «профессиональной» интуиции судьи, а от его грамотной информированности, строго определённой объективными признаками.

Английский криминалист Х. Китинг пишет: «Установление в психике субъекта преступного умысла или цели является вопросом более факта, нежели субъективного взгляда присяжных заседателей и судей. Сформированное о субъективной стороне оценочное суждение всегда продиктовано объективной спецификой преступления, ограничиваясь этой же последней»<sup>364</sup>.

---

<sup>364</sup> H. Keating, Fatal and Non-Fatal Offences against the Person under the Draft Criminal Code, in: Criminal law and justice, London, 1987, стр. 123.

## БРИТАНСКОЕ ПРАВО

**Эпистемологический дуализм** Тогда как в немецкой уголовно-правовой доктрине симптоматизму были присущи определённая поверхностность и линейность, в британском уголовном праве он нашёл весьма интенсивное развитие. Согласно последнему, симптоматическое учение не только не рассматривается как изжившая себя концепция, но и по-прежнему отличается стремительно прогрессируемой актуальностью. Значение симптоматического учения особо выделилось в рамках проводимой в Великобритании во второй половине прошедшего десятилетия уголовно-правовой реформы, вследствие чего оно нашло своё довольно прочное место в официальной догматике.

Здесь альтернативное название симптоматизма – эпистемологический или гносеологический дуализм. В чём выражаются эпистемологичность и дуалистичность симптоматического учения?

Двойственным является симптоматизм постольку, поскольку он отграничивает психику от тела: тело и телесные движения представляют собой публичные, экстернальные (внешние), зримые для других феномены; а психика и психические процессы относятся к числу частных, интернальных (внутренних) явлений.

Эпистемологическим является симптоматизм постольку, поскольку он содержит не метафизическое утверждение о том, чего не существует, а эпистемологическое утверждение о том, что познаваемо и как оно познаваемо.

**Виртуальность вины** «Симптоматизм», отмечают британские криминалисты, «не стремится к постулированию традиционной картезианской метафизичности, в которой психика рассматривается как сепаратная, не-физическая субстанция; он исходит только из того, что мы не можем владеть прямым знанием о психике и обо всём психическом, как это имеет место в отношении тела и осуществляемых им движений. Опосредствованное знание о психических процессах результирует из суждения

вокруг того, что непосредственно зримо – внешнее поведение и сопровождающие обстоятельства этого поведения»<sup>365</sup>.

Под сопровождающими внешнее поведение обстоятельствами подразумеваются та объективная обстановка, которая сопровождала соответствующие телесные движения. Например, субъективное содержание вреда, причинённого здоровью или имуществу другого лица, будет различным в зависимости от того, это деяние совершено при наличии или отсутствии оправдывающих обстоятельств. Лишение жизни при необходимой обороне и убийство при отягчающих обстоятельствах могут выражаться в одном и том же телесном поведении, но разнородность его объективных предпосылок свидетельствует о том, что в первом случае субъектом двигала правомерная, во втором же – деликтная цель.

---

<sup>365</sup> R. A. Duff, *Codifying Criminal Fault*, стр. 97.

## ВИНА КАК ПСИХИЧЕСКОЕ СОСТОЯНИЕ

**Атомизм** Для симптоматизма также характерно выделение атомистического момента: такие психологические понятия («mental concepts»), как умысел или сознание противоправности, указывают на «определённое состояние психики». Для установления в деянии уголовно-правового умысла необходимо выяснить, имелся ли в уме субъекта в соответствующий момент психологический акт воления результата; для того чтобы утверждать наличие сознания противоправности, следует обосновать то, что делинквент в данном отрезке времени находился в описываемом нормой соответствующем «психическом состоянии».

Обозревая симптоматизм в этой атомистической призме, предоставляется возможность глубже осмыслить психологический облик вины. Определение составных частей вины и расположенных вокруг неё остальных субъективных элементов в качестве психического состояния влечёт за собой отождествление с этим последним самого понятия вины.

**Косвенная точность вины** Известный критик симптоматизма Р. А. Дуфф отмечает: «Деликтное деяние включает «внешние элементы» и «элемент вины». Ввиду того что в симптоматической теории, с одной стороны, содержание вины состоит из «невыполнения нормативно обязательного деяния» и, с другой стороны, «невыполнение нормативно обязательного поведения» определяется как «психическая кондиция, в котором пребывает осуществляющий деликтное поведение субъект», и вина должна определяться как психическая кондиция такого вида. Технически это выглядит следующим образом: основанием для установления умысла или неосторожности служит то, что лицо «волегло» противоправный результат или просто осознавало опасность его наступления; а для этого необходимо исследовать психическое состояние, наличествующее при совершении преступного акта; и это исследование производится на основе «внешних элементов»<sup>366</sup>.

О вине как о внешне определяемом психическом состоянии прямо указывают и симптоматисты С. Браун и Дж. Смит. «Признание виновным, – пишет Браун, – означает вменение субъекту того психического состояния, внешним

---

<sup>366</sup> Ibid., стр. 98.

проявлением которого является совершённое им противоправное деяние. Правда, психические явления объективному наблюдению не поддаются, но легко возможно создать о них полное представление с помощью симптоматического метода: психическое состояние, которое имелось у субъекта в момент совершения преступления, в совершенстве отображается во всём том, что он для совершения преступления содейл телесно, выразил словесно и т. д.»<sup>367</sup>.

А Смит лаконично замечает: «Вина как особое психическое состояние может устанавливаться только на основании косвенных доказательств (circumstantial evidence)»<sup>368</sup>.

Таким образом, одним из основных признаков симптоматизма как эпистемологического дуализма является специфическое определение понятия вины. *Согласно симптоматизму, вина – это психическое состояние.*

---

<sup>367</sup> S. Brown, Crim. L. R., London, 1985, № 3, стр. 29.

<sup>368</sup> J. C. Smith, Crim. L. R., London, 1986, № 1, стр. 183.

## ВИНА КАК ПСИХИЧЕСКАЯ ТЕНДЕНЦИЯ (ВЕКТОРНОЕ СОСТОЯНИЕ)

«Промежуточность»  
тенденции

Выделение симптоматистами тесной взаимосвязи между виной и психикой несомненно заслуживает теоретического одобрения. Однако в симптоматическом учении недостаточно внимания уделяется формальной стороне этой корреляции, т. е. тому, что обуславливает признание вины психическим состоянием, а не процессом (например, Дуфф хотя ставит вопрос об этом, но воздерживается от его решения). То же самое касается и психологической характеристики составных частей вины и смежных с понятием вины других субъективных элементов.

Состоянием является совокупность внутренних параметров системы, данных в определённое время. Состояние, имеющее тенденцию преобразования, принято называть векторным состоянием, которое в зависимости от обстоятельств также может характеризоваться как переходное состояние.

Процесс же – это динамическая последовательность различных состояний системы. Традиционная философия различает два вида процесса – детерминированный и стохастический или статистический процесс. К первому виду относятся такие процессы, в которых каждое из состояний вытекает из ближайшего предшествующего состояния; во втором виде процесса состояния чередуются не однозначно, а только с определённой вероятностью, что означает допущение случайности, ввиду чего такой процесс также принято именовать вероятностным или случайным процессом. Современная философия, опираясь на принцип диалектического единства необходимости и случайности, полагает, что каждый процесс в конечном счёте является стохастическим процессом, т. е. процессом, определённым случайностью.

Вышепредставленное соотношение процесса и состояния и философское значение каждого из них наглядно указывает на то, что может рассматриваться как психическое состояние, а что следует понимать под психическим процессом.

В случае убийства, оскорбления (преследуемого в уголовно-правовом порядке и в РФ до 2011 года) и иных подобных составов преступления вина,



конечно же, может и должна рассматриваться в виде психического состояния, выраженного в совокупности волевых и интеллектуальных моментов, наличествующих в момент делинквирования.

Однако возможно ли исходить из этого также убедительно и в отношении продолжаемых и длящихся преступлений?

**Тенденциозность вины:** Длющимся является преступление, характеризующееся непрерывностью преступного посягательства в течение определённого времени, до того момента, пока субъект не выполняет возложенную на него уголовным законом обязанность. К такому виду преступлений относятся незаконное хранение и ношение оружия (ст. 238), несообщение о преступлении (ст. 206), злостное уклонение от уплаты алиментов или от содержания детей (ст. 124), незаконное лишение свободы (ст. 133) и др.

В. С. Прохоров следующим образом излагает протекание длящегося преступления: «Длящееся преступление начинается с момента выполнения определённого действия или невыполнения определённой обязанности действия (например, незаконное приобретение оружия, хранение которого запрещено). Оно продолжается до тех пор, пока не прекращается самим действием субъекта преступления или вследствие наступления определённого явления»<sup>369</sup>.

До прекращения действия или бездействия изначальный преступный умысел в той или иной форме перманентно присутствует в психике делинквента; преступление такого вида является длящимся не только объективно, но и субъективно. Стабильная длительность субъективной стороны создаёт значительную имитацию психического процесса: продолжительность, распространённость во времени гораздо характернее для процесса, нежели для состояния, более того, она является неотъемлемым свойством именно процесса, но не состояния, ибо состояние может быть и фотографическим.

**Перманентность векторной вины** Однако в действительности в длящемся преступлении в виде вины дано психическое состояние, так как это последнее, сколь долго бы оно ни длилось, не может перевоплотиться в процесс в силу одного этого обстоятельства. Главное значение придаётся непрерывности данного состояния, отсутствию перехода в другое, хотя бы аналогичное или даже идентичное состояние.

---

<sup>369</sup> В. С. Прохоров, Уголовное право. Общая часть, Москва, 1969, стр. 132.

*Если не существует двух или более состояний, не может существовать процесс, ибо этот последний, как отмечалось выше, является последовательностью этих первых.*

Таким образом, вышеуказанный тезис симптоматического учения на примере длящегося преступления не опровергается, хотя здесь очевидно формальное (внешнее) сходство вины с психическим процессом, выражающемся на самом деле в том, что налицо *вина как векторное состояние*.

## ВИНА КАК ПСИХИЧЕСКИЙ ПРОЦЕСС

**Продолжаемый деликт** Существенно отличается ситуация в отношении продолжаемого преступления. Продолжаемым называется преступное деяние, состоящее из последовательных действий, посягающих на один и тот же объект и охватываемых единым умыслом. В качестве продолжаемых преступлений классифицируются вредительство (ст. 70), кража личного или государственного имущества (ст. 150, ст. 91) и др.

Б. Пурцхванидзе отмечает: «Продолжаемое преступление в отличие от длящегося осуществляется не непрерывно, а состоит из нескольких тождественных актов, совершённых в разное время.

Продолжаемое преступление начинается с момента совершения первого преступного деяния из однородных, сходных преступных действий, составляющих одно преступление, и завершается последним выполнением аналогичного преступного действия. Все эти акты, направленные против одного и того же объекта характеризуются единой общей целью преступника, и эти акты в своей слагаемости составляют одно целое преступление»<sup>370</sup>.

Единство умысла ещё не означает его непрерывность. Однако отрицание непрерывности умысла также не означает, словно в продолжаемом преступном деянии каждое составное действие совершается с сызнова возникающим умыслом. В таком случае нам не удавалось бы дифференцировать понятия продолжаемого и повторного преступления.

**Интервализация формы, интегральность содержания** Давайте взглянем на иллюстрацию вышецитированного русского криминалиста В. С. Прохорова: «А был признан виновным в том, что он, работая мясником в государственном производстве, систематически совершал мелкую кражу государственного имущества (...). Коллегия по уголовным делам Верховного Суда РСФСР сочла правильной квалификацию его деяний в соответствии со ст. 89 ч. I (кража государственного имущества), замечая, что данное неоднократно совершённое мелкое хищение следует рассматривать как единое продолжа-

---

<sup>370</sup> ბ. ფურცხვანიძე, საბჭოთა სისხლის სამართალი. ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 1971, სტრ. 96.

емое преступление»<sup>371</sup>. *Уголовное право – не математика*, и единый умысел здесь отнюдь не очевиден, в отличие от другого классического примера – от кражи с завода кирпичей по несколько штук с целью построить дачный домик. Умысел субъекта мог быть единым только в том случае, если бы совершённые им мелкие кражи были направлены на совершение преступления, предусмотренного вышеуказанной статьёй. Лицо здесь совершает мелкие кражи не в силу того, что оно не могло осуществить кражу неделимым актом, а по той причине, что оно в каждом отдельном случае желает мелкую кражу как таковую; а продолжаемое преступление совершается субъектом только потому, что объектом его желания является преступное деяние в его целостности, а не входящие в это деяние действия в отдельности, порознь. С большей степенью дифференцированности следует подходить, например, и к систематическому мелкому обвешиванию продавцом покупателей, ибо *с точки зрения уголовно-правовой математики* при отсутствии неделимого умысла сумма нулевых вредов всегда будет равна нулю.

Всё это указывает на необходимость высокоточной интерпретации единого умысла, а именно в той перспективе, что отвергнутая нами непрерывность умысла в продолжаемом преступлении не должна быть чревата попранием его единства.

Такая опасность в определённой степени уменьшается, если учитывать то, что прерывность – признак формы умысла, а единство – признак содержания.

Наряду с объективной поэтапностью продолжаемого преступления его психологическая поэтапность обусловлена тем, что каждое составное действие отличается не только завершённым объективным, но также и округлённым психологическим обликом, подобно законченному смыслу предложения в контексте, но не вне контекста.

#### **Вина как процесс**

Однако что можно заключить на примере принятого вследствие этого формально прерывного и материально единого умысла? Формальная прерывность умысла и единство его содержания в продолжаемом преступлении фундаментально отличает это последнее от ддящегося преступления, содержащего единый непрерывный умысел. Тогда как ддящееся преступление состоит из продолжительного, но единственного психического состояния, в продолжаемом преступлении

<sup>371</sup> В. С. Прохоров, Уголовное право. Общая часть, стр. 133.

представлены относительно короткие, но многочисленные психические состояния.

Исходя из вышеизложенного, в последнем случае деликтный умысел следует искать не в каком-либо психическом состоянии, а только в последовательности данных психических состояний (если умысел содержится в каждом из них в отдельности, то налицо череда повторных преступлений, а не продолжаемое преступление). Вместе с тем последовательность состояний – понятие, обозначающее процесс.

Таким образом, в продолжаемом преступлении вина представлена не как отдельное психическое состояние или отдельные психические состояния, а как протекаемый в последовательности этих последних *психический процесс*.

Согласно данному выводу, *вина генерально может являться как психическим состоянием, так и психическим процессом*, на основании чего решительно отвергается вышерассмотренное положение симптоматизма (вина как только психическое состояние).

**Тенденция  
vs. процесс**

Помимо этой позиции, необходимо выделить также и неадекватный подход симптоматистов к психологическому аспекту волевых и интеллектуальных моментов вины. Ни воля, ни знание или возможность знания не может определяться как психическое состояние, как это принято в симптоматическом учении. Психическое состояние с необходимостью включает все те психические элементы, которые могут быть даны в определённый момент времени. Как интеллектуальная, так и волевая сторона отображают только часть субъективной психики, т. е. они независимо друг от друга не могут представлять собой исчерпывающую совокупность внутренних параметров психики.

Ввиду всего этого признание отдельных признаков вины психическим состоянием по крайней мере количественно неоправдано.

Ту же самую оплошность в рамках анализа симптоматизма повторяет и Дуфф: «Определение вины в качестве психического состояния, сопровождающего криминальный акт, делает необходимым базирование умысла на понятие желания или сознания противоправности, так как только они олицетворяют тот вид психического состояния, который превращает внешний акт в умышленное деяние; но умысел в соответствии с этим вновь предстаёт психическим поведением, направленным к определённому внешнему эффекту, что

в силу несовместимости направления и состояния ведёт к отрицанию первичного тезиса»<sup>372</sup>. Данное утверждение ДUFFа включает в себя и иную неточность, а именно в призме корреляции направления и состояния. Как уже упоминалось нами выше, в современной философии тенденция признаётся факультативным свойством состояния и каждое состояние, характеризующееся этим свойством, называется векторным состоянием.

Невзирая на акцентированные выше довольно значительные недостатки, у нас нет реального основания для всесторонней негации симптоматизма. Исходный постулат рассматриваемого учения, на наш взгляд, безошибочно определяет специфику взаимоотношения «внешних элементов» и «элемента вины». Однако в уголовном праве это мнение отнюдь не является общепринятым.

---

<sup>372</sup> R. A. Duff, *Codifying Criminal Fault*, стр. 97.

## СИМПТОМАТИЗМ И БИХЕВИОРИЗМ

**Комплексная  
критика:  
Л. Витгенштейн**

Оппоненты симптоматизма в основном ссылаются на философские воззрения Л. Витгенштейна, который пишет: «Симптоматизм отличает публично зримое (тело) от частного, т. е. от незримого непосредственно другими (психика), откуда делаем вывод о наличии психики, которая, принадлежа телу, надзирает за большинством его движений. Теория поведения<sup>373</sup> (традиционно антагонистическое учение в отношении симптоматизма) разделяет эту точку зрения лишь отчасти. Согласно обоим учениям, то, что наблюдается нами, есть тело и его «бесцветное поведение» – движения, описание которых возможно без всякой ссылки на «психические» понятия умысла. Основное разногласие между теорией поведения и симптоматизмом порождает то, как следует определять психологические понятия в связи с этими телесными движениями – с указанием на психические процессы, индицированные этими движениями и находящиеся за их пределами, или всего лишь характеристикой телесных движений. Ни одно из этих учений не создаёт желаемого представления об интересующем нас вопросе: предмет внешнего наблюдения составляют не бесцветные движения физических тел, а деяния человеческих существ (the actions of human beings)»<sup>374</sup>.

**Умеренный  
и радикальный  
бихевиоризм**

Прежде чем затронуть предложенный Витгенштейном анализ симптоматизма, в определённой детализации нуждается приведённая им аналогия.

Бихевиоризм олицетворяет широко известное, но в то же время менее призываемое направление современной психологии, философски интенсивно зависящее от позитивизма.

Проявлением этой зависимости, прежде всего, можно считать то, что бихевиоризмом всякое утверждение, если оно выходит за рамки внешнего поведения индивида, рассматривается как ненаучное. Соответственно, описание таких «психических» понятий, как умysel или воля, в теории Дж. Б. Ватсона недопустимо.

---

<sup>373</sup> Бихевиоризм Дж. Б. Ватсона.

<sup>374</sup> L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, London, 1963, стр. 73.

Это крайне антиидеалистическое учение разветвляется на два основные течения – первое, именуемое умеренным, представлено самим основателем этой теории Ватсоном, а радикальный бихевиоризм представлен К. С. Лэшли.

«Индивидуальное поведение, – отмечает этот последний, – отнюдь не указывает на существование сознания, и для определения поведения введение понятия сознания научно неприемлемо»<sup>375</sup>.

В отличие от Лэшли, для Ватсона идея несуществования сознания чужда, но он отрицает сознание как предмет научного исследования, т. е. считает невозможным формулирование научно обоснованных положений о нём<sup>376</sup>.

Очевидно, что оба направления бихевиоризма совершенно неверно соотносятся с коренной проблемой философии. Отвергая существование сознания, эта проблема превращается в безусловную беспредметность; а допуская существование сознания, но отвергая возможность его научного познания, данная проблема хотя не будет беспредметной, но тем самым мы всецело склонимся к агностицизму<sup>377</sup>. Место отверженного или признанного непознаваемым сознания в процессе психологического исследования занимает поведение, рассматриваемое не как психофизическая деятельность, а всего-навсего как реакция индивидуального организма на внешний мир.

**«Визуализация»** Исходя из вышеотмеченного, рассматривать бихевиоризм и симптоматическое учение в одной плоскости не представляется возможным. Бихевиоризм, отвергая для субъективного деяния значение психики и «психических» понятий, определяет его только как телесные движения; с другой стороны, в симптоматическом учении стержневым назначением телесных движений является отображение психологических данных, релевантных в уголовно-правовом отношении.

Однако здесь же напрашивается вопрос о том, насколько обосновано вышеприведённое замечание Витгенштейна. Несмотря на то что телесным движениям в теории поведения и симптоматизме присуща качественно неоднородная нагрузка, Витгенштейн в равной мере критикует обе концепции по поводу провозглашения этих движений объектом наблюдения.

<sup>375</sup> К. S. Lashely, *Brain Mechanism and Intelligence*, London, 1929, стр. 127.

<sup>376</sup> J. B. Watson, *Behaviorism*, New York, 1925, стр. 98.

<sup>377</sup> Агностицизм классифицирует сущность объективной действительности как непознаваемое.



По его мнению, мы наблюдаем индивидуальный акт, а не телесное движение как таковое или телесное движение, содержащее указания на субъективные элементы деяния.

Этой критике, представленной Витгенштейном, в особенности следуют Дж. Э. Стэнхард, Дж. Уильямс, Р. Дуфф и некоторые другие современные криминалисты. Однако в их взглядах мало чего рационального.

**Метавизуальность деликта**      Если принимать во внимание объективную действительность, деликтное деяние никогда не может быть объектом наблюдения. Таковым может представляться лишь его объективная сторона, как это истолковывается симптоматистами.

Так, например, увидеть убийство как преступное деяние объективно невозможно, ибо в нём, так же как и в любом другом преступлении, законодатель наряду с объективными признаками объединяет внешне невидимые субъективные признаки; то, что мы на самом деле наблюдаем, является лишь смертельной раной, причинённой огнестрельным или холодным оружием, что само по себе убийством в уголовно-правовом понимании не является. Движение нажатия на спусковой крючок может осуществляться рефлекторно, что вызвано определённой непреодолимой силой, и в таком случае увиденный нами физический акт не может квалифицироваться не только как убийство, т. е. как преступное деяние, но и как деяние вообще.

Разумеется, очевидец порой в состоянии устанавливать, что из себя представляет данное телесное движение – преступление, правомерное деяние, просто рефлекторное движение или же движение, совершённое в бессознательном состоянии. Однако этот последующий момент воспринимается субъектом уже не визуально, а констатируется на основе аналитической способности, определяется вследствие оценочного суждения. Ввиду того что зрение относится к сфере чувств, а аналитика и оценка – мыслительные операции, деликтное деяние и его объективная сторона могут определяться как объект, соответственно, активной и пассивной констатации, т. е. установление преступления, в отличие от установления его объективного выражения, всегда связано с активной психической деятельностью.

**Пластика наблюдения**      Наперекор этому последователи Витгенштейна отмечают: «С симптоматической точки зрения, моё наблюдение состоит из тех выводов, которые я формирую о воспринимаемых мной физических телах, движениях и звуках. А по Витгенштейну, объект наблю-

деяния – не тело, а субъект, не телесные движения, а субъективные деяния. При нападении нам не нужно считать преступный умысел с движений, выполняемых телом нападающего, чтобы признать эти движения нападением; мы непосредственно наблюдаем это преступление – умышленное деяние нападающего. Разумеется, порой становится невозможным точное выяснение субъективного акта, поэтому мы можем усомниться или вовсе ошибиться в характере деяния, однако и здесь речь только о характере деяния, об его отдельных аспектах, а не о взаимоотношении телесных движений и умысла»<sup>378</sup>. Таким образом, деяние одновременно должно содержать аспекты противоправности и правомерности, виновности и невиновности. Это означает, что как противоправность, так и вина представляет собой лишь формальное дополнение к понятию деяния, т. е. деяние считается установленным и без выяснения того, какой вид субъективного умысла налицо (деликтный или правомерный) или налицо ли он вообще (т. е. контролирует ли субъект психически свои телесные движения).

Отсюда также однозначно вытекает неразграниченность рефлекторных движений и движений, производимых в бессознательном состоянии; движения этого вида, как известно, локализованы строго в пределах объективной категории и лишены всякого субъективного момента. Следовательно, деяние в ряде случаев может и вовсе не содержать субъективную сторону. Однако такая пластичность понятия деяния в современном уголовном праве совершенно недопустима.

<b>Вербальные и письменные деликты</b>	Физические движения в прямом смысле не являются единственным способом реализации преступления: деликтное деяние зачастую осуществляется как письменно, так и в виде устной речи (угроза, ст. 136; клевета, ст. 137; оскорбление, ст. 138).
--	--

И в отношении этих случаев симптоматизм представляет ту же дуалистическую формулу, ту же модель научного определения эмпирических явлений: наблюдая за определённым эффектом, мы пытаемся констатировать существование тех латентных процессов, которыми этот эффект вызван.

Например, при устной речи объектом непосредственного наблюдения выступают звуки, вследствие анализа которых устанавливается их источник в виде субъективных элементов и которые при определении этих субъек-

<sup>378</sup> R. A. Duff, *Codifying Criminal Fault*, стр. 101.

тивных элементов перевоплощаются из бессодержательного шума в содержательные фразы.

Так же как телесные движения, устная речь ограничивается объективной стороной преступления и не может отождествляться с преступным деянием в целом.

Оскорбление в грузинском уголовном законодательстве определяется как умышленное унижение чести и достоинства личности, выраженное в неприличной форме, однако всякое такое унижение не может считаться виновным, так как лицо может быть невменяемым или действовать под непреодолимым принуждением.

Точное указание на то, что номинальное значение фраз не всегда совпадает с его фактическим значением, содержит статья об угрозе. Она сформулирована следующим образом: «Угроза убийством или причинением тяжкого телесного повреждения или угроза повреждением имущества общепас-ным средством в отношении лица или его близкого, *когда опасность осуществления угрозы довольно основательна* (выделено нами – автор)»<sup>379</sup>. Следовательно, угроза может быть реальной (уголовно наказуемой) и нереальной (уголовно незначительной), несмотря на то что в обоих случаях эта угроза может быть выражена абсолютно идентичным предложением. Одинаково может выражаться вербальная угроза как при разбойном нападении, так и при законном разоружении лица, нарушающего общественный порядок.

В силу этого, если в предложении грамматически отображается один конкретный смысл, в уголовном праве оно всегда двусмысленно или много-смысленно. Не наличествовала бы возможность его дифференцированной интерпретации, утверждение оппонентов симптоматизма о параллелизме устной речи и деяния было бы вполне приемлемо.

В свою очередь, центральным доводом против симптоматизма считается необходимость безусловного признания деяния в письменном акте субъекта. В теории уголовного права этот аргумент, как правило, иллюстрируется следующим образом: если письменный акт наподобие телесных движений и устной речи ограничивается объективной стороной деяния и уже изначально не охватывает его субъективные элементы, на чём должна осно-

<sup>379</sup> საქართველოს რესპუბლიკის სისხლის სამართლის კოდექსი, თბილისი, 1997, მუხ. 136-ე.

ываться юридическая сила такого важного правового института, как завещание?

Завещание, разумеется, действительно должно выражать реальную, а не потенциальную волю субъекта, однако вместе с тем следует принять во внимание и то, что завещание – это не всякое письменное распоряжение собственным имуществом, а только такое, которое выполнено в соответствии с правилом, установленным законом. Данное правило предусматривает особый порядок удостоверения завещания, вследствие чего оно лишается абсолютной единоличности и приобретает относительную билатеральность (в метагражданско-правовом понимании). Точнее, завещание представляет собой не просто письменный акт завещателя, а совместный письменный акт завещателя и соответствующего государственного органа. Ввиду этого неубедителен и этот аргумент против симптоматизма.

## СОВЕТСКАЯ ДОГМАТИКА

**Криминологический  
симптоматизм** Не обходит стороной симптоматическое учение и грузинская советская уголовно-правовая догматика. Здесь встречается совершенно обоснованная критика первоначальной формы симптоматизма. «Уголовная ответственность, – указывают Т. В. Церетели и Г. Т. Ткешелиадзе, – является ответственностью за деяние, а не за личную опасность субъекта. Против этого демократического положения в буржуазной юриспруденции широко распространено т. н. симптоматическое воззрение о преступлении, согласно которому деяние, внешнее проявление воли человека представляет собой только симптом, только повод для оценки личности действующего. Наказывается умонастроение действующего, проявленное в деянии, а не само деяние»<sup>380</sup>. Как верно заключают грузинские криминалисты, это обуславливает «морализацию» уголовного права.

По их же утверждению, субъективное отношение должно составлять предмет уголовно-правового интереса исключительно как детерминант противоправного деяния. Внутренняя агрессивность субъекта, не находящая внешнего проявления, может являться объектом исследования *криминологии*, психологии или некоторых других смежных с уголовным правом наук, но не объектом самого уголовно-правового исследования.

**Объективация воли** Наряду с этим анализ симптоматизма со всей актуальностью акцентирует необходимость выяснения того, что следует понимать под внешним проявлением агрессивной воли – противоправный результат или только противоправное действие или бездействие. Если, с одной стороны, преступление в общем определяется как внешнее проявление воли, а с другой – под внешним проявлением воли подразумевается только противоправное деяние, то не удаётся теоретическое обоснование материального преступления.

Однако если внешнее проявление воли включает в себя также и трансформирующий внешний мир результат и это так и должно быть, то становится

---

<sup>380</sup> თ. წერეთელი, გ. ტყეშელიაძე, მოძღვრება დანაშაულებზე, სტრ. 26.

невозможным обоснование уголовной ответственности за формальное преступление.

Ввиду того что нам представляется недопустимым отрицание того, что преступление представляет собой внешнее проявление воли, неизбежно структурное преобразование второго компонента указанной дилеммы, в частности преступление не должно определяться просто как внешнее проявление воли, т. е. как всякое внешнее проявление воли. В этом последнем дифференцированно должны содержаться оба возможных случая его конкретизации, что окончательно могло бы предотвратить неопределённость, связанную с проблематикой ответственности.

В противном случае вследствие этого покушение на кражу или некоторые другие материальные преступления не повлекут за собой уголовную ответственность, несмотря на наличие в них внешнего проявления антиправовой воли. Или же, наоборот, наказуемость вымогательства (ст. 154) или дезертирства (ст. 262) как формального преступления не может отвергаться по тому поводу, что в составах данной конструкции воля не находит совершенного внешнего проявления.

**Криминалистический симптоматизм** Из другого произведения Т. В. Церетели и Г. Т. Ткешелиадзе наглядно видно, что они не приемлют не симптоматическое учение в общем, а только его первоначальную версию.

Это, прежде всего, проявляется в их подходе к понятию деяния, который принципиально отличается от соответствующей позиции Л. Витгенштейна, Р. Дuffа, Дж. Э. Стэннарда и других оппонентов симптоматизма. «Деяние, – отмечают Т. В. Церетели и Г. Т. Ткешелиадзе, – как акт волевого поведения исключается при рефлекторных и инстинктивных движениях, так как в таких случаях головной мозг не в силе выполнять функцию контроля. Волевое действие отсутствует также при непреодолимой силе и физическом насилии. Психическое насилие (угроза) не исключает волевое действие. Человек привлекается к ответственности за совершённое под влиянием угрозы преступление, если не наличествуют условия крайней необходимости. Человек отвечает также за импульсивное действие (например, за действие

совершённое в состоянии аффекта, если он имел возможность выполнения волевого действия)»<sup>381</sup>.

Таким образом, телесные движения и субъективное деяние не рассматриваются как равнозначные понятия, поскольку каждое деяние представлено в качестве «акта волевого поведения», тогда как телесные движения могут быть лишены облика «акта волевого поведения» (рефлекторные и инстинктивные движения; движения, совершённые как следствие непреодолимой силы или физического насилия; а иногда и импульсивные движения и движения, осуществлённые в условиях психического насилия). А в силу того что телесным движениям не приписывается функция прямого отображения деяния, последнее в отличие от первых не может быть объектом непосредственного наблюдения. Это, как несложно понять, влечёт признание основного принципа современного симптоматизма как минимум с криминалистической точки зрения, что отчётливо просматривается в особенностях всех специальных приёмов, методов и средств раскрытия преступлений.

Тем не менее следует заметить и то, что вышеупомянутая позиция Т. В. Церетели и Г. Т. Ткешелиадзе лишь косвенно направлена на позитивную оценку современного симптоматизма. Прямо грузинское советское уголовное право не признаёт симптоматическое учение.

---

<sup>381</sup> თ. წერეთელი, გ. ტყეშელიაძე (რედ.), საქართველოს სსრ სისხლის სამართლის კოდექსის კომენტარები, თბილისი, 1976, სტრ. 40-41.

## СУБЪЕКТИВИЗМ?

Дж. Э. Стэннард

Несмотря на значительное отличие современного симптоматизма от его изначального вида, не один криминалист по-прежнему упоминает его как субъективистское направление. Наглядным примером этому служит следующее мнение Дж. Э. Стэннарда: «Исходной субъективистской идеей является то, что уголовная ответственность должна (преимущественно) зависеть не от чисто «внешних» элементов поведения субъекта и его эффектов, а от отношения субъекта к этим элементам, не от «объективного» характера случившегося, а от «субъективности» вызываемого им деяния. Типичным проявлением субъективизма является симптоматическое учение. Уголовную ответственность оно основывает на соналичии соответствующего психического состояния и внешнего акта, последний из которых выполняет лишь функцию индицирования этого психического состояния»<sup>382</sup>. Это может рассматриваться лишь как искажённая интерпретация современного симптоматического учения, так как симптоматизм в равной мере связывает уголовную ответственность с обеими сторонами преступления.

Если «внешние элементы» наделены только функцией индицирования «соответствующего психического состояния» (вины) и непосредственно не воздействуют на уголовную ответственность, то симптоматизм не должен предоставлять возможность дифференцирования уголовной ответственности в соответствии с наступившими вредными последствиями деяния, что, однако, не соответствует действительности.

**Степень реализации вины**

Иными словами, симптоматизм подчиняет уголовную ответственность не только преступному умыслу, но также и степени осуществления преступного умысла, что является безотказным индикатором для распознавания отсутствия субъективизма; он так же различает между собой формальное и материальное преступление, как это принято традиционно. В симптоматическом учении возможно выделение целого ряда других моментов, которые субъективистски совершенно недопустимы.

---

<sup>382</sup> J. E. Stannard, Subjectivism, стр. 542.



Вместе с тем напрашивается вопрос, в какой степени может быть убедительным «уличение» симптоматического учения в субъективизме со стороны Стэннарда тогда, когда он самоотверженно настаивает на позитивное решение вопроса о наказуемости в обоих случаях негодного покушения (покушение на негодный объект и покушение с негодным средством). На наш взгляд, вряд ли можно встретить более жёсткое проявление субъективизма.

**Догматико-  
-компаративный  
аспект**

Если сравнивать симптоматизм с другими основными учениями о деянии в традиционной теории уголовного права, сложно усмотреть между ними в связи с рассматриваемой проблемой теоретически закономерное чёткое сходство или различие.

Каузализм и симптоматизм аналогично рассматривают процесс установления вины, но принципиально по-разному определяют понятие субъективного деяния.

А взаимоотношение финализма и симптоматизма основывается на полярно противоположном принципе: они, симметрично определяя понятие субъективного деяния, асимметрично подходят к проблеме вины в систематическом аспекте.

Одновременно с этим объявление вины в симптоматическом учении как психическое состояние не означает исключения общенормативной опции, так как психическим состоянием вина может рассматриваться и в неразрывной связи с его уголовно-правовой оценкой.

## Глава VIII

### КАУЗАЛИЗМ

– §1 –

#### ВВЕДЕНИЕ

**Погасшее  
светило** В современной теории уголовного права данное учение представлено следующим образом: «Каузальное или натуралистическое учение является абсолютной бессодержательностью, в силу чего оно не может быть пригодно в качестве масштаба особых признаков преступления – неправды и вины. Натуралистическое учение не корреспондирует ни с умышленным преступлением, ни с неосторожным деликтом и ни с покушением, ничего не говоря о сложностях, связанных с бездействием. Подобное понятие деяния вообще не в состоянии описать специфическое индивидуальное понятие, присущее человеку правило действия»<sup>383</sup>. Столь отрицательная оценка вызвана тем, что каузальное учение рассматривает каждый волевой акт как объективную обусловленность, т. е. воля представлена в качестве ординарного каузального элемента.

Главными представителями этого учения являются Ф. ф. Лист – основоположник каузализма, Э. Белинг и Г. Радбрух; умеренный каузализм с факультативно субъективизированным составом деяния представлен у Э. Мецгера, сюда же можно отнести и А. Шёнке; к числу «пассивных» последователей каузального учения относятся Х. Шрёдер, Г. Блей и Ю. Бауман.

Здесь же следует заметить, что натуралистическое учение на сегодняшний день уже давно прекратило своё развитие, если не принимать во внимание преимущественно молчаливую приверженность одного или двух единичных последователей в современной теории немецкого уголовного права.

---

<sup>383</sup> Arth. Kaufmann, Schuld und Strafe, стр. 41.

Свет  
погасшего  
светила

Как покажет нижепредставленный анализ натуралистического учения о деянии, в данном учении проблема вины активно развивается в различных направлениях, прямо или косвенно. В то время как в связи с систематическим местом и значением вины среди каузалистов наблюдается единогласие, содержание вины у них предстаёт предметом оживлённой дискуссии.

Созданное Листом *трёхпризначное понятие преступления* несомненно представляет собой один из наиболее важных этапов прогрессивного развития понятия вины. Соответствие составу деяния, противоправность, вина – это та последовательность, которая и по сей день превалирует в значительной части континентальной уголовно-правовой доктрины.

С другой стороны, как известно, здесь же берёт своё начало и поныне господствующая не в одной стране континентальной правовой системы *психологическая теория вины*, а именно у того же Листа. В то же время внесение в вину каждого субъективного признака может явно противоречить существующей действительности, так как некоторые из них в большинстве случаев отнюдь не оказывают конституирующее воздействие на вину, исходя из чего вина, в отличие от утверждений Листа или Белинга, представляет собой не субъективную сторону преступления в целом, а лишь центр её вращения.

## Ф. ф. ЛИСТ

«Физическая»  
воля

Каузализм берёт своё начало в творчестве Ф. ф. Листа. Преступление здесь рассматривается как действие, дефинируемое в качестве произвольного, т. е. осознанного и определённого представлениями телесного движения. Таким образом, преступление, по Листу, понимается как осуществление воли, только волей ему представляется не определённый психический акт как таковой, а «физический акт, непосредственно возбуждающий моторные нервы». Лист пишет: «Где не наличествует действие в этом значении, будь это отсутствие телесного движения или невозможность координирования данного движения с волей, там не может наличествовать ни деликт, ни преступление»<sup>384</sup>.

Неопровержимо, что воля с необходимостью предполагает в качестве материальных, физических предпосылок обширный спектр реальных компонентов, однако провозглашение воли физическим актом означает отрицание всякого категориального различия между физическим и психическим.

Психическая деятельность в строгом понимании на самом деле совпадает с понятием физической деятельности, ибо как память, так и аффекты, как мышление, так и воление – всё это явления и процессы, обозначающие церебральную активность, т. е. активность одного из физических органов.

В современной психологии психические явления и процессы характеризуются как «высшая нервная деятельность» (Павлов, Рубинштейн)<sup>385</sup>, что по сути не указывает не на что иное.

В то же время это формальное сходство отнюдь не может служить основанием для утверждения тождественности психических и физических актов: психический акт – *хотя материально производимая, но нематериальная, абстрактная категория, не обладающая материальной действительностью*, и это кардинально отличает его от физического акта как от реальной категории.

---

<sup>384</sup> F. v. Liszt, E. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., стр. 64.

<sup>385</sup> См. S. L. Rubinstein, Sein und Bewußtsein, Berlin, 1962.

Лист, пренебрегая этим обстоятельством, не замечает исходящий из своего воззрения нонсенсный вывод, согласно которому налицо категориальная тождественность психики и тела.

**Метафизика**      Этому «материально-фотографическому» восприятию  
**М. ф. Бури**      воли предшествовала аналогичная дефиниция М. ф. Бури. В то время как у Листа воля представляет собой физический акт, Бури рассматривает её как «естественную силу, которой телесная сила приводится в движение». Как видим, и этот последний подобно Листу далёк от надлежащего понимания психической природы воли, но он не сводит содержание вины к понятию телесного поведения.

В силу этого ошибочно ныне принятое мнение о том, словно в учении Листа неизменно отображаются воззрения Бури о субъективной воле. На наш взгляд, аналогичность их позиций гораздо теснее в связи с вопросом о преступном деянии, в частности в аспекте обоснования каузальности бездействия.

**Когниция**      Как явствует из определения Листа, воля не является единственной проблемой, которую он анализирует в отрыве от существующей действительности. Осознанность деяния и его определённости представлениями не могут быть предпосылками вины.

Во всех тех случаях, когда субъект сознательно редуцирует способность действия в соответствии с собственной волей, он также лишён способности осознания и определения представлениями своих деяний.

Типичным примером этому служит совершённое в состоянии опьянения противоправное деяние, виновность и наказуемость которого Лист не отвергает. Однако если конститутивным признаком каждого преступного деяния предстаёт необходимость осознания и определения представлениями этого деяния, то основанием виновности должно служить не совершённое в состоянии опьянения противоправное деяние, а сознательное приведение себя в данное состояние.

Помимо этого, в случае неосторожной вины налицо всего лишь возможность определения деяния представлениями, но не сама определённости представлениями. А один из её подвидов – небрежность и вовсе именуется неосознанной неосторожностью.

**Бездействие** При определении преступления действием, а не деянием, Лист не присоединяет бездействие в качестве самостоятельного компонента к понятию действия, как это в большинстве случаев принято полагать, а вообще отвергает его уголовно-правовое значение. *По Листу, негативное действие – нормативная ирреальность.*

В подтверждение этому он отмечает: «Бездействие не есть несодеяние ничего, это не-содеяние-чего-то, т. е. «иное действие», а не собственно бездействие. Этим обосновывается содержание бездействий как позитивных действий и их каузальный характер»<sup>386</sup>. То, что содержание бездействия не совпадает с содержанием позитивного действия, мы уже попытались прояснить в рамках критического анализа психологизма.

Здесь же мы всего лишь приведём следующее замечание В. Хардвига, направленное против данного положения Листа: «Фон Лист неверно интерпретирует понятия действия и иного действия, когда он предлагает руководствоваться подобным «логическим» выводом: лицо было обязано выполнить то или иное действие; оно это действие не выполнило; «следовательно», оно осуществило действие (!). Исходя из этого, невыполнение каждого юридически обязательного действия есть выполнение соответствующего наказуемого действия. И это на фоне того, что по его же определению каждое действие – произвольное телесное движение»<sup>387</sup>. Допущенная Листом столь грубая разноречивость порождает необходимость выяснения того, чему он в конечном итоге отдаёт предпочтение: преступлению как действию или действию как телесному движению.

Если преступление рассматривать только как действие, это последнее должно включать не только телесное движение, и наоборот: если действие – это всего лишь телесное движение, то преступление должно включать не только действие.

Ввиду того что Лист рассматриваемое противоречие явно не признаёт и не отвергает прямо ни одно из вышеупомянутых взаимоисключающих положений, решить проблему приоритетности в отношении этих положений весьма непросто.

<sup>386</sup> F. v. Liszt, E. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., стр. 64.

<sup>387</sup> W. Hardwig, Die Zurechnung, стр. 77.

**Каузальность** Не проливает свет на эту многосложность утверждение Листа о каузальности. Он отмечает: «Преступный результат является следствием телесного движения, т. е. это последнее представляет собой его причину; действие всегда должно находиться с результатом в причинной связи»<sup>388</sup>.

Впоследствии же Лист стремится обосновать причинную связь между традиционно понятым бездействием и результатом. Таким образом, Лист косвенно признаёт и бездействие как телесное движение.

Разумеется, в некоторых случаях уголовно-правовое бездействие может выражаться в телесном движении (например, субъект спешно удаляется с места происшествия, чтобы уклониться от оказания первой помощи пострадавшим), но в таких случаях телесные движения как телесные движения лишены уголовно-правового интереса и в силу этого не могут предстать в качестве основания уголовной ответственности. В уголовно-правовом отношении важно лишь то, что делинквент не осуществил нормативно обязательные телесные движения, и совершенно неважно то, что совершил он это противоправное деяние посредством других телесных движений или без этого.

Наряду с этим, даже если иные телесные движения обладали бы определённым уголовно-правовым значением, для опровержения мнения Листа достаточно было бы и того, что уголовно-правовое бездействие зачастую отнюдь не сопровождается никаким телесным движением.

С учётом всего этого допущение Листом бездействия как телесного движения можно рассматривать как тщетную попытку одновременного сохранения обоих исходных тезисов.

**Двойная логика неделимости деяния** Необходимо здесь же указать, что это не соответствует вышепредставленной изначальной позиции Листа о бездействии, потому как изначальное мнение Листа о бездействии рассматривает в существенно иной плоскости: бездействие отождествлялось с позитивным действием не потому, что это первое определялось как телесное движение, а лишь постольку, поскольку, бездействуя, субъект внутренне действовал против уголовно-правовой обязанности.

Характер допущенных в этих отдельных случаях погрешностей диаметрально противоположен друг другу. Первоначальная позиция посягает на кри-

<sup>388</sup> F. v. Liszt, E. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., стр. 76.

терий дифференцирования действия и бездействия, а в рамках подхода, возникшего вследствие последующей непоследовательности, Лист адаптирует к этому критерию ошибочное содержание бездействия.

Первый промах конкретно проявляется в том, что Лист характеризует действие на основе физических (объективных), а бездействие на основе психических (субъективных) показателей, что означает не замену физического критерия психическим критерием (для этого ему следовало бы представить оба вида деяния посредством психических данных), а отрицание критерия как такового и механическое слияние с физически определённым действием психически определённого бездействия.

То же самое касается всех остальных криминалистов, полагающих, что возможна содержательная координация действия и бездействия в обход единого критерия их дифференциации.

В отличие от этого конкретное проявление очередной неточности Листа состоит в своевольном, совершенно неприемлемом определении объективной стороны в бездействии.

**«Каузальность» бездействия** Закономерным следствием этого и некоторых других ошибочных положений Листа является придание им преувеличенного значения причинной связи, что не раз подвергалось резкой критике со стороны немецких криминалистов.

«Фон Лист и вместе с ним господствующее учение, – читаем в теории немецкого уголовного права, – к понятию действия, помимо самого действия, относят и бездействие. Аккомодация этого к вопросу о каузальности означает подразумевание под понятием причинной связи как самой причинной связи, так и не причинной связи. Легко догадаться, что препятствует каузальному учению признать логическую необходимость этого вывода; тем самым оно само выявило бы недопустимость внесения бездействия в понятие действия»<sup>389</sup>.

В пользу Листа и натуралистического учения можно отметить лишь то, что в уголовно-правовой доктрине того времени почти единогласно признавалась абсолютность причинной связи.

<sup>389</sup> W. Hardwig, Die Zurechnung, стр. 78.



**Семантика делений деяния** Несмотря на вышепредставленные слабые струны каузалитета, учению Листа всё-таки удалось оказать определённое символическое влияние на развитие понятия деяния, осязаемое и поныне. И по сей день в немецком уголовном праве деяние формулируется тройственно: 1) как действие, состоящее из учинения или совершения и бездействия (*Handlung: Tun bzw. Begehung und Unterlassen*); 2) поведение или деяние, включающее действие и бездействие (*Verhalten: Handlung und Unterlassung*); и, наконец, 3) действие в широком смысле, которое делится на действие в узком смысле и бездействие (*Handlung i. w. S.: Handlung i. e. S. und Unterlassen*).

Первое и третье понятия уголовно-правового деяния, правда, непосредственно не вытекают из понятия действия Листа, однако несомненно содержат определённые методологические указания на данное понятие: бездействие в указанных случаях в той или иной форме вторгается в состав понятия действия.

**Неосторожность** Таков подход Листа к проблеме неосторожности: «Неосторожность – это воля как причина действия с противоправными последствиями, не сопровождающаяся представлением о его каузальности, если действующий а) при осуществлении действия не проявляет нормативно обязательную и продиктованную конкретными обстоятельствами заботливость (объективный масштаб), и если он б) мог предвидеть противоправные последствия, т. е. был в состоянии создать себе представление о причинности своего деяния (субъективный масштаб)»<sup>390</sup>.

Очевидно, что Лист и неосторожность рассматривает только в отношении действия, тогда как бездействию по-прежнему приписываются позитивность и каузальность.

**Вина как воля или психическое отношение?** Вместе с тем наше внимание привлекает определение Листом неосторожности как субъективной воли. Наряду с неосторожностью он таковым представляет также и умышленную вину, однако с тем различием, что при умысле воля – причина противоправного действия, о причинности которого субъект уже имеет представление. Таким образом, можно сказать, что, по Листу, вина яв-

<sup>390</sup> F. v. Liszt, E. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., стр. 117.

ляется всего лишь волей, однако не всякой, а лишь такой, которая составляет причину противоправного действия (деяния).

Напрашивается вопрос: что отличает друг от друга вину как субъективную волю и вину как психическое отношение между субъектом и его деянием, которое также и в первую очередь известно как формула вины Листа, положившего начало психологической теории вины? Прежде всего, эта теория в своём *первозданном виде* и по сей день сохраняет свои позиции в значительной части континентального уголовного права, включая российское уголовное право.

И в психологическом учении вина хотя является лишь психическим отношением, но не всяким, а только таким, которое связано с противоправным деянием и результатом.

С нормативной точки зрения, вина в обоих случаях представляет собой дескриптивное понятие, лишённое оценочного момента.

В определении воли Листа внешняя оценка действительно отсутствует, тем не менее субъективная воля характеризует уголовно-правовую вину гораздо масштабнее и глубже, чем психическое отношение.

Дело в том, что психическое отношение (*psychische Beziehung*) может исключать всё что угодно, но не индивидуальную оценку любого надлежащего объекта со стороны психически относящегося к данному объекту. Последнее как индивидуальная оценка противоправного деяния полностью irrelevantно в рамках квалификации этого деяния в качестве виновного (если, конечно же, не понимать психическое отношение так, как это имеет место в нормативизме). Позитивность или негативность психического отношения, как правило, должна приобретать своё значение только при установлении степени виновности. Как показал анализ грузинской психо-нормативной теории вины, в деянии субъекта вина не может отрицаться только в силу того, что он отрицательно оценивает совершённое им противоправное действие или бездействие. Психическое отношение не «создаёт» деликтного деяния, это всего лишь его пассивный психический придаток, тогда как исключение воли из содержания вины означает объективное вменение.

**Волюнтаристическая трилемма** Лист лучше многих современных криминалистов видит, что субъективная воля имеет равное значение в отношении умышленной и неосторожной вины. В настоящее время настойчиво формируется мнение о том, что неосторожный деликт не является дея-

нием, соответствующим воле субъекта, что в конечном счёте ведёт к полной декриминализации этого вида деликтного поведения. Данная тенденция абсолютно беспочвенно противоречит не только беспрецедентно возросшим требованиям заботливости и осмотрительности интенсивно технологизированной действительности, но и самому воззрению Листа, в основе которого заложено кантианское понимание воли, равно как современной психологии, где желание – всего лишь начальная ступень воли.

В то же время Лист не склоняется и к представленной в уголовном праве другой крайности, связанной с уголовно-правовой доктриной К. Биндинга. Биндинг пишет: «Желание и воля значительно отличаются друг от друга – первое относится к сфере представления, последняя же охватывается сферой действительности. В то время как в случае желания господствует субъективное представление, воля относится к реальным предметам и она не меняется субъективной ошибкой, в отношении неё представление безвластно»<sup>391</sup>. Эта позиция в точности соответствует современной Биндингу психологии Вундта.

О том, что каждый конкретный вид субъективного поведения не может корреспондировать с волей, указывал ещё Х. Хайнеман: «Биндинг, утверждая, что воля распространяется на каждое вызванное субъектом во внешнем мире изменение, заблуждается, ибо такое расширение понятия воли делает это понятие непригодным для всех практических наук. Ошибочность его вывода вытекает из диспропорционального соотношения понятия воли с понятием каузальности. Для Биндинга остаётся незамеченным, что воля – это всего лишь один из звеньев в цепи каузальности, но не единственное её звено. Порождение моим действием определённого эффекта ещё не означает, что я этот эффект волею, а означает только то, что он был осуществлён мной. С вызванным во внешнем мире изменением субъективная воля будет связана только тогда, если это изменение соответствует представлению субъекта»<sup>392</sup>. Исходя из перспективы новейшей психологии, и представленная Хайнеманом критика не может считаться до конца основательной, но в ней убедительно трактуется принципиальная неприемлемость позиции Биндинга.

Таким образом, в уголовном праве субъективная воля описывается неоднородно, проявлением чего предстают следующие признаки: 1) неразграни-

<sup>391</sup> К. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, 3. Aufl., стр. 110.

<sup>392</sup> См. G. Nass, Wandlungen des Schuldbegriffs, стр. 99.

ченность воли и желания (традиционная догматика); 2) объединение в воле желания и самопринуждения (Лист) и 3) отмежевание воли от представления (Биндинг).

Позитивно выделяя воззрение Листа, следует заметить, что он иногда противоречит своему же постулату. Так, например, воля определяется им также в виде «вызванного представлением стремления» и объектом воли характеризуются не результат и деяние (действие), а только деяние.

**Трёхпризначное  
понятие  
преступления**

В данном случае решающее значение имеет отношение Листа к структурным элементам системы преступления и форме их взаимоотношения. Этим познаётся сущность каузального учения. Как известно, идея классической схемы системы преступления принадлежит именно Листу, которую впоследствии научно упрочил и развил другой каузалист Белинг. Согласно Листу, понятие преступления конструируется из деяния (его соответствия составу преступления), противоправности и вины, где деяние на протяжении всего его творчества остаётся сугубо натуралистическим. До конца верен натуралистическому понятию деяния и Белинг, в отличие от которого Радбрух, несмотря на немаловажность количества и качества предложенных им догматических и систематических уточнений, сам же вносит определённые сомнения в его непоколебимость.

На наш взгляд, объективная неправда и субъективная вина (скажем так: субъективная неправда) – это серьёзная заявка на перспективное развитие понятия преступления, невзирая на все технические нарекания, прежде всего, со стороны заметно дезориентированной нынешней немецкой догматики.

В то же время привлекает своей неординарностью динамика развития трёх основных теорий Листа: во-первых, та же немецкая догматика никак не расстанется с трёхпризначным понятием преступления Листа, но уже давно предпочитает ничего не слышать о его психологической теории вины (аналогичная ситуация в современной грузинской уголовно-правовой доктрине); во-вторых, российское уголовное право, которое никак не расстанется с психологической теорией вины Листа, по-прежнему ничего не желает слышать о его трёхпризначном понятии преступления; и, наконец, ориентированная теорией наказания Листа вся систематика уголовного права на специальную превенцию так и остаётся ориентированной на вторичную превенцию, разветвляясь на специально- и общепревентивные модели в раз-

личных уголовно-правовых доктринах. Очевидно одно: между этими тремя теориями порой может отсутствовать неразрывная взаимосвязь, но не могут быть правы одновременно все указанные взаимоисключающие уголовно-правовые доктрины.

## Э. БЕЛИНГ

### Размежевание деяния и состава

Г. Швейкерт отмечает: «Фон Лист и Белинг из понятия деяния пренесли в состав преступления все внешние обстоятельства волевого поведения: результат, способ, объект преступления, причинное отношение между деянием и результатом, личностные, пространственные и временные отношения. Соответственно, понятие деяния превратилось как в объективную, так и в субъективную бессодержательность»<sup>393</sup>.

Однако сам Белинг против этого первоначального воззрения указывает: «Там, где состав преступления включает каузальное отношение (например, причинение смерти человеку), оно должно состоять не только в результате, но и в результате и деянии совместно. Деяние в подобных случаях как причина результата однозначно оказывается в составе преступления»<sup>394</sup>.

Та же противоречивость встречается у Листа, когда он состав преступления определяет как характеристику результата и его детерминации (деяния).

Однако в чём выражается практически размежевание состава преступления и деяния?

Лист и Белинг полагают, что «убийство (Tötung) дано и тогда, если смерть человека вызвана животным, механизмом или природным явлением; а отсутствие преступления в этих условиях результирует из отсутствия не состава преступления, а деяния»<sup>395</sup>. Из этого наглядно видно, что состав преступления не содержит никаких указаний не только о волевой стороне субъективного деяния, но и о субъективном деянии вообще. Вместе с тем состав преступления может наличествовать и при отсутствии деяния.

И если это так, то какой смысл и какое значение приобретает термин «соответствие составу преступления», т. е. что подсуммируется под состав преступления и что соответствует составу преступления, если не существует деяния? С ним не может корреспондировать только результат или природное явление, вызывающее этот результат, так как единственное, к чему обращена и

<sup>393</sup> H. Schweikert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre, стр. 16.

<sup>394</sup> E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen, 1906, стр. 30.

<sup>395</sup> Ibid., стр. 145.

что описывает норма уголовного права как правило поведения, – это субъективное деяние.

Так, например, в норме об убийстве законодатель описывает именно убийство, т. е. лишение жизни другого лица, а не смерть другого лица, в норме о краже – именно кражу, т. е. хищение имущества у собственника, а не потерю имущества собственником.

В силу этого *предметом соответствия составу преступления не может быть ни результат, ни детерминация результата, если это не субъективное деяние*, что, в свою очередь, означает неприемлемость сепарации состава преступления и деяния.

Помимо этого, последующее возвращение Листом и Белингом деяния в состав преступления не было осуществлено надлежащим образом, ибо ими деяние как детерминация результата по-прежнему подчинялось значению самого результата.

**Обстоятельства, исключают деяние** Ввиду этого данная система преступления должна быть оснащена *первой* промежуточной ступенью *в виде исключают деяние обстоятельств*, а именно в рамках *вступительной* сферы в сочетании с *фактическим вредом* (с фактической опасностью) и с учётом процессуально-технического принципа правила и исключения, т. е. наличие фактического вреда может условно презюмировать наличие деяния и при отсутствии исключают деяние обстоятельства (природные явления, неиндивидуальный акт, непровольная психомеханика и т. д.) свидетельствовать о его наличии, наподобие корреляции оправдывающих и экскульпирующих обстоятельств соответственно с противоправностью и виной.

Так же как ступень исключают деяние наказание обстоятельств располагается за пределами системы преступления, а именно после неё, и ступень исключают деяние обстоятельств мыслима только за пределами системы преступления, а именно до неё.

В таком случае эта теоретически изящная и необычайно прагматичная система с точки зрения квалификации деяния преступлением может подлежать дальнейшему анализу.

**Масштаб типичности преступления** Особое внимание привлекает то, какое теоретическое обоснование первоначального состава преступления Листа предлагает Белинг. «Состав преступления, – отмечает он, – есть очертание типа преступления или, точнее, совокупность тех признаков, которыми определяется, типично с каким преступлением имеет дело. Соответственно, состав преступления представляет собой лишь элемент статьи уголовного закона, определённый с целью индивидуализации»<sup>396</sup>.

И в другом месте: «Типичность и соответствие составу преступления как свойство деяния составляют конститутивный признак понятия преступления»<sup>397</sup>.

На наш взгляд, всё это свидетельствует именно против того, к обоснованию чего стремится Белинг: если соответствие составу преступления как свойство деяния исходит из того, что состав преступления – это описание типичного преступного деяния, то на каком основании объявляется носителем этого свойства результат или несубъективная детерминация результата?

Впрочем, вследствие интенсивной критики Белинг постепенно значительно трансформирует своё учение о составе преступления и формирует его таким образом, что новая модель состава преступления в своих общих чертах, т. е. за рамками полемики о конкретизации субъективного, уже легко находит своё доминантное место в традиционной догматике.

**Дескриптивность состава преступления** В этих весьма противоречивых положениях Листа и Белинга несложно обнаружить их общий знаменатель – это дескриптивность. «Состав преступления может быть лишь выражением внешнего происшествия без учёта протекаемых в психике субъекта процессов»<sup>398</sup>, – пишет Белинг.

В то время состав преступления как система внешних признаков, лишённая оценки, отвергалась многими криминалистами в качестве самостоятельного этапа признания деяния преступным. Однако убедительность утверждения каузалистов этим отнюдь не угасает; Лист и Белинг безошибочно отображают уголовно-правовую реальность, стремясь дистанцировать состав преступления, с одной стороны, от всего субъективного, а с другой – от всего оценочного.

<sup>396</sup> Ibid., стр. 181.

<sup>397</sup> Ibid., стр. 110.

<sup>398</sup> E. Beling, Grundzüge des Strafrechts, Tübingen, 1930, стр. 13.



Логически также оправдана та последовательность, в рамках которой за составом преступления следуют противоправность как оценка объективной стороны и вина в виде центрального субъективного признака преступления. А терминологические предпочтения и технические нюансы могут быть спорными не только до, но даже и после самого спора.

**Объективная неправда** Мы остановим наше внимание лишь на той отрицательной оценке, которую предлагает В. Хардвиг в отношении этого каузалистического деления структуры преступления. Он иллюстрирует свой анализ классической схемы следующим примером: с целью самоубийства пешеход преграждает путь автомобилисту, для которого предотвращение летального последствия объективно невозможно.

Вслед за характеристикой состава преступления и противоправности на примере данного казуса Хардвиг отмечает: «Для того чтобы действовать неосторожно, необходимо нарушить определённую уголовно-правовую обязанность. Такой обязанностью предстаёт проявление соответствующей заботливости, внимательности и предусмотрительности. В результате исследования мы не находим ни одну уголовно-правовую обязанность, нарушенную автомобилистом, но когда субъект не нарушает уголовно-правовую обязанность, не может устанавливаться и то, что он действовал противоправно! Здесь нельзя сказать, словно в деянии автомобилиста наличествует объективная, но не субъективная противоправность. Что имеется в виду: разве существуют две противоправности? Может ли деяние одновременно быть и противоправным и непротивоправным? И что означает «объективное» и «субъективное»? Ведь и должная заботливость или предусмотрительность – объективная уголовно-правовая обязанность»<sup>399</sup>. Последнее замечание направлено против той группы криминалистов, которые полагают, что при невиновном телесном повреждении или невиновном лишении жизни субъект действует или бездействует противоправно, но не в противоречии с обязанностью, что указывает на существование таких обязанностей, которые касаются только вины, но не противоправности.

**Добро и обязанность** Мы совершенно несогласны с Хардвигом и отчасти – с упомянутой группой криминалистов. Хардвиг заблуждается, объявляя предпосылкой противоправности нарушение уголовно-правовой обязанности.

<sup>399</sup> W. Hardwig, Die Zurechnung, стр. 80.

Действующий противоправно нарушает всего лишь охраняемое юридически чужое добро, а не свою обязанность, ибо такая обязанность может на него вообще не возлагаться. Например, неменяемый индивид не наделён никаким видом уголовно-правовой обязанности, однако он вполне может действовать противоправно, т. е. убить, обокрасть или причинить иной вред в условиях отсутствия исключаящего противоправность обстоятельства, что влечёт применение уголовно-правовых превентивных мер. Всегда, когда попирается уголовно-правовой интерес, нарушается и уголовное право, вне зависимости от того, сопровождается ли посягательство на это добро невыполнением пропорциональной обязанности.

Как нами выделялось и выше, противоправность и вину следует различать между собой как нарушение субъективного права (противоправность) и нарушение обязанности (вина), определяя последнее, конечно же, с учётом принципа *ultra posse*.

Таким образом, заблуждается не только Хардвиг, рассматривающий каждое противоправное деяние как нарушение уголовно-правовой обязанности, но также и та часть авторов, которая невыполнение некоторых уголовно-правовых обязанностей относит к противоправности, а некоторых – к вине.

И поскольку всякое нарушение субъективного права уже означает противоправность, следует заметить, что в казусе Хардвига автомобилист действовал противоправно, не нарушая обязанность предусмотрительности (заботливости, внимательности).

Следовательно, исключение вины в классической схеме отнюдь не вынуждает исключать противоправность и признавать тем самым диссонансный характер данной схемы, как это утверждал Хардвиг.

**Вина как  
«психическая  
ошибочность»**

В двух различных трудах «Учение о преступлении» и «Невиновность, вина и ступени вины» Белинг по-разному подходит к проблеме уголовно-правовой вины.

В первом из них вину или виновность, так же как противоправность, Белинг рассматривает как свойство деяния и определяет её как психическую ошибочность деяния (*psychische Fehlerhaftigkeit der Handlung*)<sup>400</sup>.

<sup>400</sup> E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, стр. 45.

А во втором труде вина уже представлена как «упречность или осуждаемость по психической стороне деяния»<sup>401</sup>.

Особенности понятия вины и непосредственно корреляции вины и состава преступления исследуются Белингом также в его не менее важном произведении «Учение о составе преступления».

Состав преступления как «внешнее очертание типа преступления» чётко отличается от вины, и эта последняя целиком выносится из его структуры, потому как расширенный на психологические признаки состав преступления Белинг называет *contradictio in adjecto*<sup>402</sup>.

Помимо натуралистически понятой произвольности, относящейся к каузальному понятию деяния, все психологические признаки преступления как «особые свойства воли» им представлены в качестве принадлежностей понятия вины.

**Вина –  
«психическое  
отражение неправды»**

Белинг пишет: «Прежде всего, это психические отношения к составу преступления (умысел) и к противоправности (сознание неправды). Вви-

ду этого вина является психическим отражением состава преступления и противоправности»<sup>403</sup>. В психических признаках преступления, представленных в качестве составных компонентов вины, помимо умысла (или неосторожности) и сознания неправды, Белинг подразумевает тенденции действующего (*Tendenzen des Täters*), мотивы и цели, если налицо телеоделикт (т. е. преступление, включающее указание на специальную цель деяния). Для неправды последнего он считает достаточным его объективное существование и не требует необходимости определённых субъективных отношений для её конституирования, т. е. цель, согласно Белингу, важна только как субъективный элемент без надобности её осуществления.

Как наглядно видно из воззрений Листа и Белинга, цель не может быть охвачена психическим отношением к составу преступления (умыслом), так как она направлена к моменту, находящемуся вне соответствия деяния составу преступления (например, в случае убийства из корыстных побуждений цель делинквента состоит в получении выгоды материального характера, а умыслом охватывается только убийство).

<sup>401</sup> E. Beling, *Unschuld, Schuld und Schuldstufen*, Leipzig, 1910, стр. 8.

<sup>402</sup> E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, стр. 178.

<sup>403</sup> E. v. Beling, *Die Lehre vom Tatbestand*, 1930, стр. 11.

Белинг называет это исключением из другого своего положения, в котором умысел представлен как главное основание индивидуализации вины так же, как состав преступления – в отношении деяния.

Следует заметить, что интеграция всех психологических признаков преступления в понятии вины Белингу создаёт множество других сложностей и вынуждает его выделить не одно подобное исключение. В их числе соотношение мотива преступления и вины: при исследовании мотива как отягчающего или смягчающего вину обстоятельства выясняется, что вина наличествует вне зависимости от мотива и что этот последний оказывает на неё лишь внешнее квантитативное влияние.

Причину признания вины психическим отражением состава преступления и противоправности, т. е. условно субординированной ориентации вины на неправду Белинг на примере умысла трактует следующим образом: «Определение умысла в качестве «рефлектированного» от состава преступления субъективного элемента обусловлено принципом виновной ответственности. В понятии вины безусловно должен находить совершенное косвенное отображение каждый объективный признак преступления. Оторвать вину от всего того, из чего объективно состоит преступление, – значит вернуться к антигуманному примитивизму прошлых времён. Вместе с тем умысел немислим без психического отношения к противоправности – без сознания неправды»<sup>404</sup>. Из числа вышеупомянутых объективных признаков Белинг исключает такие обстоятельства преступления, которые закон оснащает строго объективным значением.

«Дескрипция – оценка – дескрипция»      Здесь же заметим, что положение Белинга о корреляции вины и объективных признаков преступления указывает на их принципиальную систематическую дифференцированность, а не на пренебрежение категориальными различиями между ними, как это может показаться на первый взгляд.

Вину как целостность психологических признаков преступления Белинг лишь сопоставляет с его объективными признаками, констатируя ту истину, что *субъективная сторона преступления вытекает из объективной стороны преступления*, а не наоборот, поскольку здесь речь идёт не о процессе делинквирования, а о процессе квалификации деяния преступлением.

<sup>404</sup> E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, стр. 180.

Подтверждением отграниченности вины от объективных признаков в классической схеме служит и следующее утверждение, представленное в традиционной теории уголовного права: «Натуралистическое понимание (лишённого оценочности) понятия состава преступления и (психологического) понятия вины, т. е. «естественное» изложение специфически юридических понятий приводит Белинга к формальному отмежеванию состава преступления от противоправности (дескрипция – оценка) и вины (дескрипция объективного – субъективное = психическое)»<sup>405</sup>.

Таким образом, в отношении вины объективная сторона является объектом лишь ориентации, а не интеграции.

<b>Умысел и сознание противоправности</b>	Не промахивается Белинг и тогда, когда психическое отношение к противоправности (сознание неправды) с необходимостью связывает с психическим отношением к составу преступления (с умыслом).
---	---

Тем не менее он ошибочно представляет себе причину этой неразрывности, называя таковой свой вышерассмотренный принцип необходимости ориентации вины на объективные признаки. Противоправность, как признаёт сам Белинг, носит не описательный, а оценочный характер, и, следовательно, психическое отношение к противоправности означает взаимосвязь вины не просто с объективными признаками, а с оценочным суждением об этих признаках. Данная методологическая опрометчивость наглядно отображается во взаимной несовместимости неосторожной вины и сознания неправды.

<sup>405</sup> Н. Schweikert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre, стр. 28.

**Г. РАДБРУХ**

**Критика  
«негативных признаков  
состава преступления»**

Одним из основных представителей каузального учения является и Г. Радбрух. В этом отношении особо следует выделить опубликованное им в 1904 году исследование «Значение понятия деяния для системы уголовного права».

Радбрух неуклонно отстаивает трёхпризначное понятие преступления от представленной А. Баумгартеном концепции, известной в уголовном праве как «учение о негативных признаках состава преступления».

Баумгартен относит «исключительные нормы» (*Ausnahmennormen*), т. е. оправдывающие обстоятельства, к составу преступления<sup>406</sup>, о чём Радбрух пишет: «Учение о негативных признаках состава преступления влечёт слияние состава преступления и противоправности; рядом с соответствием составу преступления противоправность прекращает своё существование как особая спецификация преступления. Она превращается в свойство сущности состава преступления и устанавливается в пределах самого состава преступления»<sup>407</sup>. Баумгартен и сам прямо указывает на необходимость внесения противоправности в состав преступления, вследствие чего преступление он определяет как структурную целостность соответствия деяния составу преступления и вины.

Непосредственная причина этой скорее революционной, чем эволюционной тактики ему видится в следующем: «Внесение противоправности в состав преступления обусловлено спецификой сознания противоправности. Сознание противоправности представляет собой не особый элемент вины, а составляющую умысла, и тем самым противоправность должна рассматриваться как объект умысла, т. е. как признак состава преступления»<sup>408</sup>. Естественно, для Радбруха это в корне неприемлемо, так как он твёрдо стоит на позиции Белинга о корреляции сознания противоправности и вины.

---

<sup>406</sup> А. Baumgarten, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, стр. 218.

<sup>407</sup> G. Radbruch, *Zur Systematik der Verbrechenslehre*, in: Frank-Festg., Bd I, Tübingen, 1930, стр. 165.

<sup>408</sup> А. Baumgarten, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, стр. 220.

**Онтология** Радбрух в рамках своих каузалистических воззрений проблемно касается онтологической проблематики в уголовном праве. Он старается исследовать, к какому виду действительности относится выражающаяся в уголовном праве, его понятиях и оценках фактичность – к физической реальности, наблюдаемой глазами физика или физиолога, к действительности, наблюдаемой психологом, или же она более приближается к действительности общественного бытия, обретающей свой облик в практическом существе и деятельности субъектов. Склоняясь к последнему, Радбрух формирует свою позицию с ссылкой на основные онтологические постулаты.

Однако нельзя сказать, что тем самым Радбрух глубоко вникает в суть онтологической догматики: он пытается обосновать каузализм, опираясь на онтологию, на волне совершенной неприемлемости каузальной концепции с онтологической точки зрения.

Для господствующей онтологической доктрины, представленной Н. Гартманом, было характерно деление бытия на две формы – реальную и идеальную, где первая, в свою очередь, подразделялась на четыре основные ступени: неорганическую (физиоматериальную), органическую, душевную и духовную.

В основе этой классификации лежит качественное различие между отдельными формами движения материи, которые нередуцируемы (несводимы) друг к другу. Так, например, органическое хотя содержит закономерности качественно более низкой ступени – аорганического, но наряду с этим проявляет и такую качественно новую характеристику, которая только посредством имманентных аорганическим закономерностей не может истолковываться. Или же наоборот: хотя каждая ступень имеет собственные категории и собственную закономерность, но существует также и ряд т. н. фундаментальных категорий, характеризующих каждую отдельно взятую ступень.

В этой теоретической конструкции категориальной универсальностью отличается индивидуальное деяние, т. е. оно охватывает все четыре ступени онтологической схемы. А в каузальном учении сущность деяния локализована всего лишь в каузальности, в силу чего оно не выходит за пределы самой первой онтологической ступени.

Таким образом, в каузализме онтологическая структура деяния по существу представлена только фрагментарно, в виде одной конкретной грани из онтологической многогранности, что и свидетельствует о принципиальной несовместимости каузального учения с онтологической догматикой. Соответственно, отклонение Радбруха может рассматриваться как эссенциальное.



## УМЕРЕННЫЙ КАУЗАЛИЗМ: Э. МЕЦГЕР

**Факультативно  
субъективная  
неправда**

Весьма специфическое развитие находит каузальное учение о деянии у Э. Мецгера. Так же как у предыдущих каузалистов, и здесь сущность состава преступления состоит в описании изменения внешнего мира как объективного процесса. Однако в отличие от них Мецгер вносит в состав преступления оценочный момент, который изначально в каузальной концепции был характерен для противоправности, и некоторые субъективные элементы, рассматриваемые ранее в пределах понятия вины<sup>409</sup>.

Мецгер пишет: «То, что неправда представляет собой объективное нарушение интересов, ещё отнюдь не свидетельствует о том, словно её установление всегда возможно без выяснения «субъективного» направления воли. Белинское деление: противоправность – объективная сфера и вина – субъективная сфера не соответствует фактам позитивного закона (...). Локализация всех субъективных элементов деяния в понятии вины неприемлема, так как их часть предстаёт необходимыми признаками неправды (...). В силу того что эти элементы определяют особую натуру деликта, их присутствие в составе преступления безусловно»<sup>410</sup>.

Разделяя состав преступления на субъективные и объективные стороны, Мецгер представляет его как выражение специальной, типизированной неправды, т. е. как «тип неправды», где неправда формально рассматривается как противоречие, направленное против абстрактной оценочной нормы, а материально – как нарушение интересов<sup>411</sup>.

**«Простое и  
сложное воление»**

С целью дифференциации релевантных в уголовно-правовом отношении психических компонентов на признаки вины и субъективные элементы состава преступления Мецгер различает две основные группы в соответствии с волевой стороной: в первой

<sup>409</sup> Основными представителями т. н. «учения о субъективных элементах (состава преступления)» наряду с Мецгером являются А. Хеглер и М. Э. Майер, которые вместе с ним и положили начало данному учению.

<sup>410</sup> E. Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Festschr. f. L. Traeger, Berlin, 1926, стр. 195.

<sup>411</sup> E. Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., стр. 248.

группе представлен тот вид преступлений, для которого законодатель предусматривает «простое воление внешнего деяния»; а преступление второго ряда результирует из интеллектуально сложного, т. е. «наполненного смыслом воления (*sinnerfülltes Wollen*) внешнего деяния»<sup>412</sup>.

Мецгер полагает, что «простое воление» (например, при телесном повреждении) относится к вине, вследствие чего оно не может рассматриваться как элемент состава преступления. В свою очередь, «интеллектуально сложное воление» он определяет следующим образом: «Во многих случаях уголовный закон не довольствуется тем, что преступник сознательно и в соответствии с волей осуществляет внешний (объективный) состав преступления; главной предпосылкой наказуемости здесь выступают другие сопровождающие психические процессы. Внешний ход происходящего должен выявить определённый психический колорит, определённое духовное содержание, т. е. особый субъективный «смысл»<sup>413</sup>.

Мецгер там же различает между тремя подгруппами этого вида деликта: а) деликты, конституируемые целью, при которых делинквент желает преступное деяние как субъективное средство для осуществления другого, последующего поведения (изготовление фальшивых денежных знаков с целью сбыта); б) деликты, конституируемые тенденцией, при которых деяние предстаёт в качестве реализации субъективной тенденции (развратные действия с сексуальной тенденцией или служебный подлог с корыстной тенденцией) и в) деликты, конституируемые проявлением, при которых деяние представлено как проявление протекающего в делинквенте психического процесса (клятва по убеждению [*Überzeugungseid*]) вместо действительной клятвы).

Вследствие этого необходимость классификации «интеллектуально сложного воления» как субъективного элемента состава преступления Мецгер объясняет ссылкой на следующий фактор: «Посягающий на интерес (правовое добро) характер, выраженный во внешнем деянии, является совершенно иным тогда, когда в его основе лежит особое психическое содержание, тенденция, цель, нежели тогда, когда он независим от этих моментов»<sup>414</sup>.

Таким образом, Мецгер окончательно отвергает концепцию Белинга о вине как о совокупности всех психологических признаков понятия преступ-

<sup>412</sup> E. Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, стр. 198.

<sup>413</sup> Ibid., стр. 200.

<sup>414</sup> Ibid., стр. 206.

ления и в результате этого отчасти перестраивает «дескриптивный, лишённый оценочного момента состав преступления Листа и Белинга».

**Суппозиция:  
субъективные элементы  
состава преступления**

Тем не менее следует повторно подчеркнуть, что и Мецгер, в свою очередь, саму сущность состава преступления видит в его дескриптивных

элементах, т. е. в натуралистическом описании произошедшего во внешнем мире изменения; в противном случае он и не причислялся бы к последователям каузализма.

В данном направлении Мецгер в качестве своего заключительного аргумента указывает на следующее: «Носит ли изготовление фальшивых денежных знаков, развратное действие, клятва по убеждению и другое противоправный характер, это несомненно зависит не только от внешнего облика деяния, но также и от внутреннего отношения преступника»<sup>415</sup>.

Рассмотрим это мнение на примере фальшивомонетничества. Изготовление фальшивых денег как таковое дозволено, ибо уголовным законом не запрещается; запрещено лишь их изготовление с целью последующего сбыта. Ввиду того что внешнее проявление этих действий абсолютно идентично, их размежевание по объективному критерию невозможно. В таком случае противоправность, если её предпосылками рассматривать только объективные элементы, одновременно не может быть чуждым для одного из указанных действий и характерным для другого действия признаком. В силу этого во втором случае (изготовление фальшивых денежных знаков с целью сбыта) признание правопривности деяния только на основе его объективной стороны вынуждает признать противоправным и первое действие, что недопустимо: дозволенность и противоправность как запрещённость принципиально взаимоисключаются.

Так или приблизительно так проанализировал бы рассматриваемое преступное деяние Мецгер. Однако это – одностороннее освещение вопроса.

**Исключения  
Мецгера,  
правило Листа**

*Если деяние преступно, оно не может быть субъективно запрещённым и объективно дозволенным.*

Когда делинквент изготавливает фальшивые деньги с целью сбыта, неправомерной является не только эта цель, но неправомерно и само изготовление, потому как норма уголовного права запрещает их комп-

<sup>415</sup> Ibid., стр. 206-207.

лексно, системно, а не сепаратно, не половинчато, в данном случае не ввиду вредности умысла в мозговых клетках делинквента.

Наряду с этим в рамках квалификации деяния преступлением всё субъективное обусловлено всем объективным, и, следовательно, ни один объективный признак не исходит ни из одного субъективного признака. Это не самое замысловатое требование логики, которое надлежащим образом учитывалось основоположниками классической схемы преступления.

Как бы то ни было: у Мецгера речь идёт не более чем об исключениях, подтверждающих правило Листа.

**Оправдывающие  
обстоятельства vs.  
субъективные элементы  
неправды**

Тем не менее Мецгер мог классифицировать отсутствие цели и других субъективных элементов в соответствующих исключительных случаях *как оправдывающие обстоятельства*,

дифференцируя понятие исключаящего противоправность обстоятельства на *общие* оправдывающие обстоятельства (из общей части уголовного права) и *особенные* оправдывающие обстоятельства (из особенной части уголовного права). Возможности такой маневренности рассматриваемая система преступления никак не лишена.

## НЕОКАУЗАЛИЗМ: Ю. БАУМАН

**Слеминг  
финализма**      Как отмечалось выше, у каузального учения имеются также «пассивные» последователи. В этом отношении приоритетное внимание заслуживают воззрения Ю. Баумана. Несмотря на то что Бауман не более чем селективно разделяет классическую каузальную теорию, в некоторых случаях он даже прямее и конкретнее в своих выводах, чем ортодоксальные натуралисты. Наглядным подтверждением этому является признание им бездействия телесным поведением, о чём Лист намекал лишь косвенно и вскользь.

Действием (деянием) Бауман называет определённое волей поведение, в соответствии с чем за пределами понятия действия оказываются: а) природные явления (например, удар молнии); б) виды (иного, чем человеческого) анимального поведения и в) неопределённое волей индивидуальное поведение (например, рефлекторные движения или движения, осуществляемые во сне).

О последнем моменте, в котором отчётливо видна надобность опосредствования деяния и телесного поведения волей, Бауман пишет: «Внешнее телесное поведение должно сопровождаться и субъективной волей. Движение, выполненное в бессознательном состоянии, в случае *vis absoluta* или в иных подобных условиях, когда отсутствует воля, не является уголовно-правовым действием (...). В уголовно-правовое действие телесное поведение превращает субъективная воля»<sup>416</sup>.

Как видим, по Бауману, определяющим действие (деяние) субъективным фактором предстаёт только воля и она не зависит от последующих или конечных целей делинквента, наличие которых требуют финалисты. В силу этого, в то время как финальному учению не удаётся обосновать убийство с целью спасения другого лица или группы лиц как наказуемое деяние, для Баумана его наказуемость лежит на ладони.

---

<sup>416</sup> J. Baumann, *Strafrecht. Allg. Teil*, 2. Aufl., стр. 159.

Преимущество своего определения он поясняет также и тем, что такое понятие деяния одинаково применимо как в уголовном, так и в гражданском праве.

**Коллективная воля** В то же время Бауман не остаётся до конца последовательным в связи с вопросом о значении субъективной воли в деянии. И это наглядно проявляется при рассмотрении проблемы дееспособности. «Дееспособным следует считать, – указывает Бауман, – 1) всякое физическое лицо (в том числе малолетних и душевнобольных) постольку, поскольку они обладают способностью произвольного осуществления телесного поведения и 2) всякое юридическое лицо. Ввиду того что это последнее – адресат вменения юридически релевантных деяний, недопустимо отрицание и его дееспособности. Как это отмечал уже фон Лист, если юридическое лицо может заключать договор, оно также должно быть в состоянии заключать мошеннические и ростовщические договора»<sup>417</sup>. Однако противоречие здесь налицо, так как Бауман субъективным пререквизитом уголовно-правового деяния рассматривал индивидуальную волю, а не волю в общем, которая включает и коллективную волю.

**Деяние и результат** В отношении наказуемости корреляцию деяния и результата Бауман определяет ординарно: «Наказуемым в уголовно-правовом порядке является внешне проявленное результативное деяние или внешне проявленная простая деятельность»<sup>418</sup>. Несмотря на то что Бауман отвергает результат как необходимое условие уголовной ответственности, причиной отрицания каузальной догмы это ему отнюдь не видится. Подобно предшествующим каузалистам, по Бауману, причинная связь между деянием и результатом не подлежит никакой существенной критике.

Продолжая исследование взаимоотношения деяния и его последствий, Бауман приводит следующий проблематичный пример: первый из стоящих в ряду на краю пропасти четырёх субъектов, слегка подталкивая второго, обуславливает гибель четвёртого субъекта.

Установление того, что в уголовно-правовом отношении действовало только первое лицо, с учётом воззрений Баумана не представляет особой сложности: поведение второго и третьего субъекта не было определено их волей.

<sup>417</sup> Ibidem.

<sup>418</sup> Ibid., стр. 151.

Однако Бауман по-новому ставит вопрос о самой каузальности. По его утверждению, если действие является не только непосредственной причиной результата, то каузальным первоисточником противоправных последствий не может быть и субъект преступления.

С другой стороны, согласно классической схеме, объектом уголовно-правового исследования предстают телесные поведения всех первых трёх субъектов. Более того, отправная точка этого исследования кроется в телесном поведении не делинквента, а того субъекта, который непосредственно причинил смерть потерпевшему.

Исходя из этого, установлению в поведении субъекта преступления состава преступления предшествует выяснение того же вопроса в отношении поведения второго и третьего субъекта, что Бауман считает нецелесообразным.

А это означает, что, по Бауману, нагая каузальность – иррелевантное в уголовно-правовом отношении обстоятельство, и на основе этого он указывает на необходимость внесения субъективного момента в классическую систему состава преступления.

**Субъективные элементы неправды** Более детальное изучение данного вопроса вынуждает Баумана признать правоту позиции Мецгера и примкнуть к учению о субъективных элементах неправды. «В составе преступления особенной части, – пишет Бауман, – наряду с объективными элементами даны и некоторые субъективные элементы. Обоими видами этих органических компонентов точно описывается уголовно наказуемая неправда. При применении субъективных элементов мы подчиняем неправде (субъективные) цели, тенденции и волевое решение преступника. Следовательно, эти субъективные элементы подлежат размежеванию с понятием вины»<sup>419</sup>.

Хотя там же и указывает: «Зачастую значение субъективных элементов неправды переоценивается. Расположение наряду с объективными признаками субъективных признаков, существующих только в представлении преступника и внешне неконстатируемых, не ограничивает свободу законодателя признавать приоритетным охрану правовых интересов (...). Преобладание установительных норм над оценочными нормами или сплошное до-

<sup>419</sup> Ibid., стр. 227.

минирование нарушения обязанности над нарушением правового интереса неоправдано»<sup>420</sup>.

Таким образом, Бауман отвергает каузальность только как единственный, но не как первичный аспект состава преступления; это в значительной степени отличает его подход не только от позиции Белинга, но, в свою очередь, и от воззрений Мецгера, для которого объективные признаки хотя и выражали сущность состава преступления, но в соответствующих случаях заметно отставали от значения смежных субъективных элементов с точки зрения уголовно-правовой техники.

Основные этапы развития этой проблемы и вместе с тем оригинальность своего решения сам Бауман излагает в следующих словах: «Под влиянием авторитета Белинга господствующее учение длительное время полагало, что противоправное осуществление состава преступления касалось только объективной стороны и находило своё отображение лишь в сфере вины (...). Однако Хеглер, Мецгер и Наглер своим учением о субъективных элементах неправды сумели устранить это догматическое различие между неправдой и виной как между объективной и субъективной стороной преступления. Ныне уже почти никто не отвергает существование субъективных моментов в сфере противоправности. В то же время для многих криминалистов всё ещё малопонятно, что признание субъективных элементов неправды не препятствует внешнему восприятию этой состоящей из объективных и субъективных признаков констелляции, т. е. его объективному анализу. Другими словами, соответствующая составу преступления неправда – это внешне анализируемое, но внутреннее отношение преступника к своему преступному деянию»<sup>421</sup>. На наш взгляд, в последнем замечании Баумана нет ничего неопределённого.

Наряду с этим следует выделить то, что Бауману тем самым не удаётся преодолеть вышепредставленную девиацию Мецгера с далеко идущими последствиями, а именно наглядно представленными в современной систематике в рамках уже генерально субъективизированной неправды.

---

<sup>420</sup> Ibid., стр. 228.

<sup>421</sup> Ibid., стр. 102.



## КВАЛИФИКАЦИЯ ПРЕСТУПЛЕНИЯ

**Метод правила и исключения** В соответствии с современным состоянием развития трёхпризначного понятия преступления Листа, являющегося доминирующим как теоретически, так и процессуально, квалификацию деяния преступлением от факта преступления до наказания – квалификация преступления в широком смысле – по технически успешно апробированному *методу правила и исключения* можно разделить на 9 этапов, 5 из которых (основные ступени) являются ступенями I степени, а последующие 4 (вспомогательные ступени) – ступенями II степени.

Одновременно с этим лишь 5 из указанных ступеней (3 основные, 2 дополнительные) охватываются непосредственно самой системой преступления, тогда как остальные 4 расположены за её пределами: 2 самые первые – до, 2 самые последние – после системы преступления.

Рассматриваемыми ступенями являются:

**Этап 1**  
**I Ступень I Степени** ***Фактический вред (опасность)***. Как известно, уголовное дело никогда не возбуждается в отношении субъекта, а всегда – в отношении факта. Т. н. факт преступления или, точнее, фактический вред (фактическая опасность) выражается в факте нарушения или поставления в опасность конкретного правового добра, генерально охраняемого в уголовно-правовом отношении (например, жизни, свободы, психического или физического здоровья).

**Этап 2**  
**I Ступень II Степени** ***Исключение-конституирование состава преступления***. При наличии объективного вреда *установление одного какого-либо исключаящего деяние обстоятельства* (напр., природного явления [поражение молнией, порыв ветра, заболевание]; рефлексивных или инстинктивных движений) исключает состав преступления, и наоборот: *вследствие исключения всех исключаящих деяние обстоятельств поведение механически квалифицируется как соответствующее составу преступления*.

**Этап 3**  
**II Ступень I Степени**      **Состав преступления.** Поведение является соответствующим составу преступления, если оно содержит а) *признаки объективной стороны состава* (описанный в соответствующей статье Уголовного кодекса вред или опасность; причинную связь между действием и вредом или опасностью; объект преступления [правовое добро: жизнь, здоровье, имущество, общественный порядок и т. д.], предмет преступления [огнестрельное оружие при убийстве, денежные банкноты при взяточничестве и т. д.]; способ, средство, время, обстановка совершения преступления) и б) *признаки субъективной стороны состава* (естественный умысел [*dolus naturalis*] или неосторожность [для дифференцирования состава преступления: умышленное или неосторожное убийство], цель [напр., цель сбыта при изготовлении-хранении фальшивых денежных знаков или при приобретении-хранении наркотических средств] и др.).

**Этап 4**  
**II Ступень II Степени**      **Исключение-конституирование противоправности.** Соответствующее составу преступления деяние, как правило противоправно. На рассматриваемой ступени следствием производится поиск исключения, т. е. исключаящего противоправность обстоятельства, которое именуется оправдывающим обстоятельством. *Установление одного какого-либо оправдывающего обстоятельства* (напр., необходимой обороны, крайней необходимости, правомерного риска, сверхзаконного обстоятельства) исключает противоправность, и *vice versa: вследствие исключения всех оправдывающих обстоятельств соответствующее составу преступления деяние механически квалифицируется как противоправное.*

**Этап 5**  
**III Ступень I Степени**      **Противоправность.** Господствующая доктрина рассматривает противоправность как нарушение запрещающей или обязывающей нормы уголовного права. В совокупности с понятием состава преступления она формирует *неправду*. Уголовное право представляет собой систему двухполосной реакции – это наказание и превентивные меры (принудительные меры воспитательного воздействия [в отношении несовершеннолетних] или принудительные меры медицинского характера [в отношении душевнобольных]). В отличие от вины, неправда не влечёт уголовную ответственность, а чревата применением *только* превентивных мер (напр., принудительной госпитализацией в психиатрический стационар противоправно причиняющего вред лица, являющегося

вследствие психической болезни невменяемым). Что касается гражданско-правовых последствий неправды, она порождает обязанность возмещения причинённого ущерба.

Этап 6  
III Ступень II Степени

**Исключение-конституирование вины.** *Противоправное деяние, как правило, виновно.* На рассматриваемой ступени следствием производится поиск исключения, т. е. исключающего вину обстоятельства, которое именуется экскульпирующим обстоятельством. *Установление одного какого-либо экскульпирующего обстоятельства* (напр., невменяемости вследствие психической болезни или возраста, неизбежной фактической или юридической ошибки, сверхзаконного обстоятельства) исключает вину, и *vice versa: вследствие исключения всех экскульпирующих обстоятельств противоправное деяние механически квалифицируется как виновное.*

Этап 7  
IV Ступень I Степени

**Вина** – в данной системе преступления уже не психическое отношение лица к объективной стороне своего деяния, но по-прежнему упречность. Состав вины включает сложный или злой умысел (*dolus malus*) и конкретизированную неосторожность. Охватываемый понятием вины умысел, в свою очередь, включает сознание противоправности. Помимо этого, вина включает в себя цель, мотив (корысть, ненависть, ревность, месть и др.), эмоцию. В отличие от неправды, состоящей как из объективных, так и субъективных элементов, *вина состоит исключительно из субъективных элементов* и на основе неправды предстаёт в качестве (достаточного) основания уголовной ответственности.

Этап 8  
IV Ступень II Степени

**Исключение-конституирование наказания.** *Виновное деяние, как правило, наказуется.* На рассматриваемой ступени следствием производится поиск исключения, т. е. исключающего наказание обстоятельства. *Установление одного какого-либо исключающего наказание обстоятельства* (напр., иммунитета, индемнитета, экстерриториальности, сверхзаконного обстоятельства) исключает наказание, и *vice versa: вследствие исключения всех исключающих наказание обстоятельств виновное деяние механически влечёт наказание.*

Этап 9  
V Ступень I Степени

**Наказание.** а) Наказание как особая мера государственного принуждения – это *аннуляция вины*;  
б) на наказание оказывают лимитирующее воздействие цели как специальной, так и общей превенции;

- в) уголовное право традиционно руководствуется принципом дифференциации и индивидуализации наказания;
- г) наказание как уголовная ответственность за преступление обеспечивает перманентность уголовно-правового отношения<sup>422</sup>.

---

<sup>422</sup> См. теорию перманентности в уголовном праве L.-G. Kutalia, *Theorie der allgemeinen Kontinuität*, I Schwarzmeerjuristentage, Strafrecht (Hrsg. H. Hakeri), Samsun, 2010, онлайн: [www.edoc.hu-berlin.de](http://www.edoc.hu-berlin.de).

## Раздел Б

### НОРМАТИВНОЕ НАПРАВЛЕНИЕ

#### Глава IX

#### СОЦИАЛИЗМ

##### – §1 –

#### ОБЪЕКТИВНЫЙ ЛОГОС

**Социальный смысл** В 60-70-х годах теперь уже прошлого столетия социальное учение о деянии было представлено большинством немецких криминалистов. К числу его многочисленных представителей принадлежали Э. Шмидт, Г. Майер, Л. Энгисш, В. Майхофер, В. Зауер, Х.-Г. Йешек и отчасти Э. А. Вольф.

Основной отличительной чертой этой концепции является выделение «социального смысла» (*soziale Sinnhaftigkeit*) в качестве конститутивного признака деяния, исходящего не из каузальности, финальности или конкретности психической содержательности воли действующего, а определяющегося вне относительной зависимости от указанных моментов в соответствии с объективным масштабом социальной действительности.

«Тем самым, – отмечает Арт. Кауфман, – явствует, что специфика субъективного действия или бездействия заключается в духовной, а не в «натуральной» сфере, так же как индивид отличается от других творений своей духовной потенцией. Однако дух и субъективная психика в виде *status purus* не наличествуют, и, следовательно, социальная определённость деяния должна приспособливаться к индивидууму как одновременно к духовному и «натуральному» существу»<sup>423</sup>. Т. е., согласно персонализму Кауфмана, социальное учение с особой тонкостью выделяет онтологическую *специфику* чело-

---

<sup>423</sup> Arth. Kaufmann, *Schuld und Strafe*, стр. 43.

веческого поведения, заключающуюся в признаке духовности, но ему не удаётся сконцентрировать определяющее внимание на самой онтологической *комплексности* деяния.

С другой стороны, отображает ли рассматриваемый признак действительное соотношение в деликтном деянии уголовно-правового и социального? Иными словами, насколько оправдано провозглашение социальной определённости конститутивным элементом деяния?

**Патологии уголовного права**      Социологическая теория права Иеринга, социологическая школа права Листа и социология права Энцигша в традиционной уголовно-правовой догматике, равно как всё творчество Якобса в современной теории уголовного права – всё это социологизмы. А Энцигш, как известно, является одним из родоначальников именно социального учения о деянии в уголовном праве, который, кстати, отвергая действительность писанного права, в рамках своей социологической концепции отдаёт предпочтение судейскому праву. Как в случае Иеринга и Листа, мы и в случае Энцигша обходим стороной непосредственно его социологическую теорию, держа её, однако, на прицеле, ибо пренебрежение данным моментом может лишь увеличить количество вопросительных знаков.

Здесь, в свою очередь, мы уже можем выделить четыре основные патологии теории уголовного права за всю историю её развития, три первые из которых она уже переболела: 1) религиозный субъективизм, 2) психологизм, 3) правовой схоластицизм (нормативизм Кельзена) и, наконец, 4) социологизм.

## Э. ШМИДТ

### Пронатурализм

Один из основоположников социального учения Э. Шмидт полагает, что уголовно-правовое деяние – это произвольное вмешательство в социальные отношения «с определённым социальным значением». «Деяние, – продолжает Шмидт, – представляет собой детерминацию изменения в социальном мире посредством произвольного поведения, которое может выражаться как в действии, так и в бездействии»<sup>424</sup>.

Прежде всего, результат не есть абсолютное, необходимое свойство деяния, что делает невозможным определение деяния как трансформацию внешнего, в том числе социального мира, ибо и здесь субъективное поведение не всегда может достигать своей объективной цели.

Помимо этого, бездействие – оно и социально бездействие и не может быть мыслимо как детерминация изменений в социальном мире. Основание его наказуемости составляет именно недетерминирование таких изменений.

Однако не менее сомнительно то, почему должно уголовно-правовое деяние расцениваться как «вмешательство в социальные отношения». Каждое социальное отношение не олицетворяет уголовно-правовое отношение, а каждое правовое отношение не является уголовно-правовым отношением. Соответственно, это последнее – всего лишь подвид социального отношения, с ссылкой на которое не может излагаться вся палитра имманентных уголовно-правовому отношению особенностей.

Более того, Шмидт слишком близок к каузалистической модели деяния Листа, так как и здесь деяние рассматривается как изменение внешнего мира и объектом приоритетного акцентирования предстают вредные последствия.

**Мецгер / Шмидт:**  
**Вина – фактическое**  
**отношение**

Логическим продолжением этого сходства представляется пронатуралистическая позиция Шмидта в связи с понятием вины, которую он формирует на основе воззрений каузалиста Мецгера.

---

<sup>424</sup> F. v. Liszt, E. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., стр. 154.

Согласно последнему, уголовно-правовая вина не является ни свойством, ни оценочным суждением или конгломератом оценочного суждения и психических фактов, ни «предметом», состоящим из «составных частей» или «элементов». Вину он определяет как фактическое отношение между психологическими (внутренними) и оценочными (внешними) моментами<sup>425</sup>.

Шмидт по существу разделяет это положение Мецгера, однако вместе с тем оперирует элементами вины, а не моментами, как это следует из утверждения Мецгера. «Вина как фактическое отношение, – пишет Шмидт, – наличествует и тогда, если имеет место сопоставление фактически данного субъективного поведения с определённой масштабной системой (с уголовно-правовой нормой), при том условии, что субъект обладает способностью определять собственное поведение в унисон с соответствующими нормами (независимо от каузальной необходимости)»<sup>426</sup>.

**Критика фактического: В. Хардвиг** Хардвиг полагает, что Шмидт в своих выводах не до конца последователен. По его мнению, представленный Шмидтом «комплекс отношения» более противоречит положению Мецгера, чем соответствует ему; этим же может объясняться допущение в суждениях Шмидта понятия «составной части вины».

Хардвиг утверждает: «Если уголовно-правовая вина является не аналогией предмета, а фактическим отношением, то она не должна иметь составных частей. Следовательно, Шмидт ошибается, упоминая «психологическую составную часть» и «нормативную составную часть» вины»<sup>427</sup>.

Хардвиг там же предлагает попытку оригинальной трактовки воззрения Мецгера: «Для того чтобы надлежащим образом представить себе вину как фактическое отношение, было бы целесообразно привести определённое практическое сравнение; например, с расстоянием, данным между двумя конкретными материальными пунктами. Расстояние – отношение пространственного состояния (Raumlagebeziehung) между телесными предметами, основанное на определённой пространственной измерительной системе. Аналогично этому вина-невиновность будет отношением правового состояния (Rechtslagebeziehung) данного субъективного поведения со свободной субъективной волей, основанное на системе правовых норм. Таким образом, вина, по

<sup>425</sup> E. Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., стр. 248.

<sup>426</sup> F. v. Liszt, E. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., стр. 154.

<sup>427</sup> W. Hardwig, Die Zurechnung, стр. 188.



Мецгеру, олицетворяет взаимоотношение правового состояния между противоправным поведением и представляемой свободной субъективной волей, являющееся объектом нормативного определения»<sup>428</sup>.

**Вина – гипотеза vs. вина – факт** Исходя из вышеизложенного, намечается двойная тенденция развития концепции Мецгера: вина как фактическое отношение между субъективным поведением и уголовно-правовой нормой (Шмидт) и вина как фактическое отношение противоправного поведения со свободной субъективной волей (Хардвиг).

Позиция Шмидта, т. е. позиция, представленная в социальном учении, адекватно интерпретирует сущность и значение фактического отношения, чего нельзя сказать о воззрении Хардвига.

Фактическое отношение подразумевает отношение между теми психическими явлениями или метапсихическими предметами, которые даны в виде отдельных фактов. А фактом может называться всё то, установление чего возможно, и наоборот, фактом не является ни один феномен или предмет, не поддающийся констатации.

Сам процесс установления неоднороден, он может выражаться в наблюдении, эксперименте, эмпирическом социальном исследовании или изучении исторических источников.

Факт, в свою очередь, точно отображает ту сферу реальности, которой он касается. И именно в этом обстоятельстве кристаллизуется основное различие между фактической и гипотетической категорией.

Согласно вышеуказанному, отношение между противоправным поведением и свободной субъективной волей будет гипотетическим, а не фактическим отношением, так как свободная воля, в отличие от противоправного поведения, не может рассматриваться в качестве факта. Т. е. свобода – это только предположение, только гипотеза, отображающая действительность не в точности, а с определённой степенью вероятности.

Сам Мецгер, рассматривая вину как фактическое отношение, отвергает значение свободы воли для понятия вины, чем искусственно устраняет необходимость признания данного отношения гипотетическим.

<sup>428</sup> Ibid., стр. 187.

Не удаётся отвергнуть и фактический характер представленного Шмидтом отношения, ибо как субъективное поведение, так и норма уголовного права – явно «негипотетические» понятия.

На наш взгляд, также несомненна верность того принципа, согласно которому вина относится к фактической категории. Отвергнуть фактический характер вины означает отвергнуть возможность её установления, что превращает принцип виновной ответственности в абсолютную беспредметность.

Совершенно противоположное мнение развивает Хардвиг в своём следующем суждении: «Ввиду того что вина является объектом установления, можно сказать, что вина представляет собой факт. Однако этот вывод не совсем верен, хотя и не совсем ошибочен. Вина только в том случае может признаваться фактом, если таковым определять и свободу воли. *В силу того что недоказуема свобода воли, недоказуема и вина* (выделено нами – автор). Соответственно, вина, так же как свобода воли, – гипотеза»<sup>429</sup>. Для нас неясно, каков смысл существования уголовного права как насколько-нибудь ценной науки в случае недоказуемости вины.

Утверждение Хардвига служит очередной наглядной иллюстрацией тому, что подчинение проблемы вины свободе воли в условиях отсутствия уголовно-правового понятия свободы воли непременно приводит к тому или иному алогизму.

Однако нам кажется излишне радикальным в связи с этим вопросом и позиция Мецгера и Шмидта, потому как и разрыв всякой связи между виной и свободой воли – это тот же прямой путь к отрицанию уголовной ответственности.

**«Сравнение»  
психического  
с нормативным**

Исследованием фактического характера вины ещё ничего не выясняется о второй половине вышепре-  
ставленного тезиса, а именно о вине как об отноше-  
нии между психологическими и нормативными моментами.

Следуя воззрению Шмидта, которое в данном случае является наиболее актуальным, эти моменты выражаются соответственно в субъективном поведении и уголовно-правовой норме как в масштабной системе. Понятие отношения Шмидт (равно как Мецгер) также применяет в значении сравнения, где объектом сравнения, т. е. единицей измерения предстаёт норма.

<sup>429</sup> Ibidem.

В силу этого, по Шмидту, вина представляет собой сравнение субъективного поведения с нормой уголовного права, что неверно, так как вина может быть лишь следствием такого сравнения, но не самим этим сравнением.

Разделять позицию Шмидта – значит отождествлять понятие вины с понятием квалификации преступления, в действительности представляющим собой не вину, а всего лишь процесс установления вины как одного из элементов преступления.

Вместе с тем наше внимание привлекает то обстоятельство, что Шмидт вину иногда упоминает как отношение между субъективным поведением и уголовно-правовой нормой, а иногда представляет её в виде отношения субъективного поведения к уголовно-правовой норме. Это не одно и то же.

Согласно апробированной в современной философии теории Г. В. Лейбница, отношение между двумя объектами может выражаться в следующих трёх видах: 1) как отношение от А до Б; 2) как отношение от Б до А и 3) как отношение между А и Б<sup>430</sup>.

Когда речь идёт о сравнении одного объекта с другим, должен быть дан первый или второй вид отношения в зависимости от того, какой из них составляет объект сравнения. Третий вид отношения исключает сравнение.

Шмидт тем более усугубляет вызванную неучётом этого неясность, когда обозначает вину и в качестве взаимосвязи, возникающей между субъективным поведением и нормой<sup>431</sup>.

Понятие отношения („Relation“ = Beziehung, Verhältnis) и взаимосвязи („Zusammenhang“) не могут рассматриваться как параллельные понятия.

Взаимосвязь – это специальный вид отношения, наличествующий при таком строении отношения, когда трансформация одного объекта с необходимостью влечёт соответствующую трансформацию противоположного объекта.

Таким образом, всякое отношение не означает взаимосвязь.

Объекты, между которыми прямая взаимосвязь не существует, могут находиться друг с другом в ином отношении в соответствии с их величиной, состоянием, продолжительностью существования или каким-либо другим признаком.

---

<sup>430</sup> G. W. Leibniz, Sämtliche Schriften und Briefe, Berlin, 1923, §§ 8, 9.

<sup>431</sup> F. v. Liszt, E. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., стр. 227.

Впрочем, даже тогда, если бы Шмидт ссылался на понятие взаимосвязи не как на понятие, параллельное с понятием отношения, а как на его подчинённое видовое понятие, это всё же не могло бы расцениваться как преодоление противоречивости его воззрений: недопустимо, чтобы одно и то же понятие в одно и то же время представляло собой как сравнение, так и взаимосвязь, в каком бы виде ни выражалось каждое из них.

## К. ЭНГИШ

### Объективная финальность

Другой основоположник социального учения К. Энгисш менее испытывает влияние каузализма. Он вносит в понятие деяния признак намечаемости или вычисляемости (*Bezweckbarkeit bzw. Berechenbarkeit*) и формирует социализм как объективно-финальную концепцию.

Энгисш пишет: «Деяние – произвольная детерминация объективно намечаемых результатов». Или там же: «Деянием называется произвольная детерминация вычисляемых социально релевантных результатов»<sup>432</sup>.

На первый взгляд, налицо существенное сходство между социализмом и финализмом, однако несложно заметить и принципиальное различие, учитывая, что Энгисш развивает идею объективной финальности, в то время как финальное учение опирается на принцип субъективной финальности.

На наш взгляд, гораздо существеннее сходство представленного Энгисшем социализма с каузальной концепцией, нежели его аналогичность с финализмом: каузальная догма здесь не сдаёт авангардные позиции.

### Каузальность содержания, финальность формы

Те авторы, которые подчёркивают преимущественное сходство социального понятия деяния и финального понятия деяния, обосновывают свою точку зрения тем, что оба эти понятия расположены в сфере неправды (т. е. неправды в целом, а не только в составе преступления, как это характерно для каузального понятия деяния), так как они в равной мере содержат момент направленности.

Несомненно, что на направленность деяния указывает его финальность, а не субъективный или объективный облик этой финальности; в рамках обеих концепций деяние действительно определяется как субъективный акт, направленный на нарушение охраняемых в уголовно-правовом порядке интересов. Тем не менее это всего лишь формальная, внешняя сторона вопроса; внутренне, т. е. по содержанию социальное понятие деяния гораздо бли-

---

<sup>432</sup> К. Engisch, *Der finale Handlungsbegriff*, in: *Probleme der Strafrechtserneuerung*; Festschr. f. Kohlrausch, Berlin, 1944, стр. 164.

же с каузальным понятием деяние в силу указанной нами выше реалии. А примат материального аспекта перед формальным, как нам кажется, не должен вызывать сомнений.

**Оригинальность**      Весьма значительное сходство социализма с каузальной и финальной доктриной создаёт такое впечатление, словно рассматриваемое учение – продукт прямого синтеза каузализма и финализма. На самом же деле оно не может называться каузально-финальной концепцией, ибо «социальная определённость деяния», в чём и состоит его главный характерный признак, чужда как для финального, так и для каузального учения. Помимо этого, не все представители социализма разделяют – по крайней мере напрямую – атрибуирование понятия деяния объективно-финальным моментом (например, Шмидт).

**Правовое государство:  
индивид  
против общества**      Как видно из вышецитированного тезиса Энгиса, в социальном учении особое место уделяется социальной значимости противоправного результата. Порой деяние формально содержит признаки какого-либо преступления, но в силу малозначительности последствий не признаётся преступлением. И это вполне оправдано.

В то же время из этого ещё нельзя заключить, что противоправное деяние, признаваемое виновным, должно быть «социально значимым». *Результат может быть социально незначительным и вместе с тем не быть юридически малозначительным.* Так, например, правовое государство обязано охранять не только общество от индивида, но и индивида от *всего* общества. Если это кому-то кажется нереализуемым, тот должен признать нереализуемость правового государства. Как минимум по определению здесь в условиях реальной коллизии индивидуальное значение берёт верх над конкретным общественным значением. Т. е. *в правовом понимании индивидуальное может превозмогать общественное.* Ввиду этого даже общественно благоприятные последствия деяния могут быть юридически неблагоприятными в силу одного того обстоятельства, что они индивидуально негативно значимы.

**Социальные  
последствия**      Что же касается социального учения, любой противоправный результат, если он не признаётся малозначительным, автоматически превращается в социально значимое последствие деяния.

К сожалению, и современное грузинское уголовное право под влиянием социального учения различает всего два вида противоправного результата – малозначительный (непреступный) и социально релевантный (преступный), т. е. значимость результата в грузинском уголовном праве также является необходимым условием для признания деяния преступным.

Социально значимый результат и социальное значение результата в грузинских источниках описываются следующим образом: «Каждое преступление – общественно опасное деяние (действие или бездействие) и вызывает такой результат, который причиняет (или может причинить) вред общественному отношению. Исходя из этого, следует заметить, что общественно опасный преступный результат является возникшим вследствие совершения преступления вредным изменением в охраняемом уголовным законом общественном отношении»<sup>433</sup>. Как противоправный результат может не быть противосоциальным, несмотря на поверхностную теоретическую парадоксальность, нами уже указывалось. С другой стороны, выше также отмечалось, что противоправный результат может иметь общесоциальное значение только в исключительных случаях; как правило, он социально незначителен (кража частного имущества в отличие от кражи государственного или общественного имущества) или социально менее значителен (сбыт наркотических средств в отличие от контаминации общественных источников питьевой воды).

В силу этого следует различать не два, а по меньшей мере четыре вида противоправного результата: 1) *малозначительный* (т. е. незначительный как индивидуально, так и социально); 2) *социально незначительный* (но не малозначительный, т. е. индивидуально значительный); 3) *социально менее значительный* и 4) *социально значительный*.

Уголовно-правовой результат	Для того чтобы до конца освободиться от практически дезориентирующего влияния социального учения, вследствие данного уточнения следует выделить и очередную погрешность. Основанием для дифференциации противоправных результатов должна представлять не социальная, а уголовно-правовая степень их значения.
--------------------------------	---

<sup>433</sup> ბ. ფურცხვანიძე, საბჭოთა სისხლის სამართალი. ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 1971, სტრ. 96.

Некоторые противоправные результаты могут быть социально весьма значимы и в уголовно-правовом отношении совершенно незначимы или же наоборот – они могут быть социально невесомыми и криминально весомыми.

Этот последний момент наглядно отображается во втором пункте вышепредложенного перечня, где ряд социально незначительных последствий связан с уголовной ответственностью.

В отношении первой части утверждения следует отметить, что социальная категория, помимо уголовно-правового, содержит гражданско-правовой, моральный и множество других аспектов. Во всех тех случаях, когда противоправный результат релевантен в гражданско-правовом или моральном отношении, дано и его социальное значение, однако это не только не безусловно, а вообще ничего не указывает на наличие уголовно-правового значения.

Например, не повлечёт уголовную ответственность предусмотренное уголовным законом то или иное деяние, если субъект в момент совершения этого деяния не представлял общественной опасности; этим исключается лишь уголовно-правовое значение наступившего результата, а не, скажем, гражданско-правового, так как подобные деяния обычно не сопровождаются исключением и гражданско-правовой ответственности.

Ни одно противоправное деяние, совершённое в состоянии невменяемости или неизбежной ошибки, в уголовно-правовом порядке не наказывается, и, следовательно, противоправный результат, вызванный данным деянием, лишён уголовно-правового значения на уровне делинквирования и ответственности (в отличие от превентивной обработки неправды), что отнюдь не воздействует на его фактическую тяжесть и степень социальной значимости.

**Уголовное право  
≠ социология**      Таким образом, в уголовном праве речь должна идти об уголовно-правовом, а не о социальном значении противоправного результата в силу следующих двух причин: по первой самоочевидной причине уголовное право вникает не во всё социальное, а лишь в тот аспект социальности, который охвачен сферой уголовно-правового регулирования; наряду с этим уголовное право исследует соответствующий социальный момент не как таковой, не в общем, а как специфическую, т. е. уголовно-правовую проблему.



Социальное как таковое изучается самостоятельно существующей другой наукой – социологией, т. е. *уголовно-правовое оперирование социальным значением противоправного результата означает вмешательство в компетенцию этой науки (социологии)*.

Другая причина состоит в том, что социальное значение противоправного результата зачастую не совпадает с его уголовно-правовым значением.

Ввиду этого положение Энгиса и доминирующее в грузинском уголовном праве мнение ошибочно.

**Критика  
факультативно  
субъективной  
неправды**

В то время как Шмидт убедительно развивал позицию каузалиста Мецгера о вине как о фактическом отношении между психологическими и нормативными моментами, Энгис решительно отвергает учение о субъективных элементах неправды того же представителя умеренного каузализма.

Позицию Мецгера мы уже рассматривали. Взглянем в этот раз на то, как он её конкретизирует. «Оценка субъективного поведения с точки зрения противоправности, – отмечает Мецгер, – всецело зависит от отношения субъекта, откуда это поведение и берёт своё начало, или от целей, которыми это поведение сопровождается. Соответственно, хищение чужого движимого имущества может считаться кражей только в том случае, если оно совершено с противоправной целью присвоения, или умышленное повреждение имущества может квалифицироваться как мошенничество только при том условии, если оно отличается целью обогащения (получение страховой суммы) (...). В противном случае пальпация пациентки врачом противоположного пола следует рассматривать как развратное действие»<sup>434</sup>.

На это Энгис возражает следующее: «Когда в общеизвестном примере Мецгера врач производит медицинское обследование пациентки, правомерность и противоправность его действия зависит не от того, осуществляет он это обследование с добросовестной профессиональной заботливостью или из прикрытых такой заботливостью низменных побуждений»<sup>435</sup>.

Давайте взглянем на проблему поближе.

<sup>434</sup> E. Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, стр. 199.

<sup>435</sup> K. Engisch, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik an der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, Festschr. f. Th. Rittler, Aalen, 1957, стр. 169.

**Гинеколог  
мужского пола**

Весьма полезный принцип социальной адекватности Вельцеля, т. е. объективное вменение в современном понимании, прежде всего, в современном его содержании, на что здесь опирается Энциш, не исчерпывает проблему – ни здесь, ни в общем: под прикрытием социальной адекватности зачастую возможно истязание лица до смерти. С другой стороны, Энциш не видит основания для криминализации подобных пальпаций генерально, прежде всего, *с точки зрения правовой этики*. Истинное лицо современного уголовного права – это гинеколог мужского пола. Т. е. смотрим, но не видим, что случается нередко, если за спиной укоренившиеся догмы, будь это в сфере уголовного права или медицинского права, равно как в сфере любого другого права. Однако априорная правота позитивистских составов как абсолютных ориентиров для теоретических конструкций – это тревожная тенденция, точнее, отождествление закона и права.

Цель, мотив, эмоция и другие субъективные элементы выражаются. Они находят выражение в объективных обстоятельствах, из которых состоит вред. Возьмём, например, цель сбыта при изготовлении фальшивых денежных знаков: для констатации неправды важна не сама эта цель как таковая, а объективная опасность для конкретного уголовно-правового интереса. Если цель не исключается и сформированное нами выше особенное оправдывающее обстоятельство не наличествует в виде отсутствия этой цели, то лицо в сфере неправды не сама цель, а соответствующая опасность. В случае вреда в сочетании с тем же или любым другим субъективным элементом – вред.

Субъективизация вреда под предлогом того, что это технически неизбежно, как видим, не корреспондирует с конкретикой рассматриваемой проблемы. Однако дело здесь по существу даже не в этом, а в следующем: уже никто и не ищет, чтобы найти.

**Трещины  
субъективной  
неправды**

За пределами последнего суждения к вышепредставленному выводу Энциша нам бы хотелось добавить только то, что и ссылки Мецгера на кражу и мошенничество следует расценивать в том же духе.

Состав преступления, противоправность и вина – это всего лишь ступени квалификации деяния преступным, и полноценное представление о виде пре-

ступления не создаётся до досконального изучения каждой из этих ступеней. Для Мецгера необходимость этого ускользает из поля зрения, вследствие чего он требует, чтобы конкретный вид преступления выяснялся уже на этапе противоправности.

Следуя предложенной Мецгером логике, хищение чужого движимого имущества не может рассматриваться как нарушение права собственника, если похититель в момент завладения имуществом не имел цели его присвоения. Однако очевидно, что с момента хищения имущества собственник лишается реальной возможности пользоваться или распоряжаться им, вне малейшей зависимости от того, какая цель двигала похитителем: присвоение, временное пользование или просто временное владение. Иначе невозможно было бы объяснить, например, и современную картину, представленную в российском уголовном законодательстве, где цель присвоения с конституированием кражи уже ничего общего не имеет.

Так же и при мошенничестве; когда лицо умышленно повреждает застрахованное имущество, оно нарушает охраняемое в уголовно-правовом порядке право страховой компании не только тогда, когда имеет цель обогащения, но и в том случае, если эта цель состоит в причинении вреда страховому учреждению.

Акцентирование вида преступления – процессуально-технический подход, акцентирование интереса – доктринальный. Преимущество последнего перед первым указывает на целесообразность квалификации деяния от общего к частному.

**Коллизия общего и  
особенного в УК**

Обобщению вышеуказанного, т. е. отождествления противоправности с нарушением правового интереса, отнюдь не препятствует то, что хищение чужого имущества или умышленное повреждение застрахованного имущества может быть вызвано крайней необходимостью.

Факт нарушения охраняемого в уголовно-правовом порядке субъективного права устанавливается только вследствие установления отсутствия оправдывающих обстоятельств.

Всегда, когда налицо крайняя необходимость или необходимая оборона, субъект не нарушает охраняемое в уголовно-правовом порядке субъективное право противоположной стороны, так как последняя сторона в данных усло-

виях таким правом не обладает (хотя, например, противоположная сторона вправе защищать своё имущество от находящегося в крайней необходимости, но это право в уголовно-правовом порядке не охраняется, ибо в виду права на крайнюю необходимость уголовный закон подвергает соответствующее имущество уничтожению, т. е. нет налицо охраняемого в уголовно-правовом порядке юридического добра, интереса, субъективного права). Логически немыслимо, чтобы уголовный закон одновременно охранял право личной неприкосновенности нападающего и право обороняющегося на необходимую оборону или интегральность имущества, допуская его повреждение или уничтожение.

Если субъекту в уголовно-правовом отношении дозволено изготавливать поддельные банковские билеты в любом количестве, но запрещена лишь цель их сбыта, что следует в таком случае пересматривать: объективный масштаб квалификации или сами подобные составы? На наш взгляд, пересматривать следует последнее, т. е. кельзенский принцип того, что – *sit venia verbo* – не наука «уголовное право» может принципиально требовать всё. Соответственно, при формировании рассматриваемого состава законодателю следует заменить цель количеством. Наличествует ли цель незаконного сбыта в момент изготовления фальшивой банкноты, этого уголовное право не может замечать, ибо оно не может запрещать изготовление сувенира.

Если же, в свою очередь, поддельные деньги не могут рассматриваться в качестве безобидного памятного изделия, их изготовление также объективно следует запретить: ведь не дозволено щеголять грохотом ядерных фейерверков.

Соответственно, нарушение любого гарантируемого уголовным законом субъективного права без каких бы то ни было оговорок должно свидетельствовать о противоправном характере деяния. А установление факта этого нарушения целесообразно локализовывать в пределах объективной категории.

**Объективно  
дозволенный  
деликт?** В значительной степени развивает замечание Энгиша Х.-Р. Хорн, с ещё большей наглядностью выявляя неприемлемость учения о субъективных элементах неправды. «Внесением субъективных оправдывающих обстоятельств, – пишет он, – немецкая уголовно-правовая мысль приходит к выводу, что субъект должен наказываться за поведение, наказуемость которого уголовным законом не предусматривается; объективно дозволенное или вовсе обязательное дея-

ние не может быть запрещено только в силу оставшегося внутренним помысла»<sup>436</sup>. Это несомненно так. *Субъективная запрещённость объективно дозволенного означает провозглашение субъективной стороны преступления единственным основанием уголовной ответственности.*

Ещё для британского криминалиста К. С. Кенни было хорошо известно, что злой умысел, если он выражался в объективно дозволенном поведении, не мог восприниматься в качестве внешне проявленной субъективной воли и, соответственно, не мог пенализироваться.

Это Кенни излагает в следующих словах: «Нормы права (как гражданско-правовые, так и уголовно-правовые) никогда не связывают вопрос об ответственности только с чувствами и расположением духа, никак не проявленными во внешнем поведении субъекта. Так, например, не будет проявленной внешне противоречащая норме субъективная воля, если лицо тайно похищает кажущееся чужим имущество, которое на самом деле принадлежит ему же»<sup>437</sup>.

От этой иллюстрации легко провести параллель с одним из видов юридической ошибки, при котором субъект, совершая определённое действие, принимает его за преступное, хотя действующее законодательство не квалифицирует это действие в качестве преступления. Данный вид юридической ошибки иначе называется мнимым преступлением, которое, разумеется, не влечёт уголовную ответственность. Кстати, как явствует из представленного Кенни казуса, современное содержание данного понятия подлежит расширению, дефинирующе распространяясь и на фактические обстоятельства деяния.

Наряду с фактически мнимым и юридически мнимым преступлением можно привести и множество других примеров, которые также отчётливо подтверждают недопустимость дозволенности объективной стороны в преступном деянии.

---

<sup>436</sup> Н.-Р. Хорн, *Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit*, Berlin, 1962, стр. 91.

<sup>437</sup> К. Кенни, *Основы уголовного права*, стр. 37-38.

## Х. МАЙЕР

### Теория воли

Последующий этап развития социального учения связан с «теорией воли» Г. Майера<sup>438</sup>. Здесь социализм хотя не окончательно, но уже относительно принципиально дистанцируется от натуралистических воззрений. В то же время можно с уверенностью заметить, что весь процесс развития социального учения о деянии – это процесс его довольно медленного поэтапного дистанцирования от каузализма, что, в свою очередь, может объясняться соответственно прямым влиянием воззрений Листа на основоположника рассматриваемой концепции Шмидта и косвенным влиянием на остальных её представителей.

«Деяние, – указывает Майер, – это осуществление субъективной воли, т. е. объективированная субъективная воля и тем самым ответственное участие в социальной жизни»<sup>439</sup>. Выделяя очевидную направленность против каузализма тенденции, выраженной в этом положении Майера, требуют основательного выяснения его отдельные составные моменты. Осуществление воли – это то же самое, что и объективация воли; а если деяние определяется как объективация воли, оно в то же время не может быть объективированной волей.

Исходящая из утверждения Майера основная сложность заключается именно в том, что следует понимать под субъективным деянием – осуществление воли или осуществлённую волю?

В рамках данной артикуляции следует, прежде всего, заметить, что осуществление воли, процесс её материализации подразумевает не только физическое поведение субъекта (непосредственно телесные движения или воздержание от телесных движений, которое вполне может быть и произвольным), но также прямо связано с его психической деятельностью и, следовательно, в виде осуществления воли дана психофизическая категория.

---

<sup>438</sup> Как будет показано ниже, теория воли Майера существенно отличается от одноимённой теории, возникшей в рамках психологического учения о вине. Её также не следует смешивать с волевым учением Бури, Биркмейера и Биндинга, равно как с соимённым учением Вельцеля.

<sup>439</sup> Н. Mayer, *Strafrecht. Allg. Teil*, стр. 42.

С другой стороны, этой психофизики ещё отнюдь не достаточно для надлежащего конструирования уголовно-правового понятия деяния, так как в ней вообще не представлена субъективная воля.

В силу этого вне всякого сомнения, что определение деяния в качестве осуществления воли в первую очередь означает элиминацию из понятия деяния волевого момента. *А вынесение воли за пределы понятия деяния недопустимо*, так как деяние является универсальным основанием уголовной ответственности и размежеванием понятий воли и деяния невольно отвергается значение субъективной воли для уголовной ответственности.

**Формирование и объективация воли**

Таким образом, деяние должно олицетворять не только осуществление воли, а совокупность осуществления воли и формирования воли. Данное наше воззрение явно противоречит принятой в философии соответствующей позиции, однако эта последняя ошибочна, в чём легко можно убедиться.

В качестве альтернативного названия осуществления воли современная философия предлагает «волевое деяние», связанное с преодолением внутренних – расположенных в самом отдельном индивидууме – и внешних – результирующих из социальной и естественной среды – препятствий.

Волевое деяние философы делят на две самостоятельные стадии: а) формирование умысла (здесь, конечно же, подразумевается не уголовно-правовой умысел) и принятие решения; б) реализация принятого решения.

Во-первых, понятие «волевое деяние» указывает на то, что деяние может быть и неволевым, так как если понятие вины включает в себя понятие субъективной воли, то деяние дополнительно не может называться волевым; соответственно, «волевое деяние» в уголовном праве – это такой же плеоназм, как «суверенное государство» в конституционном или «дееспособный контрагент» в гражданском праве.

Во-вторых, за унификацией собственно осуществления воли («реализация принятого решения») и формирования воли («формирование умысла и принятие решения») в понятии осуществления воли не следуют никакие доводы и не могут следовать: из этой дефиниции не вытекает полная самостоятельность формирования воли как отдельной стадии от осуществления воли, в частности потому, что формирование воли в каждом отдельном случае обозначается осуществлением воли, хотя с этим последним может не

иметь ничего общего. Вернее, воля в широком смысле осуществляется уже тогда, когда она целиком ещё не сформирована. Несложно догадаться, что данное понятие с подобным двусмысленным оттенком не может применяться в уголовном праве.

**Объективированная воля**      Гораздо отдалённое от реальности постулирование деяния объективированной волей. Неправоммерная воля, если она объективирована, представляет собой противоправный результат, а не деяние.

Несмотря на эти неточности, допущенные Майером, его теория воли не заслуживает однозначно отрицательной оценки. Правда, субъективная воля как таковая вновь оказалась за пределами понятия деяния, но сам факт объявления субъективной воли в качестве определяющего критерия деяния – безусловно позитивное начало. Для нас данный момент составляет предмет интереса постольку, поскольку положение Майера в равной степени касается и вины как конститутивного элемента деяния. То, насколько связано понятие вины с формированием воли, объективацией воли и объективированной волей как с отдельными стадиями волевой деятельности, мы ниже подробно рассмотрим.



## В. МАЙХОФЕР

Строгий  
социализм

В полной мере дистанцирует социальное учение от кау-  
зализма его самый радикальный представитель В. Май-  
хофер. Однако вследствие этого в социальное понятие деяние вносятся яр-  
ко выраженные субъективистские принципы. «Понятие деяния, – пишет Май-  
хофер, – следует абсолютно отграничить как от каузальной догмы, так и от  
всех остальных пережитков натуралистического подхода, будь это руди-  
мент физиологического или психологического вида: главными среди них  
являются признаки «телесности», «произвольности» и «воли». Только та-  
ким образом возможно восприятие деяния не просто в виде внешней или  
внутренней детерминации противоправного эффекта (результата), а в ка-  
честве акта и продукта духовной деятельности»<sup>440</sup>.

В силу понятных причин подобное мнение не могло рассчитывать на пози-  
тивный отзыв в теории уголовного права; один из наиболее типичных кри-  
тических замечаний в адрес постулата Майхофера следующего характера:  
«У Майхофера социальное учение обретает своё реальное лицо, но этим толь-  
ко выделяется та поверхностность и односторонность, на которых это уче-  
ние уже изначально основывалось. Субъективное деяние несомненно пред-  
ставляет собой духовную деятельность, однако разве оно также не представ-  
ляет собой процесс, протекающий в мире телесного и душевного? Или же  
следует ли из отрицания каузальной догмы, что каузальность вообще под-  
лежит пренебрежению как *quantité négligeable*? Ничего не говоря об исклю-  
чении воли для познания сущности деяния (...)»<sup>441</sup>.

Не уступает в категоричности замечанию Арт. Кауфмана представленная  
Вельцелем критическая оценка, который утверждает, что понятие деяния  
Майхофера ввиду игнорирования «решающе персонального момента» (во-  
ли) изначально обречено называться «пре- или подсубъективным» поня-  
тием»<sup>442</sup>.

---

<sup>440</sup> W. Maihofer, *Der soziale Handlungsbegriff*, Berlin, 1959, стр. 159.

<sup>441</sup> Arth. Kaufmann, *Schuld und Strafe*, стр. 45.

<sup>442</sup> H. Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 9. Aufl., стр. 28.

**«Объективная  
обладаемость  
деяния»**

Связанные с вопросом воли эти критические замечания нельзя считать до конца основательными, так как Майхофер сам же отвергает свою первоначальную позицию, указывая следующее: «Деяние – это каждое объективно обладаемое поведение, направленное к объективно предсказуемому социальному результату»<sup>443</sup>. «Обладаемость» деяния безусловно свидетельствует о признании Майхофером значения воли. Однако не только «обладаемость», но также и «направление» поведения к определённом результату невозможно без волевого момента.

Наряду с этим следует заметить и то, что как Майхофер, так и критически настроенные в отношении его воззрений криминалисты довольствуются интуитивным анализом воли. Логическим следствием этого является изоляция волевой категории от интеллектуальной и сенсуальной категории.

А фактически воля должна определяться как такая составная часть комплекса психических свойств, которая представляет собой сознательное стремление субъекта, направленное на достижение определённых целей. Исходя из этого, воля структурно состоит именно из интеллектуальных и сенсуальных моментов.

Правда, в отношении вины мы выделяем в отдельности её (вины) волевою и интеллектуальную стороны, однако это всего лишь условность, вызванная техническими соображениями. В силу того что воля всегда включает фактор целенаправленности, она по определению должна подразумевать – хотя бы приблизительное – знание цели, что указывает на интеллектуальный момент как на интегральный компонент воли.

**«Акт духовной  
деятельности»**

В теории уголовного права ненадлежащее внимание уделяется второму аспекту утверждения Майхофера – элиминации признака «телесности» из понятия деяния. Лишь прямая констатация данного обстоятельства, как это имеет место у Арт. Кауфмана или Вельцеля, оставляет вне поля зрения исходящие из данного утверждения весьма значительные последствия.

Негацией признака «телесности» обусловливается не просто субъективистская модель уголовной ответственности, а отвергается объективная сторона преступления.

<sup>443</sup> W. Maihofer, Der soziale Handlungsbegriff, стр. 159.

Отвергая объективную сторону преступного деяния, Майхофер по существу отождествляет понятия вины и преступления. Хотя понятие преступления и субъективно охватывает больше, чем вина, на вине в субъективной стороне сфокусирована центральная догматико-систематическая нагрузка и в силу этого, если понятие преступления подразумевает только субъективный аспект, то это означает функциональное слияние понятия преступления с понятием вины, что в конечном итоге можно расценивать как отрицание принципиальной разницы между этими двумя понятиями.

Об этом прямо свидетельствует признание деликтного деяния «актом и продуктом духовной деятельности».

В виду идентичности главных субъективных составляющих, для того чтобы эссенциально отличить вину от преступления, понятие вины должно дополняться определённым объективным моментом, т. е. моментом который выходит за рамки духовной деятельности. Однако допущению подобного момента целесообразнее было бы предпочитать ту же тождественность вины и преступления, ибо именно абсолютная субъективность вины обуславливает то, что уголовная ответственность обходит стороной механизмы или стихийные природные явления.

Теоретическое отрицание Майхофером объективной стороны и с другой стороны прямо отображается в отрицании понятий состава преступления и противоправности, суть которых следует искать во вреде или опасности, наличествующих и вызываемых в реальном, телесном мире, а не в каких бы то ни было духовных компонентах. И в этом отношении, соответственно, результат тот же: отвергая обе предшествующие ступени вины как (абсолютное, существенное или даже значительное) выражение объективности, телесности, результирует монопризначное понятие преступления, т. е. каноническая тождественность вины и преступления.

**Реинтеграция телесности** Тем не менее здесь же следует заметить, что этот парадоксальный вывод не соответствует окончательной позиции Майхофера. Точно так же, как в отношении проблемы воли, приведённое выше последнее утверждение Майхофера кардинально перевоплощает его первоначальное воззрение, деяние как «каждое объективно обладаемое поведение» уже в совершенстве включает не только субъективную волю, но и признак «телесности».

Таким образом, от исходного положения Майхофера вследствие его же стараний простывает весь след, если не учитывать формальную оболочку проблемы. В результате дальнейшего исследования он решительно возвращается к представленной Энгисшем идее объективной финальности и полагает, что сама детерминация «социального результата» должна рассматриваться составной частью понятия деяния. Последний аспект в то же время свидетельствует и о различии воззрений Энгисша и Майхофера, так как первый из них рассматривает деяние только как – объективно финальную – детерминацию «социального результата».

**Структура свободы** Своеобразно характеризует Майхофер взаимоотношения деяния, неправды и вины. По его утверждению, понятие деяния указывает на то, к чему способен индивид в общем (*генеральная свобода*), понятие неправды – соответственно, на то, к чему способен подобный индивид в подобном состоянии (*специальная [ : социальная ] свобода*), а понятием вины выясняется то, каковы возможности конкретного индивида (*индивидуальная свобода*).

Исходя из этого, деяние, неправда и вина отличаются друг от друга как ступени вменения. Следуя своему утверждению, Майхофер приходит к выводу, что поведение невменяемых лиц свободно с точки зрения «деяния», поскольку оно соответствует требованиям генеральной свободы, но не является свободным с точки зрения вины, ибо проявлением индивидуальной свободы оно не может признаваться.

Формируя рассматриваемое положение, Майхофер упускает из виду, что понятие свободы без психической возможности выбора немислимо. В силу этого как несоответствующие данному принципу первые два вида свободы (генеральная и социальная) легко уязвимы, согласно чему тезис Майхофера, несмотря на его формальную заманчивость, абстрактен, хотя, конечно же, не лишён рационального зерна.

## В. ЗАУЕР

**Вина как  
«социально-этический  
дефект»**

Активным представителем социализма считается и В. Зауер, который по сравнению с вышерассмотренными авторами проблеме вины уделяет гораздо большее внимание. Вина, по Зауеру, представляет собой *социально-этический недостаток* (sozialethischer Mangel) и содержит упречность в отношении грубого нарушения социально релевантных отношений. Вина здесь подразумевается в общем значении и наряду с уголовно-правовой виной включает и моральную вину. Однако именно сопоставление уголовно-правового понятия вины с её моральным понятием и выявляет несостоятельность дефиниции Зауера.

**Лакмус –  
эвтаназия**

С целью иллюстрации вышеуказанного приведём два кон-традикторных примера – эвтаназию и уничтожение «нежизнедостойной» жизни (Vernichtung „lebensunwerten“ Lebens)<sup>444</sup>.

Эвтаназия состоит в том, что субъект (как правило, медицинский работник) безболезненно ускоряет смерть потерпевшего по его же настойчивой просьбе, чтобы избавить его от нестерпимых предсмертных мук<sup>445</sup>.

Прекращение «нежизнедостойной» жизни, в свою очередь, выражается в убийстве физически здорового лица, который в силу неизлечимого психического заболевания считается социально неполноценным индивидом.

Последний случай Маурах характеризует следующим образом: «Безусловная недопустимость уничтожения т. н. «нежизнедостойной» жизни следует из того, что жизнь рассматривается как завершённая (замкнутая) биологически-социологическая целостность, т. е. жизнь составляет объект охраны не только как носитель социальных функций, но также и как естественный факт. В силу этого лишённая социальной ценности, превратившаяся в бремя для общества жизнь ни при каком условии не лишена уголовно-правового зна-

---

<sup>444</sup> В отличие от уголовного законодательства ФРГ, УК РФ не квалифицирует данное деяние в качестве самостоятельного вида преступления.

<sup>445</sup> Оригинальный законодательный подход к данной проблеме наблюдается в РФ. В отличие от уголовного законодательства, преследующего рассматриваемое деяние как убийство, Федеральный закон «Об основах охраны жизни и здоровья граждан в Российской Федерации» содержит прямой запрет эвтаназии (ст. 45).

чения»<sup>446</sup>. Как видно из оценки Маураха, уголовно-правовой подход к вопросу о виновности в этом случае в полном соответствии с общеморальными идеалами. Следовательно, вина как «социально-этический дефект» при прекращении «жизнenedостойной» жизни не сталкивается с какими-либо барьерами.

Принципиально иная ситуация в случае эвтаназии: если при прекращении «жизнenedостойной» жизни субъект действует без учёта воли жертвы, т. е. против её воли, при эвтаназии деяние делинквента всецело соответствует воле потерпевшего, которая обычно выражается в активной форме. И здесь уголовно-правовую вину уже мало что аналогизирует с моральной виной.

То, что субъект всего лишь исполняет волю потерпевшего, в уголовном праве смягчает, а в морали исключает вину.

Отсюда следует вывод: эвтаназия одновременно содержит как «социально-этический дефект» (в виде уголовно-правовой вины), так и отрицание «социально-этического дефекта» (в виде отсутствия моральной вины). Это делает необходимым отмежевание одного из видов вины (моральной или уголовно-правовой) от социально-этического момента.

Социально-этическая категория стоит ближе к моральной категории, чем к уголовно-правовой, подтверждением чему может служить хотя бы то, что в эвтаназии с социально-этической точки зрения основание для виновности не наличествует. Следовательно, вполне очевидно, какой вид вины может не представлять собой «социально-этический дефект».

**Беспощадное неубиение**      Обобщая проблему эвтаназии, нам представляется необходимым выделить следующие три момента: 1) прекращение жизни агонизирующего, который настоятельно умоляет об этом с целью освобождения от нестерпимой предсмертной боли, в действующих законодательствах в той или иной форме уголовно наказуемо; 2) современная правовая мысль стабильно приближается к выводу, что здесь основания для наказуемости не существует; 3) на наш взгляд, основание для наказуемости здесь налицо, однако в обратном порядке, а именно за жестокое обращение путём бездействия в виде беспощадности в роли гаранта (беспощадное неубиение) или безжалостности вне роли гаранта (безжалостное неубиение).

<sup>446</sup> R. Maurach, Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil, Karlsruhe, 1956, стр. 15.

**Безжалостное  
неубиение** Так же как бездействие в роли гаранта в данном случае не охватывает только деяние медицинского работника, субъектом бездействия вне роли гаранта вполне может быть и медицинский работник, не находящийся при исполнении служебных обязанностей. Однако, исходя из специфических фактических предпосылок данного деяния, статистически опасность немедицинского прекращения жизни в подавляющем большинстве случаев будет наличествовать именно во втором отношении. В силу этого здесь же следует чрезвычайно акцентировать, что *немедицинское прекращение жизни при эвтаназии, как правило, не может быть допустимо в уголовно-правовом отношении.*

**Масштабы  
вины** Вернёмся к воззрениям Зауера. В качестве масштаба вины он рассматривает то же, что представлено у него в объективной стороне преступления: *формально* – отрицательная правовая оценка; *материально* – социальная опасность и социальная вредность; *специально* для воли – социально-этическая осуждаемость («нетерпимость»), в чём выражается правовая и моральная упречность.

«Формально, – пишет Зауер, – вина есть социально-этически предосудительное (sozialethisch verwerflich) свободное воление, вызывающее неправомерное действие или бездействие и сопровождающее его в условиях знания неправды или обязанности знания. Материально вина представляет собой осуществлённую вследствие свободной волевой деятельности криминальную аморальность, лежащую в основе отдельных типов состава преступления, т. е. социально-этическое противоречие обязанности, несмотря на знание неправды или обязанности знания»<sup>447</sup>. Прежде всего, следует выделить, что Зауер в качестве предмета упрека признаёт субъективную волю, а не психическое отношение.

Как показал анализ воззрений Т. В. Церетели, психическое отношение, если не воспринимать его традиционно или не отждествлять с уголовно-правовым умыслом, как это свойственно большинству нормативистов, не может надлежаще моделироваться в виде объекта упречности.

Воля сама формирует деяние и содержится в нём как один из элементов субъективной стороны, тогда как психическое отношение возникает в силу деяния и существует за пределами понятия деяния.

<sup>447</sup> W. Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, Berlin, 1955, стр. 148.

С точки зрения конституирования уголовной ответственности значимо только то, что непосредственно «создаёт» преступное деяние; всё то, что не в состоянии оказать действенное воздействие на его формирование (в том числе и в первую очередь психическое отношение), в уголовно-правовом отношении менее значимо, ибо уголовное право наказывает субъекта преступления, а не личность субъекта преступления (личность делинквента может влиять только на степень тяжести ответственности).

Понятие субъекта преступления является лишь частью того, что охватывается понятием личности субъекта преступления. Индивид как субъект преступления существует только в момент совершения преступления, поэтому понятие субъекта преступления не включает ни один признак, не являющийся элементом преступного деяния. Располагая психическое отношение вне понятия деликтного деяния, оно предстаёт признаком не субъекта преступления, а личности субъекта преступления.

**Субъект и личность субъекта**      Определённой аналогией этого можно считать следующее указание Б. В. Хорнабуджели: «В силу того что преступление связано с определённым этапом (моментом, периодом) жизни человека, преступной не должна определяться «личность полностью». Понятие личности гораздо шире понятия совершённого им деяния. Преступление какой тяжести бы не совершалось, оно не может распространяться на всю личность, создавать полное и чёткое представление о его интеллектуальных (идейных), эмоциональных и волевых качествах»<sup>448</sup>. Хотя на основе этого Хорнабуджели не различает между волей как признаком субъекта преступления и психическим отношением как признаком личности субъекта преступления, он отчётливо выделяет ту разницу, которая проявляется между индивидом как субъектом преступления и индивидом как личностью.

Какими могут быть последствия объявления психического отношения субъективным элементом преступления, т. е. его признания признаком субъекта преступления? Единственным следствием этой перестановки может быть исключение субъективной воли из понятия преступления.

<sup>448</sup> Б. В. Хорнабуджели, Психологическая сторона вины, стр. 10.



**Воля  
и психическое  
отношение**

Выяснение того, что препятствует соналичию воли и психического отношения в понятии преступления, – задача несложная.

Для некоторых умышленных и для каждого неосторожного преступления характерно такое психическое отношение субъекта к своему деянию, как это имеет место в рамках правовой оценки этого деяния.

Так, например, лицо, совершающее любой вид неосторожного деликта, действует во вред собственным интересам: нельзя сказать, что охотник, чья неметкая пуля ранит или лишает жизни его же сына, действовал на благо собственных интересов; в силу этого его психическое отношение к совершённому деянию и последствиям этого деяния будет однозначно отрицательным.

Это означает, что психическое отношение может отображать самоупречность в отношении противоправного деяния, и в таких случаях, разумеется, психическое отношение как самоосуждение не может служить объектом внешнего осуждения. Непосредственная причина этого состоит в том, что психическое отношение как самоосуждение (самоупрёк) уже подразумевает отрицание деяния, а внешняя упречность указывает на необходимость отрицания уже отвергнутого деяния, тогда как двойным отрицанием противоправного деяния суждение о его виновности становится невозможным.

К тому же следует учитывать, что психическое отношение здесь как самоупрёк всегда больше самоупречности.

Воля в отличие от психического отношения подобными осложнениями не чревата.

Субъект, действующий неосторожно, хотя не желает наступления вредных последствий, но способен и может иметь о них приблизительное или вовсе точное представление. И поскольку понятие воли наряду с сенсуальным моментом (желание) включает и интеллектуальный момент, она и в случае неосторожности вполне мыслима в качестве внешней упречности, т. е. как предмет внешней отрицательной оценки.

Вследствие этого формируется вышеупомянутая корреляция воли и психического отношения: если и воля и психическое отношение – элемент преступления, тогда во всех тех случаях, где имеет место самоупрёк, преступное деяние одновременно должно быть и внешне упречным (в силу субъек-

тивной воли), и исключаящим внешнюю упречность (в силу психического отношения).

Соответственно, внесение в понятие преступления психического отношения приводит к отрицанию уголовно-правового значения внешней оценки и наряду с ней – субъективной воли. Формирующееся вследствие этого содержание вины, в свою очередь, может отличаться лишь крайней иррациональностью.

Исходя из вышеизложенного, Зауер вполне справедливо указывает на субъективную волю как на оптимальный объект внешней оценки. Тем не менее следует здесь же заметить, что зауеровская аргументация этого значительно отличается от нашей, в чём мы ниже наглядно сможем убедиться.

**Признаки вины**      Вслед за тем как Зауер определяет вину формально как «социально-этически упречную свободную волю», а материально – как «криминальную аморальность», он выделяет три основных уголовно-правовых признака вины: вменяемость (свобода воли), умысел (знание неправды) и неосторожность (незнание неправды при реализуемости обязанности знания).

По утверждению Зауера, эта последовательность признаков вины непоколебима и каждый из них с точки зрения сущности вины должен иметь оригинальное значение, что, по его же замечанию, остаётся вне сферы догматического внимания.

Умысел и неосторожность как основные признаки вины Зауер конкретно называет «элементами вины или сопровождающими вину психическими обстоятельствами».

«Ввиду этого, – развивает он своё суждение, – умысел и неосторожность ошибочно именуется формами вины или тем более видами вины; они – всего лишь составные части вины. Вина не есть умысел, т. е. знание неправды; вина представляет собой социально-этически упречное (и т. д.) воление, несмотря на знание неправды (...). Умысел может определяться в качестве вины только атрибутивно, только как умышленное деяние или умышленное воление и поведение»<sup>449</sup>. Исходя из положения Зауера, термины «умышленная вина» и «неосторожная вина» ошибочны, так как умысел и неосто-

---

<sup>449</sup> W. Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, стр. 148.

рожность как элементы, а не как формы (виды) вины в строгом понимании такой возможности не предоставляют.

**Экскурс:**  
**адвербиальный**  
**умысел**

Упоминание умысла в атрибутивной связи с понятием деяния, как это имеет место в вышецитированном доводе, является нередким явлением в уголовном законодательстве некоторых западноевропейских стран (Великобритания, Франция, Бельгия). Например, британские криминалисты полагают, что умысел отличается от субъективного акта не более чем слово как лексическая единица от своего смыслового значения. На основе этого британский законодатель предпочитает упоминать умысел исключительно в составе наречного словосочетания, т. е. адвербиально («умышленно»), но не субстантивно («умысел»); подобная позиция, согласно воззрениям, представленным в теории уголовного права этой же страны, направлена на надлежащее усвоение того, что речь об умысле субъекта представляет собой суждение о смысловом значении его акта, а не об определённом «сепаратном психическом процессе».

**Умысел как сознание**  
**неправды**

Углубляясь в проблему умысла, Зауер пишет: «Из определения умысла как знания неправды заключаем, что ошибка (как юридическая, так и фактическая) – понятие обратно пропорциональное понятию умысла. Ошибка является не исключаящим вину обстоятельством, а лишь исключением умысла; впоследствии может ставиться вопрос о неосторожности или же деяние может остаться невиновным»<sup>450</sup>. Учитывая, что уголовно-правовая ошибка подразумевает ошибочное представление субъекта о правовых и фактических свойствах деяния и его последствиях, выясняется, что ошибкой может исключаться только умысел, но не вина, так как «ошибочное представление» может создаваться как по уважительным, так и по неуважительным причинам.

Только потому, что причина уважительная, наличие ошибки не может отвергаться, ибо и в этом случае налицо «ошибочное представление субъекта о правовых и фактических свойствах деяния и его последствиях», что имеет решающее значение.

<sup>450</sup> Ibid., стр. 148-149.

В зависимости от того, причина ошибки является экскульпирующей или нет, деяние может квалифицироваться соответственно как неосторожное или невиновное.

Однако Зауер заблуждается, рассматривая это следствием определения умысла в качестве «знания неправды».

В Уголовном кодексе Франции (ст. 122-4) указывается: «В уголовно-правовом порядке не наказывается лицо, совершающее деяние, являющееся дозволенным или обязательным в силу того или иного нормативного акта; в уголовно-правовом порядке не наказывается лицо, совершающее деяние, приказанное компетентным органом власти, если приказ не носит явно незаконный характер (*manifestement illégal*)»<sup>451</sup>. Статьи подобной конструкции зачастую лежат в основе субъективной ошибки. Как видно из последней части данной статьи, уголовную ответственность влечёт выполнение не каждого незаконного приказа компетентного органа, а всего лишь такого, который отличается явной неправомерностью. Таким образом, знания субъекта о незаконности приказа или распоряжения недостаточно, он должен устанавливать и то, является ли эта незаконность явной в условиях легислативной неопределённости разграничительной грани.

Ошибка, заключающаяся в ненадлежащем установлении этого момента, указывает не только на ошибочное представление субъекта о своём деянии и его последствиях, а также на то, что он не желает результат как противоправный и также не допускает его наступления в этом виде (лицо может иметь желание как таковое, но в уголовно-правовом отношении это иррелевантно, так как в условиях интеллектуальной неопределённости оно не находит внешнего проявления).

Наряду с этим и здесь, несмотря на то что умысел представлен в виде двухпризначного понятия (т. е. как включающее волевые и интеллектуальные признаки), его исключением вопрос о виновности не может расцениваться как окончательно выясненный; до установления характера заблуждения – уважительность или неуважительность – и здесь непознаваемо, что следует из отрицания умысла: самонадеянность (легкомыслие), небрежность или казус (случай).

---

<sup>451</sup> Code Pénal Français, Paris, 1994-95, Art. 122-4.

Допущенная Зауером неточность состоит в том, что он, оплошно определяя отношение интеллектуального элемента к воле, считает возможным размежевание умысла и неосторожности только по интеллектуальному признаку.

По той же причине Зауер не учитывает, что в классическом понятии умысла негативная интеллектуальная определённость неизбежно влечёт его негативную волюнтаривную определённость.

Помимо этого, если под умыслом подразумевать только знание неправды, с необходимостью следует исходить из тождественности понятий умысла и сознания неправды.

Тем не менее самое главное, что может следовать из вышеотмеченного, состоит в том, что ошибка как обстоятельство, исключаящее умысел, а не вину, результирует и в том случае, когда умысел определяется как знание и воление неправды (желание или сознательное допущение) в совокупности.

**Противоречивость  
классической  
композиции вины**

Что же касается отношения ошибки к традиционному понятию умысла, здесь налицо ярко выраженная контрастность обстановки. В традиционной дефиниции понятия умысла, правда, прямо отмечается, что субъект, действующий с прямым умыслом, имеет знание и воление противоправного результата, однако знание и воление противоправного результата – это нечто иное, чем знание и воление противоправности результата. Вполне возможно, чтобы лицо, предвидя и желая или сознательно допуская противоправный результат, ни предвидело и ни желало или сознательно допускало противоправность этого результата.

Таким образом, исходя из традиционного содержания умысла, ошибка вообще не исключает уголовно-правовой умысел. А вследствие этого выходит, что в то время как, по Зауеру, ошибка исключала умысел без исключения вины, здесь ошибка может исключать вину без исключения умысла.

Действительно, когда заблуждение уважительно (т. е. когда субъект не мог избежать отсутствия сознания противоправности), отсутствие вины не должно вызывать сомнений, тогда как умысел в традиционном понимании, как видно на примере вышеуказанного, здесь отнюдь не элиминируется. А из этого возможен лишь следующий вывод: исходя из взаимоотношения тради-

ционных понятий умысла и ошибки, в господствующей доктрине существования умысла недостаточно для признания деяния виновным.

Свидетельствует ли это о противоречивости господствующей доктрины? С учётом того, что здесь умысел – форма вины, не нуждается в утверждении то, что налицо отчётливая непоследовательность, потому как если наличествует умысел как форма вины, логически недопустимо, чтобы не наличествовала и сама вина: ведь форма – не что иное, как дескрипция организации и структуры той или иной системы, в данном случае неопределённая дескрипция вины.

**Чистые  
и смешанные  
типы вины**

Зауер различает «чистые типы вины» и «смешанные типы вины». По его же утверждению, уголовно-правовая вина всегда находит своё проявление хотя бы в виде одного какого-либо признака; поэтому (?), как заключает Зауер, эти признаки являются не просто элементами, т. е. составными частями понятия вины, а его типовой характеристикой, типовыми аспектами вины наподобие отдельных составов преступлений и оправдывающих обстоятельств в качестве типовых выражений неправды.

Однако в то время как указывается только на эти два типа неправды, Зауер в отношении вины выделяет следующие пять типов (как «чистые типы вины»): 1) предпосылки вины (напр., вменяемость); 2) отягчающие вину обстоятельства (напр., совершение преступления с использованием условий стихийного бедствия); 3) смягчающие вину обстоятельства (напр., родственная связь); 4) исключаящие вину обстоятельства (напр., превышение пределов необходимой обороны вследствие добросовестного замешательства); 5) аннулирующие вину обстоятельства ([Schuldaufhebungsgründe], напр., добровольный отказ от совершения преступления в случае неоконченного покушения или действительное раскаяние).

С другой стороны, немецкий криминалист указывает на следующие три «смешанных типа вины»: 1) типовые проявления развития признаков вины: цели, мотивы; 2) типы для субъективной опасности (хронические типы вины): рецидив, notoriousная преступная деятельность; 3) личные качества и отношения (напр., государственный служащий и солдат).

**Основы  
типизации**

Следует заметить, что эта концепция Зауера отнюдь не соответствует действительности. Согласно его позиции, обстоятельство, исключаящее вину, должно составлять признак вины и олицетворять отдельный тип вины. Исключающее вину обстоятельство уже в силу того не может быть признаком понятия вины, что первое своим существованием свидетельствует об отсутствии последнего.

Тем более опрометчива приведённая в связи с типами неправды аналогия. Законодатель описывает столько типов неправды, сколько видов состава преступлений существуют в уголовном законе, а вина в отношении этих типов характеризуется видовой стабильностью, т. е. общностью (за исключением статей, содержащих такие виды преступления, совершение которых возможно только умышленно или только неосторожно).

Ввиду этого с процессом типизации вины не может иметь ничего общего принцип типизации неправды.

**Психологизм  
и нормативизм  
как крайности**

Положительно следует оценивать попытки Зауера, направленные к отрицанию как крайней психологизации, так и крайней нормативизации понятия вины. По этому поводу он отмечает следующее: «Когда вина со своей специальной точки зрения сопоставлялась, с одной стороны, с деянием и каузальностью, а с другой – с противоправностью, её поначалу воспринимали *чисто психологически* как субъективное отношение преступника к своему деянию ([знание и воление], – это утверждал ещё Лист), а впоследствии – также односторонне – *чисто нормативно* как упрёк (...). Уголовно-правовая вина должна одинаково отвечать психологически-естественным и нормативно-логическим требованиям. В этом отношении ближе всех к истине «теория мотивации» М. Э. Майера, согласно которой вина представляет собой ошибочную мотивацию («fehlerhafte Motivation»); хотя и эта теория по своей сути формальна и не соответствует ни неосторожности, ни хронической криминальности»<sup>452</sup>. Начиная с этой сравнительной аналитики, Зауер со всей принципиальностью развивает идею «хронической вины», которую он представляет как вторичную форму множественности «вин, конституируемых отдельным деянием» (Einzeltatschuld).

<sup>452</sup> W. Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, стр. 148.

**Хронически-тенденциозная вина**      В результате исследования Зауер приходит к выводу, что новый вид вины должен называться не просто хронической, а хронически-тенденциозной виной, так как только потенции он не признаёт достаточными и считает необходимым их дополнение (активными) тенденциями.

На наш взгляд, признание хронически-тенденциозной вины в корне несовместимо с принципом вины. В уголовном праве вопрос о виновности может быть связан исключительно с нарушением конкретной нормы, да и то в конкретное время и в конкретной обстановке. В силу этого «хроничность» и «тенденциозность» вины – понятия приемлемые более в криминологическом, чем в уголовно-правовом отношении.



Э. А. ВОЛЬФ

**Фрагментарный  
социализм**

Определённые параллели с социальным учением можно найти в воззрениях Э. А. Вольфа, которые, в свою очередь, не менее аналогичны и с ещё более поздними положениями персонального учения о деянии. В актуальном здесь контексте он следующим образом формулирует свою позицию: «Деяние является действительностью, сформированной решением личности. Решающим признаком, отличающим субъекта от всего субиндивидуального мира, предстаёт его *личностность* (Personhaftigkeit). Личностность означает способность к самосознанию и результирующему отсюда самораспоряжению: способность, потенцию, скрытую склонность к духовному самораспоряжению, не обязательно его фактическое наличие; малолетний и душевнобольной – тоже личности (...). Личностность, прежде всего, означает, что индивид представляет собой ответственное существо. И только потому, что субъект является личностью, он обладает способностью действовать»<sup>453</sup>. Очевидно, что противоречивость этого утверждения не может вызывать сомнений.

Если каждый малолетний и душевнобольной – личность, а каждая личность – «ответственное существо», то чем обусловлена уголовно-правовая невменяемость малолетнего и душевнобольного? В таком случае следует отвергнуть тождественность личности и «ответственного существа» или личностность малолетних и душевнобольных. Взглянем на проблему поближе.

**Индивидуум  
и личность**

Прежде всего, мы разделяем мнение Вольфа относительно того, что малолетний и душевнобольной – личности. Однако традиционная философия смотрит на эту проблему иначе. Здесь «личность» и «индивидуум» не рассматриваются как тождественные понятия. Согласно философской догматике, малолетний и душевнобольной наперекор воззрению Вольфа являются не личностями, а именно индивидуумами, подразумевающими каждое лицо вне зависимости от того, обладает ли оно актуальной или потенциальной способностью к «духовному самораспоряжению».

---

<sup>453</sup> E. A. Wolff, Handlungsbegriff, Leipzig, 1932, стр. 16.

В традиционной философии понятие личности в отличие от понятия индивидуума указывает на роль субъекта в общественной жизни, на те социально значимые определённые политические, духовно-культурные и моральные качества, из которых состоит эта роль.

Таким образом, философское понятие личности распространяется только на ту категорию субъектов, которая своей политической, духовно-культурной и моральной деятельностью эффективно воздействует на общественное развитие или которая обладает реальной психологической возможностью такой деятельности.

Как видим, с философской точки зрения, упомянутая Вольфом «скрытая склонность к духовному самораспоряжению» недостаточна для признания субъекта личностью.

Тем не менее это слишком широкое понимание личности не может исключать личностность каждого индивида хотя бы в узком смысле. Если, например, правовой статус индивида со всей палитрой субъективных прав – не маска, то что?

К тому же понятие личностности Вольфа тоньше, чем оно могло бы допускать прямолинейные подходы. Однако всё это никак не возвращает его вышецитированное утверждение в русло логической последовательности, так как из «скрытой склонности к духовному самораспоряжению» результирует потенциально «ответственное существо», но не само «ответственное существо».

**От «физической» воли  
до «духовного»  
деликта**

Наше особое внимание привлекает тот факт, что Вольф, подобно другим представителям социального учения, понятие личности рассматривает только в духовном аспекте и, соответственно, в качестве основания уголовной ответственности деяние ему в конечном итоге представляется только как психологический акт.

Это отчётливо проявляется в самом начале приведённого выше суждения, где деяние определяется как «действительность, сформированная решением личности»: автор воздерживается от конкретизации того, какое значение придаётся личности как телесному существу при формировании этой действительности.

Исходя из всего вышеизложенного, можно с убедительностью заключить, что социальное учение о деянии вследствие интенсивного развития не только освободилось от влияния самой каузальной и иных натуралистических догм каузализма, но и однозначно обернулось против него как уголовно-правовое направление, исключая конститутивность всякой телесности.

## Раздел В

### НОРМАТИВИСТСКОЕ НАПРАВЛЕНИЕ

#### Глава X

#### ФИНАЛИЗМ

– §1 –

#### ФИЛОСОФСКИЕ ИСТОКИ: КРИТИЧЕСКАЯ ОНТОЛОГИЯ Н. ГАРТМАНА

**«Сознательная воля»** Главным характерным признаком финального учения о деянии является «сознательная воля» (der bewußte Wille), предоставляющая субъекту возможность достичь намеченной цели путём применения соответствующих каузальных средств (способов). Финальность, – как писал основоположник рассматриваемой теории Х. Вельцель, – является только целенаправленной субъективной волей.

В то же время для полноценного освещения финализма в актуальном для нас контексте к его анализу следует приступать не с воззрений Вельцеля, а с т. н. «новой» или критической онтологии известного немецкого философа Н. Гартмана.

Этот первый лишь в результате формального развития перенёс в теорию уголовного права то, что Гартман в философской догматике внедрил в виде субъективной финальности.

**Компоненты финальности** В своём труде «Телеологическое мышление» Гартман, выступая против «якобы несознательной целевой деятельности», описывает финальность как категорию сознательного и в понятии деяния выделяет следующие три акта: 1) постановка цели в психике преодолением течения времени как антиципация (предвидение) будущего; 2) вы-

бор средств в психике для достижения поставленной цели (обратная детерминация); 3) реализация поставленной цели с применением выбранных средств – процесс, протекающий вне психики<sup>454</sup>.

В отличие от каузального учения, Гартман рассматривает деяние как неделимую целостность этих трёх актов, а не как только третий акт.

Данному положению в точности соответствует представленный Гартманом в своём другом сочинении вывод: «Финальность – это такая форма детерминации, которая включает только мир сознательной деятельности, в том числе нравственное воление и поведение. Соответственно, она представляет собой привилегию человеческой психики»<sup>455</sup>.

**Телос?** Внося в понятие деяния элемент цели, Гартман опирается не на оба вида принятой в немецкой философии цели (*Zweck und Ziel*), а только на один из них (*Zweck*). Насколько последовательно и до какой степени эссенциальности – это другой вопрос. Немецкие криминалисты (как представители финализма, так и критики финализма) совершенно пренебрегают этим обстоятельством и не избегают параллельного упоминания обоих видов цели. На наш взгляд, эта тенденция в значительной мере способствует искажённому восприятию реальной сущности концепции Гартмана, потому как в зависимости от того, какому виду цели придаётся приоритетное значение для определения понятия деяния, это последнее обретает принципиально неоднородный характер.

В силу этого необходимо их чёткое размежевание (*Zweck ≠ Ziel*). С учётом специфики различия одна из них может называться простой (*Ziel*), а другая – сложной (*Zweck*) целью.

Первый вид цели предстаёт как идейная антиципация желательного и возможного в будущем состояния материальных систем, характеризующаяся двухпризначным отношением «индивидуум – простая цель» („*Individuum-Ziel*“).

В отличие от этого сложная цель зависит от умысла субъекта применить определённые средства (способы) и выполнить определённые действия для осуществления поставленной цели, т. е. здесь налицо уже трёхпризначное

---

<sup>454</sup> N. Hartmann, *Teleologisches Denken*, Berlin, 1951, стр. 2, 17, 68.

<sup>455</sup> N. Hartmann, *Neue Wege der Ontologie*, Berlin, 1942, стр. 104.

отношение «индивидуум – средство, действие – сложная цель» („Individuum – Mittel bzw. Handlung – Zweck“).

Общее между сложной и простой целью состоит в том, что каждая сложная цель является в то же время простой целью, которая подлежит осуществлению, и каждая простая цель превращается в сложную цель, как только она превратится в объект применения сознательного умысла и определённых средств.

А коренное основание дифференциации составляет обратная пропорциональность элементов той же аналогии: сложная цель всегда зависит от средства, с использованием которого она осуществляется, тогда как простая цель может определяться и вне зависимости от необходимых для её реализации средств.

Из этих сравнений, как нам видится, наглядно вытекает необходимость разграничения данных видов умысла в финальном понятии деяния. Могут ли при этом оба из них рассматриваться как специфически человеческий феномен в качестве продукта (специфической) «духовной» деятельности? Нет. И это искажение онтологической структуры деяния Гартманом наглядно демонстрируется в персональном учении о деянии Арт. Кауфмана.

Тем не менее всё вышеуказанное практически означает признание Гартманом конститутивности для понятия деяния не цели в общем, а её разновидности (Zweck). Ввиду этого заблуждается каждый криминалист, полагающий возможным оперирование параллельными значениями вышерассмотренных видов цели в финальном понятии деяния.

**Критика «разумного индивида»**      Заимствование философской концепции Гартмана сталкивалось в теории уголовного права с плотными барьерами. Например, В. Леференц, считая неприемлемым излишнюю рациональность и интеллектуальность субъективно-финальной догмы, указывает: «В основе этой концепции лежит психология деяния, которая далека от действительности и которая не может приводиться в соответствие с нынешними психологическими достижениями. Если разделять воззрения Гартмана, субъект преступления лишь после того принимает решение о совершении противоправного деяния, как он предусмотрит и заранее осмыслит это деяние, исходящие из него последствия и средства его осуществления.

Именно так представляет себе Гартман т. н. разумного индивида, однако в действительности он отнюдь не всегда действует «финально»<sup>456</sup>.

Для иллюстрации своего критического замечания Леференц приводит пример, в котором субъект одновременно выполняет умышленное и инерциально-пассивное, неумышленное действие (прогулка с другим лицом и беседа с ним).

**Подсознательное**      Возражение Леференца, вне всякого сомнения, справедливо, так как, согласно современной психологии, индивид может действовать не только сознательно, но и подсознательно (соответственно, беседа будет сознательным, а прогулка – подсознательным действием).

В силу этого, как верно рассуждает Леференц, финальная передетерминация (*Überdetermination*) отнюдь не всегда имеет своей предпосылкой «активную, прозрачную духовную деятельность».

Действующий подсознательно не может быть действующим умышленно, потому как при подсознательном действии субъект не обладает ясным, осмысленным представлением о деянии и результате, что неотъемлемо от понятия умысла. В силу этого существование деяния так же допустимо без умысла, как существование умысла – без деяния.

Впрочем, этот вывод не означает, словно индивид не в состоянии одновременно осуществить более чем одно умышленное действие.

Например, субъект может синхронно причинять другому лицу физический, третьему – моральный вред и при этом не оказывать помощь находящемуся в опасном для жизни состоянии четвертому субъекту. В данном случае налицо три умышленных преступления, совершённых в одно и то же время.

**Человек – «неосторожное существо»**      Выступая против субъективного финализма Гартмана, Р. Халь разделяет замечания Леференца. Вместе с тем предложенная им самим критика, вернее, последствия этой критики не могут рассматриваться как конструктивные.

---

<sup>456</sup> H. Lefferenz, Der Entwurf des allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs in kriminologischer Sicht, in: ZStW 70, 1958, стр. 38.

В то время как Лефференц исходит из эквивалентности значений умысла и неосторожности, по мнению Халя, неосторожность – приоритетный вид деяния.

В своём труде «Неосторожность в умысле» он отмечает: «Не во внятности умысла, а в смутности неосторожности состоит сущность субъективного поведения, так как человек – неосторожное существо»<sup>457</sup>. Объявлять человека только неосторожным существом означает утверждать, что он перманентно действует против собственного желания, что не соответствует действительности.

В современном британском уголовном праве широко распространено мнение, согласно которому каждый правонарушитель (в особенности делинквент) нуждается в определённой психотерапии.

Приверженцы этой идеи психические отклонения преступника видят в том, что лицу перед совершением преступления не удаётся сделать надлежащий выбор между последствиями правомерных и противоправных деяний, а именно он не осознаёт, что противоправное деяние для него влечёт более нежелательный результат, чем неудовлетворённость желания совершить это деяние.

Это является внесением в умысел элемента неосторожности и значительным упрочением позиции Халя.

**Конституитивность  
неосторожности в  
умысле?**

С другой стороны, как показывает криминально-психологическое исследование Халя, большинство делинквентов в момент совершения преступления уверено, что сможет избежать правосудия, вследствие чего автор заключает: «Изученный нами материал наглядно свидетельствует о том, что генерально нет ничего общего ни между психическим расстройством и преступлением, ни между психическим расстройством и рецидивом. Исключение составляет только эпилептическое заболевание, при котором связь между асоциальным поведением и расстройством отдельных индивидов отчётлива»<sup>458</sup>. Однако то, что большинство делинквентов, не будучи подверженным никакому психическому расстройству, убеждено в избежании репрессивных юридических последствий, представляет собой лишь очередной аргумент в поль-

<sup>457</sup> К. А. Hall, *Fahrlässigkeit im Vorsatz*, Bonn, 1959, стр. 20.

<sup>458</sup> J. Gunn, *Psychiatric Aspects of Imprisonment*, London, New York, San Francisco, 1978, стр. 256.



зу позиции Халя. В то же время верность его воззрений этим ещё отнюдь не подтверждается.

Зачастую умышленное деяние хотя и содержит признаки неосторожности, но не всегда. В каждом том отдельном случае, когда субъект намерен непосредственно после совершения преступления явиться с повинной в правоохранительные органы, он сознательно допускает неизбежность наказания, т. е. желает преступное деяние, несмотря на допускаемую с необходимостью уголовную ответственность (таковым может быть, например, умышленное убийство по мотиву мести, в том числе по мотиву кровной мести). И поскольку делинквент осознаёт, реально представляет себе вытекающее из его деяния всякое последствие, умысел на сей раз целиком отграничивается от характерных для неосторожности особенностей.

Таким образом, умышленное деяние не всегда сопровождается непредвиденными субъектом последствиями, и это должно быть достаточным основанием для того, чтобы отвергнуть в понятии умысла генеральность «неосторожных» моментов.

В соответствии с данным выводом в воззрениях Халя верно только то, что в них отвергается субъективная финальность как конститутивный признак деяния; что же касается сформированного вследствие этого положения («человек – неосторожное существо»), оно так же односторонне и ирреально, как негированная самим Халем воззрение Гартмана.

## УГОЛОВНО-ПРАВОВЫЕ ИСТОКИ: АСИСТЕМНАЯ КОНЦЕПЦИЯ А. Г. ц. ДОНА

### Распад «комплексного» понятия вины

Для уголовно-правовой обработки Вельцелем теории Гартмана в значительной степени подготовили почву оригинальные воззрения А. Г. ц. Дона, выразившиеся в опровержении комплексного понятия вины Франка.

«Представители финальной теории, – отмечает Т. В. Церетели, – заслугой Дона считают то, что он чётко отделил умысел и неосторожность от оценочного суждения, однако недостатком его учения рассматривают необоснование того, какое место занимает в системе преступления вынесенное из понятия вины психическое отношение»<sup>459</sup>. И там же вкратце излагает основные моменты его концепции: «(...) Дона делит понятие преступления на две отчётливо различающиеся части: на объект оценки и оценку объекта. К объекту оценки, по мнению Дона, относится объективный состав (действие и бездействие) и субъективный состав (умысел и неосторожность). А к оценке объекта – с одной стороны, противоправность, с другой – вина. В рамках суждения о вине, так же как при установлении противоправности, имеем дело с результатом оценки, только при суждении о противоправности оцениваем объективный состав, а при установлении вины – субъективный состав»<sup>460</sup>. В рамках этой же позиции Дона рассуждает о первичном значении признака противоправности, так как вопрос о виновности возникает лишь вследствие наличия противоправности, т. е. виновным может быть только противоправное деяние.

### Опровержение натуралистической противоправности

Наряду с этим Дона признаёт объективную противоправность и таких деяний, которые не могут вменяться субъекту ввиду неустановленной виновности; выяснение основательности упречности приобретает своё значение лишь после того, как устанавливается нарушение запрета или обязанности.

<sup>459</sup> თ. წერეთელი, თანამედროვე ბურჟუაზიულ კრიმინალისტთა მოძღვრება ბრალზე, სტრ. 10.

<sup>460</sup> Ibid., სტრ. 9.

«Таким образом, – продолжает Дона, – соотношение противоправности и вины не идентично с соотношением объективных (= относящихся к внешнему миру) субъективных (= психических) факторов (...). Причинение смерти другому противоправно, если оно не приводится в соответствие с уголовно-правовыми нормами; а признание его виновным зависит от конституируемых теми отношениями обстоятельств, которые наличествуют между преступником и преступным деянием»<sup>461</sup>.

Затрагивая конкретно проблему противоправности, Дона отмечает, что обязательное в уголовно-правовом отношении деяние не может в то же время быть запрещённым в уголовно-правовом отношении, т. е. выполнение уголовно-правовой обязанности никогда не является противоправным.

В качестве иллюстрации Дона приводит исполнение незаконного приказа: исполнение приказа как осуществление обязанности не является противоправным, однако приказ, исполнение которого было бы противоправным, ни в коем случае не может быть обязательным.

То же самое отмечается о нормативно дозволенных деяниях: если деяние в уголовно-правовом отношении дозволено, оно параллельно не должно быть предметом уголовно-правового запрета, т. е. осуществление предоставляемого уголовным законом субъективного права – при любых обстоятельствах правомерное деяние. В силу этого субъект не привлекается к ответственности, когда при необходимой обороне выстреленная в адрес нападающего пуля лишает жизни третье лицо, так как ему не может запрещаться осуществление права на необходимую оборону.

**Бесприютные предпосылки вины** Отсюда Дона переходит непосредственно к рассмотрению проблемы вины и отмечает, что уголовный закон упоминает только умысел и неосторожность (да и то без дефиниции), а о вине хранит молчание, что ему кажется неприемлемым<sup>462</sup>.

Вину Дона дефинирует как определение воли, противоречащее обязанности (*pflichtwidrige Willensbestimmung*).

Отношение умысла и неосторожности к такому понятию вины немецкому криминалисту представляется следующим образом: «Для вины, т. е. для противоречащего обязанности определения воли отношение умысла и не-

---

<sup>461</sup> А. G. zu Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, стр. 28.

<sup>462</sup> Ibid., стр. 38.

осторожности имеет то же значение, что и отношение действия и бездействия для противоправности»<sup>463</sup>. Это и понятно, ибо, как видно из вышепредставленного анализа Т. В. Церетели, согласно Дона, вина представляет собой оценку сформированного из умысла и неосторожности субъективного состава, а противоправность – оценку объективного состава, формирующегося из действия и бездействия.

*Исходя из этого, в учении Дона умысел и неосторожность (как объекты оценки) составляют предпосылки вины (как оценки объекта), её основания, а не элементы или тем более формы или виды.*

Предпринятый Дона этот весьма вызывающий шаг становится впоследствии одним из наиболее важных этапов развития понятия вины.

**«Неотвратимость»  
финализма** Наряду с этим следует заметить, что предложенное Дона соотношение умысла и неосторожности с понятием вины не только создавало благоприятные условия для внедрения финализма в уголовном праве, а со всей насущностью требовало появления финального учения или иной подобной концепции, поскольку, как отмечает сам Вельцель, оставленные Дона «бесприютно» умысел и неосторожность настоятельно нуждались в дополнительном анализе.

Иными словами, воззрения Дона сделали необратимым процесс дезинтеграции т. н. комплексного понятия вины ранненормативной концепции Франка.

**Номинальная  
иерархия** После того как мы наглядно продемонстрировали к предложенному им понятию вины, с одной стороны, отношение противоправности, а с другой – отношение умысла и неосторожности, можно с убедительностью отметить, что Дона не особо заботился о логической взаимосвязи своих положений.

Когда он отмечает, что виновность недопустима без противоправности, это так и должно быть, однако верность этого утверждения отнюдь не подтверждается выстроенной им системой преступления, более того, эта система в корне ему противоречит.

Если противоправность конфигурируется как оценка (фактического) действия и бездействия, а вина – как оценка умысла и неосторожности, то как должна обосновываться зависимость вины от противоправности в тех слу-

<sup>463</sup> Ibid., стр. 42.

чаях, когда установлению действия или бездействия предшествует констатация умысла или неосторожности?

Возможно и то, чтобы обстоятельствами дела устанавливались только умысел и неосторожность, а наличие действия или бездействия оставалось неопределённым. А это свидетельствует именно о том, что, согласно учению Дона, данное деяние виновно, несмотря на неопределённость его противоправности.

**Dolus generalis –  
противоречивость  
системы**

При рассмотрении *dolus generalis* Дона сам же подтверждает верность нашего замечания. Он пишет: «В отношении *dolus generalis* следует выяснить то, допустимо ли объединение в поведение, охватываемое единым умыслом, двух различных действий, из которых противоправный результат вызывает не то действие, которое было нацелено на детерминацию этого результата, а то, которое преступным умыслом субъекта реально не охватывалось. Мы в данном случае (хотя не без определённых колебаний) склонны к признанию оконченного умышленного деликта. Ведь здесь в отличие от *aberratio ictus* налицо противоправный результат, к наступлению которого стремился субъект»<sup>464</sup>. Неясно для нас только то, чем обусловлены колебания Дона, так как его теория не содержит оснований для скептицизма.

Вследствие первого действия, которое фактически представляет собой оконченное покушение, налицо субъективный состав и тем самым также вина как оценочное суждение о субъективном составе; а вследствие второго действия налицо совершенный облик объективного состава и исходящая из этого противоправность как оценочное суждение об объективном составе.

Таким образом, в поведении субъекта наличествует как противоправность, так и вина, что в конечном итоге означает синтезирование из элементов двух непреступных действий третьего преступного деяния, т. е. преступным признаётся деяние, которого реально нет.

Подобное в рамках классической схемы недопустимо, потому как вина в этом случае олицетворяет не оценку умысла или неосторожности, а комбинацию противоправности и отсутствия исключających вину обстоятельств; соответственно, виновным может быть только противоправное деяние.

---

<sup>464</sup> Ibid., стр. 26-27.

В силу этого первое действие в составе *dolus generalis*, которое не является противоправным (т. е. которым субъекту не удалось вызвать противоправный результат), не может включать вину своим структурным элементом.

А из двух действий, из которых только одно противоправно, а другое ни противоправно, ни виновно, разумеется, преступное деяние ни при каких обстоятельствах результировать не может (ни абстрактно, ни тем более в релевантном в уголовно-правовом отношении виде).

Помимо всего этого, взаимонесовместимы также предложенные Дона две кардинальные положения – вина как оценка умысла и неосторожности и вина как определение воли, противоречащее обязанности. Противоречащим обязанности определением воли может быть сам умысел или сама неосторожность, но с оценочным суждением о последних этого первого уже ничего не связывает.

**Общая критика психологизма**      Касаясь психологического учения о вине, Дона в привычном для нормативизма духе отмечает: «Для понятия преступления психическое отношение преступника к своему деянию не является существенным признаком, так как неосторожные деликты совершенно его лишены (...). Всякая попытка обнаружения при неосторожности каким бы то ни было образом моделированного психического отношения преступника к преступному деянию и признания тем самым психического отношения общим признаком вины уже всеобщее расценивается тщетной. Сущность вины состоит в оценке субъективного состава (так же как сущностью противоправности следует рассматривать оценку объективного состава)»<sup>465</sup>.

**Критика волевой теории**      Из двух противоположных направлений психологизма предмет особой критики у Дона составляет волевая теория, которую он характеризует следующим образом: «Волевая теория рассматривает волю как определённое психическое отношение преступника к преступному деянию, однако в то же время вынуждена признавать соответствующими воле и такие последствия, наступление которых субъект в действительности не желал. Против волевой теории свидетельствует и то, что волей может охватываться только результат как признак осуществляемого преступником состава преступления, в то время как на сопровождающие

<sup>465</sup> Ibid., стр. 22.

обстоятельства (чуждость имущества, возраст изнасилованной) она не распространяется»<sup>466</sup>. Дона в этом своём замечании повторяет допущенную не одним другим криминалистом неточность, выраженную в отождествлении с понятием желания понятия воли.

Что касается корреляции воли и сопровождающих преступление обстоятельств, Дона заблуждается постольку, поскольку рассматривает всякое волюнтативное в отрыве от всякого интеллектуального (это, конечно же, не означает, словно волевая теория как таковая не должна представлять собой объект критического анализа).

**Субстанциальная  
контрадикторность  
с финализмом**

В некоторых случаях воззрения Дона принципиально противоречат финальным догмам, и особо наглядным примером этому служит проблема каузальности. «За результат в ответе не каждый, – указывает Дона, – а только тот, кто вызвал этот результат.

Таким образом, каузальность поведения при результативных деликтах предстаёт самым первым и абсолютным условием ответственности; исключение из этого положения недопустимо, т. е. оно в равной мере касается как основного преступника, так и соучастника.

Каузально действует только тот, кто создаёт определённое условие, без которого противоправный результат не наступил бы (*conditio sine qua non*). Однако каузально не действует каждый отдельный субъект, создающий подобное условие. В противном случае в причинной связи со смертью убитого из огнестрельного оружия должен находиться не только тот, кто применил это оружие, но также и оружейник, изготовивший это оружие, предки оружейника и так до бесконечности»<sup>467</sup>.

Если соучастник может «действовать каузально», это свидетельствует о том, что каузальность включает в себя финальность, так как главным связующим звеном между соучастником и результатом предстаёт основной преступник, scil. финальность его умысла.

Для Вельцеля, равно как для других представителей финального учения, подобная реальность, естественно, неприемлема, ибо, согласно каждому из них, финальность как квалитативно, так и квантитативно ранжируется выше

---

<sup>466</sup> Ibid., стр. 24.

<sup>467</sup> Ibid., стр. 18.

и в силу этого каузальность всегда рассматривается как охватываемый финальностью признак. Исходящая из действия соучастника (подстрекателя или пособника) причинность действительно не включает в себя существующую в умысле «основного преступника» финальность, а прекращается вследствие слияния с этой финальностью и уступает дорогу охватываемому этим последним очередному, новому, независящему от него каузальному процессу. Было бы иначе, подстрекателя разбойника или убийцы следовало бы наказывать собственно за разбой или убийство, а не за «склонение» основного делинквента к совершению разбоя или убийства.

**Дуалистическая  
«закономерность»  
финализма**

Одновременно с этим определённое сходство между воззрениями Дона и финалистов наблюдается и в этом вопросе, а именно в аспекте взаимоотношения бездействия и каузальности. Определяя каузальность как «создание вызывающего результат условия», Дона практически не различает значения причины и условия и на основе этого вносит момент каузальности также в понятие бездействия, что без всяких оговорок разделяет большинство финалистов.

С другой, обобщающей стороны, даже эта общая характеристика воззрений Дона наглядно указывает на то, что его концепция как смежный с финализмом этап во многом не только не совпадает с ним, но и явно противоречит ряду основных принципов рассматриваемого учения.

Таким образом, финализм не может восприниматься в качестве линейного продолжения концепции Дона; эта последняя, создавая теоретически оптимально благоприятные условия для возникновения финального учения, представляет собой не просто промежуточное, но и в значительной степени самостоятельное направление между франкским нормативизмом и финализмом, если, в свою очередь, не сводить всё к дидактической «бесприютности» умысла и неосторожности.

И в теории уголовного права это мнение можно считать господствующим (за исключением тех случаев, когда некоторые криминалисты называют Дона частичным представителем финализма).

Тем не менее, исходя из вышепредставленного анализа, финальное учение не возникало без всякой видимой причины, что в рассматриваемом контексте главное: теория Гартмана в философии и учение Дона в уголовном



праве строго локализовали процесс его возникновения в русло закономерности и логической последовательности.

## DOLUS NATURALIS

**«Персональная»  
неправда** К основным представителям финализма наряду с его основоположником боннским криминалистом Х. Вельцелем относятся Г. ф. Вебер, Р. Маурах, Р. Низе, Арм. Кауфман, Р. Буш, сюда же можно отнести и В. Галласа, несмотря на определённые отклонения. Как увидим ниже, многочисленность последователей финализма обеспечивает его весьма динамичное и многогранное развитие.

Одним из главных характерных признаков финального учения о деянии является отграниченный от понятия вины «естественный» умысел.

Т. В. Церетели по поводу этого отмечает: «Умысел, который представители финального учения целиком переместили в сферу действия и признали одной из необходимых предпосылок персональной неправды, по их мнению, лишён всякого оценочного элемента. Он входит в сферу «объекта оценки», а не «оценки объекта». Умысел, определённый таким образом, не представляет собой «злой умысел», «*dolus malus*», содержащий момент порицаемости, который является необходимым элементом вины»<sup>468</sup>.

Т. В. Церетели там же приводит следующее замечание Р. Маураха: «Нефинальным учением о деянии должны считаться все воззрения, согласно которым умысел является составным элементом вины, – последовательным финалистом может признаваться лишь тот, кто рассматривает умысел как естественный умысел, т. е. как феномен, относящийся исключительно к составу деяния, а нефиналистом предстаёт каждый, кто руководствуется традиционным понятием умысла как *dolus malus*, вменяемостью – как порождающей умысел предпосылкой»<sup>469</sup>, из чего Т. В. Церетели заключает: «Если умысел не является формой вины или хотя бы одним из его составных элементов, если умысел не есть порицаемое психическое отношение к противоправному деянию, а лишённый всякого оценочного момента естественный психический процесс, который по существу означает только волю субъекта действовать для достижения определённой цели, то вменяемость не мо-

---

<sup>468</sup> თ. წერეთელი, თანამედროვე ბურჟუაზიულ კრიმინალისტთა მოძღვრება ბრალზე, სტრ. 11.

<sup>469</sup> Ibid., სტრ. 12.

жет представляться в качестве его необходимой предпосылки. Если, согласно господствующему учению, «умышленно» в уголовно-правовом отношении может действовать только вменяемое лицо, по финальной теории, умышленно может действовать как вменяемое, так и невменяемое лицо»<sup>470</sup>. Тем самым Т. В. Церетели наглядно демонстрирует, в чём выражается конкретное практическое значение постулированного финалистами естественного умысла.

**Dolus malus** Тем не менее, развивая мнение Т. В. Церетели, следует подчеркнуть, что представленная выше позиция и теоретически в той же мере неприемлема. Утверждение финалистов, словно злой умысел относится к сфере оценки объекта, а естественный умысел представляет собой объект оценки, в самом его корне оплошно.

Правда, представители нефинального нормативизма, с одной стороны, рассматривали злой умысел как элемент вины, а с другой – вину представляли себе в виде оценочного понятия, однако умысел как элемент оценочного понятия ещё отнюдь не характеризует умысел как компонент самого оценочного суждения. Согласно нефинальным представителям нормативизма, вина как оценочное понятие содержало не только саму оценку, но и объект оценки в качестве своего структурного компонента. И именно этот компонент олицетворяет умысел.

В таком случае напрашивается вопрос: если естественный умысел с точки зрения оценочности не отличается от злого умысла и не может отличаться, ибо любой вид умысла как состоящее из самой правовой оценки или части самой правовой оценки логически немислимо, в чём следует искать генеральный взаиморазграничительный признак этих двух понятий?

Признавая, что способность к естественному умыслу имеется у каждого невменяемого (и это поистине так, если не учитывать определённые исключения), то естественный умысел следует в полной мере размежевать с субъективной волей, так как значительная часть душевнобольных не только не способна действовать в соответствии с собственной волей, а также лишена способности формировать волю.

Соответственно, естественный умысел состоит только из интеллектуального умысла, в отличие от чего злой умысел включает как интеллектуальную,

---

<sup>470</sup> Ibidem.

так и волевою сторону. И именно в этом выражается допущенная финалистами недопустимая погрешность: умысел как понятие, суть которого может исчерпываться в интеллектуальном моменте, лишён уголовно-правового смысла.

Таким образом, центральным предметом критического анализа должен представлять не сам факт элиминации умысла из понятия вины, а допущение полной «интеллектуализации» умысла и соответственно его абсолютной «деволюнтаризации», что не учитывается или ненадлежаще учитывается критиками финализма.

Что касается злого или сложного умысла, он как таковой возвращается в сферу вины лишь десятки лет спустя, не устраняя, однако, «естественный» умысел «персональной» неправды финализма.

## Х. ВЕЛЬЦЕЛЬ

**Вина как упрёк** То, что на содержание умысла не особо влияет факт его элиминации из понятия вины, об этом наглядно свидетельствует даже самый поверхностный анализ соответствующих воззрений Вельцеля.

Согласно Вельцелю, так же как любому другому финалисту, вина – это не просто оценочное, не просто нормативное понятие, а «чисто оценочное», «чисто нормативное» понятие, т. е. *не упречность, а упрёк*.

Психологический элемент, который всецело наполнял содержание психологического понятия вины и отчасти – ранненормативного понятия вины, в этот раз отнесён к понятию (фактического) деяния, которому, в свою очередь, приписывается свойство «субъективной финальности». Вина вследствие этого олицетворяет только оценку и ничего, кроме оценки, существующей в психике не субъекта преступления, а в психике чужого индивида.

Вельцель пишет: «Если вина есть виновная воля деяния (*der schuldhafte Handlungswille*), т. е. совокупность оценки и объекта оценки, умысел должен относиться к понятию вины. Однако поскольку вина определяется как только оценка воли деяния, т. е. как оценка без объекта оценки, никогда не найдётся места для умысла в понятии вины»<sup>471</sup>. Как видим, содержания умысла (только интеллектуальная или интеллектуально-волевая определённости) трансформация материально-структурной корреляции понятий умысла и вины отнюдь не касается, так как причиной такой трансформации представлена не содержание умысла, а недопустимость соналичия в понятии вины оценки и объекта оценки.

**Примарность нормативности вины или финальности деяния?** Достоинно особого внимания воззрение Т. В. Церетели о том, по какой конкретной причине выносит Вельцель умысел за пределы вины. «Умысел, перенесённый в сферу действия, – замечает Т. В. Церетели, – разумеется, превратился в лишённое всякого этического момента, индифферентное понятие. По Вельцелю, это чисто психологическое понятие, расположенное вне

---

<sup>471</sup> Н. Welzel, *Um die finale Handlungslehre*, Tübingen, 1949, стр. 24.

добра и зла (...). Однако что вынудило Вельцеля, учение которого вообще построено на онтологии Николая Гартмана, здесь, в вопросе о вине примкнуть к крайне нормативной теории, основанной на неокантианской философии, и выдворить из понятия вины его психологическое содержание? Вельцель был вынужден так поступить, ибо самое действие он понимает в субъективно-финальном значении как «осуществление субъектом целевой деятельности»<sup>472</sup>. Вследствие данного вывода Т. В. Церетели перед нами сложнейшая методологическая проблема, без решения которой постичь суть финализма совершенно невозможно.

Выяснения же требует то, на каком основании разграничивает Вельцель в действительности умысел и вину: в силу несовместимости в понятии вины оценки и объекта оценки или же в силу субъективно-финального понимания деяния?

**Онтология –  
первоисточник  
финализма**

На наш взгляд, Т. В. Церетели справедливо отдаёт предпочтение этому последнему аспекту, т. е. деянию как «осуществлению целевой деятельности субъекта», так как Вельцель в первую очередь рассматривает понятие деяния и лишь впоследствии приступает к анализу понятия вины.

Согласно этому, Вельцель, выделяя субъективно-финальный характер деяния, исключает умысел из понятия вины уже до того, как понятие вины предстаёт в качестве предмета исследования.

А на фоне данного обстоятельства звучит даже фикционально его последующее утверждение о несовместимости в понятии вины оценки и объекта оценки. Конкретнее: удаления умысла из вины требует необходимость его внесения в понятие деяния, а не наоборот – внесение умысла в понятие деяния не обусловлено необходимостью его исключения из понятия вины. На наш взгляд, вряд ли это могло видиться иначе и самому Вельцелю.

И в силу этого несомненной следует считать первичность понимания деяния в субъективно-финальном значении, т. е. умысел выносится из понятия вины потому, что Вельцель определяет деяние как «осуществление целевой деятельности», а не в силу того, что он считает недопустимым соналичие в понятии вины оценки и объекта оценки. Т. е. первоисточник финаль-

<sup>472</sup> თ. წერეთელი, თანამედროვე ბურჟუაზიულ კრიმინალისტთა მოძღვრება ბრალზე, სტრ. 17.

ного учения о деянии следует искать не в теории уголовного права в виде концепции Дона, а в философии в виде «новой» онтологии Гартмана. Ввиду этого данное учение по существу – не уголовно-правовая, а философская концепция, отточенная позитивистски.

**Противоценность вины** После того как Вельцель определяет вину исключительно в качестве оценочного суждения, он пытается обосновать, что определённая таким образом уголовно-правовая вина представляет собой не «феномен, существующий в психике судьи», а «противоценное качество» (Unwerteigenschaft).

Очевидно, что эта попытка Вельцеля тщетна: как справедливо замечают критики финализма, преступное деяние дополняется данным «свойством» вследствие внешней оценки, и в силу этого вина всё-таки остаётся феноменом в «чужой» психике.

**Отрицание «финальной» модели вины** С особой остротой критикует сведение понятия вины до оценочного суждения Ю. Бауман, который пишет: «Вина как голое оценочное суждение совершенно необоснуема. Преступник наказывается не за то, что наличествует в виде сформированной в психике другой оценки, а за то, что он сам со злым сознанием или легкомысленно содейл. Хотя суждение о виновности является глубоко оценочным процессом, но оставление вины без психологического момента означает отрицание идеи вины. Тот, кто оценивает преступное поведение, безусловно должен быть знаком с внутренним отношением преступника к своему деянию, включая самооценку преступника»<sup>473</sup>. Таким образом, делинквент в первую очередь сам же оценивает совершаемое им противоправное деяние, а впоследствии этой оценке даётся очередная (внешняя) оценка, и в этой двойной оценке, по мнению Баумана, состоит вина.

«Наряду с этим, – продолжает он, – следует принять во внимание и то, что преступник упрекается не в ошибочной оценке, а в ошибочном поведении, несмотря на безошибочную оценку! Грабитель, разбойник, убийца и т. д. оценивает совершенно верно, он ведаёт, что правом на совершение того, что совершается им, он не владеет; однако он не взирает на эту свою безошибочную оценку»<sup>474</sup>. Сложно отвергать справедливость представленной Бауманом критики в том аспекте, что размежевание понятия вины с психи-

<sup>473</sup> J. Baumann, Strafrecht. Allg. Teil, 2. Aufl., стр. 290.

<sup>474</sup> Ibidem.

ческими фактами означает пренебрежение аксиоматической истиной – истиной, согласно которой «оставление вины без психологического момента означает отрицание идеи вины».

Более того, как метко замечает Бауман, первоисточником вины предстаёт психика субъекта преступления, а не внешняя оценка.

**Вина как  
«двойная оценка»  
(Ю. Бауман)**

В то же время это не следует понимать так, словно мы положительно характеризуем сформированное вследствие этой критики положение Баумана.

Вина как двойная оценка вообще не может включать неосторожность и отчасти – умысел, так как там, где субъект негативно оценивает своё противоправное поведение, внешняя оценка этой оценки не может служить основанием уголовной ответственности, что мы выше уже обстоятельно обсудили.

Однако последнее воззрение Баумана относительно того, что делинквент внешне упрекается не в ошибочной оценке, а в ошибочном поведении, несмотря на безошибочную оценку, значительно отличается от его первоначальной позиции, хотя и она не может быть приемлема, потому как в этот раз становится невозможным обоснование вины в случае предотвратимой (т. е. неуважительной) ошибки.

**Вина – упрёк или  
основание упрёка?**

Не менее принципиальны высказанные Хардвигом замечания. Цитируя следующие слова Вельцеля: «В силу того что вина представляет собой оценку умысла, умысел должен рассматриваться не как составная часть этой оценки, а как его объект, предмет», он отмечает: «Данное утверждение Вельцеля неверно, так как вина вовсе не представляет собой оценку умысла. С другой стороны, неверной следует считать идентификацию суждения о виновности (Schuldurteil) с тем оценочным суждением, в котором выражается упрёк. Преступник упрекается в том, что он виновен, и, следовательно, вина будет не оценочным неодобрением (bewertende Mißbilligung), а предпосылкой этого неодобрения (оценки), согласно чему суждение об упречности и виновности должно строго обособляться друг от друга. Необходимость этого проявляется со всей наглядностью и тогда, когда говорим: преступнику вменяется вина (!); а не: преступнику вменяется упрёк. Однако другой вопрос, если говорить, что преступник заслуживает упрёка, потому что он виновен. Вина хотя бы потому не может быть оценкой, что она во всей своей величине сама представляет объ-



ект оценки. Однако вина может оцениваться только после того, как она «дана». А «дана» ли вина – это вопрос установления, а не оценки»<sup>475</sup>. Согласно этому, Хардвиг решительно отвергает вину как внешнюю оценку и рассматривает её первично как объект установления, а вторично – как объект оценки.

Исходя из этого, вина, по Хардвигу, является не упрёком или упречностью, а тем, что составляет основание для этого упрёка или упречности.

**Дифференциация  
упречности и упрёка**

На наш взгляд, верным в воззрении Хардвига можно считать только тот эпизод, которым отвергается положение Вельцеля о вине как об оценочном суждении; а его последующие выводы явно выходят за рамки логической последовательности.

Здесь главным образом следует обратить наше внимание на следующие моменты:

- 1) Прежде всего, не следует отождествлять понятия упречности (Vorwerfbarkeit [Франк]) и упрёка (Vorwurf [Вельцель]).
- 2) С одной стороны, вина не может быть упрёком, так же как упречность не может быть упрёком.
- 3) С другой стороны, вина может быть основанием для упрёка, так же как упречность является основанием для упрёка.
- 4) Таким образом, вина не может быть упрёком, но может быть упречностью.

**Гипофиз вины**

*Если вина существует вне зависимости от проблематики упречности, как это утверждает Хардвиг, и вина наличествует уже без учёта вопроса об упречности, то какое место и значение должна иметь упречность (упрёк) в системе преступления? В таком случае упречность представляет собой бессодержательный гипофиз понятия вины, располагающийся между виной и наказанием, т. е. главное, чему здесь служит признак упречности, – это оттеснение на задний план реального значения вины в отношении уголовной ответственности.*

Удивительно, что Хардвиг даже не пытается остановить своё внимание на этом обстоятельстве. Он ничего не указывает о том, чем обусловлена необходимость оценки с точки зрения вины после того, как вина уже налицо.

<sup>475</sup> W. Hardwig, Die Zurechnung, стр. 188.

**Вина как объект констатации** Вина по определению может быть объектом либо установления, либо оценки, но не установления и оценки одновременно. Оцениваться (осуждаться) и наказываться (устраняться) может уже установленная вина. Таким образом, положение Хардвига о вине как об объекте установления и оценки так же недоказуемо, как отождествление Вельцелем вины с оценочным суждением.

Помимо этого, тем самым Хардвиг явно дистанцируется и от классического нормативизма, где вина наряду с оценкой включает и умысел как объект установления и оценки; установление умысла само по себе ни о чём не свидетельствует, он приобретает соответствующее уголовно-правовое значение только как полученный вследствие установления объект оценки. И здесь в пользу классического нормативизма следует заметить, что то, что в вину в виде объекта установления и оценки органически не вписывается, непременно требует своим интегральным признаком понятие умысла.

**Финальность воли** Вместе с тем Хардвиг детально касается другой, для нас не менее важной стороны финального учения. Он считает прогрессивным субъективизацию понятия деяния, которого до того, по его же утверждению, полностью искажала каузальная догма.

Хардвиг в подтверждение этому ссылается и на популярный постулат Гегеля, согласно которому цель предстаёт сущностью деяния. Тем не менее в результате исследования Хардвиг приходит к выводу, что, исходя из содержания данного учения, оно должно называться финальным учением не о деянии, а о воле.

«В финальной теории, – отмечает Хардвиг, – основной акцент перенесён на взаимоотношение воли и деяния. Деяние здесь понимается как цель воли. То, что должно осуществляться (= осуществится) в виде деяния во внешнем мире, дано в воле как представление и до осуществления деяния. Соответственно, было бы целесообразнее говорить о финальном учении о воле, а не о деянии. Воля воспринимается уже не как слепая каузальная сила природы, как пустой причинный *agens*, а как целенаправленный психический феномен, сопровождающийся смыслом представления (*Vorstellungs-*) *Sinn*). Убийство, опираясь на это, является не фактом детерминации смерти, оно является осуществлением представления, а именно направление каузального процесса к наступлению смерти потерпевшего. А деяние в общем представляет собой целенаправленную, сознательную реализацию воли. Имен-

но в этом и состоит сущность финального учения и финального понятия о деянии»<sup>476</sup>.

**«Финальная  
сверхдетерминация  
каузальности»**

Хардвиг и в этом случае допускает немалозначительную оплошность, что наглядно отображается в следующем высказывании: «Субъект находится в пределах каузального процесса, которым он может управлять в соответствии со своими представлениями и управлять которым он юридически обязан. Над каузальным процессом доминирует эта способность, т. е. возможность определять предварительно, что должно случиться и воздействовать на него в соответствии с собственными представлениями, есть способность к «финальной передетерминации» каузальных явлений (исходя из учения Н. Гартмана). С учётом этого финальность следует понимать не только так, что деяние является средством для достижения определённой цели, а также так, что деяние само олицетворяет осуществление предварительно определённого представления»<sup>477</sup>. Из этого результирует только то, что деяние в финальном учении никогда не может быть целью субъективной воли. Оно выполняет только функцию определённого представлением средства и последующего осуществления этого представления.

Что составляет цель делинквента при убийстве с прямым умыслом: выстрел (действие) или лишение жизни потерпевшего (результат)? Очевидно, что если субъект ставил целью выстрел, а не лишение жизни потерпевшего, убийство не может считаться совершённым с прямым умыслом (по состоянию на 2000 год).

**Спектральный  
анализ финализма**

Одновременно с этим Хардвиг окончательно искажает истинную специфику финализма, представляя его в виде финального учения о воле.

Особенность финального учения выражается не в том, что воля своей целью включает результат или хотя бы деяние, как это утверждает Хардвиг, а в том, что в само понятие деяния вносится момент субъективной финальности. Финальное учение не отвергает и неразрывность воли и цели, однако признанию его отличительным признаком финальности воли препятствует то, что на сегодняшний день вряд ли можно найти какое-либо философ-

<sup>476</sup> Ibid., стр. 86.

<sup>477</sup> Н. Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, стр. 502.

ское или уголовно-правовое направление, ставящее под сомнение финальный характер воли.

Это вполне естественно: воля так же не может быть мыслима без финальности, как финальность – без воли.

В силу этого называть учение Вельцеля финальным учением о воле – значит выделять в нём наиболее, характерный для всех остальных концепций признак и умалчивать о его существенной, реально специфической стороне.

Хардвиг заблуждается и тогда, когда в финальном учении предметом приоритетного акцентирования выделяет взаимоотношение воли и деяния; финалисты гораздо интенсивнее заостряют своё внимание на корреляции деяния и элиминированного из понятия вины умысла. Доказывать это излишне.

Таким образом, чрезвычайная констатация того, что сущность финального учения состоит в деянии как в целенаправленном осознанном осуществлении воли, ничуть не препятствует Хардвигу неоднократно отринуть данный принцип.

**Г. ф. ВЕБЕР**

**Телеология деяния** Патриархом финализма в уголовном праве наряду с Вельцелем можно считать Г. ф. Вебера, который, подобно этому первому, исходит из следующего: «Ориентированность деяния на цель означает, что деяние является средством для достижения цели – цели, которая располагается за пределами (фактического) деяния как средства. А то, что цель выходит за пределы деяния, означает, что деяние целью не является»<sup>478</sup>.

Так же как Вельцель, Вебер считает неизбежным исключение умысла из понятия вины. Однако по сравнению с Вельцелем он более конкретен в отношении проблемы вины, в частности в связи со структурным строением вины.

Вебер не ограничивается декларированием только того, что лишённая психологического момента вина должна определяться как внешняя оценка, а представляет её в виде совокупности вменяемости и отсутствия исключающих вину обстоятельств (в качестве исключающих вину обстоятельств он, помимо обоих видов уголовно-правовой ошибки, приводит крайнюю необходимость и необходимую оборону).

**Негативная вина** Однако ведь вменяемость равна отсутствию невменяемости, а отсутствие невменяемости – отсутствию исключающего вину обстоятельства. В силу этого вменяемость, дополненная отсутствием исключающих вину обстоятельств, не может быть ни чем иным, как отсутствием невменяемости, т. е. отсутствием исключающего вину обстоятельства, дополненного другими исключающими вину обстоятельствами. *В конечном итоге вина, по Веберу, не что иное, как отсутствие исключающих вину обстоятельств.*

Это, разумеется, систематически так и есть, однако дело в том, что Вебер в данном случае рассуждает о структуре вины, а не о вине как о признаке понятия преступления. А предстваление вины в структурном отношении в подобном виде неудовлетворительно, так как отсутствие исключающих ви-

---

<sup>478</sup> Н. v. Weber, Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., стр. 63.

ну обстоятельств указывает всего лишь на наличие вины, а никак не на прямое описание структурного состава вины, прежде всего, с учетом корреляционной специфики его конститутивных компонентов.

**Р. МАУРАХ**

**Вменяемость и потенциальное сознание неправды** Аналогичностью отличается соответствующая позиция другого финалиста Р. Маураха, который к содержанию вины относит потенциальное сознание неправды<sup>479</sup> и вменяемость (т. е. генерально возможное сознание неправды).

Здесь, как верно отмечается в теории уголовного права, Маурах связывает понятие вины только со знанием, а конкретнее – только даже с возможностью знания (т. е. с виртуальным знанием). Однако очевидно, что вина в таком случае не может рассматриваться в качестве главного решающего основания уголовной ответственности. Абсолютизация интеллектуальной стороны вины не только недопустима, а она всесторонне должна субординироваться с необходимостью наличествующему в понятии вины волевому аспекту.

**Конституитивность волюнтативности** Когда субъект вменяем (т. е. имеет генерально возможное сознание неправды) и в конкретной обстановке осознаёт противоправность своего деяния или владеет объективной возможностью такого сознания, правда, и без прямого учёта волевого момента легко возможно обоснование уголовной ответственности, однако не более чем условно; в действительности же субъекту должно вменяться в вину не знание неправды или возможность её знания, а то, что он, имея актуальное или потенциальное сознание неправды, мог действовать иначе. А возможность иного действия в уголовно-правовом понимании уже составляет не только интеллектуальную категорию, а органическую целостность интеллектуального и волюнтативного.

---

<sup>479</sup> Следует заметить, что Маурах по понятной причине – не единственный финалист, который, выступая против «теории умысла», сознание неправды рассматривает как составной элемент вины, а не умысла. Финальное учение в общем не выходит и не может выходить, исходя из специфики финального понятия умысла, за рамки «теории вины».

**Р. БУШ**

**Финалистская  
сущность вины**      Не должны быть лишены интереса воззрения финалиста Р. Буша о сущности вины и её категориальных особенностях в рамках финального учения о деянии.

По мнению Буша, подход как Дона, так и Вельцеля к проблеме вины небезупречен, так как они, по его же утверждению, сущность вины видят, подобно господствующей нефинальной доктрине, в содержании поведения.

Дона, как было показано выше, дефинирует вину как определение воли, противоречащее обязанности; а Вельцель сущностью вины называет невыполнение обязательных в уголовно-правовом отношении требований (уголовно-правовых обязанностей), что вызвано неадекватным управлением воли в отношении антиправовых импульсов (*rechtsfeindliche Antriebe*), т. е. вина основывается не на антиправовом отношении, а на невоздержании от такого отношения.

Таким образом, замечание Буша относительно того, что для обоих криминалистов сущность вины результирует из содержания поведения, несомненно оправдано. И это следует воспринимать как строгую критику Дона и Вельцеля по поводу значительной противоречивости, так как, согласно их исходному положению, вина представляет собой только оценочное суждение, что означает то, что сущность вины состоит не в содержании поведения, а в оценочном суждении о содержании поведения, т. е. за пределами содержания поведения.

**Должное  
и возможное**      Вслед за этим Буш развивает сформированную Вебером идею о взаимоотношении противоправности и вины как должного (*Sollen*) и (*Können*) возможного. «Преступление предотвратимо для преступника, – утверждает Буш, – если он обладает свободой выбора. Эта свобода имеется у психически нормального субъекта в условиях нормальных отношений. В отдельных случаях она может исключаться полностью или частично на основании внешних или внутренних данных (малолетность, психическое заболевание, расстройство сознания (*Bewußtseinsstörung*), аффект, инстинкт самосохранения, юридическая ошибка (*error juris*), крайняя необходимость или принуждение). Исходя из этой позиции, Вебер со-



вершенно справедливо вводит новый принцип дифференцирования между противоправностью и виной: «должное и возможное»<sup>480</sup>.

В грузинской теории уголовного права это воззрение финалистов находит следующую характеристику: «Суждение об отрицании относительно порицаемости личности, т. е. относительно вины, по мнению финалистов, имеет своей предпосылкой именно возможность действия. «Упречность» подразумевает, что вместо решения неправомерного действия субъект мог иметь верное, надлежащее решение (свобода воли)... Возможность надлежащего решения, по утверждению Вельцеля, следует понимать как возможность, которая должна иметься не вообще у каждого человека в аналогичных условиях, а как возможность, которой владеет это конкретное лицо в этой конкретной ситуации. Именно поэтому последователь Вельцеля Буш в основу разграничения противоправности и вины кладёт разграничение должного и возможного. По его словам, размежеванием должного (противоправность) и возможного (вина) мы получаем самый простой и общепригодный критерий»<sup>481</sup>. В действительности же попытка Буша и вместе с ним Вебера или Вельцеля с убедительностью может расцениваться как, скажем прямо, сущее фарисейство.

Они данный принцип признают не вследствие «естественного», беспристрастного научного исследования, а для осуществления заранее чётко определённой цели, состоящей в необходимости адаптирования финального понятия деяния к неосторожности.

**Ad impossibilia**      Что касается самого положения как такового, его логическая  
**lex non cogit**      стройность также весьма сомнительна. Должное указывает на то, что «должно быть», возможное – что «может быть».

Согласно финалистам, каждый субъект обязан соблюдать нормативные требования (должное – противоправность), однако от конкретного субъекта в конкретной ситуации может не требоваться выполнение нормативных обязанностей (возможное – вина); прокрававшееся здесь заблуждение выражается в том, что *обязанность не должна опережать возможность* в нарушение принципа *ultra posse*.

<sup>480</sup> R. Busch, *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre*, стр. 12.

<sup>481</sup> თ. წერეთელი, თანამედროვე ბურჟუაზიულ კრიმინალისტიკა მოძღვრება ბრალზე, стр. 13.

Например, душевнобольной освобождается от уголовной ответственности не потому, что он не обладает способностью соблюсти нормативно обязательные требования, а в силу того, что на него нормативные обязанности ввиду невозможности их соблюдения не возлагаются. Он не является субъектом уголовно-правового отношения в данном понимании. То же самое касается и субъекта, находящегося в состоянии неизбежной юридической или фактической ошибки, т. е. и здесь речь должна идти не о невыполнении правовой обязанности в силу уважительной причины, а о вызванном этой причиной несуществовании обязанности.

Вкратце говоря, *не может наличествовать обязанность потребного решения, если не наличествует возможность потребного решения.*

## В. НИЗЕ

### **Финальное деяние в гражданском праве**

Большинство финалистов единогласно признаёт общеправовое значение финального понятия деяния, в том числе его гражданско-правовую приемлемость. Оригинальным в этом смысле может расцениваться позиция Низе, рассматривающего финальное понятие деяния как непригодное в гражданско-правовом отношении.

Финалист Низе обосновывает своё воззрение тем, словно гражданское право в противоположность уголовному праву представляет субъективное поведение в контексте отношения к другому лицу и его правам, тогда как интерес финального учения сфокусирован только на противоположности поведения (Verhaltensunwert).

Однако, как справедливо указывают оппоненты Низе, отношение к другому лицу и его правам имеет решающее значение для права в целом, а не только в гражданско-правовом понимании. В силу этого дифференциация уголовно-правовой и гражданско-правовой неправды на основе вышепредложенного критерия не может быть приемлемой.

### **Противоценность деяния и результата**

Помимо этого, если интерес финального учения ограничен противоценностью поведения, финализм не должен признавать уголовно-правовое значение противоценности результата, что не способствовало бы обоснованию результативного деликта. Это, в свою очередь, не соответствует действительности: финалисты, подобно представителям любого другого направления нормативизма, безусловно допускают существование как формального, так и материального деликта.

### **Гражданско-правовые последствия уголовно- правовой неправды**

Низе упускает из виду и другое немаловажное обстоятельство. Тогда как уголовно-правовая ответственность может быть связана только с нарушением уголовно-правовой нормы, нарушение уголовно-правовой нормы наряду с уголовной ответственностью может вызывать и гражданско-правовую ответственность (невиновное причинение противоправного ущерба, что сопровождалось применением [огнестрельное оружие] или использованием [автомобиль] источника повышенной опасности); в случае наступления гра-

жданско-правовой ответственности без уголовной ответственности (т. е. когда норма нарушена только объективно) имеем дело с противоположностью только результата, а не поведения, однако в то же время нельзя сказать, что данное деяние незначительно в уголовно-правовом отношении, так как налицо, прежде всего, именно уголовно-правовая неправда.

В отличие от Низе, остальными представителями финализма указанная нормативная действительность не контраргументируется.

**«Деятельный субъект»** Здесь же следует заметить, что противоречивость его воззрений этим не исчерпывается. Рассматривая понятие деяния как финальное в уголовном праве, а гражданском праве – как лишённое финальности, Низе одинаково противоречит как самой концепции Гартмана и Вельцеля о деянии, так и законам логики.

Финальное учение, как известно, главный акцент переносит на «деятельного субъекта» (*das tätige Subjekt*), согласно чему целенаправленность составляет необходимый элемент субъективного поведения, – в каждом отдельном случае индивид предвидит естественную каузальность и в соответствии с поставленной целью направляет её к достижению определённого результата. Отсюда Вельцель делает вывод, что деяние как предмет нормативного регулирования в догматике также должно соответствовать принципу финальной определённости. И только после этого имеет место переход к финальному понятию деяния в уголовном праве.

**«Дедуктивность индуктивного»** Таким образом, исследование проводится от общего к частному: от субъективного деяния вообще к уголовно-правовому деянию в особенности. Проводился бы процесс исследования в противоположном направлении (от частного к общему), утверждение Низе легко могло бы удержаться в рамках логического суждения, так как то, что касается уголовно-правового деяния, может отнюдь не касаться общего понятия деяния или его других частных категорий (правовой, гражданско-правовой и др.); однако всё, что характерно для общего понятия деяния, идентично должно характеризовать его каждый подвид.

Например, имманентный преступному деянию признак наказуемости чужд как для гражданско-правового или общеправового, так и для общесубъективного понятия деяния, тогда как без вытекающего из этого последнего признака субъективности понятие деяния немыслимо в любой отрасли права.

В силу этого утверждение Ние неверно не только концептуально, но и логически.

**В. ГАЛЛАС**

**Критика классической  
схемы преступления**

С определёнными оговорками финальное учение представлено и в творчестве В. Галласа. Он пытается сопоставить классическое трёхпризначное понятие преступления с другими, по его мнению, более прогрессивными концепциями, чтобы посредством этого пролить свет на теоретическую бесперспективность этого первого. «Классическое понятие преступления, – указывает Галлас, – состоит из «деяния» как родового признака и атрибутов деяния «соответствующее составу деяния», «противоправное» и «виновное» как видовых признаков; «деяние», видовые признаки «соответствующее составу деяния» и «противоправное» ничего не указывают о содержании воли преступника, они касаются только внешнего деяния, «объективной» стороны, описывают и оценивают преступление только как «трансформацию внешнего мира» (...). Однако существует и иное понятие преступления, в котором основной акцент приходится на «персонально-этическую» сторону преступления. Философски это направление ассоциируется с Гегелем, феноменологами и современными онтологическими и антропологическими воззрениями. Его суть состоит в следующем: преступление представляет собой неправду не только как нарушение правового добра или интереса, а также и прежде всего как «нарушение обязанности» и «выражение отношения» («*Gesinnungsausdruck*»)»<sup>482</sup>. Соответствующим составу деяния (в рамках характеристики классического понятия преступления) Галлас представляет деяние постольку, поскольку оно соответствует «нормативному описанию внешнего проявления деликтного поведения»; противоправность деяния представлена как противоречие, данное между требованиями уголовного закона и всем тем, что субъект содеял объективно; и, наконец, виновно деяние, вменение которого возможно и субъективно с учётом психического отношения лица к противоправности.

Вследствие такой интерпретации классического понятия преступления и его радикально негативного анализа Галлас прямо признаёт субъективный характер неправды.

---

<sup>482</sup> W. Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, стр. 2, 4.

**«Упречность» неправды** Как вытекает из его вышецитированного воззрения, неправду Галлас рассматривает как нарушение не только интереса, но и обязанности и, соответственно, определяет её «не только как социально вредное, но и как социально-этически упречное поведение». Однако если неправда до такой степени субъективизирована, если она наряду со всем другим включает и момент упречности, то в чём может выражаться корреляция неправды и вины?

**Неправда и вина – противоположность деяния и отношения** Ответ Галласа на это следующий: «В финальной системе взаимоотношение неправды и вины следует воспринимать как взаимоотношение противоположности деяния и противоположности отношения. В то же время следует учитывать и то, что при умышленном преступлении противоположность деяния регулярно сопровождается противоположностью отношения, исключение составляют только те случаи, когда субъект, несмотря на умышленное действие (или бездействие), не владеет свободой выбора»<sup>483</sup>. Здесь, как видим, противоречие налицо: согласно изначальному утверждению Галласа, понятие неправды как совокупность нарушения интереса (объективная сторона) и нарушения обязанности (субъективная сторона) отождествляется с понятием преступления; и это с учётом того, что в последнем случае речь идёт о неправде как о независимом от вины понятии. На наш взгляд, несложно догадаться, что когда в неправде одновременно подразумеваются социальная вредность поведения и социально-этическая упречность поведения, дифференциация неправды как противоположности деяния и вины как противоположности отношения логически не может достигаться, ибо в понятии неправды в виде социальной вредности поведения и его социально-этической упречности уже налицо противоположность как деяния, так и отношения.

**«Признаки отношения»** Развивая свой подход, Галлас утверждает, что «признаки отношения («злостно», «из низменных побуждений», «корыстно»<sup>484</sup> и т. д.) касаются, в отличие от т. н. субъективных признаков неправды (цель присвоения при краже или цель сбыта при изготовлении поддельных денег или ценных бумаг), не запрета и тем самым противоположно-

<sup>483</sup> Ibid., стр. 45.

<sup>484</sup> То, что оба других момента – тоже низменные побуждения, Галлас почему-то не учитывает.

ти деяния, а его (деяния) упречности с учётом «осуществлённого юридически неприемлемого отношения».

По мнению Галласа, в случае отождествления «признаков отношения» с признаками неправды может исчезнуть без следа тот единственный принцип, на котором в «финально ориентированной системе» основывается дифференциация неправды и вины.

Согласно ст. 189 УК РФ, получением взятки рассматривается «получение должностным лицом взятки в виде того или иного имущества или имущественных прав за выполнение или невыполнение такого действия, которое должностное лицо могло выполнить или должно было выполнить только в силу своего должностного положения».

Как вытекает из диспозиции данной статьи, в случае отсутствия корыстного мотива вышеупомянутое субъективное поведение следует рассматривать как дозволенное («мог выполнить») или же вообще как обязательное («должен был выполнить»).

Таким образом, в учении о субъективных элементах неправды корыстному мотиву в данном случае приписывается та же функция, что и цели присвоения в случае (классической модели) кражи, т. е. и он должен касаться запрета (противоправности), а не упречности (вины).

Исходя из этого, «признак отношения» в рассматриваемом случае совпадает с субъективным признаком неправды, чем упомянутый Галласом принцип дифференциации неправды и вины теряет свою действенность.

Хотя иначе и быть не могло, потому как внесение в неправду момента упречности и впоследствии разграничение неправды и вины в традиционном понимании совершенно несовместимо с требованиями нормативной логики.

**Субъективизация вреда**      В то же время наше замечание не следует понимать так, словно учение о субъективных элементах неправды ничем не отличается от финального учения в освещённом Галласом аспекте. Отличие весьма масштабно.

В то время как в рамках первой концепции неправда включает субъективные компоненты (признаки) не всегда, а только селективно на примере «целевых и мотивированных деликтов», для финалистов неправда без субъективного признака не существует вообще.



Вельцель пишет: «Если один человек выстрелил в другого, установление того, это действие – покушение на убийство, или покушение на телесное повреждение, или же всего лишь выстрел в запрещённом месте, возможно только с учётом умысла действующего. Умысел безусловно является признаком состава преступления, без которого невозможно установить, соответствует ли внешнее деяние составу преступления. Таким образом, (...) умысел при покушении составляет субъективный элемент неправды; а в силу того что умысел при покушении относится не к вине, а к противоправности, за ним эта функция должна сохраняться и в том случае, когда действие из стадии покушения переходит в стадию окончанного преступления»<sup>485</sup>. Соответственно, *субъективность из факультативного признака неправды превратилась в конститутивный признак неправды*.

На наш взгляд, нашу позицию относительно этого вопроса можно считать зафиксированной априори: предложенная нами отрицательная оценка учения о субъективных элементах неправды наглядно свидетельствует о том, что радикализация выраженной в нём тенденции для нас тем более неприемлема.

Тем не менее, прежде всего, что налицо в случае выстрела – покушение на убийство, или на телесное повреждение, или только выстрел в запрещённом месте, устанавливается не по умыслу действующего, а сам умысел действующего устанавливается по объективным данным.

Помимо этого, здесь речь идёт не просто о субъективизации неправды как определённого предиката определённой системы преступления.

И, наконец, научно неприемлемая *субъективизация вреда* – это не более чем нескончаемое следствие бесконечного позирования теории уголовного права перед позитивным правом.

**Финалистский субстрат запрета** Сложно признавать корректность позиции Галласа, когда он анализирует подход Вельцеля к взаимоотношениям состава преступления (деяния) и вины.

По утверждению Галласа, Вельцель порой рассматривает понятие преступления как двухпризначное – состав преступления и противоправность, а понятие вины относит к первому из них, иногда же вина у него выступает в качестве третьего самостоятельного признака преступления. В действитель-

<sup>485</sup> Н. Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, стр. 26.

ности Вельцель, как любой другой финалист, никогда не посягает на трёх-призначное понятие преступления как таковое; он делает спорным лишь содержание, структурный объём его отдельных признаков и то, где должна проводиться между ними разграничительная линия.

Состав преступления Вельцель определяет как «субстанцию запрета» уголовно-правовых норм, т. е. как нормативное описание запрещённого поведения, противоправность – как саму запрещённость и только на основе этого переходит к обзору вины как упрёка.

Во-первых, вина как упрёк никогда не может быть составной частью состава преступления как «субстанции запрета».

Во-вторых, если вина охватывается составом преступления, она может определяться как угодно, но не как упрёк, ибо в таком случае она может всего лишь следовать за противоправностью, но не предшествовать ей как запрещённости.

**Треугольник Вельцеля** Противоречие, с которым Вельцель действительно сталкивается в аналогичном направлении, для Галласа остаётся незамеченным.

Согласно одному из утверждений Вельцеля, состав преступления – это не только «содержание», но и «форма».

А в другом месте он самоуверенно замечает, что осуществление состава преступления порождает только противоречие норме (Normwidrigkeit), что ещё не равно противоправности деяния; противоправным, согласно ему же, поведение является тогда, если не удалось установить наличие противоположной уполномочивающей нормы (оправдывающего обстоятельства).

Тем самым Вельцель не просто отвергает диполярную, непосредственную корреляцию между составом преступления и противоправностью, а всецело пренебрегает своим первым тезисом, в котором состав преступления одновременно олицетворяет как «форму», так и «содержание».

Если состав преступления представлять себе в качестве совокупности «содержания» и «формы», он должен выражать не только то, «что» лежит в основе типизации, а также и то, «как» результирует конкретное типизированное деяние прямым основанием противоправности; состав преступления в таком случае должен указывать как на материальное, так и на (формаль-

ное) проявление «типа преступления». А в соответствии с этим состав преступления сам же должен включать чрезвычайно выделенное Вельцелем промежуточное звено, на основе чего противоправность превратилась бы в механический атрибут состава преступления.

В силу этого исходный тезис Вельцеля свидетельствует только о недопустимой гетерогенности сформированного им систематического треугольника (Tatbestand – Erlaubnissatz – Rechtswidrigkeit).

**Квадратура реальности** Наряду с этим наше внимание привлекает отождествление соответствия составу преступления и противоправности в последнем положении.

Утверждая, что лицо, действующее в соответствии с составом преступления, в то же время действует, противореча норму, уголовно-правовую норму следует считать дезавуированной уже на этом этапе, так как невозможно, чтобы субъект действовал, противореча норму, и соблюдал, т. е. не нарушал её.

Однако если (объективная) дезавуированность нормы устанавливается уже в сфере состава преступления, то что следует устанавливать на этапе противоправности, и что означает в таком случае противоправность вообще? Можно с убедительностью заметить, что таким образом противоправность превращается в орнаментальный элемент преступления без какой-либо специфической функции.

Логика Вельцеля: 1) противоречие с нормой (лишение жизни, причинение телесного повреждения, уничтожение имущества и т. д.) устанавливается в пределах состава преступления; 2) наличие контрнормы (оправдывающего обстоятельства) исключает противоправность, его отсутствие конституирует противоправность.

Уголовно-правовая реальность: 1) противоречие с нормой действительно устанавливается в пределах состава преступления; 2) противоречие с нормой права есть противоправность; 3) соответствие составу преступления есть противоправность; 4) неправда – неоправданная противоправность.

Согласно исходящему из этого выводу, как традиционная, так и современная концепция противоправности блуждает в потьмах.

**Дистанцирование  
Галласа  
от финализма**

Причин тому, почему Галлас не признаётся ортодоксальным финалистом, множество, одна из которых состоит в следующем: «Основное различие между финальным учением и устаревшей систематикой касается не финальной роли умысла в общем, а вопроса, какая из сфер является сферой проявления этого финального назначения умысла: неправда или вина; вернее, предмет спора состоит в том, когда должно соответствующее составу преступления поведение считаться включающим финальное содержание: уже как противоправное или только как виновно-противоправное. Определение места для умысла в системе зависит не столько от онтологических соображений, сколько от оценочного аспекта»<sup>486</sup>. Подобная связь понятия умысла с оценочным аспектом может трактоваться только как отрицание «естественного умысла», о чём Галлас, однако, прямо не указывает. Тем не менее именно ввиду этой двусмысленности становится необходимой определённая конкретизация данного вывода.

**Финальный  
умысел**

Что означает восприятие умысла только с онтологической точки зрения? Это означает, что умысел должен восприниматься только как признак психической деятельности субъекта, а не как психо-нормативное понятие, которое неразрывно связано с оценочным моментом, так как онтологичность требует рассмотрения феномена только как такового.

Ввиду этого Галлас, отвергая адекватность только онтологического подхода к умыслу, в то же время отвергает и уголовно-правовую самобытность умысла как такового, т. е. естественного умысла.

Помимо этого, необходимо обратить внимание на саму постановку вопроса. На наш взгляд, Галлас и здесь весьма поверхностен, так как для определения места умысла в системе преступления он опирается не на содержание умысла, а на элемент содержания умысла (финальность).

То, что «финальная роль умысла в общем» не отвергается ни финалистами, ни приверженцами «устаревшей систематики», вне сомнения, однако для выяснения того, на каком этапе проявляется эта «финальная роль» умысла, необходимо, помимо самого признака финальности, принять во внимание и другие материальные показатели умысла.

<sup>486</sup> W. Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, стр. 32.

**Экстрафинальный умысел** По этой причине здесь решающее значение приобретает материальная контрастность «естественного умысла» и «злого умысла». Проследим, как всё это отображается практически.

Допустим, субъект совершает ясно осознанное, явно целенаправленное убийство, не обладая оправдывающим – обеспечивающим правомерность – обстоятельством, однако налицо то или иное исключаящее вину обстоятельство. С целью иллюстрации этого можно привести широко известный в современной уголовно-правовой литературе классический пример, в котором солдат в ходе боевых действий вследствие неизбежной ошибки убивает сдающегося в плен противника, будь это юридическая ошибка (незнание того, что сдающегося в плен врага убивать не положено) или фактическая ошибка (противник снял или снимал свой шлем). Отсутствие оправдывающего обстоятельства указывает на противоправность деяния, а исключаящее вину обстоятельство (ошибка) свидетельствует о невиновности данного деяния. Однако, несмотря на то что деяние совершено всего лишь противоправно, но невиновно, оно несомненно характеризуется финальностью, ибо, как наглядно отмечалось, субъект действовал целенаправленно.

И в результате этого возникает необходимость выбора: если содержание умысла подразумевает только финальность, значение «финальной роли» умысла следует признать уже на ступени противоправности, а если понимать умысел традиционно, то наличия финальности недостаточно для наличия умысла и, соответственно, для допустимости суждения о его релевантной в уголовно-правовом отношении финальной функции.

**Систематика умысла и финальности** В последнем случае, т. е. когда умысел понимается традиционно, деяние содержит финальность и без наличия умысла.

Отсюда следует вывод: *в традиционном понимании неотъемлемость умысла от финальности отнюдь не свидетельствует о неотъемлемости финальности от умысла*; а это, согласно финальному учению, неприемлемо, поскольку в нём финальность так же отображает умысел, как умысел – финальность.

Наиболее важно, что без учёта этого, исходя из приведённого нами выше сравнения, систематическое значение умысла и охватываемой умыслом финальности не может устанавливаться.

Таким образом, дискуссия по поводу того, на каком этапе иерархической системы преступления приобретает своё значение «финальная роль» умысла, целиком и полностью зависит от дискуссии о содержании умысла, выделение чего Галлас – по непонятным причинам – настойчиво избегает.

**«Финальность»  
покушения** Сложно обойти стороной и последующее воззрение Галласа, связанное с необходимостью дифференцированного подхода к вопросу о финальности в покушении на преступление и в оконченном преступлении. «Если на стадии покушения, – отмечает Галлас, – соответствующая составу деяния противоправность может обосновываться только на основе финальности деликтного умысла, неясно, что должно измениться в случае окончания преступления с точки зрения взаимоотношения умысла и состава несправды (Unrechtstatbestand). Однако подобная конгруэнтность категорически неприемлема, так как осуществление деликтной воли – нечто иное, чем детерминация деликтного результата»<sup>487</sup>. Допущенную финалистами оплошность Галлас усматривает в точности, однако вследствие этого у него не остаётся возможности свободного манёвра, как он это себе представляет: всякое старание решить данную проблему в рамках финального учения (т. е. финальными способами и методами) тщетно.

Несложно догадаться, что в случае покушения модификация финальности в «желаемом» русле фактически влечёт самые нежелательные эффекты, так как если при покушении цель субъекта ограничить реализацией деликтной воли, его деяние целиком оторвётся от содержания соответствующего материального преступления и само приобретёт значение (хотя уже нового) материального деликта.

**Покушение  
как нефинальное  
деяние** Причина весьма прозрачна: результатом называется всё то, к чему направлена цель, и, следовательно, в качестве результата может предстать и непосредственно процесс осуществления воли, если субъект своей целью ставил именно это последнее; наряду с этим, основную предпосылку покушения составля-

<sup>487</sup> Ibid., стр. 35.

ет нереализованность поставленной цели, в соответствии с чем индивид не должен достигать определённой заранее представлением цели, а всего лишь пытаться достичь её, безуспешно стремиться к ней.

Это убедительно свидетельствует о том, что при покушении реориентация финальности покушения от «детерминации деликтного результата» на «осуществление деликтной воли» теоретически недопустимо. В силу этого в финальной системе преступления перевоплощением покушения в оконченное преступление по-прежнему ничего не меняется в связи с взаимоотношением умысла и «состава неправды» или «соответствующей составу деяния противоправности».

Исходя из этого, отвергать следует первоначальную предпосылку, а именно то, что «противоправность на стадии покушения может обосновываться только на основе финальности деликтного умысла».

Несмотря на то что финалисты рассматривают этот момент как центральный аргумент в борьбе с неправдой, состоящей из объективных признаков, его ирреальность очевидна.

А реальность такова, что покушение – это нефинальное деяние, ибо там чего-то недостаёт, а именно главного – результата, что свидетельствует о том, что лицо не сумело успешно «передетминировать» каузальность.

**Финальность и неправда** Мы из вышерассмотренного примера уже отчётливо увидели, что деяние, которое противоправно, но невиновно, может создавать детальное представление о финальном аспекте субъективного поведения. Однако определённость финальности в пределах неправды ещё отнюдь не свидетельствует, словно финальность – конституирующий неправду элемент. Когда не дано оправдывающее обстоятельство, наличие деликтной цели, за исключением соответствующих случаев, определено, что означает то, что финальность вытекает из противоправности, *а не то, что финальность конституирует противоправность.*

Иными словами, неправда порождает финальность, а не финальность – неправду.

**Опровержение финализма:  
Невменяемость и воля** Против финального учения ещё нагляднее свидетельствуют те исключительные случаи, когда неправда вообще не указывает на существование финальности. Вследствие психического заболевания субъект может быть лишён психологической способности к постановке целей и действия в соот-

ветствии с поставленными целями, т. е. финального действия. Точнее, он может не обладать способностью формирования воли, финальность которой лежит в основе рассматриваемого учения. Однако в результате этого разве лишено лицо и способности действовать противоправно? Ведь вменяемость в любом случае – конститутивный признак вины, а не противоправности.

Практически всё это выглядит следующим образом: неменяемый может действовать противоправно постольку, поскольку он может нарушить охраняемое в уголовно-правовом порядке субъективное право; убийство, совершённое в условиях отсутствия оправдывающих обстоятельств, не может быть правомерным ни в коем случае и тем более только потому, что субъект обладал способностью действовать целенаправленно.



## НЕОСТОРОЖНОСТЬ

**Нефинальность неосторожности** В то время как для каузального учения основная сложность состояла в обосновании бездействия, финальное учение, с относительной лёгкостью решая проблему бездействия или, вернее, более или менее изворотливо обходя стороной те же актуальные для каузализма сложности, в особенности не в состоянии обосновать неосторожность. Бездействие для каузализма и неосторожность для финализма – заколдованный круг.

Как отмечают критики финальной теории, если понятие деяния построено на умысле, нет смысла в поиске аргументов, чтобы приспособить к этому понятию и неумышленное поведение.

Сам Вельцель о неосторожности следующего мнения: «До последнего времени неосторожность неверно рассматривалась как элемент вины. Теперь же всё более интенсивно продвигается то воззрение, что такое требование заботливости, которое требуется от субъекта объективно, является проблемой неправды, а не вины. Лишь после того как будет установлена объективно обязательная заботливость (т. е. противоправность), следует установить, может ли действующий по неосторожности упрекаться в нарушении должной заботливости»<sup>488</sup>.

**Управляемость деяния** Следующим образом интерпретирует эти слова Вельцеля Ю. Бауман: «Особый интерес вызывает конструкция неосторожного преступления в финальном учении о деянии. Согласно финалистам, к противоправности неосторожного деяния относится объективное противоречие обязанности, невыполнение обязательного минимума финального управления (*finale Steuerung*). А с переходом на вину возникает необходимость выяснения того, действовало ли лицо и субъективно против обязанности и было ли возможно конкретно для него предвидение противоправного результата. Таким образом, в финальном учении неосторож-

---

<sup>488</sup> Н. Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, стр. 31-32.

ность превращается в противоправность неумышленного преступления, противозначимым суждением об этом последнем»<sup>489</sup>.

Различие между своей позицией и финальной концепцией Бауман в основном видит в том, что в финальном учении при неосторожности просто выполнение состава преступления (деяния) не рассматривается как основание для индицирования неправды.

По Вельцелю, равно как в финализме в общем, для конституирования противоправности факт детерминации противозначимого результата (*unwerter Erfolg*) недостаточен, для этого необходимо также установление того, что субъект действовал против обязанности.

А согласно Бауману (именно как в случае умышленных деликтов), противоправность принципиально результирует уже и детерминацией результата, когда дано особое оправдывающее обстоятельство или когда предотвращение результата было бы невозможно и в случае правомерного поведения субъекта (это последнее обстоятельство исходит из того, что Бауман отвергает наказуемость т. н. гипотетических результативных деликтов).

С учётом этих моментов звучит вполне понятно заключительное утверждение Баумана о рассматриваемом аспекте финального подхода; по его словам, финалисты и здесь по инерции итерируют допущенную в связи с умышленными деликтами неточность, в частности совершенно безосновательно перенося акцент от противозначимости результата на противозначимость поведения.

**Предотвратимость последствий** Следует заметить, что внешне у Баумана процесс обоснования вины в неосторожном преступлении почти ничем не отличается от соответствующих финальных принципов. Подобно финалистам, Бауман также полагает, что при неосторожности делинквент должен упрекаться в непредотвращении противоправного результата, если он имел возможность его предотвращения. Таким образом, возможность предотвращения результата и здесь является главной предпосылкой упречности, без которой Бауман считает невозможным обоснование противозначимости поведения.

По его же утверждению, возможность знания только тогда может считаться наличествующим, если именно этот субъект именно в этой ситуации мог

<sup>489</sup> J. Baumann, *Strafrecht. Allg. Teil*, 2. Aufl., стр. 358.

знать о результате и был в состоянии предотвратить его наступление. Немногими словами, основание упрёка составляет то, что «делинквент в своём поведении отстал от своих же психофизических возможностей».

Как видим, предложенная Бауманом критика по существу направлена только к систематической стороне финального понятия неосторожности, а догматически его воззрения в основном соответствуют требованиям, предъявляемым финалистами к неосторожности.

**Противоценность деяния > противоценность результата?** На наш взгляд, позиция Баумана в общем приемлема, но очевидна также необходимость конкретизации её некоторых моментов. Например, мы не можем согласиться с ним в том, что перемещение акцента на противоценность поведения следует рассматривать как негативную сторону финализма именно с точки зрения традиционной догматики.

Согласно Бауману, именно неосторожные результативные деликты подтверждают то, что законодатель ни в коей мере не заинтересовался бы поведением субъекта, если это поведение было бы лишено противоценного (противоправного) результата.

Для выделения значения противоценности результата Бауман приводит следующий пример: медсестра подаёт окулисту предназначенный для пациента шприц, наполненный вместо лекарства серной кислотой. По мнению Баумана, врач в подобных условиях хотя не имеет и не должен иметь никакой обязанности предусмотрительности (заботливости), однако в случае объявления его деяния ненаказуемым, субъект, оказавшийся в состоянии пациента, оставался бы совершенно незащищённым (?). Бауман требует наказания лица только за результат, в отношении которого субъект «не имеет и не должен иметь никакой обязанности»! Это типичный пример объективного вменения, которое в современном уголовном праве не может находить даже частично, даже косвенного оправдания.

Всегда, когда налицо результативный деликт (в том числе неосторожный результативный деликт), субъект привлекается к уголовной ответственности не за результат, а именно за поведение, которым этот результат вызван,

что, в свою очередь, означает не отрицание значения результата, а только субординацию значения результата значению поведения<sup>490</sup>.

Если в уголовном праве противоценность результата ставить выше противоценности поведения, как может объясняться то, что невменяемое лицо за противоправный результат не привлекается к уголовной ответственности? Или, может быть, ненаказуемость невменяемых – тоже не догма.

Для предотвращения подобных крайностей акцент не может приходиться на противоценность результата, в силу чего критическое замечание Баумана само же олицетворяет предмет серьёзной критики.

В то же время вне всякого сомнения верность позиции Баумана, когда он считает недопустимым объявление неосторожности в качестве элемента состава преступления (деяния) и, следовательно, отвергает её как предмет суждения о противоправности.

Что же касается вопроса за рамками традиционной догматики, следует заметить, что здесь в вопросе о соотношении противоценности деяния и результата дело может и должно обстоять иначе.

С одной стороны, мы исходим из того, что уголовное право должно придавать эквивалентное значение объективному и субъективному аспекту преступления. В силу этого в уголовно-правовом отношении генерально значение противоценности деяния как объективно-субъективной категории не может быть ни больше и ни меньше значения противоценности результата как объективной категории.

С другой стороны, это, однако, означает, что *так же как никто не может наказываться только за результат, никто не должен наказываться только за деяние*.

Если в объективной действительности не существует вредных последствий деяния, современное уголовное право, как уже отмечалось выше, во избе-

---

<sup>490</sup> С этим в точности совпадает и сделанный Вельцелем вывод: «Нарушению правового интереса (противоценности результата) придаётся уголовно-правовое значение только в пределах значения персонально-противоправного деяния (противоценности деяния). Персональная противоценность деяния есть генеральная противоценность каждого уголовно-правового деликта (...). В результативных деликтах и деликтах опасности противоценность результата (нарушенный правовой интерес) является определённым противоценностью поведения моментом».

жание субъективизма должно – наконец – применять не наказание, а лишь превентивные меры.

К тому же результатом в уголовном праве может именоваться не всё что угодно, а *реальный вред*.

**Интенционализация неосторожности**      Финалисты, понимая неосторожность как объективное противоречие обязанности, т. е. как невыполнение обязательного минимума, представляют её себе как субъективный элемент, полярно разграниченный со всем волевым. Однако это указывает отнюдь не только на то, что в финальном учении и неосторожность, наподобие умысла, «естественна».

Не менее важно также выделение того, что финалисты, исходя из вышеизложенного, не избегают внесения в понятие неосторожности признаков умысла.

А в конечном итоге становится вообще неясно, на каком основании можно называть неосторожностью то, что в большей своей части состоит из элементов умысла.

Ничуть не упрощает эту неопределённость следующее утверждение Вельцеля: «Нормы запрещают ошибочное финальное управление волей, которое ведёт к деликту, совершённом действием, и делают обязательным правильное финальное управление волей в случае неосторожных деликтов. Таким образом, в качестве предмета правового регулирования могут представляться только такие деяния, которые включают возможность целевого определения будущего»<sup>491</sup>. Из этого воззрения Вельцеля создаётся такое впечатление, словно он рассматривает финальность деяния как необходимое только в сфере правового регулирования и вне этой сферы считает возможным и существование деяний нефинального содержания, что не соответствует действительности, так как, согласно Вельцелю, именно финальность выражает сущность человеческого поведения (т. е. субъективного деяния в общем).

Ввиду этого было бы гораздо закономернее, если Вельцель наряду с другими представителями финализма отверг бы понятие неосторожности, и то, что составляет содержание финальной «неосторожности», уже прямо рассматривал бы как разновидность умышленного деяния.

<sup>491</sup> Н. Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, стр. 7.

**Небрежность** Вместе с тем эта проблема актуальна не только в отношении финального учения, а также в общем контексте обоснования уголовно-правовой неосторожности.

Солидарно с финалистами представители и других нормативных течений признают в унисон, что упречность неосторожности определяется нарушением обязанности предусмотрительности (заботливости). Проанализируем, что это означает на примере небрежности.

При небрежности субъект ни желает противоправный результат, ни обладает представлением о возможности его наступления, тогда как он может и, следовательно, обязан предвидеть данный результат. Исходя из этого, небрежно действующее лицо не знает, что оно в этой конкретной ситуации обязано проявлять предусмотрительность, а лишь владеет возможностью такого знания.

Однако возможно ли нарушение обязанности предусмотрительности непредусмотрительно? Если руководствоваться позицией, представленной у большинства современных криминалистов, то нет, так как этим, согласно указанной позиции, возникает не просто двойная непредусмотрительность, а бесконечная вереница непредусмотрительностей, что вынуждает отвергнуть наказуемость небрежности.

А если оставить в силе вышеупомянутый принцип (небрежность как нарушение обязанности предусмотрительности), несомненно следует трансформировать содержание самой небрежности и признать, что небрежно действующий субъект владеет не только возможностью знания обязанности предусмотрительности, а актуальным сознанием обязанности предусмотрительности. А это равносильно прокламированию небрежности в качестве умысла.

Следовательно, определять неосторожность как нарушение «обязательного минимума финального управления воли» или предусмотрительности (заботливости) – это то же самое, что отвергать принципиальное различие между понятиями умысла и неосторожности, состоящее в том, что для неосторожности в отличие от умысла финальность чужда. Точнее, если имеется претензия дифференциации умысла и неосторожности, не следует посягать на финальность как на критерий этой дифференциации.

Стабильность вины,  
вариабельность  
неправды

Достоинно внимания и исследование Г. Швейкерта в связи с финальным понятием неосторожности, а именно то, как воспринимает этот швейцарский криминалист отношение Вельцеля к вопросу о неосторожности.

Швейкерт пишет: «Одну из наиболее важных сторон теории Вельцеля составляет череда его следующих взглядов: охрана правовых интересов, как это выражается в исходном положении Вельцеля, юридически мыслима только во взаимосвязи со *специально определённым* нарушением этих интересов. Гражданское право, которое преимущественно заинтересовано в возмещении ущерба, довольствуется и детерминацией этого ущерба как таковой, однако в уголовном праве этот момент в корне ограничен целевой деятельностью субъекта. Детерминация результата как таковая в уголовно-правовом отношении никогда не релевантна<sup>492</sup>; результат только тогда приобретает уголовно-правовую релевантность, если как минимум было возможно его предотвращение (это неосторожные деликты), т. е. к противоположности результата, для того чтобы она смогла породить специфически уголовно-правовую неправду, следует добавить финальное деяние или в виде исключения детерминацию предотвратимого результата (непредотвращённость результата должным финальным управлением воли). Однако если для состава неправды определяющее значение придаётся виду детерминации результата, необходимо заключить: не существует такого состава неправды, которая была бы общей для финального деяния и детерминации предотвратимого результата, так как вид детерминации результата в этих двух случаях диаметрально неоднороден. Таким образом, по Вельцелю, умышленные и неосторожные деликты различаются друг от друга уже в составе неправды»<sup>493</sup>.

Как видно из проведённого Швейкертом анализа, тезис о том, что уголовное право охраняет правовое добро только от «специально определённого» воздействия, имеет решающее значение для Вельцеля не только с целью определения места умысла, но и в связи с вопросом об отнесении неосторожности к составу неправды.

<sup>492</sup> Швейкерт, ошибочно ссылаясь на мнение Вельцеля, опрометчиво сводит его позицию к рассмотренному нами выше воззрению Низе, так как в действительности Вельцель здесь рассуждает не об уголовно-правовом значении в общем детерминации результата как такового, а о её значении только в аспекте уголовной ответственности.

<sup>493</sup> H. Schweikert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre, стр. 106.

Наряду с этим, верен вывод, который предлагается Швейкертом параллельно с этой идеей Вельцеля, и который касается дифференциации умысла и неосторожности в сфере неправды. Тем не менее данный вывод, на наш взгляд, нуждается в значительной конкретизации.

Когда умысел и неосторожность из элементов вины превращаются в элементы неправды, это в финальном учении с необходимостью сопровождается *трансформацией понятия вины из переменного в стабильное и наоборот – трансформацией стабильного характера неправды в переменный.*

#### **Каркас вины**

Изменчивость содержания неправды в последнем случае обусловлена тем же, чем обуславливалась вариантность префинального понятия вины, в частности тем, что умысел и неосторожность и здесь предстают в качестве взаимонесовместимых, т. е. альтернативных элементов.

Альтернативность этих элементов финальной неправды косвенно упоминается и Швейкертом, когда он отмечает, что «не существует такого состава неправды, которая была бы общей для финального деяния (умысла) и детерминации предотвратимого результата (неосторожность)».

А исходя из этого, существуют два вида финального понятия неправды: первый, который своим необходимым субъективным элементом включает умысел, и второй, в котором вместо умысла представлена неосторожность.

И здесь, как это имело место в случае вины, применение терминов «умышленная неправда» и «неосторожная неправда» не может быть до конца оправдано, так как в виде умысла и неосторожности налицо не отдельный вид неправды, а только элемент неправды. В силу этого характеристика отдельных видов финальной модели неправды как умышленной и неосторожной неправды допустимо лишь сугубо условно.

С учётом этих обстоятельств, в свою очередь, проявляется и то, какой вид переменности следует подразумевать в финальном понятии неправды: умеренную (умеренную) переменность, которая характерна для первоначального нормативного понятия, или радикальную, которой характеризуется психологическое понятие вины.

Это, прежде всего, предоставляет возможность конкретизации представленного нами выше вывода, который выражается в том, что финалисты (преж-



де всего, разумеется, Вельцель), перенося в понятие вины отображённую в белингской неправде устойчивость содержания, эту последнюю наделяют имманентной ранненормативному понятию вины структурной спецификой.

Таким образом, в силу того что умысел и неосторожность так же отличаются друг от друга в финальном понятии неправды, как это имело место в префинальном нормативном понятии вины, непременно следует заключить, что финальное учение из данного понятия вины в неправду переносит не только структурные элементы этого первого, но также и его структурные особенности.

**Швейцарский конформизм** Швейкерт, продолжая анализ подхода финалистов к проблеме неосторожности, отмечает: «По Вельцелю, при неосторожных деликтах момент деяния, полноценно конституирующий состав неправды, состоит не в настоящем, а только в возможном, связанном с предотвращением результата финальном отношении. Однако, как указывает сам Вельцель, возможность направленной к предотвращению результата финальности должна быть актуальной возможностью, выраженной в конкретной способности финального поведения. Исходя из этого положения, ставится вопрос: было ли в решающий момент отсутствие сознания результата (*Mangel des Erfolgsbewußtseins*) предотвратимо? Вместе с тем этот вопрос, т. е. возможность целенаправленного поведения (*zweckbewußtes Verhalten*) должен быть зависим от вменяемости преступника, – в каждом отдельном случае неосознательной неосторожности<sup>494</sup>, при которой у субъекта не имеется представление о наступлении результата, детерминация последствий может быть финально предотвратимой только для вменяемого лица. Соответственно, при неосознательной неосторожности вина и неправда неделимо совпадают друг с другом. Однако в отношении сознательной неосторожности<sup>495</sup>, как правило, также результирует зависимость от аспекта вины момента деяния и тем самым состава неправды, так как здесь у преступника в большинстве случаев имеется неверное представление о степени опасности и, как утверждает Вельцель, в сознательной неосторожности всегда налицо часть неосознательной неосторожности»<sup>496</sup>. Утверждение Швейкерта о материальной неразрывности неправды и вины при неосторожных деликтах в финальном учении не выдерживает никакой критики.

<sup>494</sup> Неосознательная неосторожность – небрежность.

<sup>495</sup> Сознательная неосторожность – самонадеянность (легкомыслие).

<sup>496</sup> Н. Schweikert, *Die Wandlungen der Tatbestandslehre*, стр. 107.

Когда он полагает, что в финальном понятии неосторожного преступления вменяемость неотъемлема от содержания неправды, он весьма искажённо представляет себе сущность финального понятия неправды и значение его составных элементов.

Правда, Швейкерт, в отличие от Галласа, не упрекает Вельцеля во внесении вины в неправду, так как вменяемость у него (у Вельцеля) ещё не означает вину, однако в пользу позиции Швейкерта это в значительной степени никак не свидетельствует.

Вельцель не рассматривает *актуальную возможность* финального поведения, т. е. направленной на предотвращение результата финальности, в качестве предпосылки неправды, несмотря на столь неуклонную самоуверенность Швейкерта. *Конкретная способность* к финальному поведению, т. е. то, мог ли субъект в решающий момент избежать непредвиденности результата, согласно Вельцелю, не имеет ничего общего с конституированием состава неправды.

В финальном учении, – как об этом верно замечал Бауман, – неправда конституируется «объективным противоречием обязанности», т. е. невыполнением обязательного минимума финального управления волей, что не только на неразрывную, но ещё даже ни на какую связь с тем не указывает, действовало ли лицо и «субъективно против обязанности», могло ли собственно это лицо собственно в этих условиях предвидеть противоправный результат.

Например, при неосознательной неосторожности для невменяемого субъекта незнание результата действительно не может быть финально предотвратимо (в противном случае это для него было бы нормативно обязательно), однако невменяемость несколько не препятствует субъекту «не выполнить обязательный минимум финального управления волей», чем Вельцель неправду считает конституированной.

В силу этого очевидно, что этот последний отнюдь не стремится отвергнуть представленный в классическом понятии преступления принцип, согласно которому *неправда никогда не зависит от вины, хотя вина от неправды – всегда*.

Исходя из этого, выдвинутая Швейкертом идея о взаимоподчинённости неправды и вины в финальном учении несомненно ошибочна.

## ЭВЕНТУАЛЬНЫЙ УМЫСЕЛ

**Умысел со  
смещённым  
центром**

Анализ финализма не может быть полноценным в актуальном для нас контексте (тем более что это критический анализ), если не учитывать отношение финалистов к эвентуальному умыслу. Необходимость выделения этого момента обусловлена тем, что в рамках финальной концепции косвенный умысел по существу создаёт не меньше осложнений, чем неосторожность.

Если исходить из того, что с деянием целенаправленность связана как результат реализации представления, наличие целенаправленности в прямом умысле не вызывает сомнений. Однако как выглядит в таком случае отношение между целенаправленностью и эвентуальным умыслом?

Особое внимание освещению данной проблемы уделяет В. Хардвиг. В основе анализа, проведённого им, лежит один из приведённых нами выше примеров: субъект умышленно поджигает свой предварительно с деликтной целью застрахованный жилой дом, чтобы таким образом завладеть страховой суммой; в то же время в помещении находится парализованная женщина преклонного возраста, что делинквенту неизвестно. Как отмечает Хардвиг, субъект в рассматриваемой ситуации осознаёт, что в результате пожара жертва может погибнуть.

Наряду с этим, согласно его же утверждению, соналичием прямого и косвенного умысла налицо «отношение – средства – и – цели» (*die Um-zu-Beziehung*). Преступное деяние в виде поджога жилого дома определяется целью завладения страховой суммой; а цель осуществления воли – пожар.

Таким образом, делинквент своим деянием осуществляет то, осуществление чего всецело охватывалось его представлениями.

Тем не менее, по Хардвигу, воля делинквента не только не направлена на гибель потерпевшей, а очевидно, что это обстоятельство для него «в его волевых устремлениях» даже является определённой помехой.

**Внефинальный тандем  
– эвентуальность  
косвенного**

Отсюда Хардвиг делает вывод, что гибель жертвы не соответствует ни воле субъекта, ни его желанию (с чем мы не можем согласиться, так как виновность деяния, правда, не требует «соответствия желанию», однако если не дано «соответствие воле», обоснование вины в современном уголовном праве невозможно).

Целенаправленность воли здесь состоит лишь в поджоге жилого дома, однако в связи с эвентуальным умыслом важен не этот состав преступления, а состав преступления, в котором выражено умышленное убийство (так вновь Хардвиг).

С другой стороны, Хардвиг замечает, что поскольку уже при целенаправленном деянии термин «финальное деяние» порождает определённую скептическую, в отношении совершённого с эвентуальным умыслом убийства он совершенно неоправдан. Хотя, по его же словам, и при эвентуальном умысле может наличествовать «друная целенаправленность», т. е. отнюдь не неизбежно, чтобы воля направлялась к наказуемой цели.

То, что в данном казусе воля направлена именно к наказуемой цели (поджог жилого дома), вовсе не составляет необходимую предпосылку эвентуального умысла.

«Таким образом, – продолжает Хардвиг, – если воля не направлена к наказуемой цели, уголовное право эта тенденция цели может интересоваться в аспекте присуждения наказания, но не в связи с самим деянием. Предмет уголовно-правового интереса в большей мере составляют последствия деяния, которым охватывалась деликтная вредность. И для уголовной ответственности здесь принципиальное значение имеет не цель деяния, а то обстоятельство, что преступно действующее лицо осозновало возможность наступления наказуемого результата. В силу этого следует изучать не цель деяния как таковую, а только возможность сознания результата. А на основе этого упоминание финального деяния в связи с деликтным результатом уже полностью лишается всякой основательности. То, что деяние в этом конкретном случае финально в широком смысле, в процессе квалификации в отношении эвентуального умысла абсолютно иррелевантно»<sup>497</sup>.

<sup>497</sup> W. Hardwig, Die Zurechnung, стр. 87.

Как видим, осуществление состава преступления может быть связано и с нецелевой деятельностью субъекта, для более отчётливого осмысления чего Хардвиг приводит ещё один пример: беременная работница, прыгая с зернохранилища на сноп с целью отдыха, учитывает, что это может повлечь преждевременное прерывание беременности; а потому как учитывает, мигрится, соглашается с наступлением таких последствий. Однако, как видно из казуса, её цель не выражается в наступлении этого противоправного результата.

Отсюда Хардвиг заключает, что в данном случае уголовно-правовой интерес распространяется не на то, что представлено в деянии субъекта в виде целевой деятельности, а только на тот побочный результат, который не охватывался целью делинквента.

Соответственно, и в этом казусе об эвентуальном умысле правовой упрёк ни в коем случае не может основываться на том, что осуществление наказуемого результата представляло собой целевую деятельность индивида.

**Нет целенаправленности без целеполагания**      «Основание ответственности за деяние, – развивает свою мысль Хардвиг, – подразумевает возможность наступления юридически запрещённого результата, состоит только в том, что право запрещает и такие деяния, которые содержат подобную возможность. Этим законодатель признаёт способность субъекта управлять своим поведением так, чтобы предотвратить юридически запрещённые последствия. Однако насколько оправдано утверждение: лицо, действующее противоправно и осознающее возможность наступления деликтных последствий, непосредственно управляет всем этим процессом? По нашему глубокому убеждению, это мнение ошибочно, так как нельзя утверждать, что в нашем исходном примере преступник направлял явления к гибели потерпевшей, а не к учинению пожара; учинением же пожара он всё вверяет «слепым каузальным процессам», т. е. случайности. Только факт поджога застрахованного имущества и приведения каузальности в действие вследствие этого недостаточен, чтобы и в отношении убийства, вызванного эвентуальным умыслом, говорить о финальном управлении явлений»<sup>498</sup>.

<sup>498</sup> Ibidem.

Однако в другом месте Хардвиг отмечает, что «управляемым» можно считать и такой процесс, возможность которого как последствие деяния («в смысле правовой каузальности») субъект предвидел и сознательно допускал.

Противоречие здесь очевидно, однако, несмотря на это, Хардвиг своими вышепредставленными воззрениями значительно способствует надлежащему восприятию того, какова специфика эвентуального умысла из перспективы финализма.

Пример, в котором одновременно даны прямой и косвенный умысел, с особой ясностью свидетельствует о несовместимости последнего вида умысла с финальной догматикой.

С другой стороны, позиция Хардвига здесь несомненно нуждается в определённом совершенствовании. Установление финальности деяния не требует или требует не только выяснения того, что предвидел субъект – неизбежность или возможность наступления результата, желал ли он этот результат. Финальность означает целенаправленность, а целенаправленность, в свою очередь, является «более» волевой категорией, нежели интеллектуальной. Недопустимо, чтобы субъективное поведение направлялось к определённой цели, если эта цель ещё не намечена в психике действующего, т. е. *целеполагание – необходимая предпосылка целенаправленности*.

Допустима ли, однако, постановка цели за пределами волевой деятельности? Разумеется, нет, так как цель не является ни инстинктом, ни рефлексом, чтобы рассуждать об автономности её возникновения.

**Цель – воля – желание**                      В то же время чем обусловлено то, что целеполагание и вместе с ним целенаправленность представляют собой не всякую волевою деятельность, а только такую, которая связана с желанием субъекта?

Допуская, что цель должна соответствовать только воле и может противоречить желанию, становится невозможным размежевание понятий цели и средства, потому как иной критерий для их разграничения вообще немислим.

Скажем, цель, подобно средству, может результировать и без соответствия желанию, что делает возможным обоснование деликтной целенаправленности в эвентуальном умисле. Но тогда каким образом возможно определение отношения между деликтной целью, охватываемой эвентуальным умислом в первом примере Хардвига, и деликтной целью, охватываемой

прямым умыслом? Выходит, что делинквент наказуемую цель (гибель потерпевшей), выраженную в эвентуальном умысле, *использует* для достижения наказуемой цели, выраженной в прямом умысле (преступное завладение страховой суммой), что вряд ли может быть приемлемо, ибо формула «использование цели для достижения цели» сама же является наилучшим аргументом своей бессодержательности.

Таким образом, то, что субъект только сознательно допускает (и не желает), никогда не может корреспондировать с понятием цели. Ввиду этого вывод Хардвига формально приемлем.

Чрезвычайно важный характер носит и другой, «упрощённый» пример Хардвига и сам проведённый по этому поводу анализ. И здесь также наглядно видно, что осуществление состава преступления при эвентуальном умысле не является «целевой деятельностью». Субъективное поведение «в широком смысле» не может называться нефинальным и в последнем случае, однако в уголовно-правовом отношении важна не правомерная цель, представленная в этом поведении, и его также правомерное основное последствие, к которому эта цель направлена, а важны лишь та часть деяния, на которой основываются побочные противоправные последствия, и сами эти противоправные последствия.

Если финальность является и определяющим эвентуальный умысел признаком, однозначно следует признать, что в отношении побочного результата субъект остаётся не индифферентным, а стремится к нему, так же как стремится к ненаказуемому основному результату. И в этом с финальным учением мы категорически не можем согласиться, так как *финалисты должны исходить из реальности, а не реальность – из финализма.*

## СВОБОДА ВОЛИ

**Аксиома свободы**      Когда уголовное право, для которого значение свободы воли неизвестно, осуществляется, следует полагать, что уголовное право исходит из «аксиомы свободы воли», как это встречается в суждениях Хардвига. О его научной непредубеждённости и конструктивности в отношении финализма наглядно свидетельствует его следующий вывод, в котором он отвергает всестороннюю неприемлемость этого учения и пытается остановить своё внимание также на его позитивных аспектах. «Согласно каузальному понятию деяния, – указывает Хардвиг, – субъективная воля рассматривается как самостоятельная причина (*originäre Ursache*), существующая в пределах каузального процесса. Иначе ставится этот вопрос в финальном учении о деянии. Финалисты представляют себе субъективную волю уже не как одну из составляющих каузальный процесс причин, а как силу, ориентированную на будущее и управляющую, содержательно определённую и определяемую [*inhaltlich bestimmt und bestimmbar*], хотя с сохранением аксиомы свободы воли]. Однако понятие деяния является тем основным моментом, который препятствует развитию верной теоретической основы финализма, и наряду с этим значительно бросается также тень на преимущество финальной теории перед каузализмом. Наконец, установленным можно считать следующее: ядро финального учения о деянии составляет оригинальная финальная доктрина о воле, подразумевающая, что воля в первую очередь должна рассматриваться с точки зрения категории финальности и только в этом аспекте должно выделяться её отношение к категории каузальности»<sup>499</sup>. Мы уже указывали, в чём состоит неточность позиции Хардвига, когда он краеугольным камнем финализма называет не деяние, а волю. Однако в этот раз наше удивление вызывает маргинальность свободы воли в его суждении.

**Финальная управляемость каузальности**      Если утверждается, что финальное учение в отличие от каузального волю рассматривает не как «одну из составляющих каузальный процесс причин», а как «ориентированную на будущее и управляющую силу», как может обосновываться этот подход финалистов без признания свободы воли? *Если воля не свободна, она всегда будет «каузально направленной», а не «финально управляющей».*

---

<sup>499</sup> Ibid., стр. 89.



**Принцип  
матрёшки** В силу этого «аксиома свободы воли» имеет для финальной догматики гораздо большее значение, чем это, судя по ходу и методике вышепредставленного суждения, представляет себе Хардвиг. И наоборот: финальная управляемость каузальности и есть свобода, многоликость которой *по принципу матрёшки*, правда, даже в уголовном праве неоспорима. Другой вопрос, что свобода воли в уголовно-правовом отношении – это не самая меньшая, равно как не самая большая матрёшка.

## БЕЗДЕЙСТВИЕ

**Арм. Кауфман** Хотя финализм для адекватного понимания бездействия особых сложностей не создаёт, если не учитывать вышерассмотренные осложнения, но понятие бездействия отличается целым рядом особенностей, некоторые из которых в актуальном для нас контексте несомненно достойны внимания. Финалист Арм. Кауфман, посвящающий проблеме бездействия немаловажное монографическое исследование, отмечает, что на примере бездействия – т. е. «и с обратным признаком» – наглядно подтверждается продуктивность финального учения.

«Социальный порядок, – пишет Арм. Кауфман, – может быть нарушен вследствие различных явлений. Тогда как сами эти нарушения подлежат негативной оценке, все те явления, которые пресекают эти нарушения, являются объектом позитивной оценки. Например, всё то, что становится препятствием наступлению смерти или повреждению имущества, в соответствии с правовым масштабом должно считаться позитивным. На необходимость позитивной оценки указывают также те процессы, которые только создают и совершенствуют социальный порядок так, чтобы этот последний ещё не был реализован, так как отнюдь не обязательно, чтобы юридически желаемое состояние наличествовало в виде всех его составных частей, оно относится к той категории состояний, которые «должны быть». Из оценочного суждения об акте исходит соответствующее суждение о должном; необходимость существования действия превращается в обязанность выполнения этого действия, т. е. *действие преобразовывается в предмет обязывания*. Обязывание (Gebot) как норма, которой от субъекта требуется осуществление определённого действия, представляет собой абстрактную форму мышления, перевоплощающую активное поведение в правовую обязанность»<sup>500</sup>.

**«Финальный»  
субстрат бездействия** То же самое отмечает Арм. Кауфман и в своём другом труде<sup>501</sup>, вследствие чего приходит к выводу, что субстратом обязывания (требованием, содержанием должного) всегда является финальное действие.

<sup>500</sup> Arm. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, стр. 1.

<sup>501</sup> Arm. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, стр. 48, 75.

Однако, несмотря на точное представление о содержании обязывающей нормы, он полагает, что и для его нарушения делинквент действует, а не бездействует. Этим утверждением Арм. Кауфман сводит уголовно-правовое бездействие к понятию с условным значением и практически отождествляет его с обозначающим уголовно-правовое действие понятием. Мы выше неоднократно наглядно выявили всю неприемлемость подобного подхода, но в этом отношении возможен и не один другой аргумент, не один другой метод.

**Предпосылки дифференциации** Непосредственно в связи с положением Арм. Кауфмана следует отметить следующее: *для того чтобы субъект физически выразил бездействие, он должен действовать психически, т. е. психологически и бездействие есть действие; таким образом, бездействие только физически (объективно) является бездействием<sup>502</sup>, а психологически (субъективно) – это действие.* Тем не менее для уголовного права понятие бездействия актуально не только в физическом аспекте и не только в психическом аспекте. Уголовно-правовую заинтересованность оно вызывает исключительно как психофизическая категория.

**Дифференциация** Одновременно с этим главное отнюдь не то, что бездействие в одном из аспектов совпадает с понятием действия, а то, что действие и бездействие не совпадают в обоих аспектах: частичное, а не полное выражение действия в понятии бездействия свидетельствует именно о том, что понятие бездействия отлично от понятия действия, что бездействие не есть действие. И поскольку бездействие отличается характерной только для него, чуждой для понятия действия спецификой, его самостоятельность в качестве уголовно-правового понятия от этого последнего не должно вызывать сомнений.

**Мотивационная способность** Арм. Кауфман, рассматривая совершаемые бездействием деликты на отдельных ступенях системы преступления, указывает, что понятие «состав деяния» может применяться и в

<sup>502</sup> Априорность этого не может устраняться утверждением Арм. Кауфмана о том, словно бездействие и физически – действие, так как в этом его утверждении явно нет ничего соответствующего существующей действительности. Для того чтобы из состояния действия перейти в состояние бездействия, субъект должен прекратить действие. Само прекращение действия является последующим действием, однако состояние, достигаемое вследствие прекращения действия, несомненно следует признать бездействием, если не пытаться пренебречь реальностью. А в уголовно-правовом отношении релевантно не прекращение действия, а прекращённое действие, т. е. то, в чём, согласно вышеупомянутому взгляду, проявляется бездействие.

сфере бездействия без всяких колебаний, если понимать его как концептуальную конструкцию, в которой описывается недозволенное субъективное поведение. В состав деяния совершённого путём бездействия деликта Арм. Кауфман вносит невыполнение предусмотренного нормативным требованием действия и способность бездействующего лица осуществить это действие. Для противоправности он требует наличия особых признаков противоправности и неустановленности оправдывающего обстоятельства.

В этом же отношении в связи с проблемой вины Арм. Кауфман пишет: «В предпосылках упречности, т. е. в элементах, которые неправда должна включать для формирования суждения о виновности, нельзя найти никакой разницы между совершённым действием и совершённым бездействием деликтами. В обоих случаях решающее значение имеет то, чтобы субъект обладал способностью к мотивации собственной личности в соответствии с нормой. Это структурная основа упречности прямо связана с уголовно-правовой нормой; способность к соответствующей обязанности мотивации приводит лицо в экзистенциальное отношение с ней. Различие состоит только в том, что норма в одном случае олицетворяет запрет, а в другом – обзывание»<sup>503</sup>.

**Когнитивный аспект** Затрагивая в бездействии интеллектуальную сторону вины, Арм. Кауфман отмечает, что способность к финальному действию предполагает осознание возможного направления действия как интеллектуального основания для финального управления волей (здесь подразумевается также осознание цели деяния, объекта воздействия и «соответствующей составу деяния ситуации»). Согласно сформированному на основе этого выводу, для констатации «способности действовать» и бездействия достаточно и «возможности расценивания возможным» («die Möglichkeit des Fürmöglichhaltens») осуществления воли.

**Покушение** В отличие от УК РСФСР от 1960 года УК РФ от 1997 года признаёт покушение путём бездействия. Следует заметить, что это общеконтинентальная тенденция, по крайней мере, в теории уголовного права. Как обстоит дело в традиционном финализме? «Субъект, – отмечает Арм. Кауфман, – совершающий преступление путём действия, не нуждается в применении никакой силы, движения, чтобы отказаться от (неоконченного) преступления; а в отличие от этого субъект, деликтное пове-

<sup>503</sup> Arm. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, стр. 138.

дение которого выражается в бездействии, должен активно действовать, чтобы доказать, что он уже не обладает тем, чего и без этого никто о нём не ведал. Соответственно, «покушение на бездействие» немыслимо. Несмотря на это, существует феномен, называемый «негодным (мнимым) покушением на бездействие»; в действительности же дело касается неосуществлённости покушения на действие – действие, описываемое в соответствующей обязывающей норме»<sup>504</sup>. В мире психофизических фактов попытка детерминации вреда путём бездействия («психическое покушение») – это безусловно мнимое покушение. Однако в мире, сконструированном на основе нормативных ожиданий, оно уже не может быть мнимым.

С другой стороны, как отмечалось выше, для той же нормативности в уголовно-правовом отношении важен не только психический или не только физический аспект, а психофизический, в соответствии с чем в случае покушения на преступление путём бездействия может наличествовать не просто покушение в абстрактифицированном виде, а негативное покушение.

**«Ненастоящее бездействие»** Спорным признаётся позиция Арм. Кауфмана и в связи с проблемой т. н. ненастоящего бездействия (*unechte Unterlassung*). Здесь он пытается развить аналогичное положение Й. Наглера. Например, «ненастоящим бездействием» сочтётся случай, когда делинквент не непосредственно лишает жизни потерпевшего, а всего лишь прерывает каузальный процесс, направленный на спасение находящегося в опасном для жизни состоянии. В данном действии на самом деле налично элемент бездействия; это несомненно, однако если на основе этого подобные действия объявлять разновидностью бездействия, нами должна двигать теоретическая цель особой важности, неизбежная научная надобность, что, однако, в действительности отнюдь не так. И здесь уже Арм. Кауфман явно не мыслит финалистски, так как финальный стиль мышления безусловно требует первичности цели во всём субъективном, в том числе в научном выводе.

**«Неосуществлённость финальной активности»** Проблеме бездействия уделяют особое внимание и другие финалисты, например, Р. Маурах, которым вслед за Вельцелем бездействие определяется как «неосуществлённость финальной активности». Однако их позиции всё-таки далеки от тождественности, так как Маурах в данном отношении требует наличия не «спо-

<sup>504</sup> Ibid., стр. 237.

*способности к финальному действию», как это имело место у Вельцеля, а «возможности обязательного поведения». Так, например, согласно Маураку, связанный по рукам и ногам субъект не владеет возможностью осуществить «волю действия». «О бездействии только тогда недопустима речь, – уточняет Маурах, – если лицо лишено объективной возможности выполнения действия»<sup>505</sup>.*

На моменте возможности заостряет внимание и В. Галлас, однако у него возможность понимается уже не только объективно (физически), а психофизически.

По утверждению Галласа, состояния, в котором субъект физически в силе выполнить нормативно обязательное действие, для обоснования бездействия в уголовно-правовом понимании недостаточно. Он, помимо этого, должен мочь также принять соответствующее решение, т. е. делинквент должен представлять себе обязательное действие как «возможную волевою цель» (*mögliches Willensziel*) или иметь возможность такого представления вследствие надлежащей концентрации психических сил (внимание, память и др.).

Вместе с тем сходство воззрений Маураха и Галласа значительно, что выражается в том, что они, перенося основной акцент от способности к финальному действию на возможность финального действия, однородно включают критику вельцелевской позиции.

**Прототип: «действие в правовом понимании» (Биндинг)**

Здесь же следует заметить, что выводу Вельцеля не предшествовал идейный вакуум; Вельцель в данном отношении исходит из концепции К. Биндинга. У последнего бездействие подчинено понятию деяния, которое он называет «деянием в правовом смысле». А поскольку каждое «деяние в правовом смысле» своей предпосылкой предполагает то, что должна наличествовать «дееспособность», т. е. «способность» осознавать собственное поведение в отношении нормы и приводить его в соответствие с ней, создаётся такое впечатление, словно, по Биндингу, приоритетное значение придаётся *индивидуальной возможности* выполнения обязательного действия как главному конституирующему признаку бездействия.

Однако дело в том, что «правовое понятие деяния» Биндинга включает деликт всецело, в отличие от «общих» понятий деяния в уголовно-правовой

<sup>505</sup> R. Maurach, Deutsches Strafrecht. Allg. Teil, стр. 173.

догматике, будь это каузальное, симптоматическое, социальное, финальное или даже персональное понятие.

**Суппозиция:** По этой причине в рассматриваемом контексте с  
**обратные параллели** целью сравнения приводится используемое Биндингом другое понятие, а именно «активность» («Tat»). Взаимонесовместимость «активности» и бездействия у Биндинга определяется тем, что бездействие в противоположность «активности» является «понятием, лишённым фактора причинности». Вместо него в случае бездействия получаем «отсутствие обязательного действия», которым формируется состав преступления деликтов этого вида. Для этого Биндинг не считает необходимым возможность осуществления воли, даже в сугубо физическом понимании<sup>506</sup>.

Таким образом, возможность финального действия, будь это физическая или психическая возможность, согласно Биндингу, выясняется лишь на ступени вины, а соответствие составу преступления ограничивается всего лишь способностью к финальному действию. И поскольку для установления уголовно-правового бездействия как такового определяющее значение придаётся сфере состава преступления, бездействие здесь считается наличествующим уже вследствие установления способности к финальному действию.

---

<sup>506</sup> К. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd II, 3. Aufl., стр. 106, 168.

## ПЛОДЫ

**Комплексная трансформативность** Исходя из всего вышеизложенного, можно заключить, что финальное учение коренным образом преобразило не одно уголовно-правовое понятие. Прежде всего, это, конечно же, понятие деяния, в конститутивный признак которого превратилась финальность.

В значительной степени преобразовывают финалисты и систему преступления, хотя преступление по-прежнему представлено в виде трёхпризначного понятия. Состав деяния или же состав неправды в целом Вельцель делит на объективный и субъективный составы.

К первому из них, как было показано, относятся объективные элементы деяния (само субъективное поведение, результат, способы и средства совершения преступления и др.) и «объективные признаки о преступнике» (должностное лицо, близкий родственник и др.), а субъективный состав неправды формирует, с одной стороны, умысел как «момент, отображающий финальную управляемость деяния» и неосторожность как «неосуществлённость финальной активности», с другой – «субъективные признаки о преступнике» (= т. н. субъективные элементы неправды). Таким образом, та субъективизация неправды, которую инициировал уже умеренный каузаллизм, в финальном учении находит своё кульминационное развитие.

Сопоставление неправды и вины как объективного и субъективного здесь, соответственно, окончательно исключается. Это, в свою очередь, означает принципиально новое структурирование понятия вины.

Отождествлённая с оценочным суждением уголовно-правовая вина не включает в качестве своих составных компонентов умысел и неосторожность, не подразумевает дефинирующую роль субъективной психики и, следовательно, наряду с другими недостатками превращается в догматически аморфное понятие.

**Систематический субъективизм** Провозглашение неправды целостностью субъективных и объективных элементов, несмотря на вид взаимоотношений между этими элементами, означает умаление значения объективной стороны, отрицание её самостоятельной функции в системе преступле-



ния. Объективная сторона как таковая в финальном учении лишена всякой систематической нагрузки, так как совокупность отдельно взятых объективных признаков в общем не конституирует ни противоправность, ни состав преступления (деяния).

В силу этого рассматриваемая позиция может расцениваться как *систематический субъективизм*, т. е. как разновидность уголовно-правового субъективизма, сферой проявления которого предстаёт систематика.

## ВЕЛЬЦЕЛЬ ВНЕ (СУБЪЕКТИВНОГО) ФИНАЛИЗМА

**Социальная (ин)адекватность**      Социальное учение о деянии не формировалось никем из рядов финалистов. Идею индивидуально-финального определения понятия деяния финалисты с одинаковой интенсивностью пытались отстаивать в рамках противостояния с каузализмом, с одной стороны, и с социальным учением о деянии – с другой. Следует, однако, выделить учение Вельцеля о социальной (ин)адекватности<sup>507</sup>, которое не приводит к отрицанию субъективного финализма, а данным моментом финальное понятие деяния сопровождается как «дополнительным обоснованием ответственности»<sup>508</sup>: ««Деяние» (в том числе как финальное деяние) всё ещё есть абстракция как «детерминация», если оно не воспринимается как социально значимый феномен, как деяние в социальном жизненном пространстве. Тогда, однако, исключаются все деяния для понятия неправды, которые функционально возвращаются в исторически ставшем порядке общественной жизни народа. Такие деяния можно крылато назвать «социально адекватными». Социально адекватное деяние есть любая деятельность, в которой общественная жизнь в соответствии со своим исторически обусловленным порядком соответственно осуществляется»<sup>509</sup>.

Ориентированность уголовно интересующей деятельности на «исторически обусловленный порядок» resp. «моральные порядки» общественной жизни означает, другими словами, что здесь решающим является ни «каузальность», ни «умысел», а «социальное значение деяния»<sup>510</sup>. Не подразумевался бы актуальный момент в качестве интеркуррентного обоснования ответственности в вышеупомянутом смысле, т. е. «интегрировал бы Вельцель

---

<sup>507</sup> См. к вельцелевскому понятию социальной (ин)адекватности: H.-H. Lesch, Verbrechensbegriff, стр. 267 сс; M. C. Meliá, Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Sozialadäquanz, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1995, стр. 179 сс; A. Eser, Sozialadäquanz: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?, in: FS C. Roxin, Berlin, 2001, стр. 203.

<sup>508</sup> G. Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 29.

<sup>509</sup> H. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, стр. 141 с.

<sup>510</sup> H. Welzel, Strafrecht, 1947, стр. 35; См. к этому также H. Welzel, Über die ethischen Grundlagen der sozialen Ordnung, in: ders., Abhandlungen, стр. 247 с.

своё учение о социальной (ин)адекватности в учение о деянии»<sup>511</sup>, до юридически специфицируемого понятия было бы рукой подать.

Синонимом социальной инадекватности как в традиционной, так и в современной догматике является объективное вменение, вразрез с классическим содержанием этого понятия, где объективное вменение означало вменение без вины. Вся суть данного техницизма: если субъект с неблагонамеренным внушением осуществляет социально адекватное деяние (типичная иллюстрация: отправляет неудобное ему лицо вместо наземного «смертельно опасным» воздушным транспортом), это ему по объективному масштабу не может вменяться в уголовно-правовом отношении.

Понятие полезное, однако зарывать голову в песок не следует. То же самое касается и современного института т. н. социального контроля (особенно в США). Оба механизма легко злоупотребляемы, и общественная полезность здесь порой весьма ограничена. Наряду с этим и вместо этого, по нашему глубокому убеждению, пробелы в праве необходимо открыто признавать и устранять правовыми конструкциями. Разумеется, уголовное право не все-сильно, и в конкретном отношении многое всегда зависит от уровня – зависящего, в свою очередь, от множества факторов – морального развития как граждан, так и государства.

**Биокибернетика**      Бесконечная война с неосторожностью приводит Вельцеля хотя к мимолётному, но отрицанию финализма.

Он в рамках своего «биокибернетического подхода» пытается перенести главный акцент на деяние как на «психически управляемое» поведение, согласно чему «управление в соответствии с целью хотя касается *главнейшего* случая деяния, однако не единственного: цель (юридически) может быть совершенно незначительна, причём управление и направление юридически всегда релевантны, в частности и тогда, когда они осуществляются неадекватно и небрежно: при неосторожном деянии. Ввиду этого – возможно – было бы лучше, если бы я вместо «финального» говорил о «кибернетическом» деянии, т. е. о деянии как об *управляемом и направляемом волей процессе*. Тогда такое учение семантически одинаково включало бы как умышленное, так и неосторожное деяние и выделяло бы в обоих случаях юридически релевантное, а именно *управление*»<sup>512</sup>. Хотя Вельцель это там же отвер-

<sup>511</sup> G. Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 30.

<sup>512</sup> H. Welzel, Zur Dogmatik im Strafrecht, in: FS Maurach, Karlsruhe, 1972, стр. 7 с.

гает<sup>513</sup>. Этот – биокрибнетический – подход, разумеется, в унисон признаётся как фиаско финализма. Однако следует заметить, что в то время Вельцель уже тяжело болел, и всё это отклонение, на наш взгляд, совершенно справедливо приписывается к этой болезни.

**Предотвратимость** Конститутивность предотвратимости у Вельцеля, разумеется, вновь возникает за счёт деградации центрального критерия финализма, к чему немецкого криминалиста опять приводит противоборство с неосторожностью как с ахиллесовой пятой финального учения о деянии<sup>514</sup>. Как увидим здесь же, совершенно напрасно.

В свою очередь, негативное учение о деянии как Р. Д. Герцберга, так и Г. Якобса централизацией предотвратимости пытается локализовать минимум деяния, для достижения устойчивости понятия. Однако давайте взглянем: о каком минимуме речь – о том, которого законодатель не в общем, а только в случае специального указания (неосторожность) объявляет наказуемым?

Понятно, что сильная сторона предотвратимости кроется там, где проявляется слабая сторона финальности, и наоборот. В то же время финальность ориентирована на сердцевину уголовно релевантного деяния – на умысел, а предотвратимость на его факультативный элемент – на неосторожность. Понятие деяния, построенное на факультативно наказуемом виде поведения, не может отображать сущность понятия деяния в уголовном праве. А в отношении финализма здесь мы не видим никакой сложности: если он затрудняется обосновать неосторожность, от уголовно релевантного понятия деяния и не должно требоваться такого же полноценного отображения экстраординарно наказуемого поведения, как ordinarily наказуемого. Уделил бы Вельцель внимание этой реалии позитивного права, а не абстракционистски настроенным критикам финализма, этим его учение обрело бы значительную самоуверенность.

<sup>513</sup> Ibid., стр. 8 сс; H. Welzel, Strafrecht, 11. Aufl., стр. 37, 131; cp. G. Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 26.

<sup>514</sup> H. Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, in: ders., Abhandlungen, стр. 19 сс.

## Раздел Г

### ФОРМАЛЬНО-НОРМАТИВНОЕ НАПРАВЛЕНИЕ

#### Глава XI

#### ПЕРСОНАЛИЗМ

##### А. КЛАССИЧЕСКИЙ ПЕРСОНАЛИЗМ

##### – §1 –

##### КОМПОЗИТНОСТЬ ПЕРСОНАЛИЗМА

**Онтология деяния** Исследуя проблему вины в учениях о деянии, вряд ли можно пренебречь весьма оригинальной концепцией Арт. Кауфмана, которую он формирует вследствие детального анализа всех четырёх рассмотренных нами выше основных учений о деянии и их онтологического синтезирования.

«В каждом из этих учений о деянии, – утверждает Арт. Кауфман, – инкорпорирован верный аспект субъективного деяния, однако только один аспект, только отдельный аспект, а не целостность. Поскольку человеческое бытие состоит из четырёх фундаментальных слоёв: материи, жизнедеятельности, души и духа, субъективное деяние в соответствии с этим также должно содержать следующие четыре элемента: каузальность, финальность, психическую отчётливость и духовную определённость. Учение о деянии, ставящее своей целью в совершенстве вникнуть в онтологическую структуру деяния, непременно должно учитывать все эти четыре элемента в представленной здесь последовательности»<sup>515</sup>.

Наряду с этим Арт. Кауфман конкретизирует, какому виду «реального мира» соответствует приведённый им «каждый отдельный слой бытия»: ма-

---

<sup>515</sup> Arth. Kaufmann, Schuld und Strafe, стр. 45.

терия – аорганическому миру; жизнедеятельность – органическому, вегетативному миру; душа – миру анимального, сенсуального сознания; и, наконец, дух – миру смыслового, аналитического сознания. К каждой из этих онтологических ступеней Арт. Кауфман относит соответственно предмет, растение, животного и индивида; иерархическая принадлежность того или иного объекта определяется тем, из скольких онтологических слоёв состоит данная формация – например, предмет включает только первый из них, а индивид – все четыре одновременно. В силу этого Арт. Кауфман полагает, что упоминание субъекта «разумным существом» является лишь односторонним освещением вопроса: он представляет собой не только дух, который в представленной выше онтологической схеме олицетворяет всего лишь то специфическое, что характеризует субъекта как индивида вне первых трёх признаков.

**Пифагор** Заметим, однако, вскользь, что «смысловым, аналитическим сознанием» (даже) на Земле обладает далеко не только человек, который, кстати, по определению был и остаётся животным. Как традиционная, так и современная онтологическая схема – это не просто ненаучное искажение действительности, а целенаправленное искажение «разумным» зверем, живодёрствующим и лакомящимся другими животными, который называет себя следующим образом: человек.

Онтологическое различие с другими *сопланетянами* надобно искать и находить не за рамками анимального, – легитимируя хищничество<sup>516</sup> как в прямом, так и в переносном смысле, – а в его пределах.

Соответственно, акцентировать следует не селективно-фарисейскую охрану современными уголовными законодательствами животного мира, а *отрицание животного как продукта питания*<sup>517</sup>, что, как свидетельствуют исторические источники, разумно требовал ещё Пифагор<sup>518</sup>.

Помимо этого, и по сей день господствующая – основанная на средневековой концепции Аквинского – онтологическая система, которая, в свою очередь, не может или не желает отличить живое от вегетативного, уже сегод-

<sup>516</sup> См. L.-G. Kotalia, *Lagma*, т. LIII.

<sup>517</sup> *Ibid.*, т. XXVIII.

<sup>518</sup> Хотя, согласно некоторым источникам, ссылающимся на Диогена Лаэртского, подход Пифагора был таковым не в отношении всех видов животных (в таком случае Пифагора, разумеется, следует уточнить). Что, однако, весьма сомнительно, ибо, как известно, не только сам Пифагор, но и все его ученики были вегетарианцами.

ня могла бы без особых колебаний выдавать интеллектуального робота за живое существо. Волосы и ногти трупа продолжают расти, но в этой «жизни» нет жизни, равно как, вкушая фрукты, мы не пожираем жизнь. И уголовно-правовое пристрастие тут ни при чём.

**«Ответственное  
формирование  
действительности»**

Вернёмся к Арт. Кауфману. На основе указанных выше воззрений он предлагает новое уголовно-правовое понятие деяния, в котором субъективное деяние рассматривается как ответственное, идейное формирование действительности, связанное с обладаемым волей (и в силу этого вменяемым действующему) каузальным результатом. Немецкий криминалист здесь опирается на понятие «общей каузальности», которая делится на «позитивную» (при действии) и «негативную» (при бездействии) причинность.

Это «персональное» понятие деяния, как его называет сам Арт. Кауфман, в равной мере распространяется как на умышленное, так и на неосторожное деяние, как на активное субъективное поведение, так и на бездействие. В качестве гаранта этому основоположнику персонализма в уголовном праве видится то, что, с одной стороны, признак обладаемости каузальных последствий подразумевает неосторожность, но не исключает умысел, а с другой – реального каузального процесса дело касается не только при активном поведении, а также и при бездействии: в случае активного поведения для действующего должно быть обладаемо «собственное становление каузальным» (*das eigene Kausalwerden*), а в случае бездействия обладаемым должен быть чужой каузальный процесс («становление каузальным» другого лица и естественная каузальность).

Наконец, Арт. Кауфман указывает на то, что персональное понятие деяния полностью соответствует и покушению на преступление, только при том условии, если покушение понимать как начало осуществления делинквентом желаемого для него противоправного результата, что может устанавливаться *только на основе объективных признаков*.

**Персональная  
вина**

«Персональное понятие деяния, – заключает Арт. Кауфман, – представляет собой стабильную основу персонального учения о правовом добре, персонального учения о неправде и персонального учения о вине. Оно также органически сочетается с персональной теорией наказания. В этом отношении наказание понимается как уголовно-правовая реакция на вину и оно должно восприниматься в двой-

ной индивидуально-социальной целостности: как *искупление вины и как освобождение от вины* – ресоциализация, повторная акцептация в общественной жизни. Усвоение наказания и его сознательное отбывание (вместо только принудительной покорности наказанию) также есть деяние, – персональный акт ответственного индивида»<sup>519</sup>.

**Между  
эklekтизмом и  
синкретизмом**

Если не учитывать высказанные нами выше критические замечания, философский аспект данного учения весьма оригинально отображает характерные для понятия деяния онтологические особенности, однако в уголовно-правовом отношении Арт. Кауфман пытается совместить порой несовместимое. Например, как ему представляется возможным комбинирование каузального понятия деяния и финального понятия деяния, если они основаны на диаметрально противоположных принципах?

То, что финальность включает каузальность, свидетельствует только о том, что каузальность не включает финальность – каузалисты уголовно-правовым деянием признают уже и такое поведение, которое каузально, но не является финальным (любые движения тела до уровня финальной произвольности), тогда как в финальном учении такое поведение вообще не представляет собой предмет уголовно-правового анализа.

Наряду с этим каузально действующий тем более может отнюдь не действовать как «духовное существо», и это указывает на несовместимость каузального понятия деяния с социальным понятием деяния, так как в социальном учении деянием не может считаться субъективное поведение, если оно не связано с духовной деятельностью субъекта.

Таким образом, хотя каузальное учение можно совместить с финальным и социальным учением, финальное и социальное учение с каузализмом эссенциально несовместимы. Соответственно, исследование может проводиться в направлении квантитативной субординации одного учения другому, но не в направлении их квалитативного синтезирования.

Само персональное учение приходит фактически к тому же выводу, даже если самому Арт. Кауфману суть своей концепции представляется иначе. Уже из сформированного им определения наглядно видно, что здесь налицо продукт всего лишь квалитативного анализа предыдущих учений, и

<sup>519</sup> Ibid., стр. 65-66.



по этой причине в рассматриваемой концепции ничего *качественно* нового быть не может, с вытекающими отсюда последствиями: персонализму нередко приходится тягаться со всеми последствиями соответствующих крайностей вместе взятыми, с которыми предыдущие учения тягались в отдельности.

Конечно же, это не следует понимать так, словно здесь имеет место некая аккумуляция безнадежных противоречий. Арт. Кауфман – меткий стрелок: *исходный принцип его концепции* успешно разоблачает традиционную теорию уголовного права, которая без конца и без краю хворает отчаянными крайностями, причём отнюдь не только в рамках учений о деянии. Несмотря на такое разоблачение, то же самое касается и современной теории уголовного права, которая всё более изощряет технику педалирования откровенных экстрем, будь это в отношении деяния, вины, наказания или прочих основополагающих понятий.

## ВИНА И НАКАЗАНИЕ

**Персональное  
понятие наказания**

Что вытекает из сопоставления персонального понятия вины и персонального понятия наказания? Арт. Кауфман здесь развивает идею о том, что наказание означает освобождение субъекта как «ответственного существа» от вины не только социально (внешне), но и индивидуально (внутренне). Это, естественно, так и должно быть, однако в действительности дело обстоит иначе, что в данном случае важнее. Достаточно лишь на некоторое время оставить открытым дверь любого пенитенциарного учреждения любой страны, чтобы убедиться, что даже Арт. Кауфман может заблуждаться.

**Делинквент  
как «ответственное»  
существо**

Винность деяния определяется не тем, что у делинквента в момент совершения преступления было развито чувство ответственности в виде готовности отвечать за свой поступок, т. е. не тем, что делинквент действовал «ответственно», а тем, что он действовал безответственно, несмотря на возможность ответственного действия. В силу этого к уголовно-правовой ответственности субъект привлекается хотя как генерально ответственное лицо, но конкретно действовавшее именно безответственно.

Тезис Арт. Кауфмана мог бы быть верен только в том случае, если бы субъект преступления *желал сам* искупления своей безответственности наказанием. Такое желание с понятием индивида может не быть несовместимым, однако оно может характеризовать лишь конкретного индивида, да и то под влиянием конкретных факторов, но не индивида в общем; было бы иначе, наказание не могло бы определяться в качестве принудительной меры, а искажение проблемы наказуемости не может способствовать объективному исследованию взаимоотношения вины и наказания.

Таким образом, персональное учение в данном отношении отнюдь не предстаёт парадигмой логической последовательности. А логическая последовательность здесь, как намекалось выше, заключается в следующем: *вменяемый – это генерально ответственное существо, виновный – конкретно безответственное существо.*

Одновременно с этим необходимо также остановить наше внимание на целый ряд других воззрений, развитых в рамках персонального учения, которые не менее важны для верного понимания нормативной модели вины.

## ВИНА КАК ПРЕДМЕТ УПРЁКА

**Упрекаемое** По мнению Арт. Кауфмана, центральное значение в отношении понятия вины должно придаваться не упрёку или упречности, а тому, в чём следует упрекать – *упрекаемому* (das Vorzuwerfende). Об этом основоположник персонализма прямо указывает в своём следующем утверждении: «Вина есть то, в чём упрекаются, а не упрёк или упречность. Тем не менее совершенно недопустимо полное отрицание нормативного элемента в понятии вины и возвращение к лишённой оценочного момента психологической модели. А крайний нормативизм, который в вине видит только нормативность и в силу этого исключает из данного понятия все духовно-душевные (geistig-seelisch) элементы, является следствием представленной юго-западным немецким неокантианизмом строгой дифференциации между сущим и должным, между действительностью и ценностью»<sup>520</sup>. Может ли вина действительно рассматриваться как само «упрекаемое»? На наш взгляд, воззрение Арт. Кауфмана несомненно весьма рационально. Упрёк, равно как упречность, логически не может быть моментом, отображающим истинную природу понятия вины (даже более того вне уголовно-правового контекста: вина – это плохо, однако упрёк иной раз отнюдь не приходит на ум: мать нередко обнимет, а не упрекнёт ужаснувшегося малыша, что-то разнёсшего небрежно).

**Формальный нормативизм** Существованием вины, правда, дана и возможность упрёка, т. е. упречность, исходя из чего вина в уголовном праве действительно может означать упречность, однако этим выделяется лишь функциональная специфика вины, тогда как о её материальной стороне приходится лишь догадываться.

В случае упрёка всё выглядит гораздо сложнее, так как упрёк может быть только следствием вины, и, следовательно, в пределы понятия вины он вместиться никак не может, о чём (равно как об упречности) мы выше уже детально рассуждали.

---

<sup>520</sup> Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip (eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung), Heidelberg, 1961, стр. 179.

Что касается самого третьего, представленного Арт. Кауфманом момента, следует заметить, что здесь акцент переносится именно на материальный аспект вины. Не подлежит сомнению, что то, что непосредственно составляет основание для упрёка, составляет содержание вины. Однако не остаётся ли вина на самом деле без оценочного момента?

Хотя, как было показано выше, сам Арт. Кауфман решительно отвергает подобную возможность, но предмет спора в данном случае безусловно наличествует.

На наш взгляд, когда вина представлена в виде непосредственного основания упрёка, в виде самого «упрекаемого», это никак не может разорвать связь вины с оценочностью, однако на сей раз оценочный момент уже предстаёт в качестве элемента, находящегося вне понятия вины.

## СОДЕРЖАНИЕ ВИНЫ

**Предмет обвинения** Не менее важно и то, в чём видит Арт. Кауфман конкретное выражение содержания самого «упрекаемого». Об этом он указывает следующее: «Очевидно, что, например, вина совершающего убийство лица состоит не только в том, что он осознаёт неправду убийства, а также в том, что он желает подобную неправду, а для этого необходимо также фактическое осуществление убийства или по крайней мере покушения на убийство»<sup>521</sup>. В соответствии с этим содержание вины должно состоять не только из сознания неправды (возможности сознания) и желания (сознательного допущения и т. д.), а также и из осуществления самого противоправного деяния (!).

Разумеется, речь о вине допустима лишь в условиях фактически осуществлённой неправды, однако это отнюдь не означает, что осуществление неправды следует относить к содержанию вины. Осуществление может быть лишь предпосылкой вины, но не элементом. Вина является сугубо субъективной категорией, и она может включать лишь соответствующее психологическое поведение субъекта, сопровождающее осуществлённое им противоправное поведение, но не оба эти момента одновременно.

**Состав неправды как элемент состава вины** Утверждение Арт. Кауфмана, согласно которому к составу вины (Schuldtatbestand) следует отнести и состав неправды (Unrechstatbestand), прежде всего, чревато отрицанием понятия преступления, так как в таком случае понятие вины включает все субъективные и объективные компоненты, традиционно составляющие содержание преступления, вследствие чего становится неясно, чем может обосновываться соналичие двух материально идентичных понятий, если учитывать то обстоятельство, что в условиях материальной идентичности функциональная дифференцированность совершенно исключается.

---

<sup>521</sup> Ibid., стр. 183.

## НЕОСТОРОЖНОСТЬ

**«Гипотетическая» вина** Наш особый интерес вызывает подход Арт. Кауфмана к проблеме неосторожной вины. «То, что при неосторожности, – пишет Арт. Кауфман, – преступник мог предвидеть вредные последствия и предотвратить их, если бы проявил должную заботливость, внимание и предусмотрительность, есть (...) как только гипотетическое обстоятельство возможность вины, но не сама вина»<sup>522</sup>.

Когда в теории уголовного права имеет место отрицание наказуемости неосторожности со стороны различных авторов, как правило, в качестве аргумента приводится то, что в момент совершения неосторожного преступления субъект лишён фактической возможности правомерного поведения (к тому же здесь обычно имеется в виду только несознательная неосторожность, т. е. небрежность). Это воззрение в основном представлено детерминистски настроенными криминалистами. И здесь речь традиционно о том, что субъект не может упрекаться ни этически, ни чисто юридически, потому как в условиях отсутствия возможности правомерного действия нарушение уголовно-правовой обязанности теоретически немыслимо, а уголовно-правовая вина, в свою очередь, без нарушения уголовно-правовой обязанности догматически неприемлема.

Однако, как видно из вышецитированного воззрения Арт. Кауфмана, он, отвергая наказуемость неосторожности, вполне допускает в случае неосторожности возможность правомерного действия.

**Аргументация гипотетичности** На первый взгляд, данное воззрение является всего лишь следствием теоретической безоглядности и оно вообще не может иметь никакого обоснования. Однако Арт. Кауфман в пользу своей позиции приводит следующий аргумент: «В данном случае упречным может быть не то, что преступник имел возможность предотвратить вредные последствия, а только то, что он не предотвратил вредные последствия. Тем не менее как может ему вменяться в вину осуществление указанного результата, если о возможности наступления такого результата он вообще не думал – ни в момент осуществления деяния, ни до того; именно в этом и со-

---

<sup>522</sup> Ibid., стр. 186.

стоит главная сложность. Данная проблема посредством формального понятия упречности нерешима»<sup>523</sup>. Таким образом, согласно Арт. Кауфману, при неосторожности возможность правомерного поведения, правда, существует, но сложность порождается тем обстоятельством, что субъект о данной возможности вообще не думает!

**Контраргументация:** Во-первых, при самонадеянности (легкомыслии) **легкомыслие** субъект «думает» (осознаёт) о возможности наступления вредных последствий, но в обход объективных масштабов неблагонадёжно рассчитывает избежать их, а то, что здесь речь идёт о рискованном, а не об объективно стандартизированном предположении, свидетельствует именно о том, что субъект не уверен и не может быть уверен в том, что вредный результат не наступит. Самонадеянность или легкомыслие – это единственная субформа вины, которая из всех остальных традиционных субформ может определяться как *неправомерный риск*.

И наоборот, был бы субъект уверен в предотвращении вредных последствий, говорить следовало бы не о самонадеянности без достаточных оснований, а о стойком, строго калькулированном ожидании, и в таком случае обоснование самонадеянности как субформы или подвида уголовно-правовой вины действительно становится невозможным.

Поскольку на примере самонадеянности имеем дело именно с первой ситуацией, этот вид неосторожной вины уже с самого начала необходимо исключить в качестве предмета анализа позиции Арт. Кауфмана и в рамках данного анализа может рассматриваться только небрежность.

Во-вторых, утверждение Арт. Кауфмана о том, что в рассматриваемом случае субъект хотя владеет возможностью предотвращения вредных последствий, т. е. возможностью правомерного поведения, но «не думает» о данной возможности и что основная сложность обуславливается именно этим, не может быть убедительным, потому как возможность правомерного поведения здесь понимается слишком отвлечённо.

В последнем понятии следует подразумевать не только объективную, но и субъективную возможность (предотвращения вредных последствий), а под рассматриваемой субъективной возможностью подразумевается также и то, что субъект имеет возможность мыслить о предотвратимости вредных

---

<sup>523</sup> Ibidem.



последствий. Однако в таком случае налицо уже возможность обоснования уголовно-правовой обязанности и вместе с ней – небрежности.

**Контраргументация:** В рамках дальнейшего анализа неосторожности уже конкретно в отношении обоснования небрежности небрежность  
 Арт. Кауфман предлагает следующий вывод: «С учётом всего вышеотмеченного, разумеется, с позиции нравственной концепции вины, согласно которой вина представляет собой сознательное и свободное (*freigewollt*) решение об осуществлении неправды, небрежность не является формой вины»<sup>524</sup>. Естественно, если анализ проводится в рамках той концепции, согласно которой вина – «сознательное решение об осуществлении неправды», небрежность никак не может быть субформой вины. Дело, однако, в том, что у Арт. Кауфмана указанная концепция отнюдь не была представлена в качестве масштаба исследования.

**Объективная теория небрежности** Вместе с тем Арт. Кауфман вышеупомянутым выводом отнюдь не завершает анализ проблемы небрежности. В рамках данного анализа он представляет также существующие в уголовно-правовой догматике две основные концепции небрежности – т. н. объективную теорию и субъективную теорию небрежности.

Согласно первой концепции, «проблема, как мог преступник осознать непредвиденный им результат и предотвратить его, должна решаться вследствие объективного суждения. Не то должно быть исходным моментом, могли ли индивидуальный преступник осознать вредный результат, а то, было ли возможно осознание данного результата для среднего субъекта, добросовестного гражданина или – согласно умеренной объективной теории – для среднего представителя профессии, состояния или класса преступника»<sup>525</sup>.

Представителями рассматриваемой теории Арт. Кауфман называет Э. Колрауша, Г. Манхейма и Э. Мецгера.

Следует заметить, что объективная теория не вполне отвечает фундаментальным требованиям современного уголовного права.

В то же время она совершенно неприемлема с точки зрения современного уголовно-процессуального права. Действительно, субъект только тогда может признаваться виновным, если полностью исключена возможность его

<sup>524</sup> Ibid., стр. 187.

<sup>525</sup> Ibid., стр. 225.

невиновности. Однако когда речь идёт о психологических возможностях среднего представителя профессии, состояния или класса преступника, а не непосредственно о конкретных субъективных возможностях делинквента, можно ли рассуждать об уголовной ответственности в условиях абсолютной исключённости виновности? Разумеется, нет, так как точное установление того, мог ли конкретно этот субъект конкретно в этой ситуации предотвратить вредные последствия, возможно только вследствие исследования психологического поведения, осуществлённого конкретно этим субъектом конкретно в этой ситуации.

Определение того, на чём основывается объективная теория, как нам видится, не представляет особой сложности. Здесь явно прослеживается влияние англо-американской уголовно-правовой мысли. После того как устанавливается соответствие психологических возможностей среднего субъекта и т. д. с требованиями виновного поведения, обвиняемый может доказывать свою невиновность, т. е. в данном случае имеет место лишь ограниченное действие презумпции невиновности. В том, что в подобных случаях субъект сам должен доказывать свою невиновность, для англо-американской доктрины не только нет ничего неприемлемого, а, наоборот, данная позиция может считаться доминирующей в англо-американской догматике. Однако романо-германская уголовно-правовая система, где однозначно признаётся абсолютный характер презумпции невиновности, не может испытывать влияние подобного, т. е. резко отличающегося подхода. Соответственно, и теория вышеупомянутых криминалистов должна рассматриваться как совершенно несовместимое с традиционной догматикой течение.

**Субъективная теория небрежности**      Заметим, что сам Арт. Кауфман решительно отвергает приемлемость объективной теории, в отличие от чего позицию, представленную в субъективной теории, он целиком разделяет. Содержание последней концепции он излагает следующим образом: «Деяние субъекта считается противоправным тогда, если он при отношении не проявляет необходимой заботливости; с этой точки зрения, действует объективная основа суждения, т. е. здесь принимается во внимание то, что мог сделать и что сделал бы разумный и добросовестный субъект в состоянии преступника. А виновно противоправное деяние тогда, если субъект в соответствии со своим личным знанием и со своей способностью мог проявить нарушенную заботливость и, следовательно, предотвратить по-

следствия; здесь действует субъективная основа суждения, т. е. решающее значение придаётся индивидуальной возможности субъекта»<sup>526</sup>.

К представителям рассматриваемой теории относятся Г. Радбрух, Ф. Эксер, К. Энгш, Р. ф. Хипель и Р. Франк.

В отличие от объективной теории, данная концепция в полном соответствии с системой признанных в современном уголовном праве принципов, так как в рассматриваемом случае основной критерий установления виновности составляет уже «личное знание и способность» субъекта.

Непонятным в этом контексте остаётся лишь позиция самого Арт. Кауфмана, ибо он полностью разделяет представленную в субъективной теории точку зрения, тогда как, с одной стороны, основная задача субъективной теории направлена к надлежащему обоснованию небрежности, а с другой – Арт. Кауфман выше недвусмысленно отвергал небрежность как подвид уголовно-правовой вины.

**Субстрат вины  
и принцип вины**

Продолжая анализ понятия неосторожности в общем в нормативной теории вины, Арт. Кауфман вновь возвращается к проблеме определения истинной природы вины. В этом аспекте он отмечает: «Строгое соблюдение принципа вины требует, чтобы в понятии вины подразумевалась не только упречность, а с ним непременно должно быть связано также и материальное содержание. А это возможно лишь тогда, если вина рассматривается как действительность. Хотя бесспорно, что вина – метафизическая категория (в отличие от позитивистски-материалистического понятия действительности, в соответствии с которым характер вины присваивается только чувственно воспринимаемым [das sinnlich Wahrnehmbare], т. е. вещественным [das Stoffliche] феноменам). Однако метафизический означает не сверх-действительный, а только сверх-материальный, это действительность более высокого уровня. Вина – духовная (...) действительность»<sup>527</sup>. Нельзя не согласиться с Арт. Кауфманом в том, что субстанциальный аспект вины и принцип вины прямо пропорциональны. Очевидно, что ненадлежащий учёт материального аспекта вины легко может обесценить принцип вины, и, как было показано выше, в ряде случаев это действительно так и происходит.

<sup>526</sup> Ibid., стр. 227-228.

<sup>527</sup> Ibid., стр. 178.

В то же самое время Арт. Кауфман в своих выводах относительно понятия вины в этот раз, разумеется, гораздо абстрактнее, чем выше. Тем не менее наше внимание привлекает то обстоятельство, что он в данном случае указывает на неприемлемость не вины как упречности, а вины как только упречности, что его вышерассмотренному воззрению, где вина, отвергаясь в качестве упрёка и упречности, рассматривалась как «упрекаемое», явно противоречит.

**Влияние догматики** Как видно из всего вышеизложенного, хотя Арт. Кауфман представляет немало теоретически важных новшеств в отношении понятия вины, одновременно с этим он наглядно испытывает также влияние традиционной догматики, что в конечном итоге приводит не к одной неточности или непреодолимому противоречию. Наряду с этим в рассматриваемом случае немаловажен уже сам тот факт, что понятие вины в представленном здесь уголовно-правовом персонализме находит весьма оригинальное развитие во многих значительных аспектах, наглядным примером чего предстаёт, прежде всего, доктринальная корреляция персонального понятия вины и персонального понятия наказания.

## Б. СОВРЕМЕННЫЙ ПЕРСОНАЛИЗМ

– §6 –

### ДЕЯНИЕ КАК ПРОЯВЛЕНИЕ ЛИЧНОСТИ

**Исключение  
социализма и  
позитивизма**

К. Роксин в рамках представленного им современного персонального понятия деяния в равной степени отказывается от своих прежних ссылок на «социальный смысл» в качестве конститутивного признака<sup>528</sup> и элементов позитивно-правовой точки зрения<sup>529</sup>. В первом аспекте это свидетельствует о том, что «понятие деяния должно включать как выполненную работу, так и развлекательную деятельность во время досуга как человеческие действия», несмотря на то, приписывается им социальная релевантность или нет»<sup>530</sup>. В другом же аспекте трансформация понятия деяния не была бы необходимой, если, например, законодатель предпринял бы декриминализацию неосторожности<sup>531</sup>. Подобную позицию, между прочим, разделяет и Якобс<sup>532</sup>.

Однако в обоих случаях слова остаются словами. Вернее, они никогда не брали на прицел ни один из представленных в позитивном праве отдельных видов поведения или их бесчисленных компонентов. Мы имеем дело со своеобразными псевдопозитивистскими суррогатами, так как в такие клятвы в развитой вдоль и поперёк догматике ныне никто не верит. Конкретнее, ни персональное, ни негативное учение не освобождает себя от обязанности обоснования ни одного вида позитивно существующего поведения или его составных частей – ни теоретически, ни тем более фактически. Напротив, в случае персонального понятия деяния – одно из – странных подтверждений называется «субстанциальная адекватность», которую мы чуть ниже непременно затронем.

---

<sup>528</sup> Roxin: ZStrW 74 (1962), стр. 561; Zur Kritik der finalen Handlungslehre, стр. 82.

<sup>529</sup> Ibid., стр. 73 сс.

<sup>530</sup> Roxin, Strafrecht AT I, 8/45.

<sup>531</sup> Ibid., 8/51.

<sup>532</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 13, 21 с.

Что касается первого аспекта, да, можем действовать и трудясь и веселясь. Однако предмет интереса здесь составляет нечто иное. Права не существует вне общества, и вопрос заключается в том, воспринимаемое до социальности понятие деяния насколько способно вместить в себя специфически правовые категории. Страхующий критерий может существовать, но его, как было показано, Роксин отвергает. Предпосылкой владения этим критерием является направление предварительного взора к социальности, чем социальность невольно оказалась бы в конститутивном ядре понятия. Это своего рода заколдованный круг, и Роксин – не тот автор, которого можно было бы считать почитателем спекуляций. Он делает выбор однозначно в пользу первой опции, т. е. в пользу исключения социальности. Обусловленный этим фактор риска должен нейтрализовываться иначе, в частности за счёт онтологически калькулированных минимумов. Насколько ему это удаётся – предмет отдельного суждения.

**Косуля** В отличие от вышеуказанных аспектов «душевно-духовный» или «персональный центр поведения» сохраняется как ключевой момент понятия деяния: «Деяние, прежде всего, есть всё то, что может относиться к человеку как к душевно-духовному центру поведения. Этот центр не наличествует в тех случаях, которые вытекают только из телесной («соматической») сферы человека, из «субстанциальной, витальной и анимальной сферы», не подлежащей контролю «я», инстанции душевно-духовного управления человека»<sup>533</sup>. Другими словами, мы имеем дело с «*проявлением личности*»<sup>534</sup>. Возьмём быка за рога: что делает косуля, когда она играет с человеком в мяч, если, играя в мяч, человек действует?

**Личность и проявление** Вернёмся к Роксину: «Если кого-либо с неодолимой силой толкнули в стекло окна, если он во сне, в делирии, при судорожных приступах наносит удары вокруг себя, если он реагирует чисто рефлекторно, то это выражения, не обладаемые со стороны воли и сознания и которые в силу этого не могут рассматриваться как проявления *личности*. В свою очередь, мысли и волевые устремления, разумеется, относятся к душевно-духовной сфере личности. Тем не менее до тех пор, пока

---

<sup>533</sup> Ibid., 2/44.

<sup>534</sup> Ibidem.

они остаются заключёнными внутри же, они не являются *проявлениями* личности и ввиду этого не являются деяниями»<sup>535</sup>.

Когда здесь, в отличие от «выражения личности» в социальном понятии деяния К. Энгиса<sup>536</sup> или от «объективации личности» в основанном на онтологической комплексности персональном понятии деяния Арт. Кауфмана<sup>537</sup>, признак социальности отвергается, это в рассматриваемом ракурсе может быть вполне оправдано: где человек как индивид и человек как личность – одно и то же, ссылка на «общественно» релевантную точку зрения была бы самоцелью, так как на плоскость социальности тут возможно указывать лишь фрагментарно.

Однако то, что остаётся недосказанным, есть главное: «душевно-духовные» состояния или процессы, «объективированные» или нет, за рамками социальности вообще представляют собой только *натурализмы*<sup>538</sup>, в частности как в их развитой Роксиним общности, т. е. исключением Э. А. Вольф-Арт. Кауфманского момента «свободы» и «ответственности», так же там, где нет необходимости этого, т. е. где дело не касается «девиаций» от «душевно-духовной сферы»<sup>539</sup>. Когда, в свою очередь, при конструировании «уголовно-правового» понятия деяния пытаются исходить из того, что «правовые решения никогда не возникают из чисто онтических выводов, а только из применения в отношении них определённых нормативных критериев»<sup>540</sup>, т. е. стремясь к каждому «проявлению личности» как к предмету отнесения, причём она для (уголовно-)правового суждения воспринимается «уже изначально как решающий оценочный момент»<sup>541</sup>, ведь этим в отношении самих вышеупомянутых свойств ничего не меняется, а – вне специфически эффицированных виртуальностей – дело касается отнесения натурализмов. Хотя в то же время, согласно Роксину, «в отдельном случае для установления деяния может быть необходимой и интеграция социальных и даже пра-

---

<sup>535</sup> Ibid.

<sup>536</sup> Engisch, Der Arzt im Strafrecht, in: MKS 9/1939, стр. 421 и passim.

<sup>537</sup> Arth. Kaufmann, Die ontologische Struktur der Handlung, стр. 36 с.

<sup>538</sup> Хотя у Роксина натуралистический мир остаётся окаймлённым чисто соматической сферой (см. ders., Strafrecht AT I, 8/53), иначе Jakobs, Handlungsbegriff, passim.

<sup>539</sup> Roxin, Strafrecht AT I, 8/47.

<sup>540</sup> Ibid., 8/72.

<sup>541</sup> Ibid., 8/73.

вовых аспектов; как правило, такой необходимости не существует»<sup>542</sup>. Отодвинем правило, взглянем на исключение.

**Плоскость интерперсональности** Первое: следует заметить, что здесь простор для представленных Роксиним релятиваций отсутствует. Так как социальность по своей сути не может редуцироваться к персональности, а идентифицируется с признаком *интерперсональности*. При этом (в противоположность инструментально возможным интерпретациям, ибо в инструментальном мире феномен интеракции не отличается конститутивностью) *интерперсональность не только не зависит категориально от персональности, а как раз только наоборот*. В истинно социальном, т. е. общественно включаемом правовом аспекте это свидетельствует о том, что субъект деяния не может актуализироваться просто как «адресат направления нормы» гесп. «правового обязывания»<sup>543</sup> как таковой, а как субъект правоотношения гесп. как партнёр интеракции. Однако если вместе с тем проблематизация юридически релевантного производится в рамках только той дискуссии, должно ли «деяние» восприниматься как располагающийся до состава преступления (деяния) феномен, правовой аспект в своей действительности ничего в рассматриваемую проблему и не может привнести.

**Систематические виды деяний** Второе: исключим возможные недоразумения в контексте отношения персонального понятия деяния к системе преступления. В этом отношении деяние в традиционном и современном уголовном праве понимается в четырёх видах: 1) в каузальном, финальном и социальном учении – это конструкция, предшествующая составу преступления (деяния)<sup>544</sup>; 2) бубнофской версией социального понятия деяния это впервые решительно отвергается, так же как отвергается и гегелианский параллелизм деяния и преступления, вследствие чего деяние здесь уже является интегральным компонентом неправды<sup>545</sup>; 3) персональное понятие деяния Роксина такую трансформацию признаёт лишь отчасти, а именно

<sup>542</sup> Ibid., 8/52.

<sup>543</sup> Ibid., 8/47, 55.

<sup>544</sup> Однако не только там и тогда, и поныне преимущественно; по состоянию на 2017 год В. Heinrich, Die strafrechtliche Handlung, Vorlesung, Arbeitsblatt Nr. 8, [www.jura.uni-tuebingen.de](http://www.jura.uni-tuebingen.de).

<sup>545</sup> Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes стр. 151 сс; ср. გამყრელიძე, სისხლისსამართლებრივი სასჯელის ცნება, стр. 5.



«только в отношении малой части деликтных поведений»<sup>546</sup>; и, наконец, 4) уголовно-правовое понятие деяния и понятие преступления в неогегелианских системах – вновь тождественные понятия (современное негативное учение о деянии, интерперсональное учение о деянии). Соответственно, актуальное в рассматриваемом случае персональное понятие деяния практически не включает теорию уголовного права, – это *общее* понятие деяния, подобно множеству представленных в уголовном праве понятий<sup>547</sup>, но не уголовно-правовое понятие деяния как таковое.

<sup>546</sup> Roxin, Strafrecht AT I, 8/54, 56.

<sup>547</sup> Здесь нам бы хотелось остановить внимание на – из натуралистической перспективы парадоксальную – параллелизацию (!) Листом вменяемости и дееспособности: «Мы также можем определить вменяемость как *уголовно-правовую дееспособность*. Поскольку дееспособность в правовом понимании есть способность к осуществлению юридически релевантного деяния, (...), следовательно, способность привлекаться к уголовной ответственности, т. е. наказываться» (Liszt, Lehrbuch, 5. Aufl., стр. 159). Эта из перспективы гегелианской школы понятия деяния (см. Köstlin, System des deutschen Strafrechts, Abt. I, AT, 1855, § 56) естественная корреляция (так как в этот раз имеем дело уже с понятием деяния, включающим вину [хотя см. Lesch, Verbrechensbegriff, стр. 221 сс и passim, где вменяемость на основе философии права Гегеля воспринимается уже в самом начале системы преступления]) с каузальным учением о деянии была принципиально несоместима, и её применение могло достигаться лишь за счёт отрицания каузализма (обстоятельнее к вопросу о вменяемости Liszt, Der italienische Strafgesetzentwurf von 1887, in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, т. 1, 1970, стр. 273; ders., Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit, 1896, in: ibid., т. 2; ср. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, стр. 12; Radbruch, Handlungsbegriff, стр. 97). В то же время это не могло бы быть иначе и в рамках субъективно-финальной концепции, но не в рамках понятий деяния, основанных на общественном контексте, хотя факт остаётся фактом: расщепление дееспособности и вменяемости ни одним дальнейшим «общим» понятием деяния не инверсировалось (см. i. a. Engisch, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, 1965, стр. 57; Arth. Kaufmann, Schuld und Strafe, 1956, стр. 48 с; Roxin, Strafrecht AT I, 3. Aufl., 1997, 8/47).

## СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АСПЕКТ

**Х.-Г. Йешек;**  
**Э. А. Вольф** С точки зрения коренных параллелей в данном случае следует выделять отнюдь не только классический персонализм. Значительные пересечения с деянием как с «проявлением личности» представлены на примере «модели поведения» Х.-Г. Йешека как ««свободного» ответа на доступные возможности деяния» или «индивидуального понятия деяния» Э. А. Вольфа, согласно которому деяние рассматривается как «свободное, смысловое применение доступной для отдельного возможности»<sup>548</sup>. Основание для дистанцирования здесь, с одной стороны, составляет то, что большинство совершённых по неосторожности бездействий не может расцениваться как «ответ» или же, с другой стороны, «свобода» как минимум при невиновных деяниях обычно не дана<sup>549</sup>.

**Й. Хрушка** До подобных результатов приводит в рассматриваемом отношении деяние как «применение правила» по Й. Хрушке, причём «проявление личности» приводится в соответствие с ««собственными» правилами»<sup>550</sup>. Данная модель у Роксина представлена как предмет двусторонней критики: «(...) Это понятие отчасти слишком узко, отчасти же слишком широко. Слишком узко потому, что оно не может включать бездействие (вспомним [...] забвение!), которые, согласно самому Хрушке, определяются как «неприменение правила», чем он возвращается к радбрухской дуализации системы. Слишком широко потому, что разработка преступного плана несомненно является применением правил (мышления и опыта), однако в силу отсутствия «проявления» именно не представляет собой деяния»<sup>551</sup>.

**У. Киндхойзер** В свою очередь, персональное понятие деяния в случае неосторожности не может корреспондировать и с критерием «интенциональности» в рамках интенционального учения о деянии У. Киндхойзера (деяние как «решаемое содеяние»)<sup>552</sup>. Однако эти два субъ-

---

<sup>548</sup> Ibid., 8/47.

<sup>549</sup> Ibidem.

<sup>550</sup> Ibid., 8/48.

<sup>551</sup> Ibidem.

<sup>552</sup> Ibid., 8/49.

ективно-монистских понятия характеризуются и общей сложностью: разумеется, отождествлённая с индивидуумом «личность» как субъект деяния здесь не стремится ни к соматическим, ни к квазисоциальным последствиям (т. е. к «содеянию» такового); а инструментальный мир индивидуума в качестве исходной точки делает возможным именно только «мономерные» решения.

Подытожим этот микроколлаж и давайте откровенно скажем: какая разница между объективацией личности и проявлением личности?

## «СУБСТАНЦИАЛЬНО АДЕКВАТНОЕ» ПОНЯТИЕ ДЕЯНИЯ

**Функции «деяния»** Выделяемая в персональном учении о деянии неделимость «технических субстратов» – в основном в сфере психофизического – своим предметом, прежде всего, подразумевает максимально последовательное осуществление в системе преступления функций (существенно) общего понятия деяния, т. е. оно, следуя внедрённой им же терминологии, стремится к «субстанциально адекватному» понятию деяния<sup>553</sup>. А указанных функций у общего понятия деяния ещё со времён традиционной догматики три: деяние как *предельный* элемент, как *базисный* элемент и как *консолидирующий* элемент.

**Предельный элемент** Предметом особого интереса в данном случае предстаёт первый аспект, т. е. то, как фильтрует персональное понятие деяния входящие в состав преступления (деяния) виды поведения, так как здесь мы имеем дело с весьма значительными новациями. В отличие от каузального или финального учения в этот раз некоторые рефлексы, в частности такие, которые могут восприниматься как «психически производимые, целенаправленные движения»<sup>554</sup>, рассматриваются как «деяние»; так же как, в свою очередь, каждый автоматизм, так как «усвоенные диспозиции деяния относятся к системе личности; их детерминация – её проявление»<sup>555</sup>. По тому же масштабу здесь дано «деяние» и в случае бессознательного опьянения, если могут быть осуществлены «в целенаправленности разумные, скоординированные двигательные процессы», так же как высокостепенные аффекты, при которых виды поведения, служащие «удовлетворению влечения или разрядке агрессии», не являются «только каузально детерминированными»<sup>556</sup>. И, наконец, «деяние» считается наличествующим

---

<sup>553</sup> Ibid., 8/55; ср. Bunster, Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff von Claus Roxin, in: FS Roxin, стр. 180 сс; хотя см. также к роксинским дифференциациям между «субстанциальным» определением понятия деяния и его определением, ориентированным на «нормативный вектор персонального вменения» В. Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen, 1971, стр. 31.

<sup>554</sup> Ibid., 8/66.

<sup>555</sup> Ibid., 8/67.

<sup>556</sup> Ibid., 8/68 с.

в рамках персонального учения о деянии и в случае *vis compulsiva* как проявление личности, «мотивированное угрозой»<sup>557</sup>.

**Базисный и консолидирующий элемент** На наш взгляд, несложно понять, что налицо абстрактное «деяние», и эта абстрактность на примере обеих вышеуказанных функций – т. е. на примере функций базисного элемента и консолидирующего элемента – отнюдь не убывает. В силу того что «формы проявления» деликтного поведения, «включающиеся» (?) первым свойством (базисный элемент) «деяния», «релевантны только на последующих оценочных ступенях», и атрибуируются понятию деяния как «существительному» в рамках следующей функции (консолидирующий элемент) понятия, понятием деяния они ни в коей мере не охватываются<sup>558</sup>. Таким образом, вне понятия остаётся не только суждение о неправде и виновности, а невольно все входящие в них «виды деликтного поведения» в их целостности. С чем мы здесь вследствие этого имеем дело, есть не промежуточно аморфное определение «деяния» и последующая конкретизация его «вида и стиля» как умысла и неосторожности, как действия и бездействия<sup>559</sup>, а то, что здесь «впоследствии» предшествует уголовно-правовым оценкам, именно и создаёт весь облик понятия деяния в соответствии с любым подобным *modus procedendi*. Это общий недуг всех генеральных понятий деяния.

<sup>557</sup> Ibid., 8/64.

<sup>558</sup> Ibid., 8/50 с, 53 сс.

<sup>559</sup> Ibid., 8/51.

## ТРАКТАМЕНТ ДОГМАТИКА

Как видим, учение о деянии, которое в начале стремится быть максимально абстрагированным от позитивного права и от права в общем, в конце предъявляет претензию на «субстанциально адекватное» понятие и имеет амбицию быть «функционально исправным» в концептуально невидимой для него системе преступления.

Замечание Роксина по поводу того, что если бы законодатель изъял неосторожность из спектра деликтных видов поведения, этим бы понятие деяния не изменилось, не исчерпывает вопрос, а является его одной стороной. Если понятие деяния и виды деликтного поведения формируются независимо друг от друга (скажем, первого формирует онтология, последних – уголовное право), то понятие деяния закономерно не может быть субстанциально адекватным. Вылилось ли оно по счастливой случайности в таковое, теоретически отнюдь не насущно важно.

Мы имеем дело с системным разладом, в рамках которого нарушено категориальное взаимоотношение понятий, в частности понятия деяния и видов деликтного поведения.

Нам здесь вспоминается классическая система преступления, как параллель, когда её Лист и Белинг представляли в качестве вертикальной конструкции, однако вертикальной или иерархической до известной перегруппировки Радбруха в действительности она никогда не была.

А главное в рассматриваемом случае то, где следует искать «деяние»: в проявлении чего-то или в содеянии и трансформации? Естественно, акцент может приходиться и на мнимую статичность, однако этим мы к реальности не прикоснёмся. Дело в том, что (структурно) недвижимой не предстаёт ни материя, ни идея.<sup>560</sup>

---

<sup>560</sup> См. также, на наш взгляд, чрезмерно искусственное синтезирование персонального учения (Роксина) и социального учения R. Hefendehl, Vorlesung, Strafrecht AT, IV, [www.strafrecht-on-line.org](http://www.strafrecht-on-line.org).

## Раздел Д

# ФУНКЦИОНАЛЬНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ

## Глава XII

### НЕГАТИВИЗМ

#### – §1 –

### ПРЕДОТВРАТИМОЕ НЕПРЕДОТВРАЩЕНИЕ В РОЛИ ГАРАНТА

**Герцберг** Хотя созданное Р. Д. Герцбергом<sup>561</sup> негативное понятие деяния, прежде всего, противостоит финализму, – в соответствии с чем «финальность в уголовном праве как таковая *вообще иррелевантна*», – однако то, что общее между рассматриваемым понятием как *предотвратимым непредотвращением в роли гаранта* с финалистскими догмами, состоит не только в конститутивном значении предотвратимости, а также и оно должно восприниматься «в отрыве от состава деяния». Впрочем, именно в этом месте, в частности на примере развитой впоследствии Г. Якобом негативной модели деяния, являющейся здесь основным предметом исследования, налицо принципиальное преображение: якобсская версия негативного учения о деянии в качестве интегральных частей деяния представляет как неправду, так и вину, возвращаясь тем самым к гегелианскому взаимоотношению между понятиями деяния и преступления.

**Якобс** Тем не менее здесь в первую очередь определяющий акцент в самой формуле Герцберга редуцирован к предотвратимому непредотвращению. С одной стороны, постольку, поскольку «ссылка на роль гаранта не покрывает релевантное в уголовно-правовом отношении деяние,

---

<sup>561</sup> R. D. Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, Berlin, New York, 1972, стр. 172 сс, 179 сс, 183 сс и passim.

в частности ни настоящие и ни эквивалентные действию бездействия»; с другой стороны, постольку, поскольку, помимо данного момента, содержание роли гаранта, согласно рассматриваемой точке зрения, ничем другим не наполняется. Как будет показано ниже, в отношении первого аспекта позже имеем дело с иной ситуацией. Конкретизированное в рассматриваемых пределах негативное деяние, в свою очередь, представлено как *индивидуально предотвратимая детерминация результата* или как *предотвратимость несходства последствий*<sup>562</sup>.

---

<sup>562</sup> G. Jakobs, Strafrecht, AT, 2. Auflage, 6/27, 32.



## НОРМАТИВНЫЙ КОНТАКТ (СОЦИАЛЬНЫЙ АНАЛИЗ СМЫСЛА)

Деяние как коммуникативно релевантное отношение      Указанная конкретизация ещё отнюдь не исчерпывает сущность проблемы. Геллен<sup>563</sup>, рассуждая о человеке как о «деятельном субъекте», в этом смысле исходит из человека как «выражающего позицию существа», в то время как Вельцель, как известно, рассматривает деяние в качестве «выражения смысла». Наряду с этим налицо стремление Якобса обратить исходный взор на теорию социологических систем Н. Лумана и представленное в ней понятие коммуникации<sup>564</sup>.

Деяние как «коммуникативно релевантное отношение» или как «социальное выражение смысла»<sup>565</sup>, таким образом, в учении о деянии Якобса направлено на субституцию «монологически-индивидуалистского»<sup>566</sup> или «инструментального» масштаба «коммуникативно релевантной схемой анализа (толкования)», согласно чему, прежде всего, исходным является утверждение, что «выражения смысла» и «позиции»<sup>567</sup> «мыслимы только как коммуникативные процессы, в отношении которых дело касается не только горизонта выражающего, но и горизонта принимающего и принимающий не владеет индивидуальной схемой анализа выражающего или если владеет, то эта схема, во всяком случае, не может быть определяющей только

---

<sup>563</sup> A. Gehlen, *Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt*, 1. Aufl., Berlin, 1940, стр. 20, 37 и passim.

<sup>564</sup> N. Luhmann: *Wie ist Bewußtsein an Kommunikation beteiligt?*, in: ders., *Soziologische Aufklärung*, Bd. 6, *Die Soziologie und der Mensch*, Opladen, 1995, стр. 38 и passim; *Rechtssoziologie*, Bd. 1, Reinbek, 1972, passim; см. также G. Meggle, *Grundbegriffe der Kommunikation*, 2. Auflage, Berlin, New York, 1997, стр. 279 сс.

<sup>565</sup> Jakobs: *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, München, 1992, стр. 30; *Handlungssteuerung und Antriebssteuerung. Zu Hans Welzels Verbrechensbegriff*, in: *Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber*, Heidelberg, 2003, стр. 957.

<sup>566</sup> M. C. Meliá, *Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Sozialadäquanz*, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1995, стр. 179 сс., 183 сс.

<sup>567</sup> Jakobs: *Handlungssteuerung*, стр. 955 и passim; *Handlungsbegriff*, стр. 24, 28; *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993, стр. 13 с.

в силу того, что она – индивидуальная схема»<sup>568</sup>; а передаваемая информация, с точки зрения луманского понимания коммуникации, которое – до этого уровня – положено в основу рассматриваемого подхода, никогда не является идентичной для отправителя и адресата»<sup>569</sup>.

В релевантной для понятия деяния призме это означает то, что субъективное представление о последствиях только тогда может быть «коммуникативно релевантным», если оно основывается на «коммуникативно релевантной схеме анализа»<sup>570</sup>. В то же время коммуникация, по Х.-Х. Лешу, представляет собой «элементарный социальный процесс формирования мысли в межчеловеческом отношении»<sup>571</sup>. Иными словами, плоскость смысла, в соответствии с этим, есть «плоскость *общественно* релевантного, и это, в свою очередь, есть плоскость коммуникации»<sup>572</sup>. Помимо этого, в качестве предмета особой заинтересованности выделяется и понятие «социальной (ин)адекватности» Вельцеля, равно как признак «социального смысла» по социальному учению деяния<sup>573</sup>, с попыткой квалитативного развития которого и имеем дело.

**Личность как участник  
«коммуникации»**

Тогда как индивиды, действующие в гоббском или локкском естественном состоянии, ещё не могут рассматриваться как личности и их поведение – как социальный феномен, причиной этому здесь служит то, что в рассматриваемом состоянии ещё не наличествуют *нормы*, обеспечивающие «возможность интеракции», т. е. масштабы коммуникации, а то, что дано, есть лишь «собственная схема порядка» индивида, «в которой каждый другой индивид может определяться только как окружающая среда», т. е. налицо всего лишь когнитивные правила, с которыми индивидуум «обходится как неограниченное существо в своём собственном мире и определяет их по пригодности сам для себя».

<sup>568</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 27; ср. ders., Tätervorstellung und objektive Zurechnung, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, стр. 279 сс.

<sup>569</sup> См. к отрицанию «метафоры передачи» Luhmann, Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt, 1984, стр. 193.

<sup>570</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 28, 45.

<sup>571</sup> Н. Н. Lesch, Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999, стр. 186.

<sup>572</sup> Lesch, Verbrechensbegriff, стр. 223.

<sup>573</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 27 сс, 45.

Таким образом, в рассматриваемом состоянии имеем дело с натуралистическим схематизмом – с сугубо «инструментальным миром», с «чисто инструментальной коммуникацией», – где ни одно поведение ещё не обладает социальным смыслом, т. е. «естественное состояние есть состояние именно безнормности – эксцессивной свободы и эксцессивной борьбы»<sup>574</sup>.

«Действуют», по Якобсу, только в смысле личности, конституируемой признаком «нормативного контакта», и понятия общества<sup>575</sup>, а именно в смысле «метаинструментальной коммуникации», без которой не могут формироваться ни «персональная идентичность», ни «социальная система»<sup>576</sup>, вкратце: в «искусственном» мире социальности<sup>577</sup>. Сами правила поведения формируются уже «не в силу надобности для отдельного индивида», а «в силу способности к примыканию к смыслу в коммуникации», согласно чему и индивидуальность как определяющая анализ схема отграничивается от персональности в её «определённости нормой», что, между прочим, не должно означать, что личность может наличествовать и без индивида, т. е. что индивидуум и личность «безотносительно друг к другу рассеяны друг возле друга»<sup>578</sup>.

Следовательно, личность, т. е. субъект деяния, *вообще*, наличествует «не естественно, а в условиях определённых социальных отношений, в частности тогда, когда наделяются обязанностями и правами (...). Личность, таким образом, предстаёт как комплект обязанностей и прав, как статус, как устойчивый ориентир ожиданий, допускающий, что касается прав, *определённые* свободы и в сфере обязанностей сокращающий обратно свободу до их выполнения (...)»<sup>579</sup>. Ввиду этого действующий как личность не может определяться как «психофизическая система», а только как «*участник коммуникации*, конституированный обязанностями и свободами», т. е.

---

<sup>574</sup> Jakobs: Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 1. Auflage, Berlin, 1997, стр. 14 сс, 29, 33, 44 сс, 66, 98 с; Handlungssteuerung, стр. 951 с; Strafrecht AT, 6/25 сс; Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: HRRS 3/2004, стр. 92.

<sup>575</sup> Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 59 сс, 63 сс.

<sup>576</sup> Lesch, Verbrechensbegriff, стр. 186 с.

<sup>577</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 27.

<sup>578</sup> Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 44 сс, 80 с, 60, 65 с, 98.

<sup>579</sup> Jakobs, Strafbarkeit juristischer Personen?, in: FS Lüderssen, Baden-Baden, 2002, стр. 560 с; ср. ders, Individuum und Person – Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 117, 2005, стр. 257.

как «сторона нормативного контакта», в частности в том понимании, в каком от него «ожидается выполнение нормы», тогда как никто не ответствен «в своём качестве как человек», а «каждый только в своём качестве как личность»<sup>580</sup>. Само общество, в свою очередь, как «нормативный контакт» формируется в виде «конструкции коммуникативной связи»<sup>581</sup> (т. е. как «коммуникация между личностями»<sup>582</sup>), которая «всегда могла быть сформирована и иначе, чем есть конкретно (в противном случае налицо была бы не конструкция). Поскольку дело касается формирования (создания), а не констатации состояния, идентичность общества определяется в соответствии с правилами формирования, следовательно, в соответствии с нормами, а не с состояниями и интересами»<sup>583</sup>. Исходя из этого, общественно-теоретически конституированное понятие деяния – нормативное понятие деяния<sup>584</sup>.

**One-way  
«коммуникация»**

Следует заметить, что у Якобса в действительности дело касается не коммуникации как таковой, ибо в передаче мысли и поиске переданной мысли данное понятие не исчерпывается. Здесь налицо т. н. односторонняя или one-way коммуникация, которая коммуникацией не является (наиболее типичными примерами предстают письмо или лекция как таковая)<sup>585</sup>.

Таким образом, «монологически-индивидуальное» начало финализма здесь преобразовывается в односторонне-«коммуникативное», где определяющим понятие деяния фактором рассматривается только примыкание мысли к акции («коммуникативной» активности)<sup>586</sup>. В отличие от этого коммуникация в доминирующем понимании – это интеракция. Хотя Якобс пытается параллельными ссылками на интеракцию исходить из двусторонней, т. е.

<sup>580</sup> Jakobs: Schuldprinzip, стр. 25 cc; Handlungssteuerung, стр. 956; Norm, 1. Aufl., стр. 82, 88; Individuum und Person, стр. 259; Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, Opladen, 1996, стр. 31.

<sup>581</sup> Jakobs, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen“ Strafrechts?, in: ZStW 107 (1995), стр. 847 с.

<sup>582</sup> Lesch, Verbrechensbegriff, стр. 186 с.

<sup>583</sup> Jakobs, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken, стр. 848.

<sup>584</sup> Jakobs, Handlungssteuerung, стр. 956; см. наряду с этим к критике «чисто нормативной позиции» ders., Norm, 1. Aufl., стр. 51.

<sup>585</sup> P. Watzlawick, J. Beavin, D. Jackson, H. v. Weber, Menschliche Kommunikation. Formen, Störungen, Paradoxien, Bern, 1990, стр. 40 cc.

<sup>586</sup> Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 83.

симметричной модели коммуникации, однако простыми «примыканиями» «мысли» к смыслу это как раз недостижимо. Наряду с этим, если бы дело касалось всего лишь различий между монологизированным и интеракционным восприятием коммуникации, ситуация могла бы быть далека от обречённости. *Так как правоотношение и коммуникация – это два разных вида интеракции.*

Вместе с тем грань проходит – ни более, ни менее – на институциональной компетентности. В истинно правовом понимании выполняющий обязанности или нарушающий обязанности и привлекающийся к ответственности никогда не коммуницирует<sup>587</sup>, а институционально компетентно интерагирует. Тем не менее очевидно и следующее: учение, представляющее преступление в качестве нагой коммуникации, с какой частотой и с какой интенсивностью при этом оно не ссылалось бы на значение объективных масштабов, по своей сути – субъективизм. И если растерянно оказываемся перед дилеммой: посягательство на правовое добро или непризнание нормы, это, прежде всего, всегда отведёт в сторону от сущности последнего феномена в гегелианской манере<sup>588</sup>.

---

<sup>587</sup> Однако см. также W. Grasnack, Luhmann ante portas. Systemtheoretische Überlegungen zur Hauptverhandlung im Strafverfahren, in: FS Lutz Meyer-Gossner, München, 2001, стр. 207 сс.

<sup>588</sup> См. критику ლ.-გ. კუტალია, ბრალი სისხლის სამართალში, თბილისი, 2000, стр. 854 с.

## ЭФФИЦИЕНТНОСТЬ НОРМАТИВНОСТИ

**Гарант** Согласно негативному понятию деяния, сущность действия и бездействия кроется «не в факте телесной активности, с одной стороны, и в факте отсутствия телесной активности – с другой, а в чём-то ненатуралистически-фактическом, в частности в отнесении последствий к человеку (...). В обоих случаях дело касается адрессации гарантам, не природы»<sup>589</sup>, т. е. «компетентности» как «*нормативного* начала», ориентированного на «негативный» или «позитивный» статус действующего<sup>590</sup>, так как «облик общества» кристаллизуется «не в натурализах или общественно чуждых структурах, а в институциях»<sup>591</sup>. Эта методика в первую очередь ставит своей целью переоценку «действия» как ключевого понятия в учении об уголовно-правовом вменении, согласно которому совершённый путём бездействия деликт как «исключение» всегда нуждается в «более интенсивной легитимации»<sup>592</sup>.

Верно, однако мы глубоко сомневаемся в научной искренности данного постулата со стороны Якобса, ибо основа его понятия о деянии негативная, и здесь слова явно расходятся с фактами: при негативном начале «более интенсивной легитимации» в действительности теперь уже нуждается действие. С тем же самым «преимуществом» в силу той же самой причины имеем дело и с точки зрения соотношения умысла и неосторожности, с гораздо более далеко идущими последствиями: здесь уже по существу приходится доказывать умысел как исключение, тогда как неосторожность – это правило в негативном аспекте. Другими словами, негативный минимум ввиду своей негативности наделён искажённой, зеркальной реальностью, со всеми типичными отклонениями: умышленное убийство путём действия как непредотвращение. Дело в том, что немецкая уголовно-правовая догматика уже долгие столетия отчаянно приспосабливается к позитивистским видам поведения.

---

<sup>589</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 32 с; ср. ders., Tun und Unterlassen, стр. 36 с.

<sup>590</sup> Что ни в коем случае не может отождествляться с разграничением самого действия и бездействия: Jakobs, Tun und Unterlassen, стр. 35 с и passim; ср. G. Husserl, Negatives Sollen im bürgerlichen Recht, Breslau, 1931, стр. 37.

<sup>591</sup> Jakobs, Tun und Unterlassen, стр. 43.

<sup>592</sup> Ibid., стр. 13, 42.

Исходя из понимания релевантной в уголовно-правовом отношении поведения как «предотвратимой разницы последствий», это с соответствующими релятивациями одинаково может распространяться на деликты, совершённые как путём действия, так и путём бездействия, как это имело место от каузализма до персонализма<sup>593</sup>. То, что в первом случае функция гаранта необходима только при наличии специального деликта, по Якобсу, является предметом следующей аргументации: не был бы субъект гарантом предотвращения вменяемого ему процесса, то не удавалось бы и обоснование ответственности<sup>594</sup>. Тут до дискуссии между адекватной и эквивалентной теориями каузальности рукой подать: не изготовил бы оружейник предмета преступления, не было бы деликтного следствия. Предотвратимость и роль гаранта здесь по существу никогда не могут поддаваться обобщению. Так, например, то же умышленное действие при всём желании не есть «предотвратимость разницы последствий», так как уголовное право дифференцирует<sup>595</sup>, в частности между инициативной агрессией и предотвратимой ошибкой<sup>596</sup>. То же самое касается и роли гаранта, потому как и здесь следует дифференцировать, а именно между заботливостью гаранта и невмешательством чужого.

**Институции**      В отличие от этого весьма актуально выделение институций – *которые, однако, в свою очередь, никогда не могут быть мыслимы как только преюридические эмпиризмы, а, прежде всего, также должны восприниматься как истинно правовые конструкты* – в качестве направляющего начала. Поскольку, как правило, возможна и противоположная ситуация<sup>597</sup>, при которой рассматриваемая проблема окажется перед традиционной дифференциацией т. н. деликтов обязанности и господства. По Якобсу, дело касается соответственно «деликтов в силу институциональной компетентности» и «деликтов в силу организационной компетентности», где в первом случае «функционирование элементарных институций в соответствии с порядком» как специфический предмет нор-

<sup>593</sup> Критически, м. п., W. Gropp, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, 2005, 2/62 сс.

<sup>594</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 31.

<sup>595</sup> Ср. С. Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 3. Auflage, München, 1997, 8/46.

<sup>596</sup> И иначе преступление, как справедливо указывает G. Stratenwerth, Strafrecht AT I, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000, стр. 79, перевоплотится в «продукт чистой абстракции».

<sup>597</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 31 с.

мативного ожидания сопоставляется в том же качестве с «сохранением-в-порядке собственной сферы организации» во втором случае<sup>598</sup>. Точнее, согласно этому, действие и бездействие в актуальном на сей раз втором случае представляют собой «организации собственной сферы за счёт жертвы» или «симуляции организации», однако которые, что касается обобщения функции гаранта, не нуждаются в указании на «разграничение организационной сферы как на институцию»<sup>599</sup>. Это в лучшем случае можно рассматривать как тщательный релятивизм, но не как радикальное размежевание. И без того дело никогда не касается лишь той реалии, чтобы только в одном сегменте видов деликтного поведения релевантными оказывались «институции» или «обязанности», а в другом – «организация» или «господство»<sup>600</sup>; а «деликт обязанности» или в той же мере: «деликт в силу институциональной компетентности», вообще, является тавтологическим олицетворением того, что здесь как «деяние» вытекает из *общей* модальности социума.

**Субъект правоотношения**      В противоположность учению Якобса следует заметить, что решающим в истинно социальном аспекте является перманентность генерального статуса: *субъект правоотношения или институционально компетентный партнёр интеракции*, что указывает на то, что направляющей, истинно социально всеобъемлющей институцией является именно *сама институция «правовой организованности общества»*<sup>601</sup>. Соответственно, люди наделены определёнными «ролями» в обществе не только в силу возникающей в определённых сегментарных социальных сферах «отчётливой связи» в отношении каждого и не только в отношении отдельных видов деликтов<sup>602</sup>, а как в пределах этой же «связи», так и за её пределами в отношении всех<sup>603</sup> и в отношении каждого деликтного поведения: важна личность как «носитель ролей», точнее в рассматриваемом контексте – «роль гражданина, соблюдающего уголовно-правовые нормы»<sup>604</sup>. Хотя возможность для дифференциации остаётся в любом слу-

<sup>598</sup> Jakobs: Strafrecht AT, 1/7; Tun und Unterlassen, стр. 19 сс, 29 с и passim.

<sup>599</sup> Jakobs: Handlungsbegriff, стр. 32; Tun und Unterlassen, стр. 38.

<sup>600</sup> Критически относительно последнего момента Jakobs, Tun und Unterlassen, стр. 32.

<sup>601</sup> Ibidem.

<sup>602</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 31.

<sup>603</sup> Это в своей общности, м. п., не имеет ничего общего с принципом солидарности, так как здесь дело вообще не касается позитивности или негативности, либерального или нелиберального понимания общества.

<sup>604</sup> Jakobs: Tun und Unterlassen, стр. 43; Schuldprinzip, стр. 29.



чае, только она существенно более формальна. Дело касается специфических форм «определённости обязанностями» или «институциональной компетентности». Даже возможно говорить об обязанностях в силу «общей» институциональной компетентности («обязанности любого») и об обязанностях в силу «специальной» институциональной компетентности («специальные обязанности»). В любом случае, и главное – это то, что делинквент не может «действовать» в каком-либо другом качестве, помимо того, в котором «он ответственен». Например: не только водитель или пешеход может делинквировать только как субъект уголовно-правового отношения, а также и опекун или работник юстиции наряду с этим актуален только в этом, «более широком смысле» как партнёр институционально компетентной интеракции. Касается ли дело «обязанностей» в силу «особого доверия», «государственных обязанностей» и т. п.<sup>605</sup>, в обоих аспектах следует исходить из *институционализованного* ожидания как компонента, конституирующего социальную интеракцию.

Таким образом, без ссылки на институты, а именно как на неизменно центральный масштаб, социально дискурсивный анализ смысла недостижим, что в том же, т. е. в теоретическом контексте, прежде всего, свидетельствует о следующем: обязанности, между прочим, всегда сводятся к «статусу», *которым* субъект действия или бездействия обладает в соответствии с институционально определяющей общей картиной общества<sup>606</sup>. – За пределами институционально компетентной интеракции истинно социально ничего не гарантируется. Как производится каждая последующая дифференциация в пределах *этого* контекста, из перспективы конкретного строения общества, правда, отнюдь не безразлично, однако это может его как конструкцию в его общности или «общество вообще» допустить уже только как предпосылку<sup>607</sup>. Как, в свою очередь, производится ранжирование институций, т. е. какая из них должна расцениваться как «более элементарная» или «более специальная», это в первом аспекте – второстепенный вопрос.

---

<sup>605</sup> См. Jakobs, Tun und Unterlassen, стр. 33 сс.

<sup>606</sup> В противном случае мы бы имели дело только с «одной» институцией, хотя не везде в отвергнутом Якобсом понимании: ders., Tun und Unterlassen, стр. 32.

<sup>607</sup> Jakobs, Tun und Unterlassen, стр. 30, 40.

«Истинные» требования Как бы то ни было, и по учению Якобса приходим к подобным результатам, несмотря на то что у него вышеуказанная «формальная» дифференциация вновь остаётся в силе<sup>608</sup>, т. е. то, что здесь представляется краеугольным камнем, там в этом отрезке молчаливо имплицитно. Различия между нормативно возможной и функционально актуальной точкой зрения, что касается результатов, проблематизированных в отношении общего статуса «субъекта деяния», на этой ступени можно опустить. Выделить следует, прежде всего, то, что здесь имманентную пре- или квазисоциальным моделям деяния корреляцию действия и бездействия, равно как представленную там же их систематическую специфику, можно по существу считать преодолённой.

Указанная в начале иррелевантность поиска в бездействии «аналогичности действию», т. е. значение размежевания действия и бездействия как «чисто технический вопрос» в то же время своей предпосылкой предполагает следующее: релевантная в уголовно-правовом отношении перспектива сконцентрирована в плоскости атрибуирования обязанностей, деление которых на «негативные» и «позитивные» стороны хотя и однозначно определяет вид уголовно-правового «деяния», но ничего не привносит в эту определённую различиями между действием и бездействием, *в то время как* они воспринимаемы только как убиквитарные детали в рамках общего контекста<sup>609</sup>. Однако уже ввиду этого дифференциация между «действием» и «бездействием» ни в одном аспекте не может достичь степени, которая могла бы быть идентичной с дифференциацией «между формами деяния». Данный момент, который истинно социально проявляется и в последующих случаях релевантных в уголовно-правовом отношении «видов поведения», у Якобса хотя не является предметом непосредственной тематизации, но выбранная им чуть раньше параллелизация действия и бездействия под общим понятием «поведения»<sup>610</sup> (не «деяния») уже не может ограничиваться поверхностной структурой проблемы.

Исходной в актуальном контексте, прежде всего, является несостоятельность радикального «гражданско-либерального» начала, исчерпывающего юридически релевантную перспективу по своей сущности в запретах, т. е. не до-

<sup>608</sup> Ibid., стр. 32, 34.

<sup>609</sup> Ibid., стр. 36 сс, 42 с.

<sup>610</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 31.

пускающего юридически «истинных» требований<sup>611</sup>. Эта гипотеза, вытекающая главным образом из воззрений Канта, так же как из философии права Гегеля, в конечном итоге отождествляет размежевание совершённых действием деликтов и совершённых бездействием деликтов с размежеванием права и морали<sup>612</sup>. Однако общественно-теоретически сама негативность либеральных норм вообще только на основе негативности запрета непознаваема<sup>613</sup>, согласно чему, с другой стороны, «грань, отличающая либеральные нормы от нелиберальных, не разделяет действие и бездействие, а осуществляется действием и бездействием»<sup>614</sup>.

Не вмещается в общественно актуальный контекст также менее (следовательно, по существу также основанное именно на позиции Канта) либеральное начало Фейербаха, т. е. его «отношение-правила-и-исключения», конкретизированное, с одной стороны, в «изначальной ответственности», с другой – в «особом правовом основании», которое порой может привести и к истинным требованиям<sup>615</sup>. В силу того что в первой сфере («негативное содержание» которого, основанное на «либеральном начале», составляет следующее: «Другой в своём существовании не должен быть воспрепятствован!»<sup>616</sup>) «общее нормативное понятие» называется именно не «запретом», а «организационной компетентностью», которая в своей негативности, прежде всего, (вне зависимости от «особого правового основания») должна охватывать и требования с содержанием «предотвратить опасности, возникающие для чужих интересов из собственной сферы организации без актуальной деятельности владельца»<sup>617</sup>. Помимо этого, в пределах того же негативно-го отношения имеем дело и с ограничением самих запретов, в частности в смысле исключения «вынужденной солидарности», в соответствии с чем, с точки зрения запрета, здесь следует предотвращать только такие «последствия нарушения», которые «не относятся к организации третьего лица или самой жертвы или же которые должна нести жертва в качестве несчастного случая»<sup>618</sup>.

<sup>611</sup> Jakobs, Tun und Unterlassen, стр. 12 с.

<sup>612</sup> Ibid., стр. 13.

<sup>613</sup> См. ibid., стр. 17 с, 21.

<sup>614</sup> Ibid., стр. 42.

<sup>615</sup> Ibid., стр. 13, 18.

<sup>616</sup> Ibid., стр. 29.

<sup>617</sup> Ibid., стр. 21 сс, 29 с.

<sup>618</sup> Ibid., стр. 26 сс.

Что касается, в свою очередь, «принципа солидарности» в общем из перспективы данных общественно конституированных определяющих рамок, он (в своей позитивности как «особое правовое основание»), как выделяется уже из вышеакцентированных моментов, также недоказуем в виде традиционного критерия дифференциации: и из запретов вытекают обязанности солидарности, равно как и требования не всегда воспринимаемы в призмае солидарности<sup>619</sup>.

**Синаллагма**      Последовательное дистанцирование определяющей пер-  
**Якобса**              спективы от инструментальных критериев приводит Якоб-  
са<sup>620</sup> к синаллагме свободы поведения и ответственности за последствия<sup>621</sup>: «Организационным поведением человека облик мира становится контингентным и в силу этого для равновесия необходимо превратить людей в личности, точнее, в носителей ролей, которые в соответствии с устойчивыми стандартами распоряжаются своими сферами организации и в случае ошибочного администрирования привлекаются к ответственности, т. е. рассматриваются как существенные причины ошибки»<sup>622</sup>. Наряду с этим обязанность «сохранять сферу организации в безопасном порядке» распространяется как на плоскость «телесных предметов» (так было издревле: *ita utere tuo ut alienum non laedas*), так и на плоскость «применения прав» (и так полагалось издревле: *obligatio est iuris vinculum*), в обоих случаях, между прочим, в том понимании, в каком личность в силу организационной компетентности должен выполнить обязанность в соответствии с запретом или требованием<sup>623</sup>.

Таким образом, окончательная маргинализация инструментально сформированного негативного аспекта обуславливает оригинальное определение содержания «изначальной ответственности», в соответствии с чем владелец организационной сферы должен платить «цену за свободу», а именно «сохранять собственную сферу свободной организации в безопасном для

<sup>619</sup> Подробнее *ibid.*, стр. 20, 22, 25 и *passim*.

<sup>620</sup> *Ibid.*, стр. 20 сс, 31 с; см. к «ожиданию конформности» как к противоположному свободе поведения феномену, а именно «в рамках строго определённых ролей гражданина» *ders.*, *Schuldprinzip*, стр. 29.

<sup>621</sup> Ср., м. п., с понятием «выбирающего субъекта» («choosing subject»): P. Ramsay, *The Responsible Subject as Citizen: Criminal Law, Democracy and the Welfare State*, in: *Modern Law Review*, Oxford, 2006, стр. 33 и *passim*.

<sup>622</sup> *Jakobs, Tun und Unterlassen*, стр. 31.

<sup>623</sup> *Ibid.*, стр. 20 с.

других личностей состоянии», собственно, «в любом виде» – «не предпринимаемая ничего» или как раз также «деятельностью», «активностью»<sup>624</sup>.

Вышеупомянутый аспект комплексности организационной компетентности вместе с тем дополняется и последующим аспектом: в соответствии с этим требования в пределах «изначальной ответственности» касаются не только «обеспечивающих безопасность отношения обязанностей», а также в случае ингерентности в связи или вне связи с «гарантийными обязанностями» (т. е. невзирая на то, проистекание вреда из предшествующего поведения ещё не выходило или уже вышло за пределы «организационной сферы компетентного») дело касается возникающей из негативного отношения ответственности, так же как в случае принятия подлежащей выполнению работы, в рамках чего конкретным основанием ответственности представлена «только вменяемая организация редукации охраны», в то время как принимающий обещанием выполнения работы осуществляет «организацию редукации охраны и должен это компенсировать»<sup>625</sup>.

Тем самым главным образом незримые общественно актуальные аспекты в рамках «теории окружающей среды»<sup>626</sup> должны стать зримыми. Натуралистически бездействие ничего не «формирует». В силу этого предметом интереса не могут представляться такие натурализмы, как «действие» или «бездействие», а независимо от них – институционально определённый облик общества, и это, в свою очередь, согласно позиции Якобса, является плоскостью *понятия деяния* («не природа учит, что есть деяние») <sup>627</sup>. Следовательно, и при указанном ограничении «изначальной ответственности» в сегменте запрета дело касается критерия объективного вменения, *который* в релевантном с точки зрения запрета аспекте включает только такие процессы, которые «не могут объясняться свободой организации других личностей»<sup>628</sup>.

При исключении объективной вменяемости в пользу свободы поведения здесь мы не в последнюю очередь имеем дело с правомерным риском, причём ни данный, ни какой-либо другой институт объективного вменения не является «ориентированным специфически на вменение действий; а очевид-

<sup>624</sup> Ibid., стр. 13, 21, 42.

<sup>625</sup> Ibid., стр. 21 сс.

<sup>626</sup> Ibid., стр. 7.

<sup>627</sup> Ibid., стр. 12, 43.

<sup>628</sup> Ibid., стр. 26 с.

на необходимость перемещения в сферу бездействия: кто правомочен действительно осуществить правомерно рискованное начинание, должен препятствующе вмешаться, если такое начинание развивается без его же воздействия»<sup>629</sup>.

Таким образом, и при возникающем из социальных контактов «единстве» дело никогда не касается целей, ставящихся партнёром вне «общего», и, между прочим, в случае действия на собственный риск также не определяется иначе объём свободы альтернативного поведения и организации, так как в рамках негативного отношения, являющегося «отношением между равными», обязан «каждый, в том числе и потерпевший, самому быть ответственным за собственную организацию»<sup>630</sup>. Однако это – последствия, которые посредством инструментально возможной негативности как раз не могут объясняться, которая, в свою очередь, хотя не может исключаться, но ни в коем случае как таковая, т. е. в самой своей инструментальности (так же как инструментально возможный позитивный аспект уже в рамках «изначальной ответственности») не может быть значимой в уголовно-правовом отношении, а только в ракурсе «контекстуальной зависимости»<sup>631</sup>.

**Статус** Если общественно актуальный аспект «изначальной ответственности» в своей общности включает как «негативный», так и «позитивный» аспект в инструментальном понимании, это ещё отнюдь не означает редуцирования общественно-теоретической точки зрения к модифицированному в вышеуказанном виде либеральному началу; а налицо то же нетрадиционное определение позитивного отношения в рамках «особого правового основания», так же как негативного отношения в случае «изначальной ответственности», т. е. как «вытекающие из организационной компетентности обязанности не могут нарушаться только нарушением запретов, так же не порождает «особое правовое отношение» только требования»<sup>632</sup>, и наряду с этим общественно именно в той же мере насущны «чёткие институты», ориентированные на «общее устройство мира»<sup>633</sup>.

Следовательно, то, что инструментально представляется в качестве главного критерия разграничения «изначальной ответственности» и «особого

---

<sup>629</sup> Ibid., стр. 27 с.

<sup>630</sup> Ibid., стр. 11 сс, 28 с.

<sup>631</sup> Ibid., стр. 25.

<sup>632</sup> Ibid., стр. 33.

<sup>633</sup> Ibid., стр. 32, 41, 43.

правового основания», на сей раз лишено даже периферийной роли: «Особенности позитивного статуса в отношении особенностей негативного статуса не имеют ничего общего с размежеванием действия и бездействия. Этим выясняется, что эта дифференциация вообще как в пределах негативного, так и позитивного отношения, является лишь вопросом техники, которой обязанному надлежит выполнить свою обязанность, т. е. это вопросы совершенно секундарного значения. Основные вопросы – что должно относиться к собственной организации и что к чужой; какая институция генерирует обеспечиваемые в уголовно-правовом порядке обязанности для формирования общего мира? – эти примарные вопросы с разграничением действия и бездействия ничего не связывает, а касается, соответственно, обоих, и форма нормы – запрет или требование – зависит от случайной структуры организации адресатов»<sup>634</sup>.

Другими словами, исходящая из последних компонентов взаимосвязь не представляет собой «вопрос об основании обязанности», а является «вопросом случайного состояния внешних предметов»<sup>635</sup>. Согласно этому, как при действии, так и при бездействии, «дело касается одной и той же организационной компетентности или одного и того же «особого правового основания», в конце концов, одной и той же необходимой институции», откуда, в отличие от натуралистически возникших концепций или квазисоциальных принципов, происходящих от трудовой теории Локка, вытекает «полное совпадение ответственности за действие с ответственностью за бездействие»<sup>636</sup>. Так, например, согласно рассматриваемой точке зрения, главная разграничительная линия на примере убеждённого преступника (преступника по убеждению) в пределах как позитивного, так и негативного отношения проходит, «с одной стороны, между таким поведением по убеждению, которое с чужой персональностью обращается с принципиальным уважением, и с другой – между принципиальным неуважением»<sup>637</sup>, однако ни в коей мере между натуралистическими особенностями.

Более того: убиквитарность психофизических «видов поведения» в пределах теоретически определяющей общей картины в то же время не проявляет абсолютную зависимость от убиквитарности конкретной «формы» са-

---

<sup>634</sup> Ibid., стр. 35 с.

<sup>635</sup> Ibid., стр. 37.

<sup>636</sup> Ibid., стр. 7 с, 36 с.

<sup>637</sup> Ibid., стр. 40 сс.

мой «нормы»; а в соответствии с этим, прежде всего, «фактически вредное действие» в случае либерального понимания не всегда может быть мыслимо как нарушение запрета посягательства (например, в случае запрета аборта); так же как бездействие противоречит запрету или в том же случае требованию, оно может быть именно эквивалентным в вышеуказанном понимании как в «примарном», так и в «секундарном» аспекте, что по меньшей мере наглядно выделяется на примере ингерентности<sup>638</sup>.

**Генерализация**      Иначе, чем это имеет место при инструментальных масштабах, будь это масштабы радбрухской модальности как продукт чисто каузалистической методологии или специфицированные Арм. Кауфманом в соответствии с формальными коэффициентами психомеханики, всякая дуализация *понятия* деяния в отношении действия и бездействия, как ещё для гегелианцев, совершенно чужда и для концепции Якобса<sup>639</sup>.

Однако решающее значение вместе с тем приобретают не «абстрактно-правовые» критерии, а «общественно-теоретически» конституированное учение о вменении, которое в своей «целостности» ориентировано на феномен «компетентности» или феномен «институции» как на специфически социально направляющее начало, что конкретнее свидетельствует о следующем: оно своей предпосылкой подразумевает дифференцируемый и в уголовно-правовом отношении «статус» субъекта вне проблематики размежевания действия и бездействия<sup>640</sup>.

С одной стороны, метаинструментальное *единство* действия и бездействия, равно как умысла и неосторожности, а с другой – их хотя только «технически» актуальная *эквивалентность* в пределах этого единства, соответственно, олицетворяют интересующий нас результат. Насколько там в то же время исчерпана истинно социальная точка зрения и в какой мере прослеживается специфически правовой, в том числе уголовно-правовой подход – это отдельный вопрос.

<sup>638</sup> Ibid., стр. 15, 39 и passim.

<sup>639</sup> Ibid., стр. 16 сс.

<sup>640</sup> Ibid., стр. 42 с.



## «РАСКОЛДОВАННОСТЬ»

**Обладаемость миром** Как умысел, так и (индивидуальная) неосторожность в рамках негативного учения также актуальны не только натуралистически, т. е. объяснимы в уголовно-правовом отношении не в плоскости «психических фактов», а как «формы предотвратимости» в свете нормативности, т. е. как формы, в которых проявляется «дефицит доминантной мотивации выполнения нормы»<sup>641</sup> (хотя последний момент никак не может означать, что поведение было предотвратимым, а дело касается предотвратимости этого «дефицита мотивации выполнения нормы», т. е. обстоятельства, была ли ошибочная мотивация предотвратима, так как только в таком случае вообще возможно говорить о предотвратимом поведении).

Соответственно, неосторожно действующий из перспективы «схемы коммуникативно релевантного анализа смысла» в контексте признака «индивидуальной предотвратимости» проектирует «мир, в котором (...) последствия при калькуляции ценности деяния не заслуживают учёта (...). Такой неучёт, поскольку ничего не представляется заслуживающим учёта, *есть* позиция, в частности обесценивание неучтённого»<sup>642</sup>. В то же время представлена попытка избежать абстрактификации, а именно не только в том понимании, в котором «участник коммуникации» невозможен без «психофизической системы», а, прежде всего, с учётом акцентированного в объективно-финальном учении о деянии признака объективной «вычисляемости» релевантного в уголовно-правовом отношении процесса<sup>643</sup>.

По Якобсу, современные концепции вины в актуальном здесь контексте своей предпосылкой предполагают «расколдованность мира» в понимании М. Вебера, т. е. «обладаемость мира» «вычислением», что, по утверждению того же боннского криминалиста, предоставляет возможность внесения в принцип вины телеологического момента. Однако если в рамках «общественного понимания мира» «принципиальная обладаемость мира» становится непознанной, согласно той же точке зрения, самой «предотвратимос-

---

<sup>641</sup> Jakobs: Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, Berlin, New York, 1972, стр. 34 сс и passim; Schuldprinzip, стр. 20 с; Handlungsbegriff, стр. 25 с, 39; Strafrecht AT, 9/2, 4.

<sup>642</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 25 с.

<sup>643</sup> Jakobs: Norm, 1. Aufl., стр. 45 с и passim; Handlungsbegriff, стр. 28.

ти» не придаётся тематизируемое в контексте вменения значение<sup>644</sup>. То, что здесь таким образом в конечном итоге налицо обобщение подхода, представленного в объективно-финальной коцепции, в то время как *общественно* возможная спецификация объективного «смысла» в отношении актуальной проблемы может порождать противоречивые результаты, касается – здесь же – в общем как сферы специфически социального, так и сферы только общественно необходимого.

В отличие от виновной ответственности в вышепредставленном понимании, в «мире» ответственности за последствия, который ещё не «расколдован», вопрос ставится только о «попадании в катастрофу» или «роковом бедствии», так как «трещина в системе мира» не может устраняться иначе как в соответствии с «собственными правилами» «естественно-мифического»<sup>645</sup>. Хотя в случае ответственности за результат смысл не сводится к натуралистической детерминации последствий, а «толкование вменением социального бытия» представлено как «мощная общая основа» ответственности за результат и виновной ответственности: «Не детерминация результата *per se*, а нарушение нормы представляет собой посягательство»<sup>646</sup>. С другой стороны, норма (действие нормы), объективный масштаб и «коммуникация» здесь не являются определяющими в качестве случайных единиц с любым содержанием, а только как целостность, которая в понятии деяния, релевантного для конституированного понятием вины уголовного права («деяние как превращение-себя-в-виновно-ответственного»), должна выделить эффективность социального анализа смысла.

В отношении *компетентности* и понятия вреда действию нормы в то же время речь идёт об общественно релевантном минимуме «в понятии деяния», т. е. о его «общности» как о «паспорту к различным социальным системам», в частности не только в конституированном результатом уголовном праве («деяние как превращение-себя-в-ответственного за вред действию нормы»), а также в отношении «ответственности за состояние» («деяние как становление-ответственным за вред действию нормы»)<sup>647</sup>. Если в отличие от виновной ответственности в первом и втором случае не представлена система вменения, в соответствии с которой недостаток воли мо-

<sup>644</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 10 с, 14.

<sup>645</sup> Ibid., стр. 11, 19, 22 и passim; ders., Handlungsbegriff, стр. 18.

<sup>646</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 11 с.

<sup>647</sup> Ibid., стр. 14 с, 44.

жет «смягчать» или недостаток знания может «отягчать», это может обуславливаться различными причинами, потому как, скажем, интеллектуально-волюнтативная корреляция уже категориально немыслима (как при ответственности за состояние) или если как таковая мыслима, ни о чём не свидетельствует в аспекте актуальности когнитивных и волевых ошибок<sup>648</sup> (как в случае ответственности за результат), что, в свою очередь, остаётся общественно обусловленным.

Прежде всего, этим исключаются только линейные сравнения в сфере общественно релевантного: если «институциональная система мира» своей предпосылкой не предполагает «мир в соответствии с законами природы»<sup>649</sup>, представлена может быть в лучшем случае ответственность за результат, которой интеллектуально-волевые моменты ни в одном аспекте, т. е. и как натурализмы, ничего не придают; хотя и переключением на обладаемость мира «в соответствии с законами природы» они не перевоплощаются в натуралистически актуальные показатели виновной ответственности, но превращаются в её общественно релевантную особенность, и вышеуказанная корреляция между недостатками знания и воли в подобной системе вменения не может ограничиваться также «конституированием ответственности» как таковым<sup>650</sup>. То, что здесь в своей общности решающе, – это «движущая сторона» и «сторона знания» как «условия выполнения нормы» или «когнитивная эффективность», сведённая к «психической способности обнаружить и выполнить актуальную норму»<sup>651</sup>, которые в то же время и вне коренного различия между виновной ответственностью и ответственностью за результат общественно специфицируемы. Однако что служит конкретной причиной этому, в частности в отношении когнитивной стороны?

**Калькуляция**        В противоположность всё ещё не «расколдованному миру» как «рациональной корреляции», согласно Якобсу, «в системе расколдованного мира уже не могут вызываться вредные трещины, так как его облик и без того случаен и познание смысла делает невозможным»<sup>652</sup>. Таким образом, если вследствие «расколдования» познаётся «незыблемость» законов природы (таких, как, например, «законов логики,

<sup>648</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 9, 12 сс, 23 сс.

<sup>649</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 18.

<sup>650</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 9 с.

<sup>651</sup> Ibid., стр. 9.

<sup>652</sup> Ibid., стр. 13, 22.

математики»), в соответствии с такой картиной мира решающей является именно «безошибочная калькуляция» и, соответственно, «совпадение планирования и осуществления», от чего, в свою очередь, становится зависимой «коммуникативная определённость» поведения<sup>653</sup>. Поскольку, согласно этому, в обществе, которое обходится «целерационально с внешним миром», противоположное «не может породить пригодный образец», уже возможна ошибка в составе преступления (деяния) как ошибка «в состоянии или процессе внешнего мира», в частности как при её непреодолимости, так и при неосторожности<sup>654</sup>. – В обоих случаях представлена «недостаточная компетентность организации»<sup>655</sup>, т. е. причина, по которой неосторожность как ошибка значительно смягчает вину, является той же, по которой она исключает неизбежную ошибку: дефективная «калькуляция» в «принципиально обладаемом» мире.

То, что вместе с тем в последнем аспекте абсолютной нейтральности ответственности на сей раз противопоставляется абсолютная ненаказуемость, т. е. то, что сфера непредвидимых «последствий» не вызывает уголовно-правового интереса в строгом смысле – в смысле наказания, по пресоциально сформированным критериям было бы так же непознаваемо, как уже сам феномен ответственности за результат. Иными словами, не существует «преобщественного элемента под названием «предотвратимость», с которым должно было бы считаться каждое общество, а решает общественное понимание мира, при каких условиях должно осуществляться вменение»<sup>656</sup>. Отсюда, в свою очередь, вытекает вышеуказанная телеологичность принципа вины в «расколдованном обществе». То, что здесь, с другой стороны, подтверждается, есть необходимость исключения неизбежной ошибки в призме социальности виновной ответственности.

В силу чего не развивается ошибка при предотвратимости до того же барьера вменения в конституированном виной уголовном праве, где в свободно вычисляемом мире всякое незнание последствий поведения свидетельствует о его «коммуникационной незначительности» и, помимо этого, уже «в самом себе включает опасность *roena naturalis*», это именно в той же мере не может быть объяснимо, скажем, только психологически – здесь решаю-

<sup>653</sup> Ibid., стр. 13 с; ср. ders., Handlungsbegriff, стр. 27 с.

<sup>654</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 13 с.

<sup>655</sup> Ibid., стр. 35.

<sup>656</sup> Ibid., стр. 14.

шими в пользу дистанцирования от уголовного права, следуя суждению Якобса, были бы «недовольство и сожаление» в аристотелевском понимании, с которыми субъект может рассматривать содеянное им<sup>657</sup>, – а своей предпосылкой опять же предполагает решающую роль общественной схемы анализа, в соответствии с чем то, что «руководствование общими стандартами релевантно, становится видимым не в индивидуальном сожалении, а только в публичном упреке»<sup>658</sup>.

В силу того что подобное «индивидуальное сожаление» и не всегда может быть дано, налицо обобщение общественно актуальной формулы вотума: «Вменение и наказание при предотвратимой ошибке обеспечивают стандарты и предотвращают селективное знание»<sup>659</sup>. Если вследствие этого предотвратимость ошибки как «коммуникативно релевантный критерий» развивается в качестве предмета уголовно-правового интереса, это истинно социально, что касается сферы «общих стандартов», ещё отнюдь не может свидетельствовать о том, словно здесь не остаётся места для исключений, в частности где это необходимо социально-этически. Согласно «только-формальному» пониманию, эта конкретизация может – если может вообще – оказаться вполне контингентной, однако не в пределах «материальной» вины, которая, между прочим, своей предпосылкой подразумевает «легитимные нормы»<sup>660</sup>.

Во всяком случае, вопрос в общем не сводится к такому узкому отрезку общественно возможного прощения, таким образом, чтобы в иных отношениях дело без исключения касалось простых минимизаций уголовно-правового акцента; а «расколдованное общество» зачастую отвергает наказуемость предотвратимой ошибки и за данными пределами, т. е. важнейшая грань между умыслом и неосторожностью в основном проводится в обоих, из перспективы исходного критерия параллельных плоскостях. В одном случае результат кристаллизуется в смягчении вины, во втором – в уголовно-правовой иррелевантности, которая при отсутствии умысла недостижима. Как бы ни выражались конкретные причины этого, они в своей общности с одинаковым учётом обоих аспектов воспринимаемы именно как

---

<sup>657</sup> Ibid., стр. 20 с.

<sup>658</sup> Ibidem.

<sup>659</sup> Ibid., стр. 21.

<sup>660</sup> Ibid., стр. 23 сс.

следствие «расколдования», противостоящее мировоззрению общества, основанного на ответственности за результат.

**Знание нормы** Ни к какому различию не приводит предотвратимость когнитивного дефекта при виновном вменении и в случае заблуждения относительно требования нормы, так как «(...) деяние в условиях неизбежной ошибки относительно уголовно-правовой нормы, т. е. при удовлетворительном внимании в отношении позитивного права вообще, хотя противоречит норме в её актуальном выражении, но не принципу, являющемуся основой легитимации всех норм: позитивности»<sup>661</sup>. Иными словами, норма подвергается сомнению не в силу «отдельного незнания», а только в силу «пренебрежения основанием, позитивностью нормы», т. е. «признание основания действия позитивного порядка» и «знание его актуального содержания»<sup>662</sup> не зависят от параллелизации.<sup>663</sup> В обратном порядке это соответственно означает, что «к знанию нормы не относится принятие

<sup>661</sup> Ibid., стр. 14 сс, 18.

<sup>662</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 18 с, 35.

<sup>663</sup> В то же время, по Якобсу, следует обращать внимание в общем на следующее: «Ни одна норма не может действовать только на случай её познаваемости; так как она уже как действующая норма должна представлять собой предмет познания» (Jakobs, Strafrecht AT, 6/4). Однако это именно общий аспект вопроса, и в общем норма действует уже и контрафактно, в то время как само нарушение нормы, м. п., при неизбежной ошибке в требовании нормы не дано (см. приблизительно A. Finger, Der Versuch und der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, in: Festschrift für Karl Ludwig Lorenz Binding, Band I, Leipzig, 1911, стр. 312). Хотя это отнюдь не означает, что предотвратимость незнания нормы, так же как невеняемость или этическая невозможность и другое при конкретизации в том же направлении, не порождает бы специфической картины, если общественно-теоретически не признавать в той же мере продуктивной кельзенскую концепцию «абстрактного должного» (H. Kelsen, Hauptprobleme der Strafrechtslehre, 2. Aufl., Tübingen, 1923), развитую, прежде всего, Г. ф. Вебером: H. v. Weber, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, Jena, 1935 (однако см. также в отношении дееспособности ders., Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., Bonn, 1948, стр. 53, 122; ср. на примере принуждения O. A. German, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich, 1942, стр. 52) и Р. Бушем: R. Busch, Moderne Wandlungen der Verbrechenlehre, Tübingen, 1949 (ссылки на которую имеют место в сфере дидактики квалификации деяния преступлением [см. H. Koriath, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, Berlin, 1994, стр. 164 сс]), что не может быть приемлемо, в частности «специфическая плоскость уголовного права достигается только виной: только виновное поведение производит дезавуирование действия нормы, так как норма (в широком смысле) для невиновного как раз не действует» (Jakobs, Gleichgültigkeit als dolus indirectus, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 114, 2002, стр. 586). Вкратце, тезис Якобса существенно схоластичен, потому как познание своей предпосылкой имеет познаваемость.

содержания как верного, а достаточно знание, что нарушение нормы в данном социальном порядке представляет собой погрешность»<sup>664</sup>.

Тем не менее в обоих случаях заблуждения тождественность уголовно-правовых последствий не ограничивается плоскостью неизбежности: предотвратимая юридическая ошибка как ошибка в «существовании нормы» или «противоречии поведения норме» как таковая относится к уголовно вменяемому, в частности в силу тех же причин, которые в первом случае ошибки могут представляться как общественно авторитетные<sup>665</sup>.

Хотя с иной ситуацией имеем дело в случае предотвратимости непосредственно в отношении проблематики умысла и неосторожности, когда предотвратимая ошибка в запрете или требовании – в отличие от теории умысла, отвергнутой уже давно как догматикой, так и правосудием, руководствующимся теперь ориентиром: умысел – это заблуждение (!) – превращает деяние не в неосторожность, как это соответственно имело место при ошибке в составе преступления, а налицо наличие умысла, в понимании теории вины. Хотя это по-прежнему в силе повлечь сужение пределов санкции, однако не в той мере, в какой это касается различия между умышленным и неосторожным деянием, ничего не говоря о возможном отрицании наказуемости в последнем случае. Однако откуда происходит такой общественно-теоретический облик предотвратимой ошибки в требовании нормы в рамках программы *общественного* анализа смысла, если теория вины именно натуралистической, субъективно-финальной концепцией презентуется как необратимая?

Несомненно, что данная метаморфоза изначально вообще не рассматривалась как решение в актуальном контексте, а именно ввиду крайней психологизации понятия умысла была дидактически неизбежна: ведь «естественный» умысел финализма в пределах «пресонального» учения о неправде, который заменил исключённый из сферы теперь уже чисто нормативно воспринимаемой вины *dolus malus*, мог развивать своё систематическое значение только независимо от тематики сознания неправды, и центральный элемент в этом контексте – вельцелевская онтологическая специфика «деяния». Позже развитая «двойная функция» умысла, распространяющаяся как на плоскость неправды, так и на плоскость вины, такую неизбежность уже ус-

<sup>664</sup> Ibid., стр. 18.

<sup>665</sup> Ibid., стр. 20 с.

траняет, т. е. из перспективы структурного строения деликта вопрос поневоле остаётся открытым. Однако то, что размежевание умысла и сознания неправды по-прежнему в силе, таким образом, ныне имеет мало чего общего со структурно-технической постановкой вопроса; аргументируют в основном в криминально-политическом аспекте, в частности в отношении уже выделенного результата в случае неосторожности<sup>666</sup>. Поскольку теория умысла, по Якобсу, рассматривается как концепция, возникшая на основе несовместимого с принципом вины принципа *error iuris nocet*<sup>667</sup> (?), теория вины расценивается как золотая середина, только при этом – в любом случае – проблема не может сводиться в сфере общественно релевантного к криминально-политическому сегменту.

Следовательно, то, что тем самым «правосудие сохраняет за собой возможность в условиях строгого формирования масштабов предотвратимости<sup>668</sup> незнание нормы не превращать в комфортную отговорку»<sup>669</sup>, общественно-теоретически не может быть решающим, более того: истинно социально это в данном ракурсе – (как минимум) излишний довод. Потому как актуальное в (уголовно-)правовом отношении значение «расколдования» отнюдь не исчерпывается в познании «принципиальной обладаемости» «внешним миром», т. е. в познании «не-я» в понимании Фихте; а «расколдованное» общество должно быть в состоянии также целерационально обходиться с самой нормой и ссылка на первый аспект при этом не есть главное.

Согласно ориентированному на ответственность за результат мировоззрению, неизбежность ошибки одинаково иррелевантно в отношении как внешних последствий поведения, так и нормы. Точнее, каждая ошибка в требовании нормы, так же как точное знание содержания нормы, здесь остаётся вне поля зрения. Благонамеренное отношение к норме на рассматриваемом этапе ничего не гарантирует, и норма выражает «смысл» вне зависимости от того, *следует* ли её знать. Однако эта пластичность для «расколдованного» общества недостижима. Оно, вообще, зависимо от нормы как от масштаба интеракции. Таким образом, в силу того что реакцией уже ни-

<sup>666</sup> Lackner/Kühl, StGB, § 15/33.

<sup>667</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 15 сс.

<sup>668</sup> См. к констатации посредством нормативного критерия предотвратимости ошибки в запрете Н.-J. Rudolphi, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, Göttingen, 1969, стр. 214 с; ср. Ch. Löw, Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB, Frankfurt am Main, 2002, стр. 89 сс.

<sup>669</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 18.



чего не может решаться, а дело должно касаться интеракции, является *обязанностью* каждого заботиться о знании нормы<sup>670</sup>. Изолированно взятое нормативное «ожидание», кажущееся при ответственности за результат вполне понятным, в призме интеракции или виновного вменения, т. е. в плоскости интеракционного всякое ожидание без ожидания ожидания – фикция<sup>671</sup>. Если столько определено, наглядно выделяется и главное: умышленный делинквент как партнёр интеракции может не знать состояния обязанностей, и это означает: должен оставаться умышленным делинквентом при умышленном незнании нормы, так как в противном случае не наличествовала бы необходимость институционализации знания нормы, что, в свою очередь, может иметь место только там, где от знания нормы общественно ничего не зависит или, скажем, в рамках порядка, стремящегося к постулированию своей легитимации «из своей эвиденциальности» (имея в виду, например, «духовную эвиденциальность естественно-правового порядка»<sup>672</sup>). Без обязанности знания нормы здесь мы бы имели дело с умышленным делинквентом только психологически, и поскольку Якобс (категорически) не исходит из такой обязанности, умысел у него здесь по существу – именно психологизированное понятие со всеми вытекающими отсюда сложностями обоснования.

Исходя из вышесказанного, следует выделить следующие моменты: 1) *error iuris nocet ≠ ignorantia iuris nocet*; 2) вразрез с теорией вины: умысел – не заблуждение, заблуждение – неосторожность; 3) *умышленное незнание нормы не исключает умысел* (обязанность знания нормы) и, наконец, 4) уголовное право с учётом современного состояния метафизических познаний не вправе исходить ни из «заколдованного», ни из «расколдованного» мира, а исключительно из собственного *обладаемого сегмента* действительности.

#### Психологизация

В качестве исходного момента можно опереться только на истинно правовое как продукт истинно социального, но не на систематизацию позитивно-правовых отклонений от него. Хотя в отношении незнания нормы подобное сопоставление отнюдь не касается априори существующего состояния законодательной реальности. И это не

<sup>670</sup> См. კუტალო, ბრალი, стр. 255 сс, 840; иначе в отношении данного обобщения и, прежде всего, исходящих из этого последствий Jakobs, Schuldprinzip, стр. 17.

<sup>671</sup> Ср. Jakobs, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Paderborn, 2004, стр. 29 с.

<sup>672</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 15.

только в том плане как таковом, в котором сознание неправды в сфере вины как самостоятельный элемент ранжируется рядом с умыслом, а, согласно §17 УК ФРГ, до «остывшего отношения» между «психическим фактом ошибочного актуального знания» и «смягчения наказания» дело не доходит, если, таким образом, «незнание основывается на безразличном отношении к знанию, без того, что это безразличие, в свою очередь, могло бы объясняться преданным отношением к праву, результат отображается в полном наказании (...). Другими словами, при незнании нормы закон различает между таким незнанием, которое совершается субъектом случайно, и таким, которое является следствием дистанцирования субъекта от предмета познания»<sup>673</sup>. Тем не менее возможная при этом дифференциация между «ошибкой в строгом смысле» (как «дефицитом знания, негативно оценённым самим ошибающимся») и «безразличием» (как незнанием без такой «негативной оценки»)<sup>674</sup> не представляет собой общественно ничего специфического для сферы незнания нормы, следовательно, в том отрезке, где различия между обоими случаями ошибки в плоскости предотвратимости истинно социально поддаются развитию.

Однако если позитивное право (ч. 1 §16 УК ФРГ) при ошибке в составе преступления (деяния) обходит стороной данную конкретизацию, исключая при этом в случае «безразличия» умысел, т. е. и в этом аспекте исходя из неосторожности как из «ошибки», это можно расценивать как следствие лишь дальнейшей психологизации понятия умысла, в частности как следствие перемещения акцента на психический факт незнания как на исходную степень, и результат на сей раз общественно-теоретически как раз не может быть приемлем<sup>675</sup>. Внешняя соразмерность в последнем контексте не является решающим: то, что при незнании нормы ошибка «в строгом смысле» не исключает умысел, но в отношении «последствий» при когнитивном дефекте должна вести именно к неосторожности, во всяком случае, свидетельствует о том, словно незнание запрета как ошибка и неосторожность как ошибка не могут быть приведены к функционально обязательному знаменателю, т. е. словно сама неосторожность является только психологистически специфицируемой, так как то, что здесь при любых обстоятельствах должно сохраняться, есть предотвратимость незнания как интеракционный критерий.

---

<sup>673</sup> Ibid., стр. 19.

<sup>674</sup> Ibidem.

<sup>675</sup> Ibid., стр. 20.

**Индивидуальность и  
объективный масштаб**

Не менее актуален момент индивидуальности в рассматриваемом общественно релевантном контексте<sup>676</sup>. В то же время сопоставление «индивида» и («средней») «наделённой ролями личности» может рассматриваться только как противоположность концепции неосторожности, сформированной с игнорированием момента индивидуальности в социальном учении о деянии<sup>677</sup>, за исключением позиции Э. А. Вольфа<sup>678</sup>. С другой стороны, в противовес онтологически конституированному персональному деянию Арт. Кауфмана также наглядно выделяется, что степень «субъективизации», ведущая к социально конституированной «индивидуальной» неосторожности, не может субституировать объективный масштаб, а только абстрактно-объективную точку зрения. Переключение на индивидуальную предотвратимость вместе с тем не сужает общественный диапазон понятия деяния. Так, например, носитель ролей как *абстрактная* «масштабная личность» здесь не проявляет общественно более широкое понимание субъекта деяния, а в случае индивидуализации вмещается «с превышением ролей»<sup>679</sup>.

С иной ситуацией имеем дело в отношении вышеуказанной конкретизируемости объективного масштаба в пределах истинно социального, в частности в аспекте предотвратимости. *«В корне предотвратимость вообще не является индивидуальной, а объективной, ничего не предотвратимо, когда и поскольку у субъекта налицо какие-либо психические диспозиции, а когда и поскольку то, что он, понимая его в своей мотивации как совершенного гражданина, предотвратил бы. Если совершенно подразумеваемая мотивация ведёт к такому управлению реально данным психофизическим аппаратом, что поведение не должно было осуществиться, то это поведение предотвратимо»*<sup>680</sup>. В соответствии с тем же видом предотвратимости как умысел, так и неосторожность неотъемлемы от объективного масштаба, они здесь олицетворяют «объективный дефицит, определённый масштабом мотивации выполнения нормы со стороны лояльного гражданина, продлённый до действительности индивидуального», т. е. проявляют актуальность

<sup>676</sup> Jakobs, Strafrecht AT, 6/24.

<sup>677</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 25.

<sup>678</sup> L.-G. Kutalia, Handlungslehre. Strafrechtliche Konzeption, Göttingen, 2011, 1/III/2.2.

<sup>679</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 21.

<sup>680</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 39.

в сфере неправды «не как индивидуально-психические факты, а как возникающее у индивида проявление объективно определённой ошибки»<sup>681</sup>.

Предотвратимый умысел в его негативности – это технический критерий, процессуально-технический, который наподобие метода правила и исключения при квалификации преступления может быть весьма практикабельным, но вопрос в том, зачем Якобс такой сугубо технический подход пытается представить в качестве теории? Тот же вопрос напрашивается ввиду его чрезмерной угодливости догматике в сфере неправды: «роли», «статусы», «компетентность» и многое другое – всё это для того, чтобы доказывать всю дидактику финалистского умысла, т. е. доказывать естественный умысел блуждающего в неизбежной фактической или юридической ошибке субъекта как уголовно-правовой умысел? Традиционный аргумент, согласно которому при отсутствии умысла и неосторожности в неправде не удаётся отличить друг от друга состав преступления умышленного убийства и состав преступления неосторожного убийства, может и должен контраргументироваться уголовно-правовой реальностью, согласно которой во всех вышеуказанных случаях блуждающего субъекта умысла в уголовно-правовом понимании не существует.

Вышеуказанное «метаролевое» значение «коммуникативно релевантной» предотвратимой ошибки не создаёт препятствий в том отношении, чтобы в «расколдованном» мире ответственность ограничивалась «запланированным предотвратимым», т. е. не распространялась «на связанные с ним, но, в свою очередь, индивидуально непредвидимые последствия»<sup>682</sup>.

**Доктрина *versari in re illicita***      С общественно-теоретически релевантной точки зрения, идея *versari* (идея вовлечённости) в строгом понимании не ведёт к системе вменения, одновременно ориентированной как на виновную ответственность, так и на ответственность за последствия, – хотя иначе, как будет показано на примере покушения, возможна и такая система вменения, – а то, что в современном понимании виновного вменения выделяется в качестве «несистемной ответственности за результат»<sup>683</sup>, «в непрямо заколдованно остающемся мире»<sup>684</sup> абсорбируется именно ви-

<sup>681</sup> Ibid., стр. 39 с.

<sup>682</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 21 с.

<sup>683</sup> Ibid., стр. 22.

<sup>684</sup> Ibidem.

ной. По «общественной схеме толкования мира»<sup>685</sup>, лежащей в основе ответственности за результат, смысл, распространяющийся здесь на неподвижное, также мало чего общего имеет с контекстом противоправности или с проблематикой самой предотвратимости, т. е. соответствующие последствия, уже отдельно взятые, выражают нарушение нормы и кристаллизованная в нём «трещина в системе мира», согласно рассматриваемой точке зрения, именно не может устраняться совершенно правомерным выходом за «пределы калькуляции», так как вычисляемость последствий здесь ни о чём не говорит. В отличие от этого без интеракционной предотвратимости когнитивной ошибки, будь это при неосторожности или при незнании запрета, норма в «расколдованном» мире не выражает актуального в контексте вменения смысла, в частности контингентные последствия в любой степени здесь в обоих случаях ошибки воспринимаемы именно только как контингентные последствия, не вызывающие в системе мира никаких «вредных трещин»<sup>686</sup>. В соответствии с этим дело касается не только того, что норма в «расколдованном» обществе действует иначе, чем в «заколдованном», т. е. того, что нарушение нормы вместе с тем в своём общественно актуальном проявлении может вполне эквивокально толковаться, а, прежде всего, содержание внешне идентичных правил поведения в этих противоположных общественно релевантных плоскостях никогда не идентичны.

Взглянем, однако, окружающей нас действительности прямее в глаза: доктрина *versari in re illicita*, берущая своё начало в каноническом праве Средневековья и согласно которой лицо, вторгшееся в сферу недозволенного, в ответе за любое, в том числе объективно непредвидимое последствие своего деяния<sup>687</sup>, с одной стороны, является официальной уголовно-правовой доктриной англо-американской правовой семьи, но с другой – принципиально отвергается континентальной уголовно-правовой доктриной, хотя не всегда последовательно, в том числе на примере немецкого уголовного права («отворивший дверь зла в ответе за каждое вступившее зло» [т. е. если бригада скорой медицинской помощи, вызванная делинквентом, вследствие ДТП не достигает места происшествия, последствия этого также вменяются делинквенту]). Мы далеки от мысли, что рассматриваемые общества «рас-

---

<sup>685</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 20.

<sup>686</sup> К интенсивированию вменения в случае «вычисляемости» Jakobs, Schuldprinzip, стр. 22.

<sup>687</sup> Подробнее С. Waldkirch, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht, Tübingen, 2018, стр. 405 с.

колдованы» в значительно разной степени или значительно по-разному, исходя из чего «расколдованность» как масштаб здесь по существу ни о чём и не свидетельствует.

Мы не видим веских причин отступить от континентальной догмы: уголовное право *не вправе* вменять случайные последствия, которые гражданское право *должно* вменять. Более того: уголовное право никогда не вменяло и никогда не сможет вменять даже все предвиденные или предвидимые последствия преступления: их в каждом отдельном случае больше, чем волос на парике средневекового инквизитора.

**Покушение** В том, что «расколдование» мира для обоснования последующего случая «ошибки» – покушения предлагает, акцентированный Якобсом аспект и в этот раз не исчерпывает суть проблемы. Хотя в отношении как покушения, так и неосторожности субъект ошибается по поводу последствий своего соответствующего составу преступления поведения, это всего лишь дивергентные случаи ошибки, ибо неосторожно действующий демонстрирует, «что причиняется вред как другим, так и самому себе, если не проявляется должная осторожность, а субъект покушения в противоположность этому свидетельствует о том, что следует быть осторожнее, чтобы успешно делинквировать»<sup>688</sup>, откуда, в свою очередь, одинаково вытекает «оборот значения плотности ошибки» и в итоге «легко предотвратимая» ошибка, т. е. «грубая игнорантность» в пределах формулировки позитивного права в последнем случае может повлечь освобождение от ответственности в соответствии с ч. 3 §23 УК ФРГ, точнее: освобождение от ответственности (по усмотрению) наряду со смягчением ответственности представляет собой правило. В актуальном здесь контексте это даже отнюдь не полный спектр, так как собственно рассматриваемая директива касается только наказуемого негодного покушения, но не т. н. нереального покушения, в силу того – нет, что, согласно §22 УК ФРГ, оно вообще не рассматривается как покушение<sup>689</sup>.

Подобное состояние позитивного права несомненно не могло бы быть возможным в рамках любого состояния общества, а именно такого, в котором преимущество виновной ответственности перед ответственностью за результат считается уже открытым, и, следовательно, «расколдование» мира в прео-

<sup>688</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 23.

<sup>689</sup> Lackner/Kühl, StGB, 22/12, 14, 23/4 с.

долении ответственности за результат не исчерпывается. Ещё в «заколдованном» обществе, выстраиваемом на основе виновной ответственности, решающим<sup>690</sup> признаётся только противоценность отношения<sup>691</sup> или умысла<sup>692</sup>, подобно противоценности результата на обратной стороне «заколдованного» мира<sup>693</sup>. Однако данный момент как нарушение нормы<sup>694</sup> как раз и не должен быть безусловно манифестирован во внешнем «процессе» в ульпиановом понимании<sup>695</sup>; но где является манифестированным таким образом, соответственно, факт о том, как «протекает» «процесс» – с учётом отношений естественных законов или без этого, беспредметен<sup>696</sup>, так же как была беспредметной неизбежность последствий в рамках ответственности за результат. «Вина» и «неправда», так же как «вина» и «деяние», т. е. «преступление» в конституированном виной уголовном праве «заколдованного» общества – всегда лишь тождественные понятия<sup>697</sup>.

<sup>690</sup> R. Saleilles, *Individualisation de la Peine*, 2<sup>e</sup> édition, Paris, 1909, стр. 32; см. в данном контексте также онтологию Аквинского, оказывающую значительное влияние на каноническое учение о вменении: выше ч. 1.

<sup>691</sup> G. Nass, *Wandlungen des Schuldbegriffs im Laufe des Rechtsdenkens*, Berlin, 1963, стр. 72 с.

<sup>692</sup> Наряду с этим проблематичным становится наказуемость неосторожности в целом, так как исходным моментом подобных систем вменения является именно «актуальная воля» (см. W. Hardwig, *Die Zurechnung*, стр. 27). Хотя связь с ней возникает посредством понятия *culpa praecedens*, данное значение которого, м. п., как в случаях предотвратимых когнитивных дефектов, так и в случаях *a.l.i.c.*, находит своё развитие уже в философии Аристотеля (детально R. Loening, *Die Zurechnungslehre Aristoteles*, стр. 232).

<sup>693</sup> См. в этом контексте к противостоянию канонического и германского уголовного права W. Hardwig, *Zurechnung*, стр. 33 с и *passim*.

<sup>694</sup> St. G. Kuttner, *Kanonische Schuldlehre*, Berlin, 1952, стр. 56.

<sup>695</sup> G. Nass, *Wandlungen des Schuldbegriffs*, стр. 72.

<sup>696</sup> W. Hardwig, *Zurechnung*, стр. 34, в то время как для обоснования соучастия достаточным считался уже и «простой консенсус» (*ibid.*), о чём мы выше уже детально рассуждали.

<sup>697</sup> Здесь, м. п., не существует понятия «невменяемости». Как, например, в случае ответственности за результат *ni один* не может исключаться из существующей системы вменения, так же в виде правила без исключений невменяемый субъект в «заколдованном» мире несовместим с конституированным виной уголовным правом, т. е. совершенно абстрактное «деликтное» отношение как таковое, которое так же абстрактно могло подразумеваться в отношении любого (ср. Nass, *Wandlungen des Schuldbegriffs*, стр. 72), в соответствии с рассматриваемым состоянием общества никогда не обходило стороной уголовно-правовую «ответственность». Например, такой принцип, как *ad impossibilia lex non cogit*, здесь, иными словами, является чуждым во всех аспектах принципом, и вне «гармонии умов», как это имеет место в случае ответственности за результат (Jakobs, *Schuldprinzip*, стр. 24 с), в этом смысле и виновное вменение ничего не гарантирует. С другой стороны, согласно любой системе вменения «заколдованного» мира, *недееспособный* субъект – общественно чуждое предположение.

В этом смысле любое указанное отношение представляет собой изолированное, ничем не дополняемое «оконченное» преступление<sup>698</sup>, и покушение здесь как релевантное в уголовно-правовом отношении понятие принципиально недоказуемо, как в случае ответственности за результат. Оно в лучшем случае проявляется в виде искусственной предпосылки, которая не конституирует ответственность, а лежит вне уже совершенно осуществлённого всякого конституирования ответственности. С этой точки зрения, конституированное виной уголовное право не допускает при «негодности» «покушения» никакого отрицания наказания и «нереальным» там же в то же время и без того не может быть ни один умысел; а оно должно в каждом отдельном случае реагировать, чтобы восполнилась «трещина в системе мира», которую как нарушение нормы в этот раз иначе, чем при ответственности за результат<sup>699</sup>, вызывает не «внешний эффект деяния», а «внутреннее отношение субъекта»<sup>700</sup>.

Где уголовное право не заботится о неприкосновенности трансцендентального смысла, каждое «внешне безобидно» структурированное поведение не может быть актуальным в уголовно-правовом отношении, а только «неправомерно рискованным»<sup>701</sup> в соответствии с интеракционными масштабами. Без данного момента и без того, что в современном уголовном праве называется объективным вменением, конституированное виной уголовное право в «расколдованном» обществе не указывает на «вред действию нормы»<sup>702</sup>.

Если исходным является положение, согласно которому нарушение нормы (*в той же мере*) «и в силу своих внешних эффектов» не составляет уголовно-правовой конфликт<sup>703</sup>, это в строгом понимании не имеет ничего общего с рассматриваемым контекстом. Так как костяк «расколдования» состо-

---

<sup>698</sup> Nass, Wandlungen des Schuldbegriffs, стр. 72.

<sup>699</sup> Что не следует понимать так, словно конституированное результатом уголовное право ни на одно поведение покушения не реагировало, хотя не в смысле собственно «покушения» как такового (см. Hardwig, Zurechnung, стр. 34).

<sup>700</sup> E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2. Aufl., Göttingen, 1951, стр. 127.

<sup>701</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 38; ср. ders., Tätervorstellung und objektive Zurechnung, стр. 271.

<sup>702</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 45.

<sup>703</sup> Jakobs, Strafrecht AT, 1/9 cc.



ит не в перемещении социального смысла из «внешнего» вида деяния во «внутреннее», а в преодолении обеих одинаково жизнеспособных крайностей<sup>704</sup>.

В какой стороне впоследствии этот смысл проявляется интенсивнее, зависит от облика общества уже в рамках «расколдованного» мира, и дискуссии в этом ракурсе, так же как, прежде всего, полемика между т. н. объективной и субъективной теориями покушения, преодоленная в пользу последней, даже поверхностно не касается того, что отделяет «расколдованное» общество от «заколдованного».

Покушение как «объективация» или «становление экспрессивным нарушением нормы»<sup>705</sup> является составляющим того же контекста. Однако то, что между тем ускользает из рук, есть не только эквивалентность объективной и субъективной сторон деяния, а в то же время уголовно-правовое значение результата – не только на примере покушения – в отношении первой стороны. Что касается баланса между вредом и виной, на сегодняшний день он отображается только в рамках интерперсонального учения о деянии<sup>706</sup>, не интересующегося, однако, обратной стороной действительности – обычное дело: теории уголовного права нередко приходится расколдовывать уголовно-правовую доктрину, заколдованную философией уголовного права. В этом отношении интерперсонализм – заклятый враг негативизма.

**Объективное вменение и мотивационная способность** Решающим является сам факт, что в негативном учении объективное вменение «так сказать, не в качестве дополнительного основания ответственности относится к понятию деяния», а «деяние вообще представляет собой только *вменяемую детерминацию*»<sup>707</sup>. В силу того что оно возможно только при «социально релевантном поведении» (т. е. «фильтрует всякое поведение, не вредящее общественно»), этим актуальное понятие, между прочим, стремится к обеспечению своей материальности<sup>708</sup>. Прежде всего, иначе, нежели в случае когнитивных правил, «ориентированная на социальные нормы волевая ошибка», в свою очередь, не может лишиться поведение «коммуникативной

<sup>704</sup> J. E. Stannard, Subjectivism, Objectivism and the Draft Criminal Code, [1985] 101 L.Q.R., стр. 541.

<sup>705</sup> Jakobs, Strafrecht AT, 25/13 cc; ders., Handlungsbegriff, стр. 36, 38.

<sup>706</sup> L.-G. Kutalia, Theorie der allgemeinen Kontinuität, in: I Schwarzmeerjuristentage. Strafrecht, (Hrsg. H. Hakeri), 2010, стр. 127.

<sup>707</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 29.

<sup>708</sup> Ibid., стр. 45 с.

релевантности»<sup>709</sup>. Это в силу недоказуемости индивидуального преимущества выполнения социальных норм<sup>710</sup> свидетельствует о том, что «каждый ответственен за то, чтобы выполнение нормы рассматривалось как приоритет», причём эта ответственность рассматривается как «юридико-теоретический контраспект» свободы воли в метафизическом или «контракаузальном»<sup>711</sup> понимании<sup>712</sup>.

Наряду со «стабилизацией слабой нормы» как «цели вины» и с выводом, что волевая ошибка может наличествовать вообще только при «слабых, неабсолютных нормах», виновное вменение, по Якобсу, представляет собой «вменение волевой ошибки», понимающейся как «дефицит воли» в смысле «дефицита мотивации к правовой преданности»<sup>713</sup>: «И при самом умышленном преступлении с ясным сознанием неправды предметом обвинения предстаёт не психический факт знания неправды и последствий, а отсутствие доминантной мотивации к предотвращению (...). Умысел и сознание неправды как психические факты могут быть даны и у самого прототипа невиновного, в частности у душевнобольного; чего у него недостаёт, есть способность осмыслить последствие предотвращения, т. е. быть в состоянии доминантно мотивировать себя в пользу правовой преданности»<sup>714</sup>.

В соответствии с этим и сам неосторожно действующий, равно как находящийся в состоянии непредотвратимого незнания нормы, в силу (доминантной) мотивации к предотвращению мог «осознавать наряду с познанием предыдущего дефицита знания собственную власть для его предотвращения»<sup>715</sup>. Однако в какой мере преодолён таким образом психологизированный подход?

Душевнобольной в отдельном случае может мотивировать себя к преданности праву, и примеров этому множество, включая предотвратимость неосторожного бездействия. Так же как он в соответствующих случаях принимает решение в пользу права, предметом его решения иногда может быть и осуществление неправды. Иными словами, наряду с умыслом и сознани-

<sup>709</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 23 с.

<sup>710</sup> Ibid., стр. 35.

<sup>711</sup> В. Burkhardt, Düsseldorfer Thesen, in: Thesen zum Kongreß „Neuro2004: Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht“, Wissenschaftszentrum Nordrhein-Westfalen, Nov. 2004, стр. 1.

<sup>712</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 24.

<sup>713</sup> Jakobs: Schuld und Prävention, Tübingen, 1976, стр. 14 с и passim; Schuldprinzip, стр. 25.

<sup>714</sup> Ibid., стр. 25 с.

<sup>715</sup> Ibid., стр. 26.

ем неправды как психическими фактами здесь может наличествовать именно и способность к мотивации в том же понимании, которое, следовательно, не воспринимается как дезориентирующе схожее с вменяемостью понятие или точнее: первая плоскость не представляет собой специфическое средство второй плоскости.

Таким образом, при умысле с актуальным сознанием неправды «отсутствие доминантной мотивации к предотвращению» как таковое так же не может быть решающим, как само знание нормы и последствий, и то, чего здесь в своей целостности касается дело, есть как раз только интеллектуально-волевой психологизм. С психологистической – и именно только с психологистической – точки зрения, вместе с тем вряд ли удалось бы разобраться в том, в силу чего в рамках «отсутствия доминантной мотивации к предотвращению» вина может исключаться в тех случаях, где мотивационная способность не остаётся недопустимой. Однако от того, как коррелируют между собой эти два момента как психические факты, именно ничего и не зависит, а от следующего обстоятельства: с мотивационной способностью, имеющейся у душевнобольного, в строгом смысле нормативные ожидания не могут связываться; (доминантная) мотивация к предотвращению как предмет нормативного ожидания и отсутствие этой первой как разочарование этого последнего здесь в лучшем случае – не более чем релятивизмы<sup>716</sup>. Причина очевидна: каждое ожидание должно пониматься как интеракционное ожидание, в то время как в сфере интеракционного спорадически рассеянная мотивация к правовой преданности – и ничего другого в отношении актуально дефективного состояния дело не касается – не может развиваться в качестве направляющего начала.

То, что здесь с другой стороны обосновывает интеракционную релевантность мотивационной способности и тем самым виновное вменение как вменение волевой ошибки вообще делает возможным, есть истинно уголовно-правовое понятие *свободы воли*, которая не во всех аспектах может субституироваться понятием «свободы самораспоряжения»<sup>717</sup>. Как уголовно-правовое значение причинной связи не может основываться на натуралистическом понимании причинности в своей необъятности, так же иррелевантно в уголовно-правовом отношении каждое известное в метафизике в той

<sup>716</sup> См. Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 42; ср. ders., Individuum und Person, стр. 258 с.

<sup>717</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 35.

же мере необъятное понятие автономии воли<sup>718</sup>, что, как указывалось выше, уже превращено в аксиоматическое положение венской школой уголовного права. Однако вместе с тем и только «причинность» не может рассматриваться как неизвестный коэффициент в системе вменения, а, прежде всего, – «свобода воли» в конституированном виной уголовном праве «расколдованного» общества. Ориентировочные пределы свободы воли здесь олицетворяет интеракция; может ли вообще и за этими пределами существовать свобода воли<sup>719</sup>, от этого на сей раз для обоснования вины как «волевой вины», берущей своё начало в общем ещё в философии Гегеля<sup>720</sup>, во всяком случае, ничего не зависит. Соответственно, отнюдь не каждый является ответственным за то, чтобы «выполнение нормы рассматривалось как приоритет», а только тот, мотивационная способность которого обеспечена интеракционно зримой свободной волей.

Тем не менее следует обратить внимание на то обстоятельство, что у «расколдованного» мира, *и поныне блуждающего в потьмах* детерминистских и индетерминистских концепций (темнее не бывает!), не всегда имелось уголовно-правовое понятие свободы воли.

**Атеизм или  
вольтеровский  
утилитаризм?**

Теперь же мы достигли того интервала, где следует предложить ответ на основной в актуальной сфере вопрос. Если теория «расколдования» не безотказна, а преследуется осечкой за осечкой, это вовсе не может расцениваться как нечаянность. Противопоставляя космосу как рациональной системе «контингентный облик мира», этим исключается отнюдь не только магическое самосознание общества, а принципиально ничего не желаем знать о никем не опровергнутой той или иной вере общества, не исключаяющей, в свою очередь, вычисляемость релевантных в уголовно-правовом отношении последствий. И раскол тем глубже: секуляризированное государство или лаицистическое уголовное право своей предпосылкой не имеет атеистическую модель общественного восприятия мира – существующая действительность.

<sup>718</sup> Ср. Jakobs, Schuldprinzip, стр. 34 с.

<sup>719</sup> Однако см. также к современному состоянию, м. п., G. Spilgies, Die Kritik der Hirnforschung an der Willensfreiheit als Chance für eine Neudiskussion im Strafrecht, in: HRRS 2/2005, стр. 43 сс; E.-J. Lampe, Willensfreiheit und strafrechtliche Unrechtslehre, in: ZStW 118/1 (2006), стр. 1 сс.

<sup>720</sup> Nass, Wandlungen des Schuldbegriffs, стр. 86.

Вкратце: «расколдованное» если не в шиллеровском, то по крайней мере в веберовском смысле общество – это, замечая открытым текстом, даже не искренне атеистическое, а циничное общество, склонное обычно к инструментализации самого религиозного мировоззрения в вольтеровском понимании.

## ДЕЙСТВИЕ НОРМЫ

**Пределы правоотношения** Лицо действует *как гарант*, когда выполняется определённая обязанность. Кто в роли гаранта не в состоянии справиться со своей обязанностью, его в любом случае можно упрекнуть только в том, что он действовал именно *не как гарант*, ибо то, что в таком случае само по себе налицо, именно не есть институционально компетентное поведение. Таким образом, гарант – «с целью предотвращения вреда действию нормы»<sup>721</sup> – был субъектом «в пределах» деяния всего лишь *до* его осуществления. Для субъекта деяния *как для делинквента*, соответственно, и с максимально последовательно реализованной нормативной точки зрения, общественный *статус* недоказуем. Личность как «носитель ролей», выходя за рамки своей «роли»<sup>722</sup>, по Якобсу, превращается в «формально разумную личность»<sup>723</sup>, в каком качестве лицо вообще не может быть ответственно в уголовно-правовом отношении<sup>724</sup>. Где, в соответствии с этим, «выражение смысла» вменяется как «самоувольнение из действующего порядка»<sup>725</sup>, субъект деяния, который делинквирует *в своём качестве как субъект уголовно-правового отношения*, логически немислим. Однако если преступление располагается вне (уголовно-)правового отношения, то где следует искать наказание? Ибо в *пределах* правоотношения невозможно реагировать на то, что уже оказалось за его пределами.

В общих чертах ни на что другое не указывает и следующее утверждение Якобса: «Здесь ничего не меняют и метафоры, как, например, распространённое суждение, словно субъект своим деянием сам же ставит себя вне порядка; было бы это так, реакция против него как правовая реакция уже вообще была бы невозможной»<sup>726</sup>. Однако дело в том, что из *нормативного*

---

<sup>721</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 30 с и passim.

<sup>722</sup> Ibid., стр. 31.

<sup>723</sup> Jakobs, Zur gegenwärtigen Straftheorie, in: K.-M. Kodalle (Hrsg.), Strafe muß sein! Muß Strafe sein?, Würzburg, 1998, стр. 32, «разумный» здесь связан с тезисом Гегеля, согласно которому наказанием «преступнику как разумному оказывается уважение» (Jakobs, Schuldprinzip, стр. 27).

<sup>724</sup> Kutalia, Handlungslehre, 1/V/6.

<sup>725</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 33.

<sup>726</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 27; см. ibid. к дальнейшему индицированию компетентности.

понятия деяния, которым является негативное понятие деяния Якобса, такая картина как раз не результирует и результировать не может.

**Симуляция:**                    Чего в рассматриваемом контексте главным образом  
**интеракционная**               касается дело, есть деяние как «*объективация неприз-*  
**коммуникация**                   *нания действия нормы*» или «выражение смысла с со-  
держанием, что рассматриваемая норма не является руководящим нача-  
лом»<sup>727</sup>. Это, в свою очередь, из перспективы «коммуникативно релеван-  
тной схемы анализа смысла» не может посягать на действительность нор-  
мы: «В силу того что результат действенности нормы зависит не от поведе-  
ния (так же как не от мотивации) отдельного, а от связи, которую поведение на-  
ходит, так как здесь решается, принимается проект нормы отдельного – связь  
– или отвергается – отсутствие связи –, норма в конечном счёте не может  
пониматься как управление поведением, как императив, а только как инсти-  
туционализация связи. Подчиняется ли отдельное лицо императиву, на дей-  
ствительность нормы это не может оказывать влияния, пока связь направ-  
лена на выполнение нормы, а не на её невыполнение (...)»<sup>728</sup>, другими сло-  
вами, «нормативное ожидание не утрачивается и в случае разочарования, а  
может (контрафактно) поддерживаться, причём в качестве решающей оши-  
бочности определяется не ожидание разочарованного, а нарушение нор-  
мы»<sup>729</sup>. Однако ни одна такая ошибка, согласно этому, не может быть мыс-  
лима в рамках действительного общества, а, как будет показано, она к пло-  
скости общественно релевантного относится только формально, по содер-  
жанию же к «окружающей среде общества»<sup>730</sup>, где уголовно-правовое от-  
ношение как раз не может развиваться. Ведь сущность деяния не может со-  
стоять, скажем, в «контрафактном поддержании» нормативного ожидания:  
это привело бы к смешению деяния и наказания как «смысловой связи»<sup>731</sup>,  
а только в нарушении нормы.

По этому состоянию уже и «нарушающий» участник коммуникации пред-  
ставляется в качестве *contradictio in adjecto*, потому как он не выражает по-  
зицию относительно («коммуникативно релевантной») реакции, которая  
его при нормативном разочаровании, *вообще*, только в таком случае мог-

<sup>727</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 35 с.

<sup>728</sup> Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 83.

<sup>729</sup> Jakobs, Strafrecht AT, 1/6.

<sup>730</sup> Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 99 с и passim.

<sup>731</sup> Jakobs, Staatliche Strafe, стр. 29 сс.

ла бы удержать в пределах коммуникации. Хотя в плоскости психических фактов указание на уголовно-правовую реакцию ничего не меняет, т. е., например, теория психологического принуждения Фейербаха<sup>732</sup> и норма – симулированная как «уголовно-правовая» норма<sup>733</sup> – в качестве единственного предмета «коммуникативно релевантной позиции» субъекта направлены на идентичный результат: в обоих случаях деликтное поведение может рассматриваться только как отрицание уголовно-правового отношения. Констатация того в последнем случае, что определяющим является не «проект нормы» делинквента, а нарушенная норма, указывает на уголовно-правовое отношение *не в силу* осуществлённого деяния, *а вопреки* осуществлённому деянию. В лучшем случае дело касается только формальной связи, так как никто другой, кроме субъекта уголовного права, не может – в рамках указанной симуляции – нарушить актуальную норму.

Якобское понимание нарушения нормы, в свою очередь, подразумевает своей предпосылкой виновное поведение<sup>734</sup>. Где норма в противоположность этому «действует» уже и для невменяемого, т. е. для лица, не являющегося субъектом (активного, конституированного обязанностью [в отличие от пассивного, конституированного субъективным правом]) уголовно-правового отношения, теряется из виду и вышеупомянутая только формальная связь.

---

<sup>732</sup> A. J. P. v. Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil I, Erfurt, 1799, стр. 42 и passim.

<sup>733</sup> Подобную релятивацию, несмотря на то что дело касается проецирования уголовно-правовой реакции, также требует и первый аспект, так как где речь идёт об «угрозе наказания», уголовно-правовое отношение принципиально не конструируется, во что пока можно не углубляться.

<sup>734</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 42.



**«ПОЛНАЯ ТЕОРИЯ»:  
НЕОГЕГЕЛИАНСКАЯ ПРОГРАММА**

**Формально-  
концептуальная  
корреляция**

Во всяком случае, здесь ориентированная на абстрак-  
тификацию специфика моделей деяния, основанных на  
натуралистически-фактической или формально-техни-  
ческой точке зрения, после векового господства внезапно сталкивается с вы-  
зовом, оттуда же, куда в своё время был адресован их же вызов – со сторо-  
ны уже хорошо забытой гегелианской системы преступления. Согласно «об-  
щим» моделям деяния, «деяние» мутирует в «понятие дидактически полез-  
ной начальной ступени деликта»<sup>735</sup>, в частности без всякой конкретной ма-  
нифестации *общесистематического* контекста, за исключением именно чи-  
сто локационно-технических связей, которые, соответственно, развивают-  
ся не в самом понятии деяния, а только на основе понятия деяния как «струк-  
турного элемента» системы.

В то же время понятия деяния должно хватать не только для всех призна-  
ков преступления в их целостности, как вышеуказанная промежуточная де-  
финиция может восприниматься в качестве первого шага в этом направле-  
нии, а также и для каждого отдельно взятого признака преступления. Впро-  
чем, уже в случае соответствия составу деяния здесь рассматриваемое по-  
нятие таким образом не конфигурируется, что, однако, меняется, как толь-  
ко налицо непосредственная ссылка на акцентированную выше материаль-  
ность: в рассматриваемой систематической плоскости дано поведение, ко-  
торое материально может характеризоваться как сегмент уголовно-право-  
вого понятия деяния (или сегменты, это вопрос дидактики), и только в си-  
лу того – *здесь* релевантная из перспективы понятия преступления точка  
опоры –, что оно включает *виртуальность* «объективации непризнания дей-  
ствия нормы» (прежде всего, с фокусированием на составляющее неправду  
деяние, излагаемое указанным проектом<sup>736</sup>).

А в отличие от этого там, где дело касается материальности, оторванной от  
нормативности понятия деяния, в сфере соответствия поведения составу пре-

---

<sup>735</sup> Ibid., стр. 13.

<sup>736</sup> Ibid., стр. 34; ders., Strafrecht AT, 17/19.

ступления (деяния) – так же как в сфере неправды в общем, как увидим, – речь не может идти об уголовно-правовом сегменте деяния, а только о ни о чём не свидетельствующем виртуальном «деянии». Тем не менее данная модель деяния в этом конкретном аспекте не требует никакого развития; она здесь и сама развивается с абсолютной точностью<sup>737</sup>.

Факт, в соответствии с которым подход Якобса со всей ясностью выходит за рамки неправды, в то же время составляет всего лишь одну сторону проблемы. С другой и наиболее важной стороны, здесь дело не касается, как правило, невольных интервенций как в сферу неправды, так и вины, характерных для преправовых «общих» или позитивистски сконструированных «специфически уголовно-правовых» моделей деяния, а того, что они воспринимаются как конститутивные признаки уголовно-правового понятия деяния. Только в этом смысле актуальна приоритетность общесистематической перспективы, в соответствии с чем «неправда как раз не влечёт наказания, а понятие неправды в уголовно-правовом отношении является всего лишь вспомогательным понятием<sup>738</sup>. Ввиду этого понятие деяния, охватывающее полную программу уголовного права, должно простираться до вины<sup>739</sup>»<sup>740</sup>.

Иными словами, решающим здесь является не абстрактно углублённая коннотация деяния, расположенного где-то у подножия неправды, как упрекало социальное учение о деянии финализм во вторжении в сферу вины по поводу акцентирования «предотвратимости» или персональное учение о деянии – уже само социальное учение во вторжении в сферу неправды по поводу акцентирования «охраняемых в уголовно-правовом порядке интересов», а в этот раз деяние характеризуется как «превращение-себя-виновным»<sup>741</sup>. Наряду с этим, не существует «общего» понятия деяния *до* общесоста или *метасоциального* «специфически уголовно-правового» понятия.

<sup>737</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 43; см. в рассматриваемом контексте также к составу деяния как к «продукту толкования нормы» ders., Bemerkungen zur objektiven Zurechnung, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin, New York, 1999, стр. 59.

<sup>738</sup> Ср.: Jakobs, Handlungssteuerung, стр. 956; Н.-J. Rudolphi, Schuldlehre, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Frankfurt am Main, 1977, стр. 160.

<sup>739</sup> Причём вина как «вменяемая измена норме», м. п., своей предпосылкой не может предполагать вменяемость юридических лиц: Jakobs, Strafbarkeit juristischer Personen?, in: Festschrift für Klaus Lüderssen, Baden-Baden, 2002, стр. 568.

<sup>740</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 44.

<sup>741</sup> Ibidem.

Скорее, «уголовно-правовое понятие деяния (...) должно интегрировать в понятие общество и уголовное право»<sup>742</sup>.

**Неправда как  
вспомогательное  
понятие**

Из перспективы, из которой указанная «провизорность»<sup>743</sup> рассматривается как «неправда», безусловно можно утверждать, что «во-первых, с суждением о неправде связаны последствия мнимо-систематического вида, например, для упорядочения соучастия или применения чрезвычайных прав. Эта причина совершенно внешняя: для этих институтов следовало выделить *собственную* систематику. Во-вторых, как аргументируют, очевидно, что невиновный не правомочен убивать или принуждать или в состоянии опьянения управлять автотранспортным средством. Однако он не правомочен осуществлять и многое другое без того, чтобы это могло быть релевантным в уголовно-правовом отношении: общественная безопасность и порядок, урегулированная в гражданско-правовом и полицейско-правовом отношении невредимость сферы интересов, равно как спектр чрезвычайных прав не имеют ничего общего с целью наказания, выражающейся в стабилизации действия нормы, и тем, что в случае прощения нормативность разочарованного в уголовно-правовом отношении ожидания никем не воспринимается как релевантная, а обращаются к когнитивным превенциям, также не может пренебрегаться»<sup>744</sup>. Вытекающие отсюда для понятия деяния результаты в своей общности представляют собой уже давно созревшее решение.

Другими словами: деяние должно олицетворять не абстрактный элемент преступления, как это имеет место в традиционных учениях о деянии, а само преступление<sup>745</sup>, в частности в смысле отвергнутой Лист-Белинг-Радбрухской системой преступления гегелианской концепции: «Деяние должно включить вменение в вину. Виновность, следовательно, превращается в признак деяния»<sup>746</sup>, само деяние – в «синоним преступления»<sup>747</sup>.

Однако охватывают ли неправда и вина всю программу уголовного права? Конечно же, нет: к уголовно-правовой программе относится *наказание*, в

<sup>742</sup> Ibid., стр. 12.

<sup>743</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 44.

<sup>744</sup> Ibid., стр. 42.

<sup>745</sup> Ibid., стр. 44.

<sup>746</sup> G. Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Berlin, 1904, стр. 88.

<sup>747</sup> Ibidem.

частности в существенно более широком смысле, нежели только как необходимый для структуры деликта дидактический конструкт. Виновное поведение, которое – по какой бы то ни было законодательно возможной причине – не влечёт наказание, не формирует полную в уголовно-правовом отношении релевантную мозаику, так как наказание в своей веритабельности вне этой мозаики немислима. Однако когда Якобс внесение вины в понятие деяния связывает с тем, что уголовное право реагирует только на виновное поведение, уже это не является результатом, исходящим из вышепредставленной схемы общественного анализа смысла, а восприятие «полной теории» релевантного в уголовно-правовом отношении деяния здесь сводится к структурно-техническому функционализму: при односторонней «коммуникации» реакция не является решающей.

## ИНТЕРПЕРСОНАЛИЗМ ПРОТИВ НЕГАТИВИЗМА

Деяние как только «виновное» поведение? Таким образом, посредством нормативного деяния (господствующее) уголовно-правовое учение как «учение об элементах деликта» или уголовное право как структурный проектор преступления («а не как наука») <sup>748</sup> всё-таки не находит принципиальной переоценки. Иначе говоря, намеченная Якобсом цель – перемещение исходного акцента от дидактики на теорию – в его же концепции последовательно осуществляться не может. Загрузить «полную программу уголовного права» способно *только понятие деяния, простирающееся до наказания*, в частности «простирающееся» не в смысле программы, определяющегося не заранее или автономно сформированными компонентами преступления, т. е. определяющегося вновь истинно дидактически, потому как в таком случае уже учение о деянии Якобса не смогло бы ничего противопоставить замечанию Е. ф. Бубнофа о «систематической бесполезности» <sup>749</sup> тождественных с понятием преступления моделей деяния, а в теоретически актуальном контексте, с которым связана программа со всеми своими составляющими.

То, что исчерпанное до наказания понятие деяния в истинно уголовно-правовом отношении отнюдь не может быть возможным, ещё вовсе не означает, словно «виновное поведение», в отношении которого наказание исключается, не представляет собой «деяния», а именно «уголовно-правового деяния». Только дело здесь касается подлинных *исключений, в которых существование понятия не может кристаллизироваться*. О чём, другими словами, в рассматриваемом контексте может идти речь, есть не различие между «деянием» и «не-деянием», а различия в пределах понятия деяния, невоспринимаемых с нормативной точки зрения. В обратном аспекте это свидетельствует о том, что исключение наказания для предмета наказания (для деяния или преступления) в интеракционной призме не может быть незначительным и, соответственно, бесследным.

---

<sup>748</sup> Jakobs: Tun und Unterlassen, стр. 17; Handlungsbegriff, стр. 21.

<sup>749</sup> E. v. Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, стр. 152.

В этом понимании, прежде всего, не существует данного до учения о деянии понятия вины, которое оно должно включать<sup>750</sup>. Более того: в конечном итоге противоположная версия перенесения акцента от дидактики на «теорию», как правило, представляет собой квадратуру круга. Наглядным примером этому служит «корреляция» нормативного понятия деяния Якобса, охватывающего всю систему преступления, и «функционального» понятия вины того же Якобса. Хотя наряду с этим не могут исключаться и случайные совпадения, но случайные результаты именно не способны возвысить учение о деянии в «ранг теории»<sup>751</sup>. Ибо из каждой такой «совместимости» не результировало бы ничто иное, кроме структурно-технической соразмерности. Где вина в «структуре деликта» как таковой исчерпана, в своём теоретически актуальном диапазоне она ни о чём не свидетельствует. Иначе формулируя: завершённое изолированно от *понятия* преступления понятие вины существенно невозможно.

В рассматриваемом контексте уже нельзя сказать ничего другого и о предшествующем вине понятию неправды. Плоскость, в которой «совершенный» облик неправды ограничивается «индикацией» вины, является плоскостью «дидактики квалификации деяния преступлением»<sup>752</sup> (понятие неправды как «вспомогательное для установления вины понятие»<sup>753</sup>), но не «теории релевантного в уголовно-правовом отношении поведения». Комплексность понятия неправды в последнем аспекте также не может измеряться в соответствии с его локацией в «структуре преступления» и связанными с ней «функциями», а постоянно зависит только от того, что порождается деликтом в рамках общей продолжительности уголовно-правового отношения. Если оно никак с этим не соприкасается, т. е. если исчерпывающий анализ смысла деяния (по интеракционным масштабам) исключается, исчерпанной в специфически теоретическом контексте не может расцениваться ни неправда, ни вина: решающий фактор – приоритетность общего контекста, не определяющегося компонентами преступления, возникающими и существующими лишь автоцентрично. Это наглядно выделяется в рамках гетерархи-

<sup>750</sup> Однако так Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 21.

<sup>751</sup> Ibid., стр. 23.

<sup>752</sup> Ср. на примере «деликтного умысла» Jakobs, Gleichgültigkeit als dolus indirectus, стр. 586.

<sup>753</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 43.

ческой системы преступления, результирующей из функционального учения о деянии<sup>754</sup>.

Такая комплексность неправды и вины не перевоплощает их из «элементов деликта», скажем так, в «идентичные» с ним понятия, например, в лешском понимании, только основной акцент приходится уже не на данные «элементы», а на включающее их понятие, и в этом смысле восприятие «полной программы уголовного права» уже мало что связывает с «расположением существующего материала»<sup>755</sup> как со «структурой преступления», а переходит в плоскость уголовно-правового отношения (как институционально компетентной интеракции), а именно идентифицируется только в качестве общей продолжительности материально-правового отношения. (Уголовно-правовое) деяние или преступление как «виновное поведение», «превращение-себя-в-виновного» и т. д. является «понятием», редуцированным к сугубо дидактической формуле, вытекающей из учения уголовного права как из «учения об элементах деликта». А задача общественно конституированного понятия деяния состоит именно в том, чтобы преодолеть преступление как структурно-технический дефиниендум.

Было бы это иначе, было бы невозможно дифференцировать между общественно-теоретической точкой зрения и «специфически (уголовно-)правовой» точкой зрения, например, в биндингском понимании, согласно которому «(...) для юриста деянием является только релевантное в правовом отношении деяние; в уголовном праве существует только *одно* юридически релевантное деяние: преступление, т. е. для криминалиста преступление есть деяние *вообще* и что «есть вне права деяние или именуется таковым, для его сферы совершенно безразлично»<sup>756</sup>. Хотя концептуально противоположное достигается только тогда, если исключена возможность, в силу которой, в свою очередь, должно иметь место в лучшем случае «моделирование» или в худшем случае «конституирование» понятия деяния или преступления в соответствии с изолированно взятым понятием вины (или же неправды).

Потому как в отношении «дидактики откуда-то возникших связей» и «уголовно-правовой теории»<sup>757</sup> речь может идти только – в прямом смысле – о

<sup>754</sup> L.-G. Kutalia, *Das heterarchische Verbrechenssystem*, Würzburg, 2008, 2/IV.

<sup>755</sup> Jakobs, *Handlungsbegriff*, стр. 13.

<sup>756</sup> См. Radbruch, *Handlungsbegriff*, стр. 89.

<sup>757</sup> Jakobs, *Handlungsbegriff*, стр. 21.

дивергентных тенденциях формирования понятия, упомянутая формула в последнем случае может восприниматься как акцентирование структурного элемента деяния, но не как понятие деяния, так как сама вина здесь концептуально зависима от включающего её же деяния, – vs. вина как «пред-посылка деяния»<sup>758</sup>.

**«Теория» и «дидактика»** Однако в рассматриваемом аспекте также очевидно не существует различия между концепцией гегелианцев или Биндинга и истинно социальной позицией. Если достигается консенсус относительно того, что, с одной стороны, «структура преступления» или «дидактика квалификации деяния преступлением» и «теория» релевантного в уголовно-правовом отношении поведения – не одно и то же, т. е. относительно того, экспликации посредством (неправды и) вины имеют место в первой, но не в последней сфере, а с другой – плоскостью формирования понятия не является плоскость дидактики квалификации деяния преступлением, в таком случае легко познаётся и то, что преинтеракционно сформированное понятие деяния не может быть понятием преступления, т. е. не может быть мыслимо в качестве уголовно-правового понятия деяния.

Отчётливее: такая модель деяния ещё не является решающей для обоснования понятия преступления; правда, невольная, но именно неизбежная ссылка в рамках рассматриваемого подхода на дидактику свидетельствует, что учение о деянии здесь «прерывается» уже до истинно теоретически определённого понятия преступления, «системно специфический» оттенок которого хотя не изначально, но в решающем пункте уступается дидактике «структурирования преступления».

С учётом того, что, начиная ещё с Белинга<sup>759</sup>, предметом основной ориентации предстаёт и без того исходящая из цели наказания или «функционально» конструируемая система преступления<sup>760</sup>, данному дидактически восполненному понятию деяния ничего не препятствует справиться со своей ключевой задачей отображения «общества» и «уголовного права» в понятии, только вместе с тем между обществом и уголовным правом отнюдь не вырисовывается иная категориальная взаимосвязь, чем это имело место в социальном учении о деянии. Хотя в позиции Якобса попытка урегулиру-

<sup>758</sup> Ibid., стр. 41 сс.

<sup>759</sup> Kutalia, Handlungslehre, 2/IV.

<sup>760</sup> См. Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 43 с.



рования как таковая налицо, но она не предлагает завершённое истинно социальное понимание общества и тем самым *не предлагает возможность преодоления социологистического позитивизма*.

Таким образом, к уголовному праву в обоих случаях непосредственно примыкает «общество» вместо натурализмов. Если в то же время, в отличие от абстрактно «общего» понятия деяния в социальном учении о деянии, в соответствии с «уголовно-правовым» понятием рассматриваемой концепции дело должно касаться не только «общества», а «общества» и «уголовного права», причём «деяние» воспринимается не независимо от «состава деяния», а простирается «до вины», это является всего лишь разницей, локализованной в этой же, т. е. в представленной социальным учением о деянии связи.

Не нуждается в акцентах и то, что вышеуказанная бубнофская критика социального понятия деяния также не может выходить за рамки рассматриваемого контекста. Каждая возможная вариация такого подхода гарантирует только то, чтобы возникновение ориентации на «общественно» релевантное рассматривалось как *s. s. q. n.* актуальной в уголовно-правовом отношении точки зрения (так, например, ниже этого уровня между формальным и материальным пониманием вины никакое различие не было бы познаваемо), однако, с другой стороны, может только преградить устремлённый к тому взор, что – отдельный вопрос: почему – само (уголовное) право вносит свой вклад в конструирование общества.

Перманентно направляемое в адрес «социальных» понятий деяния замечание, согласно которому они не в силах создавать исчерпывающую картину правовой интересубъективности, по существующему состоянию не в меньшей степени касается и понятия деяния Якобса. Здесь вместе с тем главное не то, что имеет место в виде утверждения с целью дистанцирования от натуралистических позиций как таковых: что понятие деяния должно быть найдено не «до» общества, а «в» обществе<sup>761</sup>, т. е. отправной точкой релевантных в уголовно-правовом отношении суждений должна быть «не субъективность действующего», а «интерсубъективность»<sup>762</sup> и т. д., а главным моментом здесь представляется то, насколько данные тенденции совместимы с рассматриваемой основной тенденцией в призме социальности.

<sup>761</sup> Ibid., стр. 12.

<sup>762</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 28 с.

Очевидно, что переключением на указанную связь между «обществом» и «уголовным правом» не ставится целью полноценное развитие социального аспекта: *общество не является предшествующей уголовному праву ступенью* и в этом смысле не является также универсальным разграничительным штрихом между правовым и метаправовым, а *не существует правовой системы в окружающей среде общества*, что вне истинно социального подхода остаётся невидимым.

О чём уже должна идти речь, есть не линейная фактичность общества, «где должен применяться закон», а *взаимоотношение общества и уголовного права*. Обобщая, дело не может касаться только начала Якобса: «конкретизация» «обществом» или только исходного положения Гегеля: «абстрактификация» «правоотношением», а выход именно в золотой середине, в частности в *коррелятивно заряжённой* плоскости права и социальности. Это, прежде всего, в метаюридико-социологическом или «-социологизированном» смысле<sup>763</sup>, причём «социология права как наука о фактах», между прочим, может «не создавать данные о содержании нормы», которые «она имеет своей предпосылкой»: «В силу этого «социологизированное» формирование правовых понятий только тогда убедительно, если у права отбрасывается односторонне-идейная экзистенция и её правила рассматриваются просто как социально-фактические, эмпирические образцы»<sup>764</sup>. Если внимательнее присмотреться, этим, прежде всего, исключается интеракционное протекание общества и что остаётся, есть односторонне-«коммуникативные» состояния, в то время как налицо всего лишь апостериорное атрибуирование деликтного поведения наказанием<sup>765</sup>. Однако, с другой стороны, необъяснимым остаётся не только общество как конструкция, ибо *конструирование* общества происходит именно не иначе как юридически, а в той же мере, например, (вновь) значение общественной схемы анализа мира.

**Наказуемость**      Учение о деянии, проникающее в ядро релевантного в уголовно-правовом отношении поведения, должно трактовать отнюдь не только распределение интенсивности конститутивных признаков преступления, а в первую очередь само *это свойство*, т. е. *саму наказуемость* как конститутивный признак понятия преступления. Это, в свою

<sup>763</sup> См. В. Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, стр. 15 сс.

<sup>764</sup> Ibid., стр. 16.

<sup>765</sup> Ср. ibid., стр. 17, если ещё не между социальностью и легальностью с точки зрения представленной здесь корреляции.

очередь, лишний раз свидетельствует о том, что расширением контекста деяния до сферы вины всё ещё не наличествует исчерпывающая тематизация уголовно релевантного: была бы это вина как таковая (для начала только как «неудовлетворительная правовая преданность» [по объективному масштабу]<sup>766</sup>), что создаёт «в совершенстве» сущность понятия деяния и, соответственно, преступления, ведь уголовно-правовое отношение совершением преступления в каждом конкретном контексте завершалось бы. Однако то, что сохраняет его и впоследствии, есть именно наказуемость – не как *и* простой манифестацией эвентуально применяемый коэффициент в плоскости вины, а *уже* как «универсальный» признак преступления, включающий саму вину.

Каждая методика, в рамках которой наказуемость не включает вину, была бы рудиментом натуралистических подходов. Но в конституированном виной уголовном праве в теоретически актуальном аспекте, т. е. где не имеют место смешение дидактики квалификации преступления с понятием преступления, и без того никогда не доводилось бы исходить из наказуемости поведения невиновного субъекта «деяния». Наказуемо поведение только в том случае, если достигается плоскость интеракции, которая, в свою очередь, формирует и «полный» теоретический облик вины (более того: она истинно социально свидетельствует, в силу чего должна восприниматься и «ненаказанная вина» в биндингском смысле<sup>767</sup> вообще как вина в уголовном праве). Вернее, не вина определяет, что есть деяние *в своей экстенсивности* в уголовно-правовом понимании, а только *наказуемость в своей теоретической оригинальности и комплексности*<sup>768</sup>.

Исходя из пределов институционально компетентной интеракции, из перспективы уголовно-правового понятия деяния это, прежде всего, означает, что истинно социально дело не может ограничиваться «объективацией *непризнания действия нормы*»<sup>769</sup>. Просто «действовать» (= быть признанны-

<sup>766</sup> Jakobs, Handlungssteuerung, стр. 957 и passim; cp. ders., Strafrecht AT, 17/20.

<sup>767</sup> K. L. L. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, Schuld und Vorsatz, Hälfte I, Zurechnungsfähigkeit, Schuld, Aalen, 1965, стр. 276.

<sup>768</sup> Относительно рассматриваемого систематического ареала уголовно-правового понятия деяния хотя встречаются алогические намёки в нормативном учении о деянии Якобса («виновная ответственность как компонент деяния» [Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 13]), но они там по весьма понятным причинам нереализуемы.

<sup>769</sup> Хотя, на наш взгляд, вряд ли может быть приемлема следующая критика: Ch. Dedes, Die Sinndeutung der Handlung, in: Festschrift für Claus Roxin, Berlin, 2001, стр. 187 сс.

ми<sup>770</sup>) в том же контексте следует и целому ряду преправовых норм, и социальные (включая правовые) правила поведения, в свою очередь, изредка включаются идентичной системой норм. Однако почему и как в таких случаях «непризнанием нормы» дело должно касаться «специфически уголовно-правового эффекта»<sup>771</sup>, если в уголовно-правовом отношении решающим является не просто отграничение социальной точки зрения от натурализов, а спецификация в рамках общественно релевантного, было бы неясно.

**Гражданское и  
полицейское право**

Различие здесь кроется вне самого данного признака, в частности в связи с моментом «объективации».

Направим взгляд к интраправовым особенностям: упрямый факт, что «деяние» как «непризнание действия нормы» не может тематизироваться в гражданском или полицейском праве, а только в уголовном праве. Тем не менее если в рамках данного сопоставления исходным представляется только то начало, что «уголовное право обеспечивает не безопасность интересов, а действие нормы»<sup>772</sup>, то наряду с выделенным здесь главным образом аспектом, т. е. наряду с неполноценным развитием общественной схемы анализа в уголовно-правовой плоскости мы бы оказались перед её неприменением в гражданском и полицейском праве.

О «невредимости регулируемого в гражданско- и полицейско-правовом порядке мира интересов»<sup>773</sup> только тогда может идти речь, если, прежде всего, вообще вступаем в гражданско- и полицейско-правовое отношение. Однако без интеракционного ожидания (и ожидания ожидания), что безопасность интересов обеспечена, здесь нельзя ни войти в правоотношение, ни продолжить его. Институционализация этого ожидания в виде нормы, в свою очередь, не производится в обход правоотношения как институционально компетентной интеракции. Невзирая на то, что (подвержение-сомнению-действия-нормы или вызванный в сфере интересов вред) рассматривается в отдельном случае в качестве стержневого момента, т. е. дело касается «уголовно-правового» контекста или нет, указанные общие пределы при восприятии юридически релевантного безальтернативны. Вне этого понимания немислимо ни гражданско-правовое, ни полицейско-правовое понятие деяния, т. е. если в последнем случае абстрагируемся от интеракцион-

<sup>770</sup> Jakobs, Strafrecht AT, 1/9.

<sup>771</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 36.

<sup>772</sup> Ibid., стр. 37.

<sup>773</sup> Ibid., стр. 42.

но релевантных гарантий, то упразднение действия нормы необратимо, что свидетельствует об отрицании гражданско- и полицейско-правового отношения, если при этом не довольствоваться той или иной пустой, оторванной от социальной действительности абстракцией.

Иными словами, как гражданское право, так и полицейское право должно в равной мере заботиться о том, чтобы соответствующая норма действовала. Эта цель сохранения действия нормы, соответственно, в любом случае кладётся в основу *каждой* правовой ответственности. Обеспечение генеральной непрерывности институциональной компетенции, таким образом, не составляет эксклюзивную задачу уголовного права, а дело всегда касается только структурных различий. Однако уже в самом уголовном праве в зависимости от того, с обществом какого состояния имеем дело, структура институциональной непрерывности проявляется по-разному. С тем моментом, с другой стороны, связано и то, что конституированное виной современное уголовное право – хотя не конституированное виной уголовное право как таковое – зависит от большего, чем от простого ущемления своего понятия деяния в общеюридически актуальную картину системы интеракции, в частности от системно-специфически исчерпывающего определения его сущности интеракционными масштабами.

В последнем контексте дело в первую очередь касается наказания как интеракционной реакции в своём в той же мере основополагающем качестве как специфически уголовно-правового признака генеральной перманентности институциональной компетенции.

Где уголовно-правовое понятие деяния ограничивается «непризнанием действия нормы» как «специфически уголовно-правовым эффектом» – т. е. без учёта наказуемости –, предметом проблематизации может представляться только превентивное<sup>774</sup> сохранение действия нормы, т. е. контрафактно в отношении вреда действию нормы, но не «устранение вреда действию нормы»<sup>775</sup>, хотя у Якобса налицо и попытка внедрения данного момента в своё превентивное понятие наказания<sup>776</sup>. В качестве исключений, пожалуй, можно классифицировать только противоправные тоталитарные режимы: ника-

<sup>774</sup> Вне зависимости от того, мыслима ли превенция как таковая также априорно в качестве решающего момента (чётко в рассматриваемом контексте Lesch, Verbrechensbegriff, стр. 168 с и passim).

<sup>775</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 91 с, 94.

<sup>776</sup> Kutalia, Handlungslehre, 1/V/8.

кой роли для «устранения» «вреда действию нормы» не имеет то, какие ожидания или ожидания ожиданий находят институционализацию – как минимум – «в случае разочарования», так как уже не интегральный «смысл», навязываемый обществу, прежде всего, нуждается в чисто репрессивной поддержке, только при такой расправе с «делинквентом» как с «психофизической системой» приоритетность интеракционного во всяком понимании прерывается и ощутимые различия с «заколдованным» обществом здесь вряд ли можно представить.

**Перманентность интеракции** Другими словами: согласно яacobсской констелляции, для уголовного права гражданского общества превентивное сохранение действия нормы предстаёт именно как *ultima ratio*. В отличие от этого истинно социально решающее значение придаётся *перманентности* интеракции и применению интеракционных особенностей, которые значительно должны выходить за рамки «символической интеракции»<sup>777</sup> в яacobсском понимании: не то, что субъект не признаёт действие нормы по объективному масштабу<sup>778</sup>, следует рассматривать как центральный предмет обвинения, а то обстоятельство, что он игнорирует наказуемость противоречия норме и, прежде всего, метаинструментальные последствия (= надобность наказания), возникающие по объективному масштабу вследствие нарушения нормы для функционирования общества (кстати, и санкция – часть нормы).

То, что субъект в дальнейшем этими последствиями в рамках уголовно-правовой ответственности сам же обременяется, представляет собой вид «устранения вреда действию нормы», который именно в той же мере, как превентивное сохранение действия нормы, не может проявляться ниже актуального уровня, ибо как должно осуществляться общество по объективному масштабу, зависит не от «тоталитарных проектов» «смысла», целенаправленно злоупотребляющих социальностью – где уже дезавуирование нормы может приниматься за дефиницию, отображающую противоречие норме слишком узко. Это, с другой стороны, есть плоскость, порождающая существенное специфически *уголовно-правовое* различие между «только-формальной» «виной» («лишённого всякой ценности» порядка) и материальной виной<sup>779</sup>.

<sup>777</sup> Jakobs, Norm, 2. Aufl., 1999, стр. 98 cc; ders., Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 88.

<sup>778</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 34.

<sup>779</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 26 с и passim.

Без перехода на тот же интеракционно решающий контекст в гражданском обществе также однозначно оказывается вне понятия самого преступления толкование того, почему не имеем дело с преступлением при каждом виновном противоречии норме. Развиваемая наказуемостью в первом аспекте функция, прежде всего, состоит в *конкретизации* неприемлемости нормативно релевантного поведения, и исключение данного момента из общественной «схемы анализа мысли», соответственно, не под силу ни одной теории релевантного в уголовно-правовом отношении поведения.

Хотя главный вывод наиболее наглядно выделяется не в последней указанной последовательности более или менее существующих в каждом обществе различий, а в сфере идентичности, которая истинно социально – мнимая идентичность. Ведь убийство или незаконное лишение свободы и др. предстаёт не только в уголовном праве в качестве «деяния», а всегда встречается и в пре- или внеюридически регулируемых социальных отношениях. Из перспективы натуралистических или квазисоциальных понятий деяния это вечно уже «идентичные деяния», которые, правда, вызывают разные, т. е. системно-специфически профилированные реакции – однако в силу чего, если наказуемость ничего не привносит в конкретизацию социальной неприемлемости?

И на основе односторонней «коммуникации» здесь нечем щегольнуть: «отношение к действию нормы»<sup>780</sup> – в частности той же нормы вне зависимости от того, называется ли она одновременно, между прочим, «этически-нравственной» нормой морали и «уголовно-правовой» – как в одной, так и в другой сфере должно наличествовать. То, что здесь налицо «идентичное» деяние, не вызывает сомнений. Этим наказуемость, прежде всего, по-прежнему остаётся сугубо внешним признаком преступления, так как само понятие как «непризнание действия нормы» ею может быть атрибуировано только апостериорно. Каждой такой апостериорной констатацией, будь это, в свою очередь, в отношении «уголовно-правового несовпадения» или «уголовно-правовой вины»<sup>781</sup>, на систематической арене выделяется только дидактика, в частности структурно-техническая продолговатость по существу исчерпанного понятия деяния.

<sup>780</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 34; cp. ders., Strafrecht AT, 6/3.

<sup>781</sup> Lesch, Verbrechensbegriff, стр. 210.

**Социологизмы**

Одна из главных особенностей интеракции, в отличие от этого, состоит в том, что она ведёт к следующему познанию: *в плоскости общественно релевантного нет принципиально идентичных акций с принципиально неидентичными реакциями*, так как ни один партнёр интеракции не может здесь агировать без отношения к реакции (в данном случае – к наказуемости) и тем самым без её отображения в своей акции, а каждая уголовно-правовая акция по своему полному содержанию может определяться только как *системный продукт интеракции*.

Таким образом, если бы дело не касалось дидактики, где Якобс присоединение вины к понятию деяния связывает с тем, что уголовное право не реагирует на неправду, а касалось бы по меньшей мере интерактивной коммуникации и её реляционного аспекта, в частности в противоположность информативно ориентированным моделям коммуникации<sup>782</sup>, содержание «выражения смысла» не могло бы сводиться к «непризнанию действия нормы». В таком случае не «коммуникация» является решающей (здесь: плоскость нормативного разочарования), а «коммуникация о коммуникации» (в том же контексте: тематизация наказуемости), т. е. не содержательный аспект коммуникации, а аспект отношения (реляционный аспект) коммуникации, так как «(...) каждая коммуникация имеет аспект содержания и отношения, в таком виде, что последний определяет первое и в силу этого является метакоммуникацией»<sup>783</sup>. Ничего не меняется вместе с тем в пользу нормативного подхода и, следовательно, против всё ещё молчаливо подразумевающегося функционального начала с учётом апелляционного аспекта коммуникации<sup>784</sup>, т. е. с учётом того, чего пытается достичь «участник коммуникации» «выражением смысла».

Впрочем, к чему стремится делинквент пренебрежением вытекающими из разочарования нормативного ожидания метаинструментальными последствиями: скажем, к навлечению наказания? Индивидуально-психически, конечно же, нет. Более того: согласно психологизированной точке зрения, пренебрежение этими последствиями уже в случае неосторожности контрпродуктивно. Однако индивидуально-психические масштабы так же не мо-

<sup>782</sup> См.: K. Merten, *Kommunikation. Eine Begriffs- und Prozeßanalyse*, Opladen, 1977, стр. 93 с; G. Meggle, *Grundbegriffe der Kommunikation*, 2. Auflage, Berlin, New York, 1997, стр. 264 сс.

<sup>783</sup> Watzlawick et al., *Menschliche Kommunikation*, стр. 56.

<sup>784</sup> См. *ibidem*.



гут быть актуальными, как это должно иметь место только в нормативной программе; а институционально компетентная интеракция всегда протекает строго в соответствии с объективным масштабом. Даже если это лишь процессуально-технически не отображается в факте «делинквирования», последствия деяния партнёра интеракции в вышеуказанном смысле представляют собой высокоточную противоположность того, что представало бы в качестве предмета стремления субъекта как свободного от обязанностей индивида – в виде правила без исключений. Иначе мы не имели бы дело именно со взаимоориентированными деяниями, т. е. с интеракцией.

Где, таким образом, односторонняя «коммуникация» в рамках дидактического по своей сути «ступенчатого» («стадиального») анализа уголовного права – в лучшем случае! – капитулирует перед формально-правовыми фрагментами, интеракция своей предпосылкой предполагает общую продолжительность материально-правового аспекта. Соответственно, делинквируют и наказывают не просто в смысле нормативного разочарования, а в смысле разочарования интеракционно актуального ожидания, ожидаемого от партнёра интеракции в случае нормативного разочарования.

Иными словами, в гражданском обществе не существует прямой логической связи между (виновным) дезавуированием действия нормы и наказанием, ибо как уголовно-правовое отношение вообще не может исчерпываться деликтным поведением, оно здесь так же не может возникать вследствие деликтного поведения, а может лишь истинно социально развиваться, т. е. специфически продолжиться. Однако ввиду чего дело касается развития или совершенно генерально: продолжения, а не просто инициирования, об этом подход, *унилатерально-апостериорно* тематизирующий наказуемость, лишь внешне атрибутирующий ей понятие преступления, ничего не свидетельствует. Односторонне-«коммуникативные» позиции, другими словами, представляют собой *социологизмы*, и здесь направляющий вектор так же не может кристаллизироваться во всяких социологизмах, как это имело место в случае натурализмов. Полноценное распознавание специфически уголовно-правового в интеракционной программе – задача интерперсонального resp. функционального понятия деяния. С точки зрения тем более принципиального различия, в частности между коммуникацией как правами и обязанностями существенно ненаделяемой интеракцией и правоотношением как институционально компетентной интеракцией следует выделить следующее:

*«выражения смысла», «позиции (отношения)» или «обмен мнениями» в мире свободного выражения мысли не могут быть предметом наказания.*

## «ФУНКЦИОНАЛЬНОЕ» ПОНЯТИЕ ВИНЫ

**Вина как «дериват  
общей превенции»**

Общая формула решения, между прочим, не может быть вытекаема из «комбинирования» нормативного

понятия деяния с «функционально» выстроенным понятием вины. Как актуальное здесь нормативное учение о деянии не может инкорпорировать, например, онтологически конципированное понятие вины<sup>785</sup>, оно так же не в силах инкорпорировать любую функционально воспринимаемую вину. Функциональной нагрузки нормативное начало по определению не выдерживает, ломается. Здесь, соответственно, налицо категориальная несовместимость стандартов вины со стандартами деяния, т. е. «функциональное» понятие вины напрямую торпедирует нормативное понятие деяния, что, в свою очередь, указывает на то, что уголовно-правовая доктрина Якобса не есть единая программа, а состоит из витающих осколков.

Понятие вины, по Якобсу, указывает «как минимальное содержание, что субъекту вменяется; этим установлено, что дело касается не только исследования причинности. Однако к чему подходят причинно и к чему – нормативно, об этом понятие вины молчит; оно является формальным понятием и не определяет даже того, что, следовательно, следует воспринимать как существующее данное и что отделяется от субъекта как эвентуально его (ошибочное) достижение. *Только цель придаёт понятию вины содержание*»<sup>786</sup>, которая, в свою очередь, кристаллизуется в *позитивной общей превенции*, в частности «в смысле обеспечения тех ожиданий, в устойчивости к разочарованию которых порядок нуждается для самосохранения», т. е. в смысле «поддержания общего признания нормы», с точки зрения «подтверждения доверия к адекватности нормы»<sup>787</sup>.

Таким образом, понятие вины «должно *конструироваться* функционально, т. е. как понятие, создающее потенциал упорядочения по определённому принципу упорядочения (в соответствии с надобностями цели наказания) для общества определённой конституции»<sup>788</sup>. На эту цель, развиваю-

<sup>785</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 33.

<sup>786</sup> Jakobs, Schuld und Prävention, стр. 14.

<sup>787</sup> Ibid., стр. 24, 32; ders.: Strafrecht AT, 1/4 cc, 17/22; Schuldprinzip, стр. 25.

<sup>788</sup> Jakobs, Strafrecht AT, 17/22.

щуюся в качестве конститутивного признака понятия, вина не оказывает лимитирующего влияния (она здесь как «дериват общей превенции» ограничивает «необходимое для специальной превенции наказание» как цель, расположенную вне понятия), и «вина, в которую вошла цель, конституирует наказание», в частности не специально «для устранения вины», а в смысле «поддержания порядка» или «практицирования преданности праву»<sup>789</sup>.

**Конкретика  
дисфункциональности**

Соответственно, «полноделиктное поведение или виновное поведение наличествует только тогда, если для нейтрализации посягательства имеет место утверждение компетентности субъекта в предотвратимости и подтверждается адекватность доверия к норме»<sup>790</sup>. Что в общих чертах означает следующее: «Вина дана, если для обработки конфликта необходимо наказание; и она дана в той мере, в какой существуют подобные (общепревентивные) потребности стабилизации нормы»<sup>791</sup>.

Исходя из этого, очевидно, что «функциональное» понятие вины из перспективы понятия деяния ведёт к расширению актуального здесь контекста. Однако виновность и наказуемость не являются одним и тем же признаком преступления, и что теоретически наиболее важно – это понятие деяния, реально достигающее наказания. То, чего наряду с этим, прежде всего, касается дело, есть ли уголовное право как таковое и ни само негативное течение уголовно-правового отношения, равно как ни негативирование компонентов деяния превентивными масштабами. За исключением формализации превенцией, эта позиция Якобса, с другой стороны, в строгом понимании может выходить даже за рамки самого Роксинско-Якобсского формального функционализма. Однако дело касается не этого, а следующей дисфункциональной общей картины: развитое до примыкания смысла к норме нормативное понятие деяния никогда не может представить в виде собственного качества «функциональное» понятие вины, имеющее своей предпосылкой надобность наказания.

<sup>789</sup> Ibid., 17/18 (сн. 45); ders., Schuld und Prävention, стр. 32 с.

<sup>790</sup> Ibid., стр. 31 с.

<sup>791</sup> W. Frisch, Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, München, 2001, стр. 246.

**Негативная коллективная вина** С другой стороны: «функциональная» вина Якобса – это *негативная коллективная вина*, которую он позитивно не признаёт. Понятие вины, в которое а) (лимитирующе) вносится цель общей превенции и которое б) отграничивается от цели специальной превенции (цель специальной превенции «вне понятия вины»), равно как в) в таком виде *конституирует* наказание, по своей сути есть не индивидуальная вина, а именно негативированная коллективная вина. Непоследовательный смысл данного понятия: каждый может делинквировать сколько угодно, если все законопослушны. Иначе говоря, внимание здесь фокусируется *на всех за пределами деликта, кроме делинквента в пределах деликта*. Например, предупреждению тоталитарных режимов это вряд ли может служить, скорее, наоборот: налицо парадигма тоталитарного мышления.

## ФОРМАЛЬНО РАЗУМНАЯ ЛИЧНОСТЬ

**Формализация личности**      В виде вышепредставленной конкретизации яacobсского метаинструментального понятия личности ещё не всё сказано о том, «остаётся ли личностью» «участник коммуникации» собственно и как делинквент (или «в качестве реакции на его поведение следует лишить его персональности») <sup>792</sup>. Наряду с этим дело главным образом касается того, представляет ли собой функционализация релевантных с точки зрения деяния масштабов только формальный коррелят нормативной основы, – как это может показаться на первый взгляд, – т. е. решается ли вопрос исчерпывающе уже в контексте самой нормативности или, возможно, всё-таки имеем дело с теоретической неминуемостью.

«Действительной личностью» в рамках учения о деянии Яacobса понимается «участник коммуникации», поведение которого проявляется как «соответствующее норме» <sup>793</sup>. Вместе с тем противоречие норме есть «не просто ошибка личности; потому как личность определяется своей мотивацией к верному поведению. Однако она также не может рассматриваться как окружающая среда общества, как природа – природа не делинквирует. А дело по определению – и в этом смысле – формально касается персонального поведения (...), хотя по содержанию – поведения в окружающей среде общества» <sup>794</sup>, т. е. «противоречие норме в прямом смысле создаёт двусмысленную ситуацию: формально дело касается общества, но его границы проводятся по-новому» <sup>795</sup>. В соответствии с этим вменяется «*формальной личности*» <sup>796</sup>, понятой как «пригодное для личности, но нереализованное существо» <sup>797</sup>. Это воззрение Фихте, согласно которому, вследствие нарушения нормы личность вообще теряется, т. е. «двусмысленность каждого нарушения нормы устраняется не стабилизацией данного общества, а его сок-

---

<sup>792</sup> Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 100, 102.

<sup>793</sup> Ibid., стр. 99.

<sup>794</sup> Ibid.; ср. ders., Individuum und Person, стр. 259.

<sup>795</sup> Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 100.

<sup>796</sup> В то же время с отсутствием материальной персональности нормативное учение, м. п., связывает возможность необходимой обороны: *ibid.*, стр. 102.

<sup>797</sup> Ibid., стр. 82 сс.

ращением», у Якобса, как намекалось, отвергается<sup>798</sup>. Таким образом, общество рассматривает деяние «не как природу» («нарушитель нормы вне общества»)<sup>799</sup>: «Поведение нарушителя нормы показывает противоположное действительного общества, и с ним его связывает только то, что оно претендует на действующего как на личность – именно поэтому сохраняется его персональность, его деяние выражает смысл, хотя в обоих отношениях – только формально»<sup>800</sup>.

**Промежуточная контраргументация**      Прежде всего, следует выделить, что деяние не может приводить ни к формализации персональности субъекта, ни к её лишению. Было бы это иначе, каждый субъект вследствие каждого (уголовно-правового) деяния, характеризуя генерально, был бы свободен от обязанностей (так как и формальная персональность в якобском смысле – не что иное, как феномен, конституированный именно нарушением обязанности). Так, например: если бы действительность личности не была возможной после нарушения обязанности, то лицо, создающее опасность здоровью или жизни другого лица в дорожно-транспортном движении, не могло бы с интеракционно релевантной точки зрения выполнить обязанность в соответствии с §323 (в) УК ФРГ (неоказание помощи)<sup>801</sup>. Ибо чьё поведение выражается в соответствии с требованиями нормы, как раз и есть действительная личность.

Тем не менее не это здесь главное, т. е. не выполнение обязанности (или возможность выполнения обязанности), а наоборот: в указанном или любом другом случае «только-формальная» личность по той же причине – т. е. в силу того, что конституируется нарушением обязанности и поэтому не может быть мыслима в качестве адресата обязанности – и вообще не могла бы делинквировать.

В ещё более широком аспекте даже сама постановка вопроса об отрицании или формализации персональности принципиально исключается, как в уголовно-правовом отношении, так и в любом другом отношении. А именно: до вельцелевско-якобсского<sup>802</sup> – между прочим, интеракционно весьма про-

<sup>798</sup> Ibid., стр. 101 с.

<sup>799</sup> Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 103.

<sup>800</sup> Ibid., стр. 102.

<sup>801</sup> Подробнее Lackner/Kühl, StGB, § 323 (в/8); см. также BGHSt 21, 50/55.

<sup>802</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 30 с.

дуктивного – понятия «равного»<sup>803</sup> существует равенство в сфере субъективных прав, в частности в каждом категориально возможном контексте, которое ведь также по определению должно относиться к плоскости действительной, хотя как таковое ещё не «полной личности»<sup>804</sup>.

То, чего при этом – правда, только – интеримистски может касаться дело, есть всего лишь (*эфемерно*) *относительная общность личности*, которая в своей действительности деянием здесь становится нехарактерной, точнее, *несамобытной*. – Более того: уголовно-правовое деяние каждого отдельного партнёра интеракции действительность всех остальных личностей делает зависимым от *наказуемости осуществлённого поведения*, так как личности существуют в обществе не как в таковом, а только в том понимании, в котором оно функционирует как система интеракции. Что касается вытекающего отсюда объективного вменения с учётом его «общности» как такового, и в учении о деянии Якобса представлена та же ситуация, и всё-таки эта параллель маскирует сложно унифицируемые контрасты, которые, между прочим, свидетельствуют, почему не может исчерпываться вопрос скицированным здесь промежуточным решением.

В рамках развитой в концепции Якобса аргументации в то же время для вменения «только формальной персональности (равно как только формальной разумности)» недостаточно, «потому как только формальная личность (только формально разумный) так же не смог бы адекватно связать смысл с вменением, как он до этого не смог адекватно связать смысл с нормой»<sup>805</sup>. Следовательно, касалось бы дело «только формальной персональности», решающим, как наиболее наглядная иллюстрация, было бы именно положение Энгиса, согласно которому «кто в момент осуществления деяния перешагивает угрозу наказания, тот впоследствии не может поддаваться воздействию и исполнением наказания»<sup>806</sup>. Понятие «формальной» или «формально разумной личности», другими словами, сугубо или точнее: эксклюзивно юридико-философское понятие, на которое основополагающие масштабы уголовного права вряд ли могут опереться<sup>807</sup>. Она не только не мо-

<sup>803</sup> См. относительно данного понятия также Lesch, *Verbrechensbegriff*, стр. 223.

<sup>804</sup> *Ibid.*, стр. 27.

<sup>805</sup> Jakobs, *Norm*, 1. Aufl., стр. 82.

<sup>806</sup> К. Engisch, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, Berlin, 1965, стр. 58.

<sup>807</sup> Иначе Lesch, *Verbrechensbegriff*, стр. 211.



жет наказываться, как прямо указывает и сам Якобс<sup>808</sup>, а она также, как было показано, не сможет «делинквировать» даже в нормативно решающем смысле.

**Перманентность  
против формализации**

Прежде всего, здесь не придаётся приоритетное значение истинно социальной перспективе. Так как фокус перспективы формируется именно тем, что нарушение обязанности порождает дальнейшую обязанность, которая должна выполняться со стороны нарушителя нормы (не был бы делинквент обязан отбывать наказание, не наказывался бы за побег [ст. 313 УК РФ]), т. е. разочарование нормативного ожидания конституирует последующее интеракционно релевантное ожидание, которое, в свою очередь, формируется и поддерживается не, скажем так, односторонне-утилитарно, а которое интеракционно ожидается самим разочарователем. Что в соответствии с этим проявляется в деликтном поведении, есть не «упрямый индивид», «не предоставляющий личности возможность долгосрочной действительности»<sup>809</sup>, а именно действительность личности в её бесконечности, *которая в качестве субъекта деяния конституируется не нарушением обязанности как таковым, а – вытекающей отсюда – обязанностью ответственности*. То же, что, другими словами, формирует личность как адресата наказания, создаёт первооснову её восприятия как субъекта деяния.

Непрерывность данного статуса, откуда никто, следовательно, и делинквент, не может исключаться, представляет собой *генеральную перманентность институциональной компетентности*, на которой в уголовном праве основывается генеральная перманентность материально-правового отношения. С другой стороны и в выделенном здесь контексте главным образом с этой точки зрения уже каждый осуждённый – действительная личность, в частности не (только) в силу того, что он не может делинквировать, а потому, что может делинквировать в любой момент, чем из рассматриваемой перспективы основной упор делается на следующем: нарушающий норму остаётся институционально компетентным, т. е. должен мотивировать себя к «адекватному поведению» как по поводу нарушения обязанности, так и вопреки нарушению (т. е. остаётся «компетентным с точки зрения достаточной правовой

<sup>808</sup> Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 104 с.

<sup>809</sup> Ibid., стр. 82.

преданности»<sup>810</sup>), как в пределах дальнейших обязанностей, так и за пределами уголовной ответственности<sup>811</sup>.

Действительной личностью, соответственно, является *каждый интеракционно определённый носитель обязанностей (равно как субъективных прав)*, т. е. «коммуникативно компетентный адресат прав и обязанностей»<sup>812</sup>. Её действительность проявляется не только в соответствующем норме поведения, а в то же время – что необъяснимо в смысле релевантных с точки зрения понятия деяния только-негативных масштабов – и в деликтном поведении, порождающем обязанность, в соответствии с которой субъект обременяется вызванными им метаинструментальными последствиями, и именно с этой обязанностью партнёра интеракции корреспондирует право государства на наказание.

В уголовно-правовом деянии, где оно вообще концептуализируется как полноделиктное поведение, дело в лучшем случае касается не только безответ-

---

<sup>810</sup> Jakobs, Individuum und Person, стр. 263.

<sup>811</sup> Тезис Якобса, согласно которому «осуждённый вне пенитенциарного учреждения уже не может совершать деликты» (Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 88), вместе с тем не пронзает поверхность проблемы. Из перспективы теоретически актуальной общей проблемы – это в противоположность вышеуказанному общественно чуждая гипотеза, при которой специальная превенция (см. *ibid.*, стр. 88 с) ошибочно приоритизируется в отношении устранения вины, т. е. исходным в случае делинквента, лишённого свободы, является мнимое доминирование (и если нет, то что иное?) «опасного индивида» (*ibid.*, стр. 89) над его персональностью, ограничивающейся в уголовно-правовом отношении деликтами, совершаемыми в изолированном от общества состоянии. Ибо если адресат лишения свободы сбежал из места лишения свободы, этим он никогда не оказывается за пределами уголовно-правового отношения, что – именно только – из перспективы непрерывной институциональной компетентности как из истинно социальной перспективы не может быть иначе. Более того: здесь ни в коей мере ничего не меняется и в случае наказуемого автономного освобождения, т. е. когда делинквент «сбежал насильственно», а в обоих случаях он остаётся адресатом нормативных ожиданий, что означает, что он, конечно же, может как любой деликтоспособный субъект делинквировать «вне пенитенциарного учреждения». Соответственно, вытекающий с необходимостью из нарушения нормы дефицит социального (правового) доверия порождает лишь формальную оговорку в плоскости обязанностей, который, в свою очередь, безусловно только наказанием бесследно не может искореняться, а наряду с этим должна содействовать и интеракционно ожидаемая мотивация к законопослушанию. Именно в силу этого, например, в случае рецидива дело не доходит до нагого превентивного заключения, а до превентивного заключения *наряду* с наказанием в соответствии с § 66 УК ФРГ, и он находит *отягчающее ответственность* проявление не чисто инструментально, а именно метаинструментально: *в силу злоупотребления доверием, оказываемым вопреки указанному дефициту*. Иначе общество, идентифицирующая себя истинно социально и ориентированная на институциональную перманентность, не могло бы организовываться.

<sup>812</sup> Jakobs, Individuum und Person, стр. 266.

ственного отношения к норме или исходящей из этого обязанности и в этом смысле просто ответственного как такового, стигматизированного как безответственный, а решающим истинно социальным представляется то, чтобы делинквент в пределах самого деликта осмыслялся как перманентно и необратимо ответственный, т. е. то, чтобы *вменялось в смысле непрерывности институциональной компетенции*.

Так как в обществе, в котором, например, смертная казнь уже давно упразднена и которое не ориентировано на абсолютную изоляцию делинквента от общества, вернее, не обращается с ним только как с психофизической системой, а наделяет его правами, так же как, между прочим, обязанностями, помимо этого, не исходит из подобных преимущественно превентивных видов наказания, выстраиваясь истинно социальным – в таком обществе и уголовное право может исходить только из интеракционно сформированного понятия деяния, сущность которого определяется *(максимально конкретизируемой) продолжительностью ответственности*. Наряду с этим охватываемый деликтным поведением «смысл» не есть только «формальный смысл»<sup>813</sup>, а такой, который ведёт к институционально компетентной интеракции: (истинно социальное или истинно юридически сформированное) *общество – это непрерывный процесс*, и увеличительной лупой тут нормативное понятие деяния служить не может.

---

<sup>813</sup> Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 102.

## ПРЕВЕНТИВНЫЙ «ФУНКЦИОНАЛИЗМ»

**Действительность общества**      Вернёмся к аспекту, тематизированному до самой плоскости наказания в концепции Якобса: «Персональное поведение хотя и является телесным поведением, но со значением коммуникации о нормах. На такое поведение не удаётся реагировать только-внешне, только-телесно, а лишь видом выражения с коммуникативным значением»<sup>814</sup>. Наказание как лишение делинквента «средств развития» или «интеракции»<sup>815</sup> вместе с тем, как выделяется уже из вышеупомянутых моментов, осуществляется «не потому, словно нарушающий норму не является личностью; не был бы он личностью, было бы очевидно, к чему следовало бы прибегнуть: к целесообразному для предотвращения повторений и ни к чему более. Оно же в отличие от этого осуществляется потому, что преступник – личность, но содержание его поведения не может быть ориентиром (...)»<sup>816</sup>.

*Качество*, что «участник коммуникации» не может быть ориентиром для «формального смысла» отображается уже и нормативной плоскостью как таковой<sup>817</sup>, так как в противном случае нарушение нормы не могло бы быть разочарованием, из самой нормы невозможно было бы производить ожидание<sup>818</sup>.

Таким образом, для наказания остаётся именно только превентивная функция, уступающая «формальному смыслу» нарушающего норму настоящее «коммуникации», а действительность общества, в свою очередь, отождествляющая с сохранением социальных возможностей интеракции как таковых: в силу того что значение релевантного с точки зрения нормы поведения «объективировано не просто символически», а «окружающей средой, сформированной уже после утверждения личности», «изолированное толкование, что деяние не является направляющим, было бы слабее объекти-

---

<sup>814</sup> Ibid., стр. 103.

<sup>815</sup> Ibid., 103 с; ders.: Strafrecht, стр. 29 сс; Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 91.

<sup>816</sup> Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 104.

<sup>817</sup> Ср. E. Schmidhäuser, Über Strafe und Generalprävention, in: Festschrift für Ernst Amadeus Wolff, Berlin, Heidelberg, New York, 1998, стр. 448.

<sup>818</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 42 и passim.

вировано, чем само деяние: как деяние окончательно формирует окружающую среду личностей (или иницирует это), так же должна формировать её и реакция на деяние, создавая эффективно невозможным разделение смысла и тем самым вечно внедряясь во внешний мир»<sup>819</sup>.

Однако то, что дело не может исчерпываться в смысле *превентивно предлагаемой* «коммуникации», выделяется уже и тем, что в этой ситуации каждое будущее деяние концептуализировалось бы не как «коммуникативно релевантное выражение смысла», а только как *контрпревентивная* «позиция» «участника коммуникации». Данный раскол понятия деяния, в свою очередь, не подтверждает действительность общества, а ставит её именно под сомнение. Чем обусловлена вся несоразмерность?

**Социология конфликта**      Уголовное право не представляет собой внешний инструментарий, а является составной частью интеракционной системы. Если назначение наказания исчерпывается в том, чтобы исключить социально ошибочный смысл деликтного поведения как ориентир, то это свидетельствует о том, что *само* разочарование социально не нейтрализовывается. Это по своему существу всего лишь социология конфликта. *Урегулирование социального конфликта* и тем самым подтверждение действительности общества, в отличие от этого, возможно только наказанием *как устранением вины*, не как превенцией. Не формально-превентивно обеспечивается в уголовно-правовом отношении продолжительность социальности, а она проявляется только в устранении вины как в упорядочении социального конфликта, что на данном этапе означает, что вызываемая преступлением на контракцию система не может исходить в отношении наказания из позитивной общей превенции.

Допустим, «убеждение, что норма действует» или «что попорченное деянием действие нормы вновь консолидируется наказанием»<sup>820</sup>, внешне создаёт в традиционном смысле впечатление «элиминации интеллектуального вреда, вызванного преступлением»<sup>821</sup> или обеспечивает «минимум права» как таковой; однако устранение вины и «прививка правовой преданности» – принципиально разные моменты, и последний из них институционально компетентную интеракцию непрерывно не продолжает: дело в том, что «при-

<sup>819</sup> Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 105; ср. ders., Staatliche Strafe, стр. 29.

<sup>820</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 27.

<sup>821</sup> Ibidem.

виваемые» не указывают на актуальную картину социальности, так как где нет правовой преданности, там общество не осуществляется.

Следовательно, «измена праву» как вина и «введение в правовую преданность» как цель наказания<sup>822</sup> в лучшем случае представляют эскизный ход уголовно-правового отношения, которого истинно социально не существует. Наряду с этим то, почему вообще должен влиять на «готовность к выполнению нормы» «дефицит преданности праву» отдельного или «недостаточная правовая преданность» как таковая<sup>823</sup>, можно рассматривать только в качестве открытого вопроса<sup>824</sup>, и наоборот: универсальная правовая преданность не зависит от того, делинквирует отдельный или нет, чтобы тот общепреентивно привлекался к ответственности. Впрочем, здесь это не ключевой момент.

В истинно социально конституированном понятии деяния, с точки зрения вины, изолированно взятая правовая преданность субъекта («в отношении легитимных норм»)<sup>825</sup> никогда не может быть видима, а эта негативность характеризует вину в более широком понимании, в котором она может на-

---

<sup>822</sup> Jakobs: Schuldprinzip, стр. 25, 27, 35; Schuld und Prävention, стр. 24 сс.

<sup>823</sup> Хотя см. BGHSt 24, 40/44 сс.

<sup>824</sup> Прежде всего, это наглядно выделяется в следующей полемике Якобса с понятием субъекта деяния Гегеля: «Представленным Гегелем (...) контекстом, словно из «действия» нарушителя нормы «как разумного» исходит, что «он формирует закон», «под который, следовательно», возможна «как под собственный закон его субсумация», не может руководствоваться ни одна теория наказания; так как нарушитель нормы в своей только формальной разумности – в здешней терминологии: как только-формальная личность, выражающая такой смысл – не в силе навязывать обществу, как надлежит поступать» (Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 108), однако именно в силу этого не может обуславливать необходимость «введения других в правовую преданность», а именно когда дело касается *функционирующего* общества. С другой стороны, здесь решающими как раз являются параллели: «постулирование деянием» «закона» и «деяние» как «выражение смысла с содержанием, что (рассматриваемая) норма не представляет собой направляющий ориентир» (Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 35 с) одинаково свидетельствуют о конкурирующем с нормой «проекте мира», т. е. в уголовно-правовом отношении обе модели являются только-негативным понятием деяния, и только-негативное «деяние» может проявляться только и эксклюзивно вне общего или вне общественно релевантного в своей перманентности. Хотя если при этом мы имели бы дело с «действием» преступления в случае его не-«устранения» (G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Sämtliche Werke, Bd. VII, 3. Auflage, Stuttgart, 1952, § 99) или с без-«действием» нормы в условиях недостаточного «дистанцирования» от делинквента (Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 106 сс), истинно социально – одно и то же.

<sup>825</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 26 с, 29.

личествовать и вне всякой связи с наказанием, и, прежде всего, в теории вины Якобса, как было показано выше, дело в основном до этого не доходит.

Однако функционально сформированное понятие вины, которого при данных обстоятельствах касается дело, не может осмысляться как «дериват позитивной общей превенции», а вина – это *вклад в генеральную перманентность институционально компетентной интеракции*, в частности с точки зрения корреляции с определённым *в том же качестве* наказанием. Вместе с тем эта связь между виной и наказанием в конструированном общественно-теоретически понятии деяния декодируема лишь в той степени как *функциональная* смысловая связь, в какой наказание устраняет вину в широком смысле как «дефицит правовой преданности», т. е. именно только из той перспективы, которую концепция Якобса отвергает<sup>826</sup>.

Другими словами, был бы этот метаинструментальный «дефицит» в уголовно-правовом отношении неприкасаем, а наказание было бы конструируемо чисто проспективно, мы бы не имели дело с *интеракцией*.

**Обвинительный вердикт** От данной «правовой измены» в уголовном праве и там не удаётся абстрагироваться на полицейско-правовой или иной лад, где не применяется наказание, а предпосылкой отрицания уголовно-правовой реакции может представлять обстоятельство, что она расценивается устранённой, в частности в обвинительном вердикте как таковом. Так как «выпадение» («самоувольнение») из социальности, с чем бы мы в противном случае имели дело, общественно-теоретически не имеет действительности. Также не наличествует в таком случае исчерпывающе развитое понятие вины, а вина в данном контексте остаётся воспринимаемой только в широком смысле, который никак не соприкасается с генеральной перманентностью уголовно-правового отношения, потому как *действующий в широком смысле* в отношении осуществлённого деяния находится вне пределов уголовно-правового отношения.

Таким образом, если оставаться при уголовно-правовой вине или уголовно-правовом деянии в широком смысле, в этом исключительном случае плоскость интеракции недостижима, так как она проявляется только в симметричных акциях. Дифференциация между «значением наказания», «противоречием противоречию (норме)» и «целью наказания» как «причинением бо-

<sup>826</sup> Jakobs, Schuld und Prävention, стр. 33.

ли» в смысле «когнитивного упрочения» «противоречия»<sup>827</sup> ещё отнюдь не приводит к принципиальному повороту в направлении истинно социального. Например, упрёк, согласно которому «когнитивное обеспечение действия нормы»<sup>828</sup> потому не может достигаться наказанием, что его с учётом самого обвинительного вердикта следует считать удовлетворительно наличествующим<sup>829</sup>, сам же весьма уязвим<sup>830</sup>, и даже если это было бы иначе, из этого всё же не результировала бы ориентированная на развязку разница<sup>831</sup>. Иначе обстоит дело с первым аспектом, т. е. с тем, что здесь следует «когнитивно упрочить».

«Противоречие противоречию норме» (якобсская вариация гегелевской «негации негации») вместе с тем не может опираться<sup>832</sup> в качестве исходного момента на устранение «вреда действию нормы», а именно односторонне-«коммуникативно» (причём, между прочим: нарушающий норму должен мочь приобщиться<sup>833</sup> к «значению» [«принуждения наказания»] или «ответу на деяние»<sup>834</sup>), ограничиваясь постулированием того, что дезавуированная делинквентом норма действует<sup>835</sup>. В силу этой причины впоследствии вопрос об «упрочении противоречия» как о «цели наказания» вообще встаёт на повестку дня. Таковую односторонность «утверждения», направленного против «проекта мира» делинквента, как уже индцировалось, проявляет вменение каждой вины<sup>836</sup>, в частности в той мере, что здесь и в случае исключённого или упразднённого наказания ничего не меняется. Однако чего в этой плоскости не достаёт – это интеракционно решающий облик «противоречия», направленного против дезавуирования (действия) нормы.

---

<sup>827</sup> Jakobs, Staatliche Strafe, стр. 29 сс.

<sup>828</sup> Ibid., стр. 29.

<sup>829</sup> J. Bung, Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person, in: H6chststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 2/2006, стр. 67.

<sup>830</sup> См. уже Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 104 сс.

<sup>831</sup> А, как выделялось, решающе то, может ли в простых «интенсификациях» данного вида вообще кристаллизироваться истинно социальное.

<sup>832</sup> Так, однако, Jakobs, B6rgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 91.

<sup>833</sup> Выделяется ли тем самым вновь чистая провизорность (Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 82) «формальной персональности», возникающей из односторонней «коммуникации», т. е. проявляется ли понятие «формально разумной личности» только как вспомогательное понятие – отдельный вопрос.

<sup>834</sup> Ibid., стр. 88.

<sup>835</sup> Jakobs, B6rgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 91.

<sup>836</sup> Ср. Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 105.



Только в исключительных случаях, где метаинструментальные последствия наказуемого деяния блёкнут, они, как отмечалось, могут считаться устранёнными уже в обвинительном вердикте, и азбучное взаимоотношение вины и наказания здесь однозначно нарушено, в частности вина как упречность или упрёк не конституирует наказание, а наказание при данных обстоятельствах как раз излишне. Во всяком случае, что наиболее важно, на уровне искоренённых метаинструментальных последствий, т. е. на уровне устранённого «вреда действию нормы» не существует социального конфликта, в которое государство, с какими бы то ни было гарантирующими «действие нормы» амбициями, могло бы интервенировать, а оно может только допустить развитие. Соответственно, устранение вины делает недопустимым апостериорное, превентивно исчерпанное, так же как иное «когнитивное обеспечение» «действия нормы», а включает его в интеракционно релевантном виде самым естественным образом.

**Потрясение правовой действительности** Иными словами, дело отнюдь не касается общества затаившихся в ожидании правонарушений «участников коммуникации», где решающим был бы лишь «эффективный разрыв связи», а партнёры интеракции *функционально способного, способного к перманентности* общества сами же представляют собой тех, для кого нарушение нормы как раз неприемлемо, и та особенность, которая здесь выделяется, есть ожидание устранения вины. Не разочарование в делинквенте породило бы в этом контексте надобность «исключения связи», а *разочарование указанного ожидания со стороны общества*. В отличие от деликтного поведения в отношении личности делинквента эта неадекватность общества потрясает его действительность, только вследствие этого превращается сам делинквент наряду со всеми остальными партнёрами интеракции в «недействительную личность»<sup>837</sup>, так как акция, воспринимаемая в своей основе интеракционно, не анализируется идентично, в истинно социальном виде. Всякое исключение «солидарности» с правонарушителем здесь служит формальному поддержанию «общества», в котором отправной точкой уже является превентивный топос «управления».

**Растерянные индивиды** Хотя яacobское содержание деяния не подтверждается как интеракционное, а как односторонне-«коммуникативное», в его концепции не встречается критерий для комплексии, что в вышеуказанном контексте действительность общества не деградирует. Наряду с

<sup>837</sup> Ibid., стр. 82 cc, 99 cc; ders., Individuum und Person, стр. 259 и passim.

этим вырисовывается и ключевой момент, который должен наделить плотью уже индцированное коренное противоречие. Дело касается теории нормы и теории наказания Якобса, в частности в призме его теории личности: «Личности со стороны общества не управляются, а формируются, и если дело завершается формальным формированием, лишением средств телесного поведения материально соответствующее норме, где норма действительна, подтверждается как единственный ориентир. Пока это подтверждение находит проявление, для устойчивости действительности общества безразлично, наступят дальнейшие эффекты или нет»<sup>838</sup>, предотвращение которых, однако, составляет ключевую задачу позитивной общей превенции, и она со своим содержанием как «практицирование правовой преданности» или «введение в правовую преданность» развивается не где-то, в какой-то сфере изолированно от «подтверждения» приоритетности «материально соответствующего норме», а олицетворяет «исключение связи» с нарушением нормы (что означает, что действительность общества прикована к превенции, а именно к вытекающим отсюда вышеуказанным последствиям).

Как было показано: общество здесь формирует личности посредством *норм*, на основе которых само же и формируется. Если вместе с тем дело не должно касаться нормы, т. е. что касается конституции личности, как «институционализированного ожидания»<sup>839</sup>, а следует ограничиваться нормой как императивом, который «управляет» и «направляет», то в якобсском понятии личности истинно социально не было бы никакой пользы. Однако явный прорыв в плоскости нормы ни в коей мере не находит желательного развития в плоскости наказания, там данная тенденция как раз неуклонно обращается вспять: теория позитивной генеральной превенции свидетельствует лишь о том, что в истинно социально конструированном обществе «управление посредством страха перед угрозой наказания»<sup>840</sup> не может быть приемлемо, однако не отказывается от самого момента управления (между прочим, скажем, как от общего знаменателя «наказания и угрозы наказания», который должен подстраховывать «слабость норм»<sup>841</sup>), а представляет его только в очередной модальности, т. е. в вышеуказанном смыс-

<sup>838</sup> Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 106 с; к исключению абсолютной теории наказания *ibid.*, стр. 107.

<sup>839</sup> Jakobs, Tun und Unterlassen, стр. 20.

<sup>840</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 25.

<sup>841</sup> *Ibid.*, стр. 24 с.

ле или точнее: в смысле «выработки навыка соответствующего норме поведения»<sup>842</sup>.

Познания, агломерированные – за исключением момента управления мельком подразумеваемой «угрозы наказания» – в отношении понятия нормы, здесь в каждом случае нарушения нормы, влекущего наказание, смешиваются, в частности необратимо с учётом «последующих эффектов», так как дело уже касается «личностей», которые постоянно в направлении «преданности норме» более и менее эффективно управляются позитивной общей превенцией. Соответственно, в этом контексте проявляются более «растерянные индивиды», нежели «компетентные личности», т. е. концепт не отображает истинно социальную действительность.

Таким образом, общественно-теоретическое ядро теории личности Якобса выделяется как преимущественно абстрактное, которое только в том аспекте может быть истинно социально применимо, в котором наказание ещё ничего не привносит в социальность.

**Норма ≠ императив,  
наказание ≠ превенция**

В отличие от этого максимально последовательно развитый истинно социальный подход

должен подтверждать, что личности со стороны общества не управляются ни нормой, ни наказанием. Следовательно, решающей никогда не является только норма, а решающим в той же мере всегда предстаёт и наказание как институционализированное ожидание. Личностями истинно социально сконструированного общества наказание ожидается в той мере, – в частности всегда изначально, включая самого делинквента, – в какой для них неприемлемо нарушение нормы. Наказание как ожидание не иначе, чем норма, вместе с тем институционализировано как интеракционно релевантное ожидание, и в плоскости интеракции формальное противоречие противоречию норме ещё отнюдь ничего не означает. – Всякое противоречие вне наказания как устранения вины есть именно чисто формальное противоречие, к «упрочению» которого общество может прилагать лишь ложные усилия.

В последней плоскости невольно приходим только к инструментализации личностей, которая, как и любая другая инструментализация<sup>843</sup>, является истинно социально излишней, общественно чуждой инструментализацией,

<sup>842</sup> Ibid., стр. 25.

<sup>843</sup> Однако см. *ibid.*, стр. 29 с.

так как *опасность связи возникает только там, где оплашает общество, но не там, где оплашает отдельный*. Поскольку партнёры интеракции, которые, прежде всего, в общество вообще интегрируются потому, что в качестве предпосылки представлено действие нормы, и в силу этой причины могут лишь возражать против дезавуирования нормы, общество вслед за нарушением нормы не нуждается в целях «устойчивости своей действительности» в утверждении того, что адекватным является не нарушение нормы, а норма<sup>844</sup>; в противоположность этому оно (общество) продолжается в истинно социальном аспекте, активируя в соответствии с ожиданием обязанности, адресуемые нарушению обязанности, т. е. искореняет ошибку устранением вины более, чем только внешне.

Содержание «выражения смысла», что касается в данном контексте отношения субъекта к норме, яковбской редукцией вышеуказанного подхода Гегеля не может считаться максимально уточнённым. В данном аспекте также преобладают именно параллели между «постулированием закона» преступлением, по Гегелю, и «непризнанием действия нормы», по нормативному учению о деянии. Отсутствие нормы как «норма» в первом случае и «более скромный», но «тем более откровенный» призыв к естественному состоянию в последнем случае в то же время не может прослеживаться в краже как в отрицании охраны собственности или в неосторожном причинении смерти как в отрицании охраны жизни и т. д.<sup>845</sup>.

Если не пренебрегать этим, то «проект мира» делинквента из перспективы актуального здесь нормативного понятия деяния представляется именно «немыслимым»<sup>846</sup>. В ракурсе действия нормы как такового сигнал делинквента как правило «более прагматичен», исчерпываясь на рассматриваемом этапе – хотя только на рассматриваемом этапе, остальное и так остаётся вне интеракционного поля зрения – в объективации того, что действие соответствующей нормы *для действующего в пределах этого конкретного действия* ни о чём не свидетельствует. Хотя данный «прагматизм» существенно убывает (в этот раз, соответственно, никогда до «немыслимого проекта мира»), где расходящиеся с нормой «утверждения» делинквента понимаются не изолированно-односторонне, а интеракционно, так как интерактивная акция включает ожидание «ответственности за последствия».

<sup>844</sup> Jakobs, Strafrecht AT, 1/10.

<sup>845</sup> Хотя ср. Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 91.

<sup>846</sup> Ibidem.

Что здесь инструментализированному поддержанию действия нормы<sup>847</sup> противостоит, есть действие нормы в рамках общей, включающей самого делинквента перманентности институциональной компетенции. Если в суждениях, актуальных с точки зрения теории уголовного права, что касается вышеуказанной истинно социальной связи между нормой и наказанием, дело касается только ревизии нормы как императива, это всего лишь половинчатый взгляд на существенное, потому как наказание как превенция в каждом своём проявлении – лишь обратная сторона медали. Исчерпывающе развитый истинно социальный подход своей предпосылкой в уголовном праве, иными словами, имеет то, что *ни норма как императив, ни наказание как превенция* не предстаёт в качестве руководящего принципа.

**«Отрицание отрицания»** С учётом этого, было бы, по Якобсу, в отношении «содержательного аспекта» решающим то обстоятельство, в соответствии с которым «противоречие, направленное против противоречия норме» следовало бы воспринимать в контексте дифференциации между упрекающим вменением *как квазиреакционным провизориумом* и наказанием как (интеракционной) реакцией, т. е. в центральной сфере, где нет необходимости денатурации *уголовно* релевантного, от указанной «цели наказания» осталось бы мало чего заметного. Это, в свою очередь, свидетельствует о том, что «значение наказания» в якобском понимании хотя проявляет формальные параллели, прежде всего, с понятием наказания Гегеля<sup>848</sup> как с вышеуказанным «отрицанием отрицания», но по существу в противоположность ему исходным в данном случае является превентивная ориентированность наказания.<sup>849</sup>

<sup>847</sup> Jakobs, Strafrecht AT, 17/22.

<sup>848</sup> Hegel, Grundlinien, § 97.

<sup>849</sup> Соответственно, дело главным образом ограничивается следующим: «У него отмечается, что «нарушение права как права» «ничтожно в самом себе», а здесь для действительного общества нарушение нормы рассматривается как неориентировочное. Там впоследствии отмечается, что ничтожность выражается в уничтожении правонарушения, а здесь неориентировочность следует считать с исключения общности с нарушающим норму» (Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 108; подробнее к «устранению преступления» ders., Strafrecht AT, 1/21; ср. Roxin, Grundlagenprobleme, ср. 18; вместе с тем уже, по Канту, «наказание есть «средство» устранения преступления (как нарушения государственной безопасности в своей целостности)» (I. Kant, Metaphysik der Sitten. Rechtslehre, Werke in zwölf Bänden, Bd. VIII, Wiesbaden, 1956, стр. 487); ближе к понятию Канта С. Roxin, Wandlungen der Strafzwecklehre, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, München, 2001, стр. 701). И в этом аспекте плоскость истинно социального располагается только в середине, в частности в «уничтожении» вины как в предпосылке перманентности «действительности об-

**Виртуальное общество** Если присмотреться внимательнее, наказание, в свою очередь, имеет «не цель, а само является достижением цели, а именно в виде установления неизменной действительности общества»<sup>850</sup>, однако именно поэтому только тогда и только там оно может быть распознаваемо как специфически уголовно-правовой феномен, когда и где устраняет вину<sup>851</sup>.

Общество, в котором не достигается устранение вины, не есть функционирующее или в лучшем случае есть временно недееспособное общество; а то, в котором это достижимо, но которое в своей действительности желает пробираться дистанцированиями от нарушения нормы, как ни подходить, не осмысляет себя в качестве истинно социальной конструкции, так как *она отрицает интеракцию в сфере уголовно релевантного*.

Индикатор действительности общества, таким образом, кристаллизуется в том, регулирует ли оно социальный конфликт и если регулирует, насколько, но не в мнимой перманентности превенции<sup>852</sup>. То, что здесь непрерывно продолжается, есть *всего лишь проект общества, но не само общество*. В силу этого надлежащее решение проблемы в рамках превентивно ориентированного «функционализма» вообще недостижимо<sup>853</sup>. Разумеется, сложно пренебрегать тем, что понятия деяния и наказания Якобса в том аспекте, где дело, с одной стороны, должно касаться метаинструментального русла понятия деяния, а с другой – задачи «обеспечения ожидаемости при социальных контактах»<sup>854</sup>, указывают на теоретически необходимое. В то же время редуцирование определяющего взгляда *к действию нормы как тако-*

---

щества»: в обществе, для действительности которого «немасштабность нарушения нормы» должна подтверждаться лишь «исключением общности с нарушающим норму», нет места для конфликтов (в виде нарушения нормы) и социальный конфликт в рассматриваемом контексте – *contradictio in adjecto*; также не может быть, с другой стороны, решающим «восстановление права» (Hegel, Rechtsphilosophie, § 99) «уничтожением правонарушения», а решающее – это непрерывность правоотношения, которая в нём истинно социально уже изначально кодирована.

<sup>850</sup> Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 106.

<sup>851</sup> Однако поэтому же, прежде всего, шюнеманнскую критику вышеупомянутого принципа Якобса (B. Schünemann, Strafrechtsdogmatik als Wissenschaft, in: Festschrift für Claus Roxin, Berlin, 2001, стр. 16 с) в рассматриваемом контексте мы вряд ли сможем разделить.

<sup>852</sup> Однако см. Roxin, Grundlagenprobleme, стр. 17 с, где налицо попытка открытия «перманентности» (обще-)превентивного уже в концепции Гегеля.

<sup>853</sup> Lesch, Verbrechensbegriff, стр. 170 с.

<sup>854</sup> Jakobs, Strafrecht AT, 1/18.

*в*ому – в первом и превентивно стабилизируемой системе в другом аспекте представляет собой именно вышеупомянутый завершённый в самом себе момент, который действительность общества, с истинно социальной точки зрения, ещё наглядно не раскрывает.

## ПАС ШЮНЕМАН

Исходя из всего вышеизложенного в настоящей главе, следует выделить, что негативное учение о деянии структурно-техническую модель деяния как таковую хотя преодолевает, но ему не удаётся сделать децизивно специфический шаг: понятие деяния, включающее «максимально полную теорию» релевантного в уголовно-правовом отношении поведения, т. е. простирающее взгляд на «всю программу уголовного права», есть *функциональное* понятие деяния, не локализуемое в плоскости «примыкания смысла», а по своей сути может осмысляться только как дериват интеракции.

Неудивительно, что формальная продолговатость «функциональной» вины при этом напрямую дезинтегрирует систему, потому как функциональная вина не вмещается в нормативное деяние.

В силу чего функционирует общество и в случае нарушения нормы или не приходится исключать делинквента отсюда; соответственно, что подхватывает уголовно-правовое отношение в его непрерывности после делинквирования и более того: в силу делинквирования или почему вообще дело касается *уголовно-правового* отношения и многое другое – это проблемы, решение которых на основе односторонне-«коммуникативного» «выражения смысла», т. е. на основе социологизмов не удаётся.

Поскольку, с другой стороны, уголовного права вне общества не существует, так же не существует истинно уголовно-правовой методологии вне истинно социального, что свидетельствует о том, что теория уголовного права не может строиться на общественно чуждых основах. Однако где дело касается замещения натуралистического подхода *социологизованным*, там маргинализировано главное: «идея права как творческая сила»<sup>855</sup>.

---

<sup>855</sup> В. Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, стр. 17.



## Глава XIII

### ИНТЕРПЕРСОНАЛИЗМ

#### А. ФУНКЦИОНАЛЬНОЕ УЧЕНИЕ О ДЕЯНИИ

– §1 –

#### ПРОГРЕССИЯ ИНТЕРПЕРСОНАЛЬНОСТИ

**Правовой взгляд** Как никогда не существует изолированно взятых прав или обязанностей, а только в призме их взаимозависимости (Г. ф. Фернек: нет обязанности без права, нет и права без обязанности), так же не существует конституированной данными правами и обязанностями правовой личности как таковой, а каждое нормативно возможное право или каждая нормативно возможная обязанность формирует интерперсональность. К чему здесь истинно правовая методология ведёт, есть следующее: *нет личности вне интерперсональности*. Адресат прав и обязанностей является субъектом правоотношения, и его деяние из этой перспективы, прежде всего, представляет собой *строго интерперсональное явление*.

В отношении истинно правовой основы дело в то же время касается только функционально общей картины, т. е. обобщение не производится за счёт – даже отчасти – негативированного понятия интерперсональности: действующий не выходит за рамки интерперсональности не только тогда, когда его поведение соответствует норме (осуществление субъективного права, выполнение обязанности), а с тем же наличием имеем дело и в случае нормативного разочарования. Так, например, делинквент не покидает пределы уголовно-правового отношения в силу осуществлённого наказуемого поведения, а именно продолжает его, будучи субъектом уголовной ответственности за нарушение нормы.

**Специфика правового взгляда** Ввиду этого мы не можем иметь дело только с «объективациями», «выражениями» или «проявлениями» интерперсональности, а деяние в истинно правовом понимании – *прогрессия интерперсональности*. Поскольку дело касается правоотношения как ин-

терапии в общем, развитие налицо, будь это в случае обмана или убийства. Интерперсональность предстаёт как комплексный *процесс*, и деянием отображается не просто фрагментарно, а имеет место её специфическое генерирование и непрерывная актуализация в собственной перманентности.

## БЕСКОНЕЧНОСТЬ УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО ОТНОШЕНИЯ

**Унитарная комплексность** Деликтным поведением уголовно-правовое отношение *ни формируется, ни завершается*. Оно инициируется возложением на индивида обязанности, формирующей его субъектом отношения и продолжается непрерывно, в том числе применением наказания в случае делинквирования. Уголовный процесс и уголовно-исполнительное право не предстают стадийными звеньями между сегментными сферами материального уголовного права, которое можно было бы обнаружить до осуществлённого факта и после исполненного наказания. Другими словами, назначение и исполнение наказания не дезинтегрируют материально-правовое отношение, а охватываются последним: дело касается *унитарной комплексности* уголовно-правового отношения.

Преступление, что касается последней взаимосвязи, порождает не только специфические обязанности, т. е. оно не приводит только к значительно редуцированному объёму возможностей интеракции, а порождает также специфические права, и это здесь же в плоскости самого материального уголовного права, хотя бы на примере принципов назначения наказания в соответствии с § 46 УК ФРГ. Понятие преступления, таким образом, может осмысляться в обоих аспектах как элемент перманентности материально-правового отношения. Из перспективы истинно правового подхода это не случайность: предпосылка деликтов – правопорядок, и делинквент не может восприниматься в силу осуществлённого поведения вне обязанности в соответствии с естественным состоянием и вне субъективного права в соответствии с тем же состоянием.

**Право наказываться** Также не должно изумлять чуть более субтильное проявление того же параллелизма, при котором ошибочно действующий владеет не только intersубъективно кодированной обязанностью привлекаться к уголовной ответственности, а также может – хотя настолько же не «должен» – владеть и тем же субъективным правом.<sup>856</sup> Так, напри-

---

<sup>856</sup> В то же время о взаимоотношении автономности и intersубъективности см. T. Avrigeanu, *Pericol social, vinovăție personală și imputare penală*, București, 2010, стр. 110 сс.

мер, это наглядно проявляется в плоскости освобождения от наказания: то, что здесь, скажем, кладётся в основу субъективного права каждого помилованного отказаться от помилования, иначе и не могло бы постигаться.

## ФУНКЦИОНАЛЬНОЕ ПОНЯТИЕ ДЕЯНИЯ

**Ожидание ожидания** Если присмотреться внимательнее, обнаруживается и главное, в частности то, что непрерывность уголовно-правового отношения берёт своё начало именно в правоотношении как в интеракции. В качестве субъекта интеракции интерагируют как до актуального поведения и в его пределах, так и впоследствии. Прежде всего, интеракция не протекает вне рамок, где акция детерминирует реакцию. Хотя решающая дифференциация начинается не детерминацией реакции, а гораздо глубже. От субъекта должно ожидать, что он в случае разочарования нормативного ожидания ожидает уголовно-правовую реакцию. Игнорирование ожидания *этого* ожидания, а не только дезавуирование нормы придаёт детерминации реакции релевантное для понятия деяния значение: плоскость *истинно функциональной* концепции.

**Игнорирование наказуемости** Здесь дело не касается включения или исключения философских начал: каждая наука – философия, а если *игнорирование наказания* для понятия деяния иррелевантно, то связь между нарушением нормы и наказанием была бы всегда лишь внешней, сугубо утилитарной, а именно наказание и не могло бы быть пригодным в качестве функционального масштаба<sup>857</sup>. Наказуемость, соответственно, предстаёт образцом интеракционных ориентиров, инкорпорирующим само правило поведения. Учёт наказуемости есть та модальность, которой в уголовном праве осуществляется выполнение нормы. Запрещённым может быть одно и то же поведение множеством нормативных систем, однако только его наказуемостью познаётся, что пребываем в сфере уголовно релевантного. Так, например, трафаретное право<sup>858</sup> не может указывать на наказуемое деяние только как на запрещённое (злоупотребление аварийным люком или тормозом), это было бы грубым нарушением принципа *nulla poena*. Уголовно запрещённое или требуемое называется именно наказуемым. Интерферентность ожидания и ожидания ожидания, в свою очередь, является необходимой предпосылкой интеракции. Без учёта этого остаётся место лишь для квази-

---

<sup>857</sup> Противоположное этому направление: Zoll, Rechtsnorm und Strafvorschrift, in: FS C. Roxin, стр. 94 с; также Stratenwerth, Strafrecht AT I, 4. Aufl., стр. 4 сс.

<sup>858</sup> Kutalia, Lagma, т. XXV.

социальных инструментализаций: например, неизбежное незнание уголовного закона как барьер для вменения оставалось бы просто метаправовой абстракцией, и при виртуальном сознании неправды угрожаемая сама по себе *роена forensis* в истинно правовом отношении так же ничего бы не выражала, как вероятная *роена naturalis* в обоих случаях ошибки.

## ВИНА – ЗЛОУПОТРЕБЛЕНИЕ ПРАВОВЫМ ДОВЕРИЕМ

**Диминуация доверия**      Интерперсональность – конкретный ареал, где развивается специфически уголовно-правовое. Однако кем не движет само желание спецификации, колеблется переходить Рубикон. Деликт не является артефактом ни индивида, ни личности (в противном случае мог бы делинквировать каждый индивид и могла бы делинквировать каждая личность), а субъекта уголовно-правового отношения. Только из этой перспективы может идти речь о дискурсивном и полноценном применении интеракционных масштабов в уголовном праве. И до результатов рукой подать. Что за несоответствием норме как правилу поведения следует, это самой диспозицией нормы никогда не отображается, в отличие от игнорирования санкции нормы, подключающей преступление к непрерывному течению уголовно-правового отношения.

В наказуемости, соответственно, локализован общий знаменатель интеракции и перманентности. А исходя из этого, с релевантной для понятия деяния точки зрения, уголовно-правового отношения не существует ни из перспективы материально-правового отношения *ante factum*, которое могло бы быть завершено деянием, ни из перспективы формально-правового отношения *post factum*, которое могло бы быть инципировано деянием, а как *генеральная перманентность материально-правового отношения*. Прежде всего, этим выделяется то, что преступление и вместе с тем вина – *это злоупотребление правовым доверием, не исчерпывающее правовое доверие*. Иначе ответ на деяние не мог бы выражаться в уважении к делинквенту в гегелевском понимании, а исчерпывался бы ничем не прикрытой превенцией.

**Риск и лень**      При этом: необходимое для функционирования общества правовое доверие может злоупотребляться как умышленно, так и вследствие *риска (самонадеянность/легкомыслие)* или *лени (небрежность)*. Самонадеянно (легкомысленно) интерагирующий как *рискантный делинквент* и небрежно интерагирующий как *ленивый делинквент* тем более не самоувольняются из правоотношения, а лишь перестраиваются в другую, более тесную полосу уголовно-правового отношения – в полосу наказания, по современному состоянию, как правило, временно.

**Судья-психолог** Особое внимание, в свою очередь, необходимо обратить на следующий момент: немеморизация или демеморизация обязанности не всегда может быть следствием противоправной лени, но также и, например, правомерного переутомления. Ввиду чрезмерной сложности безупречного решения проявляющейся здесь всей проблематики дело не может ограничиваться судебно-психологическими экспертизами со стороны. Иными словами, исключение лени для обоснования небрежности должно производиться не судьёй-юристом в рамках психологической экспертизы, а *судьёй-психологом*. Разобраться в тонкостях уголовно-правовой нормы для психолога не должно составлять особого труда, разобраться ответственно в тонкостях психики для юриста *невозможно*.



## ВИНА КАК CAUSA POENĀLIS

**Исключение** Интерперсональное понятие деяния – это *простирающееся до наказания понятие деяния*<sup>859</sup>. Так как если акция не детерминирует реакцию, интеракция не имела место. В соответствии с этим понятие преступления не достигает интеракционно релевантной кульминации до тех пор, пока актуальное поведение не конституирует регулятивное правомочие государства на применение наказания, т. е. где уголовное право порой оказывается без всяких функций лицом к лицу с рассматриваемой акцией.

Не преступление располагается по своей сути вне уголовно-правового отношения, а акция, не достигающая полной функционально релевантной степени деяния. Вне этого понятия, скажем, с точки зрения функциональной метастабильности, не существует ни вины в качестве конститутивного признака понятия, ни неправды. Так, например, индемнитет депутата в соответствии с ч. 1 ст. 46 Конституции / §36 УК ФРГ может внешне оставаться нейтральным из перспективы как неправды, так и виновности,<sup>860</sup> однако он в рамках гетерархической системы преступления не оставляет неприкосновенным ни один из обоих признаков<sup>861</sup>. Другими словами, понятию деяния имманентно развитие.

**Правило** На первый взгляд, самый острый вопрос, могущий вытекать отсюда о когерентности понятий преступления и наказания, т. е. что должно представлять собой виновное поведение в интеракционной программе уголовного права, которое в силу исключаящего наказание обстоятельства не влечёт реакцию, по существу риторичен: *виновное поведение, не повлёкшее наказание, есть деяние resp. преступление (только) как исключение и есть в силу того, что оно, как правило, влечёт наказание.*

---

<sup>859</sup> Не просто до преинтеракционно воспринимаемой вины, как это, например, имеет место у Якобса Handlungsbegriff, стр. 44, *так как уголовное право не реагирует на каждую вину.*

<sup>860</sup> Bloy, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976, стр. 73.

<sup>861</sup> Kutalia, Das heterarchische Verbrechenssystem, стр. 3 с.

## Б. ТЕОРИЯ ПЕРМАНЕНТНОСТИ

– §1 –

### ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ УГОЛОВНОГО ПРАВА

**Кодировка санкций** Уголовное право никогда не ставит своей целью наказание преступника за деликтное поведение, а предотвращение преступления. Главный критерий дифференциации наказаний и предварительной индивидуализации составляет именно превенция. Несмотря на это, данная отрасль права не в состоянии обеспечить неприступную всеобъемлющую безопасность, даже в условиях наличия жестоких или особо жестоких видов наказания (телесное наказание, смертная казнь, членовредительные реакции и др.).

Исходя из этого, логически ставится вопрос, как, прежде всего, осуществляется материальное уголовное право и что кодировано в санкции материального уголовного права: наказуемость или наказание?

В первом случае центральная цель уголовного права состоит именно в обеспечении индивидуальной безопасности, и здесь формально-логическая связь между материальным и процессуальным правом вообще разорвана, материальное уголовное право в соответствии с данной целью осуществляется до тех пор, пока санкция в своей виртуальности превентивно эффективна и описываемая в диспозиции нормы юридически нетерпимая девиация (убийство, телесное повреждение, изнасилование или иное) локализовывается вне объективной действительности.

В другом случае, т. е. когда в предусмотренном уголовным законом наказании кодировано собственно само наказание, определяющая цель деградирует: исходным моментом на сей раз предстаёт только *обеспечение* системной безопасности, причём сфера реализации материального уголовного права значительно расширяется, её действительность становится зависимой от осуществления уголовного процесса и уголовно-исполнительного права. De lege lata налицо, разумеется, всегда последняя ситуация.

Обратим взор на то, с какими концепциями имеем дело в рассматриваемом контексте – в основном – в современной теории уголовного права. Вследствие соответствующего анализа обнаружим, что наличествуют три основных направления, состоящих из пяти оригинальных концепций.

**Стадиальность** Доминирующей считается учение К. Роксина о стадильном или (трёх-)ступенчатом осуществлении уголовного права, согласно которому над материальным уголовным правом иерархически надстраивается уголовно-процессуальное право, а за этим последним также иерархически следует уголовно-исполнительное право.

В этом направлении более или менее преобладает дидактически-техническое начало, и следует заметить, что оно в этом отношении выделяется особой аттрактивностью, инчуть не меньшей, чем, например, трёхпризначное понятие преступления. Соответственно, данное направление можно рассматривать как *дидактическое направление* осуществления уголовного права.

Поскольку последующие две ступени без первой предшествующей ступени лишены действительности, значительное внимание привлекает теоретическая дискуссия в рамках этого же направления о том, уголовный процесс и уголовно-исполнительное право должны рассматриваться как вспомогательные приложения к материальному уголовному праву (господствующая точка зрения) или как самобытные ступени (к чему сегодня уже склоняются и некоторые ведущие теоретики).

**Элиминация** Второе основное направление – за исключением классического подхода П. И. А. Фейербаха – может характеризоваться как *позитивистское направление*. Конкретно же все три включаемые этим направлением концепции объединяет то, что деликтное поведение в той или иной форме выводит делинквента за пределы правоотношения с государством. У Фейербаха краеугольным камнем рассматриваемой гипотезы предстаёт его же *теория негативной общей превенции*. Он призывает государство таким образом формировать санкцию уголовно-правовой нормы, чтобы субъект воздержался от совершения преступления.

Исходя из этого, где угроза наказания порождает превентивно эффективное устрашение, правоотношение между субъектом и государством в фейербахском, отвлечённом понимании считается наличествующим, и наоборот: каждый факт совершения преступления выходит за пределы ограничивае-

мой негативной превенцией сферы, ввиду чего Фейербах в пользу своей теории наказания субъекта преступления выводит за пределы «правового» отношения с государством.

Следует заметить, что Фейербах избегает попытки обоснования рассматриваемого положения на примере позитивного права. Во всяком случае, в его творчестве не встречаются воззрения, существенно обосновывающие данный подход. В силу этого его гипотеза, можно сказать, гипотезой и осталась.

В отличие от этого *учение о процессуальной элиминации* Г. И. Начкебиа основывается на объективно неопровержимых позитивистских доказательствах. Указывая на то, что лицо, совершившее преступление, «в силу и пределах» своего деяния не имеет ни уголовно-правовой обязанности (явиться с повинной), ни уголовно-правового права (скрыться от следствия), он заключает, что здесь не может быть представлен субъект уголовно-правового отношения, а совершение преступления конкретно выводит лицо за рамки (уголовно-)правового отношения с государством.

На позитивное право ссылается и *т. н. уголовное право врага* Г. Якобса, стремясь к деперсонализации делинквирующего. В отличие от концепции Начкебиа, в данном случае имеется в виду не отдельно взятое преступление, а только notorious делинквирование. Следует заметить, что постулированная Якобсом деперсонализация лишена эссенциальной убедительности, так как она а) стремясь к элиминации лишь субъективного права, оставляет неприкосновенной обязанность и б) феномен субъективного права и правовое понятие врага не являются взаимоисключающими категориями.

**Перманентность** Третье основное направление формируется созданной нами *теорией перманентности* (2010), согласно которой материальное уголовное право отнюдь не только угрожает наказанием, а *назначение и исполнение наказания – это также осуществление материального уголовного права.*

Материальное уголовное право не осуществляется там, где субъект преступления в силу уголовно-процессуальных или уголовно-исполнительных нарушений не наказывается, но наоборот: Уголовный кодекс устанавливает, а не «описывает» наказание. Другими словами, он не описывает, наблюдает или надзирает над внешним процессом, а создаёт соответствующую реальность.

Рассматриваемый процесс включает как генерированные обязанности, так и специфицированные права.

Наряду с этим концепция непрерывности – существенно метадидактическая, метапозитивистская концепция, не обходящая стороной ни одну, ни другую сферу, однако страхующая себя как от возможных интрадидактических, так и от возможных интрапозитивистских противоречий.

Что касается стратегии прагматического развития материального уголовного права, ключ к нему лежит в иной плоскости, нежели это диктуется современной догматикой. Между прочим, не больше философии, как к этому стремится господствующее российское уголовно-правовое учение, не больше социологии, к чему, в свою очередь, устремлена западная уголовно-правовая доктрина, а больше криминологии, которая ближе к делу.

**УГОЛОВНО-ПРАВОВАЯ  
ПИРАМИДА РОКСИНА  
(СТАДИАЛЬНОЕ ОСУЩЕСТВЛЕНИЕ УГОЛОВНОГО ПРАВА)**

**Материальность материального права** Согласно учению Роксина о стадийном или ступенчатом (иерархическом) осуществлении уголовного права, «уголовное право противостоит отдельному в тройственном виде: угрозой, назначением и исполнением наказания (наказаний), и эти три сферы государственной деятельности требуют соответственно обособленного обоснования<sup>862</sup>, где, в свою очередь, данные «стадии» «должны надстраиваться друг на друга, и каждый последующий этап должен включать в себя принципы предыдущего этапа»<sup>863</sup>. Стадийный подход, создающий впечатление безукоризненного отображения системы, смещён с главного ядра осуществления уголовного права, где на материальном уголовном праве ничего и не должно «надстраиваться», а должно иметь место обеспечение непрерывности уголовно-правового отношения с учётом комплексности материально-правового аспекта<sup>864</sup>. Наряду с этим угроза наказания как таковая, так же как и правило поведения как таковое, не составляет надлежащий критерий, а наказуемость как включающий диспозитивную норму масштаб интеракции, ведущий к наказанию как к признаку непрерывности уголовно-правового отношения.

Прежде всего, следуя роксинской констелляции конститутивных уголовно-правовых сфер, а именно согласно представленным в этой констелляции акцентам, формальное право не может рассматриваться в качестве «служи-

---

<sup>862</sup> C. Roxin, *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin, New York, 1973, стр. 12, ср.: ders., *Wandlungen der Strafzwecklehre*, in: *Festschrift für Heinz Müller-Dietz*, München, 2001, стр. 711; R. Hohmann, *Personalität und strafrechtliche Zurechnung. Die Konstitution des strafrechtlichen Handlungsbegriffs auf der Grundlage der Hegelschen Rechtsphilosophie*, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1993, стр. 163; U. Sieber, *Die Kollision von materiellem und prozessuellem Strafrecht*, in: *FS Roxin*, стр. 1138.

<sup>863</sup> *Ibidem*.

<sup>864</sup> Ср. отчасти C. Geisler, *Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip. Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts*, 1998, стр. 248 сс.

щей» материальному праву науки, как на это справедливо указывал Д. Краус<sup>865</sup> и наряду с ним не один другой криминалист<sup>866</sup>. Более того, например, по совершенно меткому утверждению К. Петерса, «если ничего другого, уголовный процесс подчиняет авторитету своего действия материальное уголовное право всюду там, где имеет место определённое толкование положения материального уголовного права в процессуальных целях»<sup>867</sup>.

Существенно то же самое можно отметить и в отношении уголовно-исполнительного права. Иными словами, то, на что учение о стадиальном осуществлении уголовного права посягает, есть не степень суверенности предмета исследования или остальной атрибутики указанных сегментов, а понятие наказания: исходя из ключевого положения данного учения, наказание, в отличие от угрозы наказания, не представляет собой материально-правовое понятие. Заметим здесь же, что вследствие стадиального подхода наряду с виртуализацией понятия наказания налицо и виртуализация понятия преступления, так как на первой ступени нигде не наличествует вступивший в законную силу обвинительный приговор, в силу которого фактическое деяние приобретает правовую степень преступления. Таким образом, в рамках учения о стадиальном осуществлении уголовного права материальное уголовное право искренне сводится к законодательному проекту преступления и угрозе наказания<sup>868</sup>.

**Платформа элиминации** Когда дело касается иерархической (стадиальной) точки зрения, всякая аргументация в пользу делинквирования в пределах правоотношения тщетна, ибо каждая такая аргументация в подобном контексте всегда лишь абстрактна: сущность стадиального осуществления уголовного права состоит именно в том, что совершение преступления должно транслоцировать вменяемого субъекта из материально-правового в процессуально-правовое отношение, однако «делинквент», пока де-

<sup>865</sup> D. Krauss, Schuld im Strafrecht – Zurechnung der Tat oder Abrechnung mit dem Täter?, in: FS Schüler-Springorum, 1993, стр. 463 с.

<sup>866</sup> R. Moos, Neue Diversionsmaßnahmen im österreichischen Strafrecht, in: FS Müller-Dietz, München, 2001, стр. 537, W. Perron, Überlegungen zum Verhältnis von Strafrecht und Strafprozessrecht, in: FS. Hanack, Berlin, New York, 1999, стр. 477, K. Geppert, Wechselwirkungen zwischen materiellem Strafrecht und Strafprozessrecht, in: Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002, стр. 44 с., ibid. F. Salditt, Wechselwirkungen des formellen und materiellen Strafrechts, стр. 67 сс.

<sup>867</sup> K. Peters, Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip, in: Festschrift für Hans Welzel, Berlin, New York, 1974, стр. 417 с.

<sup>868</sup> Прямо об этом только გ. ნაჭყეობი, სისხლის სამართლის საგანბი, თბილისი, 1997, стр. 184.

ло не доходит до участия в уголовном процессе, свободен и бесправен в отношении совершённого деяния – альфа и омега учения о процессуальной элиминации.

В программе уголовного права, исходящей из стадияльного осуществления уголовного права, учение о процессуальной элиминации неуязвимо. Однако в отличие как от господствующей грузинской, так и от господствующей немецкой доктрины, в рамках концепции ниституциональной перманентности для подобной интервализации уже изначально не остаётся места. Плоскость, в которой субъект в отношении своего деяния свободен и бесправен, т. е. в которой он не может восприниматься в качестве субъекта уголовно-правового отношения, здесь, как отмечалось, есть плоскость между материально-правовой и формально-правовой «ступенями» из перспективы стадияльного осуществления уголовного права, и деяние как преступление встречается не в этом интервале в смысле имманентного стадияльному осуществлению уголовного права апостериорного вменения, а преступление по своей сути расположено там, где оно влечёт за собой наказание.

Соответственно, совершением преступления лицо не покидает материально-правовую плоскость и *таким образом* оказывается когда-либо в сфере исполнения наказания как в финальной точке осуществления уголовного права по иерархическим стандартам, а в соответствии с принципом качественного генерирования обязанностей материально-правовой аспект длится непрерывно *ad infinitum*: *теория уголовного права – это теория перманентности*.

**Уголовное право – учение о превенции**      Методологическое сходство трёхступенчатого осуществления уголовного права с трёхступенчатой системой преступления не может быть инцидентным. Определяющий акцент в отношении преступления, как известно, Роксин направляет не собственно на понятие преступления, а на структуру преступления, на элементы преступления. И в рамках рассматриваемого учения манера та же, это роксинская манера. Дидактическая задача подобающего упорядочения конститутивных компонентов и обеспечения их надлежащей взаимосвязи, разумеется, – стабильно актуальная задача, однако если в первом случае умаляется значение понятия преступления, в данном случае в прямом смысле всецело затмевается теория уголовного права.



Прежде всего, уголовное право главным образом не является ни учением о структуре преступления в роксинском понимании, ни учением о вменении в яacobcком смысле, а *учением о превенции*.

Помимо этого, положение, согласно которому уголовное право осуществляется в виде трёх *основных* ступеней, теоретически ошибочно: *как правило*, уголовное право осуществляется *эксклюзивно* в виде материального уголовного права и только в исключительных случаях проявляется в виде уголовно-исполнительного и/или уголовно-процессуального-права. Хотя статистически преступление – атрибут повседневности, однако, с точки зрения математики уголовного права, коэффициент правомерности, никак не пересекающийся с формальным уголовным правом, обычно несоразмерно выше. Другими словами, соотношение количества осуждённых с законопослушными гражданами принципиально расшатывает трёхступенчатую систему осуществления уголовного права. Важнейшая функциональная заслуга уголовного права состоит именно в том, что правомерность является правилом общественной жизни, а деликтное поведение – всего лишь исключением из данного правила.

И, наконец, уголовное право полноценно осуществляется только там, где не имеет место осуществление уголовно-исполнительного права и/или уголовно-процессуального права, т. е. в пределах обеспечиваемой материальным уголовным правом «негативной» общей превенции.

## КОНЦЕПЦИИ ЭЛИМИНАЦИИ

**Абстрактная  
элиминация** В рамках концепции абстрактной элиминации институционально компетентный субъект не делинквирует. Статус делинквента как делинквента принципиально неприемлем. Одним из самых наглядных примеров этому в классической уголовно-правовой доктрине служит теория психологического принуждения или угрозы наказания как негативной общей превенции П. И. А. Фейербаха<sup>869</sup> с вытекающими отсюда теоретическими последствиями. Рассматриваемая теория наказания, *воспринимающая отчётливее любой другой концепции истинную функциональную природу уголовного права*, в актуальном здесь контексте, к сожалению, изначально радикализована в своих основополагающих положениях. Как отмечалось выше, в случае делинквирования Фейербах, делая выбор в пользу своей теории наказания, выводит субъекта преступления за рамки правового отношения с государством<sup>870</sup>, потому как делинквент в доктрине негативной общей превенции – однозначно инородное тело.

Всюду, где угроза наказания должна перевоплотиться собственно в наказание, теория угрозы наказания эссенциально капитулирует<sup>871</sup>. То, что угроза наказания должна быть эффективной, – азбучная уголовно-правовая истина, так как иначе здесь функционирующая система недостижима. Однако от эффективности угрозы наказания та же система не может быть абсолютна зависима. В силу этого исключение Фейербахом делинквента из системы предстаёт в качестве вполне понятного решения. Может ли быть подобная элиминация в той же мере логически приемлемой, точное осмысление этого без концептуальных сравнений и выводов вряд ли достижимо.

Сравним исходный тезис Фейербаха с синаллагмой «свободы поведения и ответственности за последствия» Г. Якобса<sup>872</sup> и понятием «выбирающего

---

<sup>869</sup> P. J. A. v. Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil I, Erfurt, 1799, стр. 42 и passim.

<sup>870</sup> Ibidem.

<sup>871</sup> Ср. Н. Н. Lesch, Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999, стр. 170 с.

<sup>872</sup> G. Jakobs, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, Opladen, 1996, стр. 20 сс, 31 с.

субъекта» П. Рамсея<sup>873</sup> в единой призме. Во всех трёх случаях субъект выбирает, только в первом случае в условиях вызываемого угрозой наказания психологического принуждения (между правомерностью и неправдой), а в остальных двух случаях выбор как правило «свободен» (между правомерностью и ответственностью), если не учитывать «ожидание конформности» у Яковса как противоположный свободе поведения компонент, т. е. в смысле конформности «в рамках строго контурированных ролей гражданина»<sup>874</sup>. Как бы странно ни казалось на фоне социологической аргументации и социологического институционализма, синаллагма Яковса может в определённой степени рассматриваться как *позитивистская синаллагма*.

Заострим наше внимание на норме Особенной части Уголовного кодекса, как в своё время заострил на неё своё внимание О. К. Гамкредидзе и обнаружил, что делинквент действует «не против нормы, а в соответствии с нормой», «не нарушает её, а выполняет», только в этот раз предмет нашего интереса одинаково составляет как диспозиция, так и санкция нормы. Дело в том, что *уголовно-правовая норма ничего не запрещает*, она не устанавливает поведение *resp.* не формирует правило поведения, *а описывает поведение и устанавливает наказание для данного поведения*. Иными словами, уголовный закон ни запрещает и ни угрожает, а имеем дело именно со «свободой поведения и ответственностью за последствия» в виде делинквента как «выбирающего субъекта».

Указанную синаллагму сам автор в рассматриваемом стиле никогда не определял, и это неудивительно, так как прямое выделение буквы закона тут ни к чему. Однако оба последних подхода тем самым в конечном счёте лишь вуалируют принципиальный смысл, в противовес чему подход Фейербаха – теоретическая композиция, основанная на аспекте *ratio legis*. Такое уголовное право, в рамках которого наказание представляет собой – *sit venia verbo* – прилавочную цену правового добра, не для здравомыслящего общества. *Уголовное право не торгует жизнью и тем более честью и достоинством*, а охраняет, и в этом нет ничего зазорного, чтобы под предлогом совершенствования правовой этики в гегелианской интонации от психологического принуждения угрозы наказания переключиться на синаллагму свободы поведения и/или на понятие выбирающего субъекта.

<sup>873</sup> P. Ramsay, *The Responsible Subject as Citizen: Criminal Law, Democracy and the Welfare State*, in: *Modern Law Review*, Oxford, 2006, стр. 33 и *passim*.

<sup>874</sup> G. Jakobs, *Das Schuldprinzip*, Opladen, 1993, стр. 29.

В этом же ракурсе противостоит, прежде всего, *примарная* общая превенция Фейербаха в своей априорности *секундарной* (специально-)превентивной концепции Листа в её апостериорности, разветвляющейся ныне на специальнопревентивное (Роксин) и общепревентивное (Якобс) направления; – или же, нужно признаться, с той же остротой любой ретроспективной (устраняющей вину) теории. Соответственно, оплошность Фейербаха состоит не в том, что он упустил главное, а в том, что умалил значение второстепенных моментов.

**Процессуальная элиминация** Согласно учению о процессуальной элиминации, созданной во второй половине 90-х годов в грузинской теории уголовного права Г. И. Начкебия, деликтное поведение юридически выводит субъекта из отношения с государством, потому как тот, кто совершил преступление, «в силу и пределах этого преступления в уголовно-правовом отношении ни обязан (он не обязан явиться с повинной в полицию, раскаться и т. д.)» и «ни правомочен (не правомочен скрыться, так как это приостановило бы действие срока давности привлечения к уголовной ответственности)». Согласно выводу, вытекающему отсюда, «лицо, не являющееся юридически ни обязанным, ни правомочным, разумеется, не есть субъект правоотношения»<sup>875</sup>.

Аргумент, приводимый против этого учения, что если правоотношение прерывается, то в силу чего имеет место в рамках уголовного процесса указание на соответствующую норму материального уголовного права (например, О. К. Гамкредидзе), вполне понятен, однако ничего не меняет в том контексте, что в рассматриваемом отрезке осуществления уголовного права правоотношение между адресатом нормы и государством не фиксируется. Если, с одной стороны, признаётся стадийный подход, а с другой – существующие позитивно-правовые реалии воспринимаются так, как их представляет законодатель, следует признать и подобный дисконтинуитет. Дело в том, что концепция стадийного осуществления уголовного права сферу компетенции материального уголовного права, как было показано, ограничивает лишь угрозой наказания. А совершение преступления фактическую действительность угрозы наказания упраздняет; что происходит контрафактно, это в рамках стадийного подхода регулируется уже формальным правом. В силу этого, судя по последствиям, как по Фейербаху, так

<sup>875</sup> გ. ნაჭყებია, სისხლის სამართლის საგანბი, თბილისი, 1997, სტრ. 184.

и по Роксину и по Начкебиа, любое делинквирование целиком исчерпывает содержание сконструированного на угрозе наказания материального уголовного права.

В то же время между роксинской или яacobсской исходной позицией и подходом Начкебиа налицо коренное различие, всецело исключающее существенный параллелизм. В первом случае стержнем теоретических конструкций предстаёт секундарная превенция Листа (что, естественно, противоречит в концепции стадийного осуществления уголовного права фундаментальному облику материального сегмента), а во втором – примарная превенция Фейербаха. Ввиду этого, на наш взгляд, прозрачная парадоксальность, почему, например, российская уголовно-правовая догматика преимущественно ведёт речь об уголовно-правовом отношении в силу совершённого преступления, а не в силу предотвращения преступления<sup>876</sup>, так как степень влияния Листа (правда, за исключением проблематики системы преступления) на российскую теорию уголовного права традиционно гораздо выше, нежели Фейербаха. Что касается самой немецкой догматики, где представлена та же загадочность с идентичной принципиальностью, следует полагать, что и здесь определяющим является фактор влияния Листа, в этот раз уже исходя из трёхпризначного понятия преступления.

Вернёмся, однако, к существенному аспекту вопроса. «Обязанность адресата уголовно-правовой нормы», пишет Начкебиа, «действовать правомерно является в силу предотвращения преступлений элементом уголовно-правового отношения. Естественно полагать, что противоправность деяния – не что иное, как нарушение обязанности правомерного деяния, т. е. в силу и пределах этого деяния лицо выходит за пределы отношения с государством. А это означает, что совершение преступления<sup>877</sup> – отрицание идеи государства. Это же, в свою очередь, указывает на общественную опасность преступления, так как преступление оставляет общество без государства»<sup>878</sup>.

Каждое конкретное преступление несомненно представляется в качестве триумфа гоббсского естественного состояния над государством, ибо коренное

---

<sup>876</sup> См. გ. ნაჭყებია, ქმედების დანაშაულად კვალიფიკაციის ზოგადი თეორია, თბილისი, 2010, სტრ. 104 სს.

<sup>877</sup> См. к терминологическому скептицизму к понятию «совершения преступления» *ibid.*, *passim*.

<sup>878</sup> *Ibid.*, სტრ. 108.

различие не может сводиться к регламентации наказания. Более того, например, при убийстве даже из самой оптимистической уголовно-правовой перспективы зло необратимо подавляет добро. Однако если здесь налицо противоположная крайность в отношении абсолютизации уголовно-правового отношения в силу преступления, то каков действительный облик уголовного права?

Прежде всего, следует учесть, что принципы *ultra posse* и *ad impossibilia* распространяются отнюдь не только на гражданина, а в той же мере на любое государство. Следовательно, норма уголовного права читается дуалистически и вытекающая из этого обязанность государства также дуалистическая: государство обязано 1) (*предупредить* =) *устрашить потенциального делинквента* и 2) *наказать преступника*, в предусмотренных уголовным законом случаях. Подобное оптимальное отображение диалектической уголовно-правовой действительности состоит в том, что (*материальное*) уголовное право *de lege ferenda* осуществляется в пределах эффективности угрозы наказания, а *de lege lata* – вследствие присуждения и исполнения наказания.

Если в отличие от этого в санкции уголовно-правовой нормы находить только угрозу наказания (Фейербах), которая – главное, или только наказание (Лист), которое – не главное, всегда окажемся соответственно перед вышепредставленной одной или другой крайностью. Немногими словами, угроза наказания продиктована отнюдь не только заботой о потенциальной жертве, а представляет собой также и заботу о потенциальном делинквенте. Иначе практическая ценность *nulla roena* и не поддаётся существенной идентификации.

**Эклектическая деперсонализация** В метаинструментальном яacobском понятии личности, построенном на постулированном Гегелем принципе «разумности» личности как адресата наказания, актуальный в данном контексте вопрос о том, «участник коммуникации» «остаётся личностью» как делинквет или «в виде реакции на деяние лишается персональности»<sup>879</sup>, предстаёт в качестве предмета весьма масштабной проблематизации. Результат: *«формально разумная личность»*.

<sup>879</sup> Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 100, 102.

Проанализируем понятие «формальной личности» Якобса. Предпосылки: 1) личность конституируется обязанностью; 2) деликт не вписывается в пределы обязанности. Выводы: 1) делинквент не «формальная личность», а антипод личности; 2) «формальная личность» – алогизм.

Теперь от социологии права Якобса обратим взор к философии права Гегеля, т. е. от общества – к государству, от участника коммуникации – к субъекту правоотношения. Субъект уголовно-правового отношения в качестве адресата угрозы наказания (или формулируя в духе Гегеля: пенального предупреждения) также конституируется обязанностью не грабить и не бесчинствовать. Однако:

Во-первых, убивший одного не вправе убивать другого, т. е. убийца как был адресатом обязанности не убивать, так и после убийства остаётся адресатом обязанности не убивать – обязанность в уголовном праве не одноразовая, а *многоразовая*, согласно чему покинуть пределы, выйти за пределы, оказаться и пребывать за пределами и т. д. уголовно-правовой обязанности *генерально* вследствие одного или даже нескольких деяний логически немыслимо.

Во-вторых, *в пределах деликта* субъект выходит за пределы обязанности, однако не за пределы уголовно-правового отношения: причина, в силу которой субъект и в пределах самого деликта остаётся субъектом уголовно-правового отношения – того же материально-правового отношения, не менее очевидна и заключается, в свою очередь, в том, что норма уголовного права состоит не только из гипотезы и диспозиции, а также *из санкции*, генерирующей наряду с деянием первоначальную обязанность, т. е. норма уголовного права содержит не одну, а *две* концептуальные обязанности: вести себя определённым образом (диспозиция) и претерпевать принуждение за противное (санкция). Как от самого себя, от уголовно-правового отношения, таким образом, так же никуда не деться.

Тем не менее здесь дело не только в «формальной личности», а Якобс наряду с ней пытается сконструировать также понятие «врага», которое в интересующем нас контексте в основном является аналогом понятия особо опасного рецидивиста. Концепция «уголовного права врага», которую мы в следующей части настоящей монографии обстоятельно исследуем, деперсонализирует notoriousного делинквента в отношении прав, но не обязанностей, причём обязанности сохраняются не в смысле нормативных ожиданий, а сугубо формально с целью легитимации права государства на нака-

знание. При этом «враг» как «враг» лишается не только статуса субъекта уголовно-правового отношения, но и статуса гражданина.

Концепция полна противоречий, и Якобсу не удаётся перевести количество в качество. Опасен не только террорист, но и каждый, кто потребляет алкоголь или страдает определёнными видами психических заболеваний. Однако «уголовное право врага» не содержит сколько-нибудь убедительного разъяснения, в силу которого было бы возможно, например, лишить душевнобольного француза французского гражданства.



## МАТЕРИАЛЬНО-ПРАВОВАЯ ПЕРМАНЕНТНОСТЬ

**Институционально компетентная интеракция** Каузализм или финализм отнюдь не в силу того обрекается на крушение, что здесь онтологически ничего не выделяется, и в этом отношении безусловно следует согласиться с Арт. Кауфманом; однако дело в том, что ни каузализму, ни финальному учению о деянии не удаётся проблематизировать феномен ре(-)акции или «не-ре(-)акции». Так, например, ведь наказание – «реакция на деяние человека», только в натуралистической плоскости, где агируют каузально или финально, не происходит реагирование наказанием, т. е. здесь по меньшей мере «каузально» или «финально» *не интерагируют*<sup>880</sup>. Соответственно, в повестку дня может ставиться только социальное толкование смысла: *партнёры интеракции не могут не взаимодействовать*<sup>881</sup>.

Тем не менее если и в этом понимании прямо или косвенно руководствоваться онтологизированной методикой, ускользает суть: где дело ещё не касается «права или неправды, заслуги или вины»<sup>882</sup>, основополагающее начало не зависит от реакции или «не-реакции», а в лучшем случае налицо только вышепредставленные линейности, которыми плоскость интеракции именно не достигается. А деяние resp. преступление как простая, какими бы то ни было «содержаниями значения» насыщенная «акция», определяющая основа которой не охватывается интеракцией, отклонено от оси социального аспекта.

**Социальная индивидуальность** Ввиду этого отличается, между прочим, «социальная индивидуальность», представляющая в любом случае атрибутом «человеческой персональности»<sup>883</sup>, от «чистой я-индивидуальности» главным образом не онтологически, так сказать, «со-бытием с другими»<sup>884</sup> и т. д., а имеет своей предпосылкой человека как партнёра ин-

---

<sup>880</sup> См. наряду с этим *ibid.*, стр. 54 с.

<sup>881</sup> P. Watzlawick, J. Beavin, D. Jackson, *Menschliche Kommunikation. Formen, Störungen, Paradoxien*, Bern, 1990, стр. 51.

<sup>882</sup> *Ibid.*, стр. 37.

<sup>883</sup> *Ibid.*, стр. 63.

<sup>884</sup> *Ibidem*.

терапии, формирующегося в силу соответствующих прав и обязанностей<sup>885</sup> в качестве субъекта различных социальных отношений. Если внимательно присмотреться, это, прежде всего, свидетельствует о том, что личности постоянно существуют как субъекты правоотношения<sup>886</sup>, причём деяние не может восприниматься как кибернетический инпут системы уголовного права («общее деяние» в традиционном смысле) resp. преступление как аутпут системы уголовного права («системно-специфически атрибуированное деяние»): а в обоих случаях дело касается перманентности правоотношения, характеризующей партнёра интеракции до совершения деликта, равно как после и в силу деликта как субъекта правоотношения.

**Гражданско- и полицейско-правовая специфика**      Таким образом, реферальная система «уголовное право» случаи «не-реакции» иначе, чем, например, гражданское или полицейское право, представляет лишь предметом инцидентной заинтересованности<sup>887</sup>; они возможны здесь только в виде *исключений*, которые уже в силу этого ничего дистинктивно уголовно-правового в понятие деяния не привносят. Однако вследствие этого в уголовном праве без того, чтобы суметь отказаться от дефинитивности интеракции, дело не зависит и от многого другого: осуществление или неосуществление прав, выполнение или невыполнение обязанностей как таковое происходит именно вне пределов *уголовно-правового* отношения. Противное возможно только там, где субъект должен в уголовно-правовом порядке привлекаться к ответственности.

Другими словами, указанный ориентир ограничивается корреляцией осуществлённого деяния и институциональной перманентности, которая, в свою очередь, является необходимым параметром общества. И если это в данном модуле или также в данной мере в плоскость гражданско-правовых или полицейско-правовых представлений не экстраполируется, причиной этому вряд ли можно считать то, что в последнем случае, в отличие от первого, дело не касается общества как системы интеракции: интеракция в правоотношении не

<sup>885</sup> Ср. в рассматриваемом контексте G. Jakobs: Handlungssteuerung und Antriebssteuerung, стр. 956; Norm, 1. Aufl., стр. 59 cc; Individuum und Person, стр. 257 с.

<sup>886</sup> Ср. P. González-Rivero, Strafrechtliche Zurechnung bei Defektszuständen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Zurechnungslehre, Berlin, 2001, стр. 139 с (личность как «правоотношения»).

<sup>887</sup> См. также, м. п., нормативно конституированные различия: G. Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, München, 1992, стр. 37 с, 42.

имеет противоположного облика, так как *правоотношение – институционально компетентная интеракция*.

## ПОЛНОДЕЛИКТНОЕ ВМЕНЕНИЕ

**Наказуемая  
измена праву** Кант: «Вменение (imputatio) в моральном значении есть вывод, вследствие которого кто-либо рассматривается как вызывающий действие (causa libera), называемое соответственно преступлением (factum) и предусматриваемое законами»<sup>888</sup>, т. е. «вывод, что кто-либо каким-либо образом проявляет <добро или зло>»<sup>889</sup>. Однако до тех пор, пока шкала вменения воспринимается преинтеракционно, задача вменения ограничивается констатацией того, что всего лишь отчасти выполнены предпосылки, ведущие в рамках отношения к специфике, в соответствии с которой становится необходимым развитие отношения в пределах его непрерывности посредством применения наказания. О целостности такой необходимости господствующая доктрина хранит молчание, чем, правда, коренная идея извлечения функции вменения на цель наказания не попирается. Вопрос лишь в том, извлекаемое из цели наказания в этой мере назначение вменения – при котором всецело вменённое поведение в отношении ещё ничего не порождает – может ли быть теоретически в достаточной степени приемлемым, т. е. следует ли в этом конкретном ракурсе абстрактифицировать корреляцию преступления и наказания или же, наоборот – представлять их в качестве континуума в уголовно-правовом отношении, а именно вне всякой абсолютной теории наказания.

**Квалитативное  
генерирование  
обязанности** Где наказание излишне и, следовательно, недопустимо, виновное деяние отклоняется от цели наказания, потому как выясняется, что не наличествует ничего, что подлежит устранению наказанием. Правовое значение вменения хотя сохраняется, однако наказание как признак перманентности ничего в это значение не привносит, и это, в свою очередь, свидетельствует о том, что вменение здесь должно развивать своё правовое действие независимо от цели наказания resp. вне пределов уголовно-правового отношения. Удалённая

---

<sup>888</sup> I. Kant, *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten*, Berlin, 1870, стр. 227; ср. ders., *Kritik der praktischen Vernunft*, стр. 57; к субъекту вменения как к личности ders., *Metaphysik*, стр. 329.

<sup>889</sup> H. Matt, *Kausalität aus Freiheit. Eine rechtsphilosophische Grundlegung zum Bewirken durch Tun und Unterlassen im (Straf-)Recht*, Baden-Baden, 1994, стр. 116 сс.

из уголовно-правового отношения, несостоявшаяся с точки зрения наказания акция (например, до этого уровня негативно при добровольном отказе от преступления в соответствии с § 24 УК ФРГ, деятельном раскаянии в соответствии с § 310 УК ФРГ или также непосредственно позитивно среди прочего при освобождении от наказания в соответствии с § 60 УК ФРГ) не может диктовать уголовному праву, где следует искать сущность понятия преступления.

Таким образом, в качестве делинквента в исчерпывающем смысле актуален только тот, *кто не может выводиться в отношении своего деяния за пределы уголовно-правового отношения*, что не имеет место ни при оправдании соответствующего состава преступления (деяния) поведения или относительно противоправности при экскульпации и ни при ненаказуемости виновного поведения.

*Игнорирование наказуемости как дистинктивно уголовно-правовой масштаб* свидетельствует о том, что норма в релевантной с точки зрения понятия преступления призме не выполняет независимую от наказания функцию. Разочарование нормативного ожидания вместе с тем конституирует лишь дальнейшее нормативное ожидание<sup>890</sup>: *вменение осуществляется не в смысле нарушения обязанности, а в смысле генерирования обязанности*.

Для кого, однако, непрерывная ссылка на обязанности недоказуема, тому придётся представлять себе абсолютной случайностью, например, ч. 1 п. 2 § 121 УК ФРГ (побег с применением насилия; почему, следовательно, «побег»?) или «обосновывать» метауголовно-правовыми доводами то, в силу чего влияет безобидное бегство на исполнение остающейся для отбывания части наказания, и т. д. На самом же деле делинквент является субъектом уголовно-правового отношения и в отношении своего деликта, так как не был бы таковым, то рассеялась бы и легитимность наказания, что может восприниматься исключительно как признак отношения, а отношение без соответствующих субъектов немислимо.

Помимо этого, только наказание является признаком непрерывности, превращающим делинквента видимым в качестве субъекта уголовно-правового отношения в рамках совершённого деликта: он ответственен. Истинно

---

<sup>890</sup> Иначе обстоит дело, разумеется, в отношении «уголовного права врага», стремящегося к деперсонализации «принципиальных противников» таким образом, что не в состоянии отказаться от обязанностей.

функциональная общность вменения и преступление как звено генеральной перманентности уголовно-правового отношения, соответственно, теоретически неделимы.

Исходя из вышеотмеченного, понятие преступления отнюдь не может характеризоваться всецело только тем, что дистанцирование субъекта от своего поведения только нормативно не удаётся, а лишь тем, что он от него функционально недистанцируем. *Завершено уголовно-правовое вменение там, где оно выражает следующее: действительность системы зависит от наказания.*

**Гегелианское учение о вменении** Были бы у гегелианцев представлены истинно функциональные начала, учение о вменении гегелианской школы здесь ничем восполнять и не следовало бы, так как «вменение представляет собой вывод, что поведение – деяние; следовательно, вменение не является внешним дополнением деяния, а включается им же; до куда, соответственно, достигает понятие деяния, до туда же достигает и понятие вменения, и где прекращается деяние, там прекращается и понятие вменения»<sup>891</sup>.

В формальном аспекте эта концепция находит своё место и в функциональной системе уголовного права. Более того: она здесь иначе и не может выглядеть. Однако от этой внешней конгруэнтности не зависит основополагающий подход, а от уголовно-правового содержания, так же как от объёма, актуальных понятий в пределах вышеуказанной корреляции: понятия вменения и деяния должны «достигать» до понятия наказания, т. е. должны «прекращаться» не там, где отсутствует право (государства) на наказание как признак перманентности уголовно-правового отношения. В противном случае актуальная с точки зрения понятия деяния специфика уголовно релевантного поведения определяется нарушенной нормой, но не направленной против нарушения реакцией одновременно, и это как раз ещё не формирует решающую в *уголовно-правовом* отношении позицию.

<sup>891</sup> J. F. H. Abegg, System der Criminal-Rechts-Wissenschaft als Grundlage zu historisch-dogmatischen Vorlesungen, Königsberg, 1826, стр. XXXVI.

## ДЕЛИКТНО АКТУАЛЬНОЕ ВМЕНЕНИЕ

**Гипотетическое преступление**      Релевантная в призме понятия преступления корреляция проблемы вменения и общей перманентности уголовно-правового отношения также не может ограничиваться и полной уголовно-правовой вменяемостью предусмотренного нормой поведения, так как это касается лишь одного аспекта истинно функциональной точки зрения и, следовательно, не может охватывать весь релевантный для понятия преступления контекст проблемы. Адекватные теоретические рамки отсутствуют в этом ракурсе не только там, где деликтное поведение не обуславливает развитие уголовно-правового отношения в своей общности, а не в меньшей степени и там, где дело касается только следственного или процессуально-технического вменения, будь это в контексте бессрочного (например, при отсутствии заявления на возбуждение уголовного дела в соответствии с §§ 77 сс УК ФРГ, давности привлечения к уголовной ответственности в соответствии с §§ 78 сс) или также срочного (например, при экстерриториальности в соответствии с § 18 УК ФРГ, «сверхуголовно-правовой» охране в случае иммунитета в соответствии с ч. 2-4 ст. 46 Конституции ФРГ) воздействия из перспективы генеральной перманентности материально-правового аспекта.

Преступление, таким образом, есть не то, что вменяется субъекту просто пассажно-амбивалентно resp. виртуально, а с целью наказания в силу закона<sup>892</sup>, и наряду с этим дело касается большего, чем сущей формы, в частности дело касается сердцевины уголовно-правового отношения: деликт не представляет собой изменение натуралистического или социологистического внешнего мира, *а преступление по своей сути есть трансформация уголовно-правового отношения в рамках перманентности*. Виртуальное вменение, в отличие от этого, обуславливает всего лишь виртуальное «деяние», отнюдь не способствующее спецификации субъекта с точки зрения генеральной перманентности, так как субъект здесь в отношении своего поведения не пребывает в сфере уголовно-правового отношения: напротив, между прочим, возможно только в случае инициативы возбуждения дела,

---

<sup>892</sup> Ср. С. А. Пашин, Понимание преступления, 2000, стр. 87.

упразднения обеспечиваемой иммунитетом охраны или истечения её срока (где право на интеракционное наказание ещё не возникало в отношении).

Соответственно, *nullum crimen sine imputatione* не корреспондирует ни с виртуальным вменением<sup>893</sup>, ни с вытекающим отсюда техническим проектом преступления. Функциональная модель вменения, в свою очередь, возможна только там, где решающее значение придаётся не внешне актуальной интервализации, а комплексности материально-правового отношения, неизбежно включающей формальное право<sup>894</sup>. Следовательно, наказание не является формально-правовым феноменом<sup>895</sup>, назначение которого осуществляется простым указанием на материальное уголовное право<sup>896</sup>, а представляет собой признак материально-правового отношения в его включающей осуществлённое поведение общности.

Современное уголовное право в рассматриваемом контексте ограничивает понятие преступления вышеуказанным моментом вменяемости, т. е. исключаящие наказание упомянутые обстоятельства в их совокупности или, во всяком случае, отчасти<sup>897</sup> оставляют понятие нетронутым, развивая своё значение только за пределами тех систематических граней, где должно иметь место конституирование понятия деяния. Таким образом, современная программа вменения в этом ракурсе ещё отнюдь не может характеризоваться как доктрина уголовно-правового *вменения*, а как доктрина виртуального отнесения уголовно релевантного поведения к субъекту отношения.

Так, например, неясно, в силу чего из перспективы презумпции невиновности вина не может наличествовать там, где «преступление» кажется наличествующим, т. е. *где понятие в материально-правовом понимании ничем не суплементируемо*<sup>898</sup>. Или иссякает ли вообще материально-правовое отно-

---

<sup>893</sup> Только негативно, скажем, Н. Alwart, *Zurechnen und Verurteilen*, Stuttgart, München, Hanpover, Berlin, Weimar, Dresden, 1998, стр. 9 с, 32 сс.

<sup>894</sup> Причём вопрос о том, формальное право субсидиарно или суверенно, в разных контекстах может решаться по-разному.

<sup>895</sup> Ср. U. Neumann, *Funktionale Wahrheit im Strafverfahren*, in: *Festschrift für Arthur Kaufmann*, Heidelberg, 1989, стр. 81 с.

<sup>896</sup> См. в рассматриваемом контексте Th. Weigend, *Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht*, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 113, 2001, стр. 276 с.

<sup>897</sup> Согласно R. Bloy, *Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe*, Berlin, 1976, стр. 71 сс, 84 сс и *passim*, например, экстерриториальность или иммунитет депутата, так же как иммунитет.

<sup>898</sup> Детально Н. Frister, *Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts*, Berlin, 1988, стр. 49, 84 сс.



шение вследствие совершения преступления? Помимо этого: предваритель-но-следственное «вменение» может осуществляться и в условиях совершенной неустановленности субъекта, что также не упрощает определение теоретической взаимосвязи между преступлением и субъектом преступления.

**Конститутивность наказуемости** Преступление как виртуально вменяемое поведение указывает на то, что материально-правовая связь исчерпывается уже между законодательным *проектом* преступления и *угрозой* наказания, но остаётся невоспринятой между преступлением и наказанием, ибо определённое в таком виде понятие бросает тень на систематическое значение наказания, основывая свою теоретическую сущность в лучшем случае на абстрактно понятой наказуемости.

Уголовное право, следовательно, из релевантной с точки зрения понятия преступления перспективы зримо только в субтрансформативной плоскости наказуемости. Хотя, по Белингу, «ни одному явлению (...) качество преступления не может приписываться без связи с угрозой наказания позитивного права»<sup>899</sup>, однако из этого в рассматриваемом контексте ни в коем случае не следует, что «преступление существует только в смысле угрозы наказания или угрозы наказания»<sup>900</sup>. Что на самом деле существует в смысле «угрозы наказания» – это проект преступления в вышеуказанном понимании. Как неменяемый не вносит вклад в общую перманентность уголовно-правового отношения, так же и там не наличествует подобный вклад, где вменение соответствующего поведения системно ещё не включает определённое содержание.

Одновременно с этим дело, прежде всего, касается функционального определения наказуемости в своём качестве конститутивного признака понятия преступления: наказуемо, соответственно, не то, что абстрактно, виртуально и т. д. ведёт к уголовно-правовой ответственности, а она существует *лишь в смысле наказуемости, охватываемой материально-правовой комплексностью*, т. е. в смысле ставшего необратимым права государства на наказание. Ввиду этого решающее уголовно-правовое отношение и в своей актуальности, в своей действительности, а не только в плане будущего развития, скажем, из перспективы упразднённой или истёкшей «экстрауголовно-правовой» охраны (например, в случае обеспечиваемой иммунитетом

<sup>899</sup> E. v. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen, 1906, стр. 48.

<sup>900</sup> Ibidem.

охраны от уголовного преследования) или в свете развития, ставшей уже уголовно-правовой историей (например, в случае истечения сроков давности привлечения к уголовной ответственности). Если имеет место имитация отношения по поводу осуществлённого противоправного поведения, – т. е. если субъект не может преследоваться в рамках судебного разбирательства, – то это отнюдь не только процессуально-правовая (resp. трансгредиентная в материально-правовом отношении) имитация, а, прежде всего, имитирование материально-правового отношения.

Таким образом, виртуальная вменяемость противоправного поведения задачу уголовного права в релевантном из перспективы понятия преступления аспекте ограничивает определением того, что касается именно только виртуальности наказуемости. Само наказание в таком случае ведь отнюдь не представляет собой признак перманентности, а недостоверно профилированный феномен, ставший действительным *praeter legem*. Следовательно, непрерывность отношения здесь выступает в качестве системно чуждого процесса; оно протекает совершенно вслепую, что касается функции наказания, и в силу этого совершением преступления может завершаться.

Где не можем иметь дело с подобным развитием, задача понятия вменения не может сводиться к – какого бы то ни было вида – простой связи актуального явления с обеспечиваемой в уголовно-правовом порядке нормой поведения; а всё зависит от развития материально-правового отношения. Остаётся ли с этой целью вменение неполноценным или, несмотря на мнимую полноценность, по-прежнему ничего не порождает, это, правда, соприкасается в различных видах с понятием преступления в его функциональности, однако как раз ничем функционально нейтральным и не является. Ни в одном случае не протекает материально-правовое отношение, в обоих случаях уголовно-правовое «деяние» располагается вне уголовно-правового отношения. Функциональное понятие преступления формируется в рамках учения о вменении, направляющего интеракционный процесс в русло *комплексности* материально-правового отношения. Соответственно, в рамках функционального вменения материальное уголовное право не является унитарной реферальной системой, представляющей себе вменяемое в качестве контурных штрихов, а программа вменения, порождающая право на наказание, конструирует предмет материально-правового отношения, где

система в своей регулятивной функции оказывается лицом к лицу с осуществлённым деянием.

**Нет наказания без исполнения** Вменение как феномен, инкорпорируемый перманентностью уголовно-правового отношения *resp.* подтверждающий действительность этого же отношения, является основанием для констатации того, что понятие преступления не исчерпывается ни в полном, ни в виртуальном предмете наказания. Хотя интеракционное уголовное право *отнюдь* не довольствуется селективной интегральностью наказуемости в деликте, т. е. теоретически руководящая общая картина в конечном итоге не может ограничиваться и вышеразвитым соотношением материального и формального права. В контексте перманентности функциональное обобщение свидетельствует о следующем: не только присуждение наказания, но в той же мере и исполнение наказания осуществляется *строго в пределах и с целью генеральной перманентности материально-правового отношения*. Наказание существует только, если исполняется; вне исполнения у наказания нет действительности. Понятие наказания, в свою очередь, представляет собой материально-правовое понятие, в силу чего исполнение наказания неизбежно охватывается материально-правовой перманентностью.

Следовательно, распространённое до исполнения наказания поведение выполняет децизивную с точки зрения понятия преступления функцию, прежде всего, пока сохраняется актуальность вменения. В противном случае упраздняется право на наказание, и отношение в силу деликтного поведения исключается. Так, например, субъект преступления, согласно §§ 79 сс УК ФРГ (истечение сроков давности исполнения [обвинительного приговора]), рано или поздно выводится из уголовно-правового отношения, так как сроки давности касаются не изолированно взятого притязания на уголовно-правовую реакцию, результирующего из вменения, а истечение сроков актуальности уголовно-правового вменения обуславливает истечение сроков актуальности осуществлённого поведения как преступления в функционально руководящем ракурсе, т. е. упраздняется уже конституированное право на наказание как признак перманентности уголовно-правового отношения. Также не может осмысляться вне актуальной с точки зрения корреляции уголовно-правового вменения и генеральной перманентности уголовно-правового отношения назначение помилования, выказывающей ложность вме-

нения *resp.* апостериорную неадекватность вменённого как предмета наказания.

Исключение исполнения может с неактуальностью вменения не коррелировать, однако отсюда никогда не следует, словно деяние включено в генеральную перманентность уголовно-правового отношения. В случае защиты от исполнения наказания, гарантируемой экстерриториальностью, где, в отличие от истечения сроков давности, наказание как таковое остаётся необходимым, интеракция не имеет места. Чего, соответственно, принципиально касается дело, есть детерминация наказания, не только абстрактного права на него. При защите иммунитетом в той же плоскости хотя не исключается релевантная с точки зрения понятия преступления функциональная переходность, однако здесь и в этот раз такой переход не наличествует, что поведение до соответствующего развития относит к сфере исключений. Понятие, другими словами, должно включать весь процесс уголовно-правового отношения, в рамках которого *исполнением наказания ничего не доводится до конца*<sup>901</sup>, а лишь *проявляется перманентность материально-правового отношения*: наказание здесь – спасательный круг вины.

---

<sup>901</sup> Если не предаваться «сущему позитивизму» (см.: Н. Jung, *Strafvollzug im Vergleich*, in: *Festschrift für Heinz Müller-Dietz*, München, 2001, стр. 317; J.-M. Jehle, *Strafvollzug und Empirie*, in: *Festschrift für Alexander Böhm*, Berlin, New York, 1999, стр. 242 с).

## В. НАКАЗАНИЕ

– I –

### РЕТРОСПЕКТИВНОСТЬ («АБСОЛЮТНЫЕ» ТЕОРИИ НАКАЗАНИЯ)

– §1 –

#### ПРИНЦИП ТАЛИОНА ПО КАНТУ

**Преступление как рафинированное зло** «Даже тогда, – пишет Кант, – если гражданское общество с согласия всех его членов распадается (например, если обитающий на острове народ решит покинуть его в разных направлениях и рассеяться по всему миру), последний убийца, находящийся в тюремном заключении, должен быть казнён, чтобы каждому воздать то, чего он заслуживает в силу своих деяний и не обременять причиной крови народ, не пожелавший этого наказания (...)»<sup>902</sup>. Вследствие этого Кант признаётся главным представителем «абсолютной» теории наказания<sup>903</sup>. Он, удаляя превентивную или любую другую «утилитарную» скорлупу с наказания,<sup>904</sup> воспринимает его как *требование справедливости*<sup>905</sup>.

Следует заметить, что воззрение Канта, прежде всего, принципиально несовместимо с «современным экономическим анализом преступления и на-

---

<sup>902</sup> I. Kant, *Metaphysik der Sitten*, in: Preußische Akademie der Wissenschaften, Berlin, 1900 сс, т. VI, стр. 333.

<sup>903</sup> A. Mosbacher, *Kants präventive Straftheorie*, in: ARSP (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy), Vol. 90, No. 2 (2004), стр. 210.

<sup>904</sup> В отличие, например, от Платона или Сенеки, считающими необоснованным для города-государства Рим идею возмездия (A. Montenbruck, *Deutsche Straftheorie. Ein Lehrbuch*, 2. ergänzte Auflage, Open Access der Freien Universität Berlin, 2017/18, стр. 30).

<sup>905</sup> *Ibidem*.

казания»<sup>906</sup>, можно сказать, налицо противоположные крайности. Однако в рассматриваемом контексте главное другое. В вышецитированном «примере острова» у Канта представлен *jus talionis* в прямом теологическом понимании: убийство – смертная казнь, т. е. таким образом, каким принцип талиона встречается в ветхом завете: око за око, зуб за зуб. Необходимо указать, что кантовскую попытку позитивации этой теологической догмы<sup>907</sup> – косвенную попытку, учитывая кантовскую дифференциацию легальности и моральности, – мы здесь не намерены противопоставлять ни с виктимным поведением, ни с каким-либо другим придаточным или относящимся к сфере исключений аспектом; более того, между философско-правовой теологией Канта и современной телеологией системы преступления и вышеуказанный диссонанс однозначно второстепенен. Наказание здесь составляет предмет интереса в качестве реакции на преступление как на рафинированную неправду (*рафинированное зло*). Если ядро этого фундаментального подхода верно, то всё остальное – вопрос уголовно-правовой дидактики.

**Теоретическая устойчивость** Уголовное право, делающее на «примере острова» Канта выбор не в пользу помилования или даже амнистии приговорённого к смертной казни, на первый взгляд, по определению является метасоциальным уголовным правом<sup>908</sup>. Государство и право, таким образом, не могли представляться у Канта в виде социальных феноменов, правовое и в том числе уголовно-правовое отношение – в виде общественного отношения. Источником легитимности социально конституированного государства и/или права является стабильно функционирующее общество. Исходя из этого, исполнение наказания наряду с распадом социума как такового логически немислимо, например, в качестве требования социальной справедливости.

Хотя всё это лишь на первый взгляд. А в действительности обоснование уголовно-правовой реакции в таком случае отнюдь не требует окунуться в пучину теократичности или тоталитарной нравственности, а основание нака-

<sup>906</sup> B. Sharon Byrd, Kant's Theory of Punishment: Deterrence in Its Threat, Retribution in Its Execution, in: Law and Philosophy, Vol. 8, No. 2 (Aug., 1989), стр. 151.

<sup>907</sup> Позитивированной она, разумеется, была и раньше, в частности в древнеизраильском праве (см. для сравнения M. J. Fish, An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment, In: Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 28, No. 1[2008], стр. 57 cc).

<sup>908</sup> См. наряду с этим к тематизации первичной общей превенции у Канта на примере смертной казни T. Hörnle, Strafrecht, in: Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie, IVR (Deutsche Sektion) und Deutsche Gesellschaft für Philosophie, 2011, абз. 9.

зания и на сей раз также наглядно идентифицируемо в пределах самой социальности. Юридически организованное общество *обязано перед потерпевшим* отвечать на преступление наказанием. В отношении дел публичного обвинения эта обязанность, правда, в определённой степени неразличима, так как отказ потерпевших от уголовного преследования здесь не исключает преследования, однако также очевидно и то, что потерпевший правомочен требовать от государства процессуального преследования потенциального делинквента, и, следовательно, государство, в свою очередь, в рамках публичного обвинения не только и не просто правомочно осуществлять уголовно-правовое преследование, а обязано преследовать потенциального злоумышленника в уголовно-правовом порядке. Соответственно, на данном институциональном уровне *resp.* с учётом статуса потерпевшего постулат Канта не лишён теоретической устойчивости.

Однако: 1) «пример острова» превращает каждое дело публичного обвинения в дело частного обвинения; 2) при отказе от преследования со стороны потерпевшего смертника следует освободить (публичного интереса вне общества не существует); 3) если распадающееся общество тем не менее желает карать, оно злоупотребляет публичностью; и, наконец, 4) философствовать на уголовно-правовую тематику без особой строгости *не рекомендуется*, в том числе ни Канту, ни Гегелю.

**Око преступника = око жертвы?** Вступивший в 1532 году в силу первый (общий: материально-формальный) немецкий Уголовный кодекс «Каролина» наряду с телесными наказаниями различал восемь видов смертной казни<sup>909</sup>: сожжение, уголовливание, четвертование, колесование, повешение, утопление, посажение на кол и погребение заживо. Обоснование принципа талиона в архаичном смысле в современном уголовном праве, не признающем ни смертную казнь, ни членовредительные наказания, естественно, не представляется мыслимым. Однако взглянем на онтологически зри-

<sup>909</sup> Заслуживает внимания селективное упразднение этого вида наказания в римском праве: «Уголовный кодекс претерпел важное изменение. Смертная казнь упразднилась в отношении римлян или, по крайней мере, уже не применялась (...). Хотя это изменение не действовало при экстраординарных обстоятельствах, в условиях которых, например, имело место объявление преступника врагом государства. Смертная казнь также сохранилась в отношении неримлян и рабов» (G. Hugo [Revue par F. Poncelet], *Histoire du Droit Romain*, Bruxelles, 1840, стр. 253). Разумеется, смертная казнь здесь не может признаваться упразднённой, в отличие от средневекового грузинского уголовного права – из перспективы прецедентного права.

мые пропорции формулы талиона: око *преступника* за око *жертвы*. Мы здесь уголовно-правового равновесия не замечаем, так как уголовное право является *не ретрибутивным, а карающим* механизмом, в то время как в принципе талиона недостижим уже и ретрибутивный баланс.

С точки зрения математики уголовного-права, во-первых, око делинквента  $\neq$  око жертвы, вследствие чего можно условно рассуждать о преимуществе гегелевского восприятия талиона в отношении кантовского восприятия талиона. Во-вторых, рассмотрим любой деликт господства, например, телесное повреждение вследствие злостного хулиганства. Причинённое жертве телесное повреждение только там и настолько может быть эквивалентным причинённому делинквенту тому же повреждению, где и насколько исходным моментом является не правовое добро, не интерес, подлежащий правовой охране, а злой умысел, и это субъективизм, особо не отличающийся от средневекового канонического субъективизма. Наконец, *безгрешное око всегда перевесит на весах справедливости виновное око*, – как с точки зрения метафизики морали и/или права, так и в плоскости позитивно-правовой действительности. Что касается ссылки Канта на теологию, он также заблуждается, ибо следует учитывать, что там злоумышленник предупреждается не только о потере ока за око, но и о чём-то совершенно другом в виде ада.

Схоластичность кантианских весов Фемиды, однако, и без того очевидна: у убивающего двоих жизнь одна – там два ока, тут четыре. Это, возможно, онтологически так и происходит, но уголовному праву со своими ограниченными рамками индивидуализации или даже вне этих рамок осуществление подобного правосудия объективно не под силу.

**Punitur quia peccatum est** Кто основательно знаком с традиционной и современной уголовно-правовой догматикой, обнаружит, что теории наказания в уголовном праве охвачены тем же недугом<sup>910</sup>, что и учения о деянии. В этом последнем случае моногранные минимумы (причинность, субъективная или объективная финальность, предотвратимое непредотвращение, интенциональность, симптоматизм и др.), сформировавшиеся вследствие поиска позитивистски *гесп.* эффективного общего знаменателя, в боль-

<sup>910</sup> См. к методологическим и общепреventивным различиям между континентальной и англо-американской доктриной с точки зрения обоснования наказания, J. Wilenmann, *Contra las prácticas argumentativas de apelación a la “teoría de la pena” en la dogmática penal*, Polít. crim. Vol. 12, Nº 24 (Diciembre 2017), Art. 4, pp. 754-785 [ <http://www.politicacriminal.cl/Vol12/n24/Vol12N24A4.pdf> ], стр. 772 с.



шинстве случаев и поныне не преодолены в господствующей доктрине. Хотя данный линейаризм в своё время значительно пошатнулся персональным учением Арт. Кауфмана, которое, как мы уже увидели, сегодня перевоплощено в персональное учение Роксина, однако указанный концептуальный минимализм по-прежнему однозначно доминирует. Дело в том, что «обобщение» этих минимумов с целью их аккомодации к легислативной субстанции неизбежно сопровождается релятивизмом, кондиционализмом, искажением уголовно-правовых или онтологических реалий и не одной иной цессией, приносимой в жертву технической исправности систематики.

Доктрина наказания, разветвлённая на ретроспективные и проспективные аспекты, представляет собой близняшку из той же яйцеклетки. Достаточно окинуть взглядом аргументы, приводимые друг против друга в абсолютных resp. ретрибутивных (*punitur, quia peccatur* – карается, ибо согрешил) и релятивных resp. определённых (превентивной) целью (*punitur, ne peccetur* – карается, дабы не согрешил) теориях наказания<sup>911</sup>, чтобы заключить, что в обоих случаях имеем дело с дефицитным, рудиментарным направлением. Разумеется, одно из них может основываться на более принципиальном аспекте, другое – на менее принципиальном, однако в силу собственного коренного изъяна подобные теории *никогда не могут взаимоисключаться*. В силу этого наряду с односторонними учениями о деянии уже более одного столетия динамично развиваются и комфортно сосуществуют односторонние теории наказания. В то же время стереотипное воззрение, словно ретроспективный подход уже давно преодолен и господствующее учение включает в себя лишь проспективные концепции, можно считать неточностью. Менее Канта, более Гегеля, но ретрибутивные воззрения по-прежнему в силе<sup>912</sup>.

Несмотря на это, налицо непреодолимое системное противоречие: современное уголовное право различает ориентированную на деяние и ориентированную на субъекта (деяния) систематику<sup>913</sup>, делая ставку на первую теоретическую композицию; исходным моментом ретрибуционного подхода, в свою очередь, является именно деяние, исходным моментом превентив-

<sup>911</sup> А. Montenbruck, *Deutsche Strafrecht*, стр. 30.

<sup>912</sup> См. Н. Н. Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, passim.

<sup>913</sup> См. S. Hähnchen: *Rechtsgeschichte*. 4. Aufl., 2012, стр. 386, А. Grünwald, *Das vorsätzliche Tötungsdelikt*, 2010, стр. 41.

ного подхода – именно субъект деяния<sup>914</sup>. То, насколько логично доминирование ориентированных на субъекта теорий наказания в ориентированной на деяние уголовно-правовой догматике, – контрадикторность, заставляющая глубоко призадуматься. С существенно иной ситуацией имеем дело в сфере правосудия, где, например, степень опасности личности преступника «только в малейшем количестве случаев» отягчает наказание, причём доминирующая доктрина правосудия считает это недопустимым<sup>915</sup>.

**Критическое естество** Сопоставим друг с другом ключевые позиции Канта как флагмана абсолютной теории и Фейербаха как главного представителя релятивной теории, т. е. радикальный ретроспективизм и радикальный проспективизм<sup>916</sup>.

1) а) С точки зрения философии права, Кант пытается *исключить триумф зла* («наказание есть средство устранения преступления [в каждом его владении государственной безопасностью]») <sup>917</sup>, тогда как Фейербах стремится к *триумфу добра*, что не одно и то же. Торжествует – и распространяется *resp.* разнуздано – зло, являющееся безнаказанным злом.<sup>918</sup> А преступле-

<sup>914</sup> Ср. D. Hogger, Kants Straftheorie in «Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre», 2014, *passim*, хотя в определённой степени с иной дифференциацией, основываясь на классификацию О. Хёфе (1999) и Р. Шмица (2001): под концепциями наказания, ориентированными на деяние, здесь подразумеваются теории возмездия *resp.* собственно ретрибуции, однако ориентированные на субъекта концепции наказания представлены как теории ресоциализации, выделяя при этом, с одной стороны, и третье направление в виде ориентированных на результат концепций наказания, подразумевающих превентивные теории, и, представляя, с другой стороны, смешанные модели наказания, включающие дифференцированное акцентирование тех же ориентиров.

<sup>915</sup> E. Borja Jiménez, Peligrosidad criminal e individualización judicial de la pena, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, No. 87, Julio-Diciembre 2016, Universidad EAFIT, Medellín, стр. 120 с и *passim*; ср. законодательную действительность на примере Конституции ФРГ А. Montenbruck, *Deutsche Straftheorie, Ein Lehrbuch*. 3., erheblich erweiterte Auflage, Berlin, 2018, стр. 30.

<sup>916</sup> См. также к дифференциации абсолютных и релятивных теорий соответственно как теорий *справедливости* (как самоцели) и (превентивно-) *прагматичных* теорий *ibid.*, стр. 30 сс.

<sup>917</sup> I. Kant, *Werke in zwölf Bänden*, Bd. VIII, *Metaphysik der Sitten. Rechtslehre*, Wiesbaden, 1956, стр. 487. Ближе к понятию Канта С. Roxin, *Wandlungen der Strafzwecklehre*, in: *Festschrift für Heinz Müller-Dietz*, München, 2001, стр. 701.

<sup>918</sup> Наличествует ли здесь, в свою очередь, противоречие между ветхозаветным принципом талиона и новозаветным принципом прощения? Нет. Однако конкретизация этого выходит за рамки ограниченных категориальных возможностей уголовного права. Вне этих рамок: Перо+Уста≠Взор (напр., Авраам готовностью жертвоприношения сына разочаровал, Каиафа верностью Перу разочаровал и т. д. [следует заметить, что Кант был близок к разгадке, противопоставляя слепой вере критическое суждение; ещё ближе к истине был Эйнштейн, исходящий из неманифестирующегося Бога]). Тем не менее научно

ние как предмет наказания в отличие от этого – обузданная неправа, не упразднённое (необратимый вред), не ниспровергнутое (уголовное право *здесь* обеспечить фиаско зла вообще не в силе; более того, в условиях необратимого вреда даже покаянное и/или прощённое зло не может характеризоваться как ниспровергнутое зло), но, выражаясь по-гегелиански, отвергнутое зло.

б) Что касается всеопережающей генеральной превенции Фейербаха, её основная цель состоит в упреждении экстериоризации вредного поведения. В правовом понимании это и есть триумф добра. Хотя о тех отдельных случаях, где превентивный барьер преодолевается и налицо объективированное преступление, негативная общая превенция безмолвствует<sup>919</sup>.

2) С точки зрения теории уголовного права, по Канту, главная цель уголовного права состоит *в наказании делинквента* (затаившееся уголовное право), а по Фейербаху – *в предотвращении преступления*, со всеми вытекающими отсюда последствиями, включая разнородные моделирования оси наказания. Тогда как в последнем случае руководящий взор сфокусирован на подавлении деликтного устремления, в первом случае он легко может оставлять деструктивное пространство также для выявления зла. Однако выявление зла за счёт превенции зла задачей уголовного права, тем более как этического минимума, расцениваться не может.<sup>920</sup>

---

доказуемо лишь одно: *всемогущего добра не существует, ибо всемогущее добро исключает зло* (любой недуг, любое несчастье). В соответствии с этим, с научной точки зрения, следует исходить из реальности, где налицо противостояние добра и зла.

<sup>919</sup> Точнее, Фейербах в этом случае рассуждает о ретрибутивности (см., E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Göttingen, 1995, 2. Nachdruck der 3. Aufl., стр. 241) и, как ни странно, только о ретрибутивности (а не, скажем, о вторичной общей превенции [категорически, см. *ibidem*]), что является очередным наглядным подтверждением тому, что Фейербах – самый здравомыслящий конструктор понятия наказания.

<sup>920</sup> Вместе с тем, в отличие от метафизики Канта, онтологические законы в рассматриваемом ракурсе могут быть сконструированы и иначе: лицо наказывается не потому, что осуществило запретное поведение, а потому, что осуществило зло. И это не в смысле затаившегося уголовного права, цель которого состоит в выявлении зла и/или наказании делинквента, ни с указанием, например, на яacobскую синаллагму свободы поведения и ответственности за последствия (G. Jakobs, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, стр. 20 сс, 31 с), а по меньшей мере в смысле морального субъекта (*homo moralis*), в отношении которого, с точки зрения предикатной логики, «запрещённое» заменялось бы «плохим». В рамках такой метафизики морали, в отличие от кантианской, акция не влечёт, а *включает* реакцию (моральное переживание в аристотелевском понимании).

## ПРИНЦИП ТАЛИОНА ПО ГЕГЕЛЮ

**Отрицание отрицания** Согласно Гегелю, наказание – это отрицание отрицания, причём преступление и наказание рассматриваются как два противоположных зла<sup>921</sup>. В то время как у Канта исходный момент состоит в *посягательстве на правовое добро*, у Гегеля основной акцент, как видим, переносится на *отношение к норме* – предмет фундаментальной дискуссии современного уголовного права. Точнее, определяющий акцент *перемещается от результата на деяние*. Одновременно с этим наказание, по Гегелю, призвано «восстановить право» посредством «устранения правонарушения»<sup>922</sup>, т. е., уточняя его же словами, призвано опрокинуть «закон» (альтернативное «право»), «формирующееся преступлением»<sup>923</sup>. А где «не упраздняется» преступление, там преступление «действует»<sup>924</sup>.

Соответственно, уголовно-правовая реакция в философии права Гегеля противопоставляется отсутствию нормы как «норме», что указывает на то, что действительность нормы, в свою очередь, может зависеть не от дееспособности социума в общем, а уже от способности отдельного субъекта к правомерной самомотивации. В рамках ретроспективного подхода, где перманентность скрыта, подобная фрагментация правопорядка, можно сказать, совершенно естественна.

Как отмечает Г. Якобс, «индивид не слеп к самому себе»<sup>925</sup>. Однако при этом, прежде всего, отсутствие нормы как «норма» на примере деликтного поведения недоказуемо. Например, кража не может рассматриваться в качестве отказа от охраны имущества (о том, кто тайно похищает чужую вещь, нельзя сказать, словно он *тем самым* не желает, чтобы его право на собственность оставалось гарантированным) как искренний призыв к естественному состоянию, также не может неосторожное причинение смерти рассма-

---

<sup>921</sup> G. W. F. Hegel, *Sämtliche Werke*, Bd. VII, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 3. Auflage, Stuttgart, 1952, § 97.

<sup>922</sup> Hegel, *Rechtsphilosophie*, § 99.

<sup>923</sup> *Ibidem*.

<sup>924</sup> *Ibidem*.

<sup>925</sup> G. Jakobs, *Das Schuldprinzip*, стр. 21 с.

триваться как отказ от охраны жизни хотя бы в силу той же указанной причины и т. д.

**Объективное и субъективное вменение** Испокон веков поныне предмет наказания всегда выступает в качестве предмета неисчерпаемой полемики, в различных видах, но с весьма аналогичным содержанием. В то время как архаичная правовая мысль достаточным основанием уголовной ответственности рассматривала, между прочим, только вред (объективное вменение – ответственность за результат), в средневековом каноническом праве уголовная ответственность уже конституируется злым умыслом вне зависимости от того, проявляется ли он во внешней опасности или вреде (субъективное вменение – ответственность за отношение).

В современном уголовном праве следы этих обеих крайностей наглядно сохранились, местами безусловно, местами дискутабельно. Так, например, в первом случае налицо коренная конфронтация между континентальной и англо-американской доктриной, когда в повестку дня ставится вопрос о вменяемости вызванных деликтным поведением, но неизбежно непредвиденных делинквентом последствий (континентальная доктрина такой пережиток объективного вменения преимущественно отвергает, англо-американская – преимущественно признаёт) или более масштабно на примере уголовной ответственности юридических лиц, которая между тем воцарилась, например, как в грузинской, так и в российской законодательной действительности. А во втором случае в качестве подобного рудимента можно считать французскую абсолютизацию наказуемости покушения как безуспешного делинквирования с начала XIX века.

**Ориентация на деликт, ориентация на делинквента** В традиционной догматике предметом кардинальной дискуссии предстают основополагающие различия между программами ориентированного на деяние уголовного права и ориентированного на субъекта деяния уголовного права. Экстремальным проявлением последнего подхода можно считать традиционное центральноевропейское уголовное право, убеждённо оперирующее таким понятием, как «враг народа» (Венгрия)<sup>926</sup>, как с точки зрения конституирования ответственности, так и с точки зрения определения вида и степени наказания. Ныне данный подход преодолён в пользу первой опции.

<sup>926</sup> A. Sinn, W. Gropp, F. Nagy (Hg.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, in: ZEIS, 2011, т. 1, стр. 118.

Однако лишь концептуально, так как в современной систематике пережитки противостояния такого типа, помимо вышеуказанных, нередко встречаются и в отношении ориентированной на субъекта *resp.* секундарно-превентивной доктрины наказания. К подобным рудиментам в рамках эволюции уголовно-правовой мысли, прежде всего, относится догматическое значение рецидива или института судимости. Наряду с этим с ориентированным на делинквента уголовным правом имеем дело и во всех остальных случаях, где только имеет место оперирование понятием общественной опасности личности субъекта преступления, ничего не говоря о формальных проявлениях той же программы (например, в контексте определения систематического места вменения [Х. Х. Леш, ФРГ], иерархическое соотношение вины и противоправности [российская модель преступления] и др.). Следует заметить, что ныне *основой этого предстаёт секундарно-превентивный утилитаризм.*

**Кант или Гегель: интерес или норма?** Когнитивный талион Канта и оценочный талион Гегеля характеризуются по отношению друг к другу как слабостями, так и преимуществами. Внешняя конгруэнтность зачастую, точнее, в большинстве случаев – мнимая конгруэнтность, так как, во-первых, вряд ли может быть приемлемо идентичное обращение с умышленным и неосторожным делинквентом; во-вторых, при резком виктимном поведении или при иной, наказуемой провокации преступления, где не может иметь место реагирование в отношении жертвы, всякая внешняя пропорциональность морально нетерпима; и, наконец, между деянием и правовыми последствиями деяния на основе натуралистической симметрии не может формироваться понятие недопустимой жестокости, исключаящее в современном уголовном праве смертную казнь, членовредительство, попирающее честь и достоинство реагирование и т. д.

Всё это свидетельствует в пользу рационального *resp.* смыслового принципа талиона. В то же время перестановка акцента с правового добра на отношение к норме породила опасность абстрактификации индивидуального интереса, неприемлемость чего в уголовном праве наглядно выделял ещё Беккариа. Подлежащий реальной охране интерес и *прикрытое действием нормы субъективное право или свобода* – разные явления.

**Позитивная  
виктимология**      Нормативное пространство отличается безмерной эластичностью, и вследствие этого конкретный интерес в этой плоскости может вообще удалиться из поля зрения<sup>927</sup>. Следствием этой методологии является современная теоретическая, законодательная или практическая реальность, в соответствии с которой *уголовно-правовая подотчётность государства перед жертвой преступления исчерпывается финансированием наказания*. Более того, штраф как вид наказания уплачивается не в пользу жертвы, а в пользу казны<sup>928</sup>. Вкратце, главное – наказание преступника, а не всесторонняя реабилитация жертвы в рамках *позитивной виктимологии*, что явно выходит из руслу правового здравого смысла. О гражданско-правовых институтах возмещения морального вреда в пределах рассматриваемого сравнения можно не промолвить ни слова, ввиду крайней невосомости. А происходит это там, где акцент от нарушенного – повреждённого или уничтоженного – индивидуального интереса переходит на отношение к норме.

**Cogitationis poenam  
nemo patitur**      В отличие от дуализированного современного уголовного права мы в равной степени дистанцируемся от приоритизации как объективистского, так и субъективистского начала. Субъект преступления является субъектом правоотношения, и эксклюзивной сферой проявления деликтного поведения также является правоотношение *в виде нарушенного субъективного права и нарушенной обязанности*. В то же время, во-первых, материально нарушение обязанности в условиях отсутствия объективно идентифицируемого посягательства на субъективное право ничего не означает (например, ненаказуемое негодное, нерезальное покушение). Во-вторых, процессуально исходным также предстаёт этот последний момент. Однако третий и главный, до сих пор безакцентный момент: адресату обязанности в силу нарушения обязанности *присуждается наказание*, т. е. в правовом понимании причиняется «тот же» вред, какой вред он вызвал нарушением субъективного права. Ввиду этого: осторожнее! Соответственно, теоретического детерминанта неэквивалентного акцентирования в системе преступления объективного и субъективного аспектов *resp.* нарушения субъективного права и нарушения обязанности не существует.

<sup>927</sup> Например, как это имеет место у Якобса: G. Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 1. Auflage, Berlin, 1997, 2. Auflage, Berlin, 1999.

<sup>928</sup> Что рационально в исключительном случае может быть допустимо, в частности там, где это для жертвы неприемлемо.

Правда, *actus reus non facit reum nisi mens sit rea*, однако, исходя из всего вышеотмеченного, позиции Гегеля всё-таки отчётливо противостоит один из основополагающих принципов современной правовой доктрины из Дигест Юстиниана (48.19.18): *cogitationis poenam nemo patitur*.<sup>929</sup>

↔

*Сущее*: посягательство на правовое добро →← противоречие норме,  
*должное*: нарушение субъективного права ↔ нарушение обязанности.<sup>930</sup>

---

<sup>929</sup> Ср. L.-G. Kutalia, *Handlungslehre. Strafrechtliche Konzeption*, Göttingen, 2011, стр. 146.

<sup>930</sup> Рекомендация немецкой догматике: *status quo ante*: Erfolgsstrafrecht →← Schuldstrafrecht; Tatstrafrecht →← Täterstrafrecht; *Sein*: Rechtsgutsverletzung →← Normwiderspruch; *Sollen*: Rechtsverletzung ↔ Pflichtverletzung.



## НЕОГЕГЕЛИАНСКОЕ УСТРАНЕНИЕ ВИНЫ

**Биндинг** Гегелианской школы уголовного права в том смысле, в каком она имело место в современной самому Гегелю эпохе в творчестве Ю. Ф. Г. Абега и К. Р. Кёстлина, ныне не существует. Неогегелианские концепции по существу возможно признать лишь частично гегелианскими направлениями, основанными на различных отдельных коренных аспектах. Степень их пересечения с философией права Гегеля гораздо ниже, чем в разделённой на два крыла – параллельно с (современной тогда) социологической школой Листа – традиционной немецкой догматике доктрины Биндинга<sup>931</sup> как главного представителя (тогдашней) классической школы, который собственно в уголовном праве может и по сей день считаться самым принципиальным ретрибутивистом.

В современном Биндингу немецком уголовном праве выделяются четыре основных объекта наказания: жизнь, свобода, честь и имущество<sup>932</sup>. В то же время само наказание для Биндинга «есть лишение в правах или правовых добрах, налагаемое государством на делинквента в силу права за его необратимое, виновное правонарушение, чтобы сохранить авторитет нарушенного права»<sup>933</sup>.

Имеем ли дело с Гегелем или Биндингом, с одной стороны, или с Г. Якобсом – с другой: в первом случае с точки зрения устранения вины, во втором – с точки зрения общепреventивной стабилизации системы, в обоих случаях налицо логически уязвимые конструкции. Прежде всего, вопрос о сохранении «авторитета права» возникает *не там, где норму подводит гражданин, а там, где норму подводит государство*, т. е. не тогда, когда нарушается диспозиция нормы, а тогда, когда нарушается санкция нормы. *Нарушением правила поведения* действительность правопорядка ещё отнюдь не подвергается сомнению, а сомнительным правопорядок становится там и то-

---

<sup>931</sup> К. Binding, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Vier Bände, Leipzig, 1872–1920; Neudruck, Aalen, 1965.

<sup>932</sup> К. Binding, Grundriss des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil, 6. Aufl., Leipzig, 1902, § 90/I cc.

<sup>933</sup> Ibid., стр. 226.

гда, где и когда это правонарушение не влечёт *системно предусмотренной реакции*. В силу этого интуитивное положение Гегеля (интуитивное постольку, поскольку аргументативно и он на том же этапе исходит из «необходимости восстановления»), согласно которому «нарушение права как права ничтожно в самом себе»,<sup>934</sup> корректно.

Таким образом, дело касается не только нормы, но и в той же степени наказания как институционализованного ожидания. Личности истинно юридически организованного общества имеют ожидание наказания в той же мере, – scil. всегда уже изначально resp. с инкорпорированием самого делинквента, – в какой для них неприемлемо нарушение нормы. Вместе с тем наказание как ожидание не иначе, чем норма, институционализировано только как интеракционно релевантное ожидание, и в плоскости интеракции формальная конфронтация в отношении конфронтации с нормой ещё ни о чём не свидетельствует. – Всякое противодействие вне наказания как устранения вины является именно формальным, для «упрочения» которого государство может не утруждать себя.

Партнёрам интеракции, которые, прежде всего, интегрируются в рамках общества только потому, что оно предполагает действие нормы, а не дезавуирование нормы, – таким партнёрам интеракции общество или государство «для продления своей действительности» никогда не может проповедовать, что верна норма, а не нарушение нормы. При первобытно-общинном строе (кстати, вопреки господствующему воззрению, отнюдь не исключаящем феномен права) общество в понимании Г. Якобса, при современном строе государство (в своей действительности) длится истинно юридически, где имеет место ожидаемая активация обязанностей, ориентированных на нарушение обязанности, т. е. где «уничтожением вины» имеет место более, чем только внешнее устранение ошибки.

**Боннская школа** С весьма значительной ситуацией имеем дело, с точки зрения гегелианских подходов, в современной догматике, в частности на примере боннской школы уголовного права, с одной стороны, в виде концепции Г. Якобса, с другой – Х. Х. Леша. В отли-

<sup>934</sup> Ср. G. Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 108; подробнее к «устранению преступления» у Гегеля ders., Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2. Aufl., Berlin, New York, 1991, 1/21; ср. C. Roxin, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin, New York, 1973, стр. 18.

чие от Биндинга, чья доктрина в обоих основных аспектах корреспондирует с гегелианской систематикой в виде тождественности понятий деяния и преступления – с одной и в виде аксиологической ретроспективности наказания, с другой стороны, у Якобса это имеет место только в первом фундаментальном аспекте. А решающим в данном контексте является не то, чтобы дело касалось «уголовно релевантного поведения», как это встречается на примере до сих господствующего т. н. общего понятия деяния Листа, а то, чтобы понятие деяния отображало *полную специфику уголовно-правовой релевантности*<sup>935</sup>, т. е. чтобы субстанциально включало как неправду, так и вину – т. н. специфически уголовно-правовое resp. гегелианское или биндингское понятие деяния.

Помимо этого, если в рамках аргументации Канта субъект преступления преимущественно воспринимался как психофизическая система, у Гегеля он, так же как у Якобса, представляет собой конституированную (правами и) обязанностями правовую личность. Отсюда же происходит и крылатое сравнение Гегеля по поводу того, что наказание является выражением уважения в отношении преступника, так как наказание признаёт преступника в качестве (мы бы дополнили: специфически) разумного – следовательно, не просто психически или физически устрашаемого психофизического – существа.

Тем не менее именно в отношении наказания вырисовывается существенная несовместимость подхода Якобса с гегелианской концепцией. Хотя самому Якобсу это представляется иначе. Тогда как исходный момент Гегеля состоит в возмездии, построенном на гносеологических критериях, Якобс исходит из приоритетности постделиктной общей превенции. Несмотря на это, он и в отношении понятия наказания основной акцент переносит не на различия между своим понятием и концепцией гегелианцев, а, как мы уже отмечали, на параллели, scil. в смысле «ретрибутивного-восстановления-права» (в первом) и «общепревентивной-стабилизации-нормы» (во втором случае) resp. в смысле нейтрализации правового конфликта<sup>936</sup>. Однако дело в том, что различия существенные, а параллели – формальные.

Леш, будучи одним из ведущих представителей боннской школы уголовного права, так же как современной немецкой догматики в общем, является

<sup>935</sup> G. Jakobs, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, стр. 13, 42 и passim.

<sup>936</sup> G. Jakobs, *Norm*, 1. Aufl., стр. 108.

первым, кто после уже *векового господства* превентивной точки зрения в уголовном праве, превенции вновь – не колеблясь – противопоставляет ретрибуционизм. В этом отношении нам, прежде всего, хотелось бы привести его небезызвестное положение, одинаково направленное против доминирования как превичной и вторичной, так и общей и специальной превенции: «Превентивные теории наказания с принципом вины несовместимы. И в противоположность господствующей сегодня позиции вообще спорно, достижимо ли на основе превентивных целей наказания конструирование функциональной системы преступления, так как между ориентированной на деяние виной и превентивным наказанием функциональной связи как раз не существует. Согласно действующей концепции, ориентированной на вину деяния, наказание – ретроспективная *реакция, ответ* на сконтурированное составом деяния *осуществлённое* деяние. Что касается этого *осуществлённого* деяния, когда наказание приводится в действие, всякий вид превенции, а именно всякое *предотвращение* и всякая *охрана* уже слишком несвоевременны. С учётом констатируемой вследствие этого «беспомощности» и «оцепенения» превентивного «наказания» моменты *этого* деяния также не могут определяться превентивными подходами»<sup>937</sup>.

Следует заметить, что здесь имеет место лишь индицирование интеракционного устранения вины, потому как это посредством голый ретроспективности так же недостижимо, как в случае проспективных концепций.

По существу с очередной односторонностью имеем дело в рассматриваемой плоскости современной догматики, между прочим, у М. Павлика, которым наказание воспринимается как «распоряжение преступником для восстановления нарушенного им правоотношения». В отношении «восстановления», следовательно, как отмечалось выше, уже в соответствии с выделенным Гегелем признаком дело касается не проспективного, как это подразумевается у Павлика, или в той же мере – не ретроспективного, в частности в понимании Гегеля, а предметом концептуализации предстаёт следующее: «здесь и сейчас».

Хотя и изолированно взятое измерение отнюдь не приводит к теоретически актуальному перевоплощению. Настоящее в самом себе и как таковое не представляет собой феномен, разделяющий или объединяющий преступление и наказание, а как акция, так и реакция истинно юридически имеет опре-

<sup>937</sup> Н. Н. Lesch, Verbrechensbegriff, стр. 170 с.

деляющее значение именно только как *многомерное* явление. Настоящее, воспринимаемое в призме перманентности, и, скажем, наличествующее само по себе, никогда не есть одно и то же. Ввиду этого, переводя взор на уголовно-правовое отношение, отнюдь не инцидентно, что указанный, исходящий из последней позиции момент, подобно моментам, исходящим из изолированно проспективного и изолированно ретроспективного аспекта, симулирует прерывистость уголовно-правового отношения, т. е. *его* настоящее – resp. действительность – в отношении осуществлённого деяния ускользает и на этом этапе, тем отчётливее нуждаясь в решении.

– II –

**ПРОСПЕКТИВНОСТЬ  
(ПРЕВЕНТИВНЫЕ ТЕОРИИ НАКАЗАНИЯ)**

– §4 –

**ПРИМАРНАЯ НЕГАТИВНАЯ ОБЩАЯ ПРЕВЕНЦИЯ  
ФЕЙЕРБАХА**

**Значение  
всеопрежающей  
превенции** Теория психологического принуждения П. И. А. Фейербаха<sup>938</sup> по сути составляет предмет безосновательной критики. Прежде всего, приоритетное утверждение того, словно уголовное право формируется в обществе с тем намерением, чтобы наказывать лицо за уже совершённое преступление – репрессивно или с целью последующей специальной или общей превенции, есть алогизм. Это несовместимо с уголовным правом ни дефиниционно, ни категориально.

Да, в своё время введение института палача считалось важным достоянием уголовно-правовой мысли (так как одним махом отнюдь не каждый мог обезглавить осуждённого), и в приведённом Кенни примере моряки, заведя после кораблекрушения незнакомый берег, также восторженно воспринимали воздвигнутую там виселицу как признак цивилизованности. Тем не менее утверждение того, что упорядочение наказания важнее, чем предотвращение наказания, мягко говоря, – неточность.

Таким образом, устранение вины или вторичная превенция как центральная дилемма современного уголовного права является проблемой второстепенной важности, а главное – *всеопережающая общая превенция*.

---

<sup>938</sup> P. J. A. v. Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil I, Erfurt, 1799, стр. 42 и passim.

Распространённую в отношении рассматриваемой теории аргументацию, с точки зрения уголовно-правовой техники, можно разделить на три основных направления:

**Прогнозируемость социальной среды** а) Мнение о том, словно убеждённость большинства делинквентов в избежании наказания свидетельствует о неэффективности общей превенции, неубедительно. Во-первых, достаточно упразднить угрозу наказания, чтобы преступление из исключения социального бытия перевоплотилось в правило социального бытия. Процентное соотношение делинквентов к законопослушным членам общества – в условиях общей превенции угрозы наказания – свидетельствует именно о том, что феномен делинквирования не выходит за грань исключения (обычно<sup>939</sup> никто не живёт в страхе по поводу того, что станет жертвой преступления, т. е. имеем дело с прогнозируемо обитаемой социальной средой вследствие генеральной превенции). Во-вторых, локализация преступления в качестве исключения посредством угрозы наказания отображает *значительную* эффективность общей превенции. Помимо этого, какое количество делинквентов в условиях данного процентного соотношения надеется, что деяние останется латентным (в результате правильного планирования преступления, использования благоприятной для делинквирования ситуации и т. д.), это уже не может иметь решающего значения.

**Деликт как исключение** б) Фейербах является автором реформированного баварийского Уголовного кодекса от 1813 года, и кто же ещё, если не он, прекрасно понимает, что уголовный закон может быть нарушен. Однако, как было показано в первом пункте этой же аргументации, он нарушается только в исключительных случаях. В силу этого вышеприведённый аргумент Леша как один из центральных аргументов, направленных против данной теории, согласно которому здесь и этим теория общей превенции Фейербаха капитулирует, также лишён убедительности. Гораздо более того: как отмечалось выше, в случае делинквирования Фейербах не исходит ни из секундарной общей превенции, ни из специальной превенции, а *исключительно из ретрибутивного момента*. Правда, этот аспект не может считаться интегрированным в теорию психологического принуждения, но со-

<sup>939</sup> Хотя следует выделить ахиллесову пяту уголовного права – латентное хулиганство, с которым современное уголовное право «не может» эффективно справиться. Для выявления и подавления (пресечения) подобной опасности нам представляется целесообразным создание *превентивного права* как самостоятельной отрасли права.

вершено интегрируем: как не выходящий за рамки исключения компонент. Соответственно, заблуждается не Фейербах, а Леш, ибо наказание не может расцениваться только как противопоставляемый суду Линча институт.

**Сущность** в) Согласно Фейербаху, санкция должна конструироваться таким образом, чтобы сдержать потенциального делинквента от делинквирования. Теория психологического принуждения как негативная общепреventивная конструкция, таким образом, строится на моменте устрашения, вследствие чего адресат санкции как психосоматическая система, как индивид, а не как конституированная правами и обязанностями личность в правовом понимании вряд ли может осмысляться как субъект уголовно-правового отношения. Однако напрашивается вопрос: возможно ли в силу данной номинальности отрицание теории?

Помимо этого, маргинализация всего психического или психосоматического как натурализмов в уголовно-правовом контексте догматически нежелательна. Наглядное следствие на примере уголовной ответственности юридических лиц – *что* как адресат наказания.

Приведём отвлечённый астрономический пример: допустим, в нашем же созвездии обитают две различные цивилизации, одна из которых научилась удалять из памяти тягостные воспоминания, а другая – замедлять время с целью предотвращения вредных последствий. В какой из них предпочли бы Вы явиться на свет? Уголовное право создаёт мир<sup>940</sup> resp. порядок, на который посягает отдельное преступление и который, как правило, сохраняется применением наказания. Не следует забывать, что естественное состояние в гоббсском смысле есть война всех против всех. В силу этого словно приведённые против примарной генеральной превенции Фейербаха аргументы наподобие того, что совершённое преступление свидетельствует о несостоятельности рассматриваемой концепции, откровенно выражаясь, спекулятивны, и нам хотелось бы заметить прямо, что в немецком уголовном праве все последующие теории наказания, за исключением интерперсональной теории наказания, разумеется, построены на этой плодотворной спекуляции. На самом же деле, как явствует из всего вышеизложенного, никто не вникал в суть уголовного права глубже, чем Фейербах.

<sup>940</sup> Подробнее Kutalia, Lagma, т. IX-X, XXXIV.



## СЕКУНДАРНАЯ НЕГАТИВНАЯ СПЕЦИАЛЬНАЯ ПРЕВЕНЦИЯ ЛИСТА

**Марбургская программа**      Ф. Э. ф. Лист с начала прошлого столетия поныне – самый влиятельный теоретик континентального уголовного права. Созданное им трёхступенчатое понятие преступления *mutatis mutandis* всё ещё является господствующей моделью преступления. Наряду с этим и по сей день в отношении понятия наказания господствует выделенная им секундарная превенция, *scil.* в виде специальной превенции Роксина и позитивной общей превенции Якобса. Сам Лист в своей широко известной «Марбургской программе» (1882) стремился к выделению определяющего значения специальной превенции, преимущественно в негативном ракурсе, – негативность здесь понята не просто в виде вторичности, а в виде квазисоциального подхода – несмотря на то что речь идёт об основоположнице классической социологической школы в уголовном праве – к субъекту преступления<sup>941</sup>. Следует заметить, что тем самым Лист сделал весьма важный, но весьма неоправданный шаг.

Обратим внимание на догматические реалии того времени. С одной стороны, доминирует ретрибутивная концепция гегелианцев и Биндинга, с другой – параллельно также доминирует теория психологического принуждения *gesp.* примарная (негативная) общая превенция Фейербаха. Понятно, что эти оба течения более или менее характеризуются своеобразными недостатками, однако что предлагает сам Лист взамен?

**Опровержение**      а) Видя сущность наказания в индивидуальной превенции, он пренебрегает моментом удовлетворения интереса потерпевшего наказанием, что является серьёзным недостатком;

б) Основания для того, чтобы наказывать лицо в силу несуществующего, несовершенно преступления *gesp.* с целью предотвращения возможного деликта в будущем, теоретически не имеется и не может иметься;

---

<sup>941</sup> F. E. v. Liszt, *Der Zweckgedanke im Strafrecht*, in: 3 ZStW 1, стр. 33-34 и *passim*, 1883 ("Marburger Programm").

в) Там, где отвергается преступление как основание ответственности, отвергается также и субъект преступления как ответственная сущность. Например, этот последний момент, в свою очередь, делает несовместимым в творчестве Роксина его персональное учение о деянии, основанное на концепции Арт. Кауфмана, и его специально превентивную теорию наказания, исходящую, в свою очередь, из постулированной Листом секундарной превенции.

**Классификация делинквентов и наказаний** Делинквента как адресата наказания и, соответственно, само наказание Лист делит на три основных типа: 1) случайный преступник, подлежащий обузданию посредством «*metento*» resp. сдерживанию разоблачением, 2) исправимый преступник, в отношении которого должно применяться лишение свободы, и 3) неисправимый ноторический преступник, который должен находиться в «уголовно-правовом заточении» бессрочно<sup>942</sup>.

Разумеется, в то же время Лист не только не игнорирует криминологический аспект, а эффективно исследует причины преступления, стремясь к их максимально возможному искоренению, прежде всего, нейтрализацией социальных детерминантов преступления. Другими словами, изначальный общепревентивный вакуум, возникающий в результате отрицания теории Фейербаха, здесь в известной степени заполняется криминологическими компонентами. Следует заметить, что в этом контексте листская ссылка на аспект социальности – вне всяких баталий против общей превенции – и сегодня не менее актуальна, точнее, должна быть не менее актуальной в современной уголовно-правовой догматике.

**Смысл и цель наказания** Однако то, что имеет место у Листа относительно тематизации социального аспекта на постделиктном этапе, есть обычный тоталитаризм: пренебрежение жертвой преступления и субъектом преступления, деликт как повод<sup>943</sup>, а не причина уголовно-правовой реакции и многое другое – всё это тоталитарные социологизмы, обосновывать которые уголовное право не может и не должно. Вкратце, социологическая школа Листа, вступая в конфронтацию с классической школой Биндинга, возвращается на щите. Это противостояние, замечая на языке современного уголовного права, есть противостояние между *смыслом* наказания и *це-*

<sup>942</sup> Ibid., стр. 36 сс, 39 с.

<sup>943</sup> Н. Н. Lesch, Verbrechensbegriff, passim.

лью наказания. На примере коллизии концепций Биндинга и Фейербаха, как было показано, терпит поражение смысл в отношении цели, а на примере конкуренции позиций Листа и Биндинга, как видим, капитулирует цель перед смыслом.

На наш взгляд, исходящие отсюда теоретические последствия очевидны: ни одна концепция не справляется с уголовно-правовой действительностью. Однако уточним: «Согласно Листу, цель наказания состояла только в социальной функции. Для Листа существовало исключительно профилактическое и конституированное целью наказание»<sup>944</sup>. – *Это отрицание наказания в пользу превентивных мер.*

---

<sup>944</sup> Ch. Kasseckert, *Straftheorie im Dritten Reich*, in: *Das Strafrecht vor neuen Herausforderungen*, Bd. 21, Berlin, 2009, стр. 168.

## СЕКУНДАРНАЯ ПОЗИТИВНАЯ ОБЩАЯ ПРЕВЕНЦИЯ ЯКОБСА

**Примарность и  
секундарность**      Главное различие между общей превенцией Фейербаха и общей превенцией Якобса состоит соответственно не в негативности и позитивности (это всего лишь нюансы правовой глоссономии), а в *антеделиктности и постделиктности* – грандиозное различие, плотно завуалированное давно сбившейся с пути современной догматикой.

**Зигзаги  
дезориентации**      Обратим внимание на то, как выглядят теоретические особенности уголовной ответственности по современному состоянию. Как известно, основное противостояние – уже не одно десятилетие – имеет место между мюнхенской школой уголовного права, возглавляемой Роксиним, и боннской школой уголовного права, возглавляемой Якобсом. В то же время Роксин в одном из изданий своего капитального дидактического труда прямо указывает на то, что (секундарная) общая превенция явно лидирует,<sup>945</sup> но оставляет надежду на кардинальные перемены в пользу специальной превенции<sup>946</sup>. Несмотря на масштабность этого противостояния, напрашивается вопрос: та ли эта плоскость вообще, в которой может достигаться существенное решение вопроса?

Следует заметить, что «общее» и «специальное» здесь, так сказать, – дезориентирующие факторы, ещё более дезориентирующим, в свою очередь, является указанная интраобщепревентивная конфронтация между «негативным» и «позитивным». Это отнюдь не та война, которую в своё время объявила специально превентивное понятие наказания концепции Фейербаха, где общая превенция черпала начало из своего естественного первоисточника – из непосредственной угрозы наказания. Нежелательная трансформация реализовалась в два этапа: сначала Лист оторвал в основополагающем аспекте превенцию от своего естественного истока resp. от общей превенции, а затем

---

<sup>945</sup> Так, например, в подтверждение признанию Роксина в ч. 2 ст. 39 УК РФ (Цель наказания) постулируется именно позитивная общая превенция Якобса: «Цель наказания осуществляется воздействием на осуждённого и других лиц, чтобы они прониклись чувством охраны правопорядка и ответственности перед законом».

<sup>946</sup> C. Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I, 3. Aufl., München, 1997.

Якобс общую превенцию – от своего естественного первоисточника *gesp.* от непосредственной угрозы наказания, вследствие чего различие между отправными точками общей и специальной превенции практически нивелировалось, в пользу специальной превенции. Ввиду этого теории наказания Роксина и Якобса оба проистекают как раз из специально превентивной теории наказания Листа, а то, что при этом налицо разветвление на общепревентивную и специально превентивную теории наказания, в центральном аспекте проблематики есть не что иное, как чисто формальный раскол.

Пёс Что касается смежной критики из перспективы взаимоотношения примарной негативной общей превенции Фейербаха и секундарной позитивной общей превенции Якобса, здесь, прежде всего, следует выделить ссылку этого последнего на теорию наказания Гегеля. Да, по Гегелю, наказание действительно выражает правовой респект к делинквенту, так как он тем самым воспринимается как ответственное существо (как «разумный»<sup>947</sup>). В свою очередь, для Якобса делинквент – индивид, наделённый ролями, статусами и т. д., *gesp.* личность в «правовом» понимании, а у Фейербаха, что также уже отмечалось, он воспринимается именно как индивид *gesp.* психосоматическая система, устрашаемая угрозой наказания. Разумеется, в этом ракурсе, т. е. с точки зрения размежевания индивидуальности и персональности, мы не можем выступать в качестве апологета не только фейербахского подхода, но также и отвлечённых философско-правовых конструкций Якобса, включая, с другой стороны, вину как дериват превенции.

В отношении Гегеля следует заметить следующее:

Во-первых, устрашение наказуемостью *gesp.* угроза наказания также выражает респект к адресату угрозы, *scil.* именно как к ответственному существу (угроза наказания объективируется в виде уголовной *ответственности*). Запугивая пса дубинкой, как на это ссылается Гегель в приведённом им примере, имеет место как раз угроза наказания (читать, например, УК существо не умеет), и что самое главное: пёс реагирует адекватно – *ответственное* существо. Чем выражается угроза наказания – дубинкой или статьёй уголовного закона, это касается формы (и нам здесь сложно проследить унижение чести или умаление достоинства пса, ибо человек также не умеет содержательно лаять), но никак не содержания и сущности проблемы, т.

<sup>947</sup> См. G. Jakobs, *Das Schuldprinzip*, 1993, стр. 27.

е. существо *разумное*. Чего нельзя сказать, например, о «формально разумной личности» Якобса.

Во-вторых, безусловно разумному и *моральному* существу наказанием никто не угрожает, его в лучшем случае инструктируют. А единственная отрасль права, которой это под силу, есть не уголовное, а рекомендательное право<sup>948</sup>.

---

<sup>948</sup> Kutalia, Lagma, т. LIX.

## СЕКУНДАРНАЯ ПОЗИТИВНАЯ СПЕЦИАЛЬНАЯ ПРЕВЕНЦИЯ РОКСИНА

**Рестрикция сущности** В смешанной теории наказания Арт. Кауфмана, которая впоследствии была положена в основу решений Федерального Конституционного Суда ФРГ (с 1977 года поныне), – хотя в пользу ретрибутивности за исключением особо тяжких преступлений (Арт. Кауфман), – полагается, «(...) что только в силу вины оправдана реализация наказанием необходимой охраны правовых интересов для социума, однако только такими наказаниями, исполнение которых преимущественно ориентировано на ресоциализацию преступников»<sup>949</sup>. Следует заметить, что *материально ретрибутивное и формально телеологическое наказание* встречается даже у Канта, требующего сначала конституирование виновной ответственности и из перспективы уже конституированной виновной ответственности считавшего возможным суждения как о специально, так и об общепреventивной пользе наказания. Секундарная превенция, ресоциализация и т. д. как рестриктивные resp. лимитирующие моменты однозначно актуальны, однако рестрикция сущности и сущность – ведь не одно и то же.

**Зал судебного заседания** Тематизированная под предлогом лимитации репрессии «preventивная необходимость санкции», как было показано выше, у Роксина вдруг превращается в параллельное с виной *основание* уголовной ответственности – параллели персонализма. Выделение специальной, а не общей превенции на постделиктном этапе в рассматриваемом аспекте, разумеется, можно считать куда меньшей оплошностью. Однако, та же индивидуальная превенция – конститутивно ли это? Заглянем в зал судебного заседания. Изнасилование, убийство, геноцид, разбой, пытки. Что здесь может конкурировать с виной?

Цель наказания не может выходить за рамки устранения вины. Усматривать телеологию уголовно-правовой репрессии в ресоциализации, постделиктной общей или специальной превенции и т. п. – это поспрашивание интересов потерпевшего в виде издевательства, а не просто прогулки вокруг да около сути наказания. Борьба с намерениями королевской кобры свисту-

---

<sup>949</sup> Arth. Kaufmann, Schuldprinzip, стр. 276.

на, вызывающего, прежде всего, сочувствие, за счёт общепреентивных абстрагирований от материальной вины или индивидуально превентивно раздвигать пределы деликта не только алогично, но и аморально.



– III –

**ПЕРМАНЕНТНОСТЬ  
(ИНТЕРПЕРСОНАЛЬНАЯ ТЕОРИЯ НАКАЗАНИЯ)**

– §8 –

**НАКАЗАНИЕ КАК ПРИЗНАК ПЕРМАНЕНТНОСТИ**

**Генезис  
уголовного права** Доминирующая формально-функциональная позиция, как бы при этом ни формировалось понятие наказания – как устранение вины или оборонительный механизм в виде «целерационального принудительного превентивного средства»<sup>950</sup>, не предлагает качественных различий между неполным в любом объёме деянием и уже исчерпывающе конституированным понятием деяния.

Переход от классификаторно-категориальных моделей преступления к формально-функциональным конструкциям в течение последних десятилетий, другими словами, всё ещё не проявляет решающей продуктивности. Он преобразовывает лишь риторику актуальной проблематики, но не приводит к тому существенному, которое должно сформировать понятие. Однако если достичь истинно функциональной основы, согласно которой преступление как уголовно-правовое деяние не может быть ни инициированием интерперсональности и ни сегрегацией той же интересубъективности, то и следующее познание под рукой: функциональное понятие деяния своей предпосылкой имеет *наказание как признак перманентности уголовно-правового отношения в его общности*.

Где дело касается – релевантной с точки зрения понятия деяния – тематизации наказуемости только после нарушения нормы, налицо в лучшем случае всего лишь абстрактные программы. Гипотеза, словно в функциональной программе уголовного права коренное значение придаётся тому, что

---

<sup>950</sup> M. Köhler, *Strafrecht AT*, Berlin, Heidelberg, New York, 1997, стр. 42.

следует «дождаться преступлений»<sup>951</sup>, несмотря на то что бы то ни было, с уголовно-правовой действительностью несовместима. Неужели до совершения преступления уголовно-правовое отношение не протекает, т. е. до делинквирования делинквент не является субъектом уголовно-правового отношения?

В действительности имеем дело только с противоположной ситуацией: *не наказание за будущее преступление, а превенция будущего преступления порождает уголовное право.*

**Уважение санкции**      Данная функциональная задача уголовного права для негативного подхода остаётся невидимой. В отличие от ретроспективности перспективность не унивалентна. Пока дело касается превенции, определяющий акцент может располагаться как до осуществлённого деяния (в плоскости угрозы наказания, как это имеет место на примере концепции Фейербаха), так и после делинквирования (в плоскости самого наказания, в частности в смысле происходящей от понятия наказания Листа роксинско-якобсской концепции, которая, в свою очередь, как указывалось, в силу дифференцированного акцентирования индивидуально превентивного и общепревентивного аспектов дуализирована).

Делинквируют в отдельных случаях. Однако если отодвинуть в сторону уголовное право, окажется, что *число уважающих уголовно-правовую санкцию значительно превышает число уважающих уголовно-правовое правило поведения*<sup>952</sup>. *Ex ante* превенция – всё, и она в общем эффективна, претерпевает фиаско только в исключительных случаях; *ex post* в понятии наказания превентивный аспект отнюдь не сглаживается, но центральная нагрузка уже приходится на устранение вины.

**Психотронное наказание**      Затаившееся уголовное право по меньшей мере функциональным уголовным правом не является, и указанная интервализация также не может быть исчерпывающей. В истинно функциональном уголовном праве дело не касается изолированно взятой перспективной или изолированно взятой ретроспективной точки зрения; а налицо программа перманентности, которая должна представить уголовно-правовое отношение в своей комплексности. С интерперсональным понятием наказания вместе с тем несовместима не только смертная казнь, но сре-

<sup>951</sup> Н. Н. Lesch, Verbrechensbegriff, стр. 276.

<sup>952</sup> Ср. José Luis Díez Ripollés, Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe, in: ZStW 113 (2001), стр. 522.

ди прочего несовместим и институт судимости. Основная функция интеракционного наказания состоит именно в том, чтобы *исчерпать обусловленный преступлением дефицит доверия*, обеспечивая перманентность отношения. Если наказание не исчерпывает дефицит доверия, то оно не сконструировано функционально и не может по существу восприниматься как признак перманентности. За исключением помещения в психиатрический стационар в соответствии с § 63 УК ФРГ только то же самое может касаться и назначаемых наряду с наказанием превентивных мер и т. д. Соответственно, интерперсональное понятие наказания – комплексное понятие, которое легислативно может быть трудоёмким, но которое должно заменить *психотронное наказание современного уголовного права*.

**МВД СССР** Одновременно с этим нам хотелось бы обратить внимание на грузинское уголовное законодательство, а именно в отношении возможности осуждённого сделать выбор между оставшейся частью наказания и общественно полезными работами в монастырях и церквях (2009) – блестящее новшество. С противоположной ситуацией имеем дело, к сожалению, относительно снижения возраста уголовной ответственности от 14 до 12 лет (2007). Статистика, побудившая законодателя к последнему изменению, свидетельствует о вреде, не о причине, которая кроется в совершенно другой плоскости. Это изменение уже упразднено, что совершенно справедливо: посмотрим в глаза потерявшегося птенца, ничего не подозревающего об опасностях, и обнаружим, что природа всего живого не зла, а добра. Уголовно-правовая иллюстрация: когда дирекция школы и МВД единогласно решили исключить троих несовершеннолетних из школы за повреждение государственного имущества, последнее слово почему-то было предоставлено мне, которое состояло из следующих трёх пунктов: 1) Вы не сумели их подобающе воспитать, 2) теперь намерены, чтобы их перевоспитывали другие и 3) Вам самим следует исправлять Ваш промах. Решение внезапно изменилось, и, к моему удивлению, всего через пару дней в СССР появилась указанная нами выше первая и по сей день единственная в мире молодёжная милиция.

*Часть IV*

# **РЕФОРМЫ**

## Раздел А

# ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

## Глава XIV

### DOLUS COMPOSITUS

– §1 –

#### КЛАССИЧЕСКАЯ МОДЕЛЬ УМЫСЛА

**Nullum crimen  
– nulla poena**

В ст. 39 Конституции РГ отмечается: «Конституция Грузии не отвергает другие общепризнанные права, свободы и гарантии человека и гражданина, которые здесь не упоминаются, но сами собой вытекают из принципов Конституции». Разумеется, из принципов Конституции само собой результирует и то, что никто не может привлекаться к уголовной ответственности за деяние, не предусмотренное уголовным законом (*nullum crimen sine lege*), так же как за деяние, в осуществлении которого лицо не виновно (*nulla poena sine culpa*). Несмотря на это, ст. 9 УК РГ (Умышленное совершение преступления) систематически применяется вразрез с данными постулатами и, следовательно, вразрез со ст. 39 Конституции. В то же время предмет критики должен составлять не столько волюнтаризм судебной власти, сколько догматический аспект ст. 9, т. е. ответственность за рассматриваемую неадекватность преимущественно должна возлагаться на законодателя, а не на правосудие.

На первый взгляд, логически совершенно неоправдано рассуждать об ответственности законотворческого органа в случае неверного применения закона. Однако логическое мышление порой требует большего, чем это может быть только констатация линейной связи между двумя объектами.

**Система умысла** В чём заключается проблематичность представленного нами для рассмотрения вопроса? Первоисточником проблематичности в данном случае предстаёт соотношение интеллектуальных и волевых моментов умышленной вины.

К этому виду вины, как известно, относятся два следующих подвида: прямой и косвенный или эвентуальный умысел. При прямом умысле субъект, желая деликтный результат, предвидит неизбежность его наступления; а при косвенном умысле субъект не желает противоправных последствий и не предвидит неизбежность их реализации, он всего лишь сознательно допускает возможность наступления вредных последствий.

Рассмотрим эту интеллектуально-волюнтативную структуру умысла на приведённом нами выше классическом примере, согласно которому лицо с целью завладения страховой суммой поджигает свой жилой дом, зная с уверенностью, что уничтожение помещения с необходимостью повлечёт гибель находящейся в нём парализованной жертвы преклонного возраста.

Если субъект отнюдь не желает побочных последствий своего деяния (т. е. гибель потерпевшей), несложно заключить, что налицо случай, при котором лицо сознательно допускает противоправный результат, но предвидит не возможность, а необходимость его наступления.

**«Общий» умысел** То, что этот тип субъективного деяния в общем содержит признаки уголовно-правового умысла, бесспорно: сознательное допущение деликтного результата как волевой аспект деяния и предвидение необходимости его наступления как интеллектуальная сторона этого же деяния – моменты, имманентные умышленной вине.

Таким образом, наличие уголовно-правового умысла здесь следует считать совершенной достоверностью.

Однако при квалификации преступления объектом интереса предстаёт не уголовно-правовой умысел в общем, а его конкретный вид. Другими словами, признание деяния умышленным допустимо тогда и только тогда, если в нём в совершенстве выражены признаки прямого или эвентуального умысла и ни в коем случае только на том основании, что оно соответствует генеральному понятию уголовно-правового умысла.

Дело же именно в этом. Хотя признаки указанного деяния в общем совпадают с признаками, описываемыми в уголовно-правовом умысле, но кон-

кретно не корреспондируют ни с одним из видов умысла – ни с прямым, ни с косвенным умыслом.

Если исходить из того, что субъект действовал с прямым умыслом, то он, помимо того, что предвидел неизбежность гибели потерпевшей, также должен был иметь и желание осуществления данного результата, без чего волевой момент прямого умысла не может считаться наличествующим. Соответственно, прямой умысел, исходя из его волюнтаривной стороны, безусловно следует исключить.

Диаметрально противоположно то противоречие, с которым сталкиваемся в отношении косвенного умысла. Косвенный умысел мог бы иметь место лишь тогда, если бы субъект сознательно допускал не необходимость, а всего лишь возможность гибели потерпевшей, так как таким образом выстроена интеллектуальная сторона эвентуального умысла. Следовательно, и второй вид умышленной вины с учётом его интеллектуального признака также следует исключить.

Одновременно с этим из последнего вывода наглядно вытекает контрастность тех причин, в силу которых в вышеописанном деянии отвергалось наличие отдельных видов умысла: в то время как в случае прямого умысла вся сложность обуславливалась структурой волюнтаривной стороны, при эвентуальном умисле объектом акцентирования предстаёт уже конструкция интеллектуальной стороны.

**Отсутствие вины** Как явствует из этого микроанализа, представленное нами деяние с волевой точки зрения соответствует эвентуальному умислу, а с интеллектуальной точки зрения – прямому умислу, что в конечном итоге указывает на то, что этим деянием не выражается ни прямой, ни эвентуальный умисел (разумеется, вышеприведённое деяние здесь подразумевается только в той его части, которая связана с гибелью потерпевшей, т. е. с побочным, а не с основным результатом – с незаконным получением страховой суммы).

Наряду с этим, когда, с одной стороны, не наличествует ни один из видов умысла, но, с другой стороны, деяние в общем всё-таки не выходит за рамки уголовно-правового умысла, должно быть понятно, что искать выход в неосторожной вине также не представляется возможным.

Таким образом, мы вынуждены заключить, что субъект не совершал убийство ни с прямым умыслом, ни с эвентуальным умыслом и ни тем более по самонадеянности (легкомыслию) или небрежности, т. е., согласно действующему уголовному законодательству, он не может признаваться виновным в совершении ни умышленного, ни неосторожного убийства. А где не существует вины, там не может существовать и уголовная ответственность.

Из этого конкретного примера можно с лёгкостью индуцировать, что во всех тех случаях, когда лицо не желает, но сознательно допускает неизбежность, а не возможность наступления противоправного результата, основание виновности и наказуемости отсутствует.



## «ДИЛЕММА» ПРАВОСУДИЯ

**Объективное  
«желание»** Несмотря на многозначительность выявленной выше неоспоримой истины, правосудие всецело пренебрегает ею и тем самым «не замечает» реально существующей дилеммы. Содержание же дилеммы состоит в том, посягать на принцип несуществования преступления вне закона или нет.

Для решения этого, в свою очередь, самое главное выяснить, чему должно придаваться приоритетное значение – самому этому принципу или надобности наказуемости вышерассмотренного деяния.

Хотя подобное деяние, конечно же, подлежит криминализации, но этот фактор в силу своего относительно локального, частного характера не может бросить тень на такой наиобщий принцип, которому он в этой конкретной ситуации противостоит. Ввиду этого данный случай не может служить основой внедрения института уголовно-правовой аналогии.

Что касается ошибочной постановки вопроса в судебной практике, следует заметить, что представленная правосудием позиция вряд ли может выдержать серьёзную критику. Здесь совершенно безосновательно опираются на то, словно предвидение неизбежности результата априори свидетельствует о его желаемости для субъекта (нельзя, например, сказать, что при трагической коллизии лицо желает вредные последствия). Однако если волевой момент непосредственно определяется интеллектуальным моментом, чем должно объясняться то, что волевые аспекты эвентуального умысла и самонадеянности, несмотря на абсолютную идентичность интеллектуальных аспектов, принципиально отличаются друг от друга?

Таким образом, несложно догадаться, что принятое в сфере правосудия воззрение – не что иное, как спекулятивная схоластика. В то же время также очевидна и та причина, которой это воззрение обусловлено. Несомненно, что адекватная постановка вопроса неотвратимо повлекла бы за собой необходимость его адекватного решения, т. е. непосягаемость на принцип отсутствия преступления вне закона и воздержание от квалификации вышепредставленного общественно опасного деяния в качестве наказуемого.

**Законодательная инициатива** Тем не менее мы далеки от той мысли, что всякая теоретически неоправданная позиция в то же время должна быть и практически неоправданной; сознательный неучёт упомянутой дилеммы и неподвержение сомнению наказуемости рассмотренного типа деяния скорее служит целям уголовной политики, нежели противоречит им.

С другой стороны, непременно следует выделить и тот момент, что правосудие, избегая освещения проблемы в надлежащем ракурсе, стремится лишь косвенно подчинить идее прагматичности поправки фундаментальной уголовно-правовой догмы. А поскольку представленный здесь случай явно выходит за рамки ординарности (потому как имеем дело с таким видом деяния, которое представляет повышенную опасность), тем более уменьшается степень ответственности судебной власти и окончательно вырисовывается решающая негативная роль законодателя. Конкретнее, сама статья, исходя из своего же содержания, в значительной степени обуславливает своё ненадлежащее применение.

И всё-таки: судебная власть обладала правом законодательной инициативы.

## ПРОЕКТ УК РГ: ФОРМУЛА ХОРНАБУДЖЕЛИ

**Dolus directus intellectualis** Разумеется, для уголовно-правовой мысли никак не чуждо прогрессивное развитие. Наглядным выражением этого можно считать выработанный в настоящее время грузинскими криминалистами проект УК, где в рамках центральной кодификационной проблематики со всей остротой находит своё проявление и проблема умышенной вины.

На сей раз признаётся, что лицо отнюдь не всегда желает результат, неизбежность наступления которого он предвидит. Вследствие этого уже прямо выделяется необходимость законодательной регламентации данной интеллектуально-волеустремлённой корреляции. Согласно заключению авторов законопроекта, субъект должен привлекаться к уголовной ответственности за преступление, совершённое с прямым умыслом, и тогда, когда, предвидя неизбежность наступления деликтных последствий, не желает эти последствия, а лишь сознательно допускает их наступление. Таким образом, прямой умысел – в общем и невольно – охватил два различных волевых момента.

Тем не менее это никак не является инновационной развязкой проблемы. Следует заметить, что в теории уголовного права вопрос в таком виде решался и ранее. Согласно Б. В. Хорнабуджели, «прямой умысел есть (...) категорическое предвидение общественно нетерпимых, наказуемых последствий (...), несмотря на то, желает ли субъект их осуществления»<sup>953</sup>. Эту же точку зрения отстаивает и Г. И. Начкебия<sup>954</sup>. Здесь налицо *dolus directus intellectualis* или интеллектуальный прямой умысел<sup>955</sup>.

Несомненно, что тем самым применение в традиционном виде ст. 9 УК приводится в полное соответствие со ст. 39 Конституции, однако всё ещё сле-

---

<sup>953</sup> Б. В. Хорнабуджели, Психологическая сторона вины, Тбилиси, 1981, стр. 107.

<sup>954</sup> გ. ნაჭყეძის, პირდაპირი განზრახვისა და სასჯელის ლოგიკური კავშირის ფსიქოლოგიური დასაბუთების პრობლემა, „სახელმწიფო და სამართალი“, თბილისი, 1990, სტრ. 20-29.

<sup>955</sup> Подробнее А. Makharadze, L.-G. Kutalia, O. Makharadze, *Dolus compositus in the light of continental classicism*, in: *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, Volume IX, Winter 7(37), 2018.

дует выяснить, является ли это оптимальным решением вопроса и если нет, то не представляет ли собой верховенство конституции самоцель?

Если единственным исходным положением считать верховенство конституции, то важен лишь сам факт адаптации всего к конституции и совершенно неважно, насколько приемлемы теоретически содержание и форма этой адаптации. Исходя из этого, параллельно с верховенством конституции исходным должен быть и принцип теоретической целесообразности, что подразумевает не то, чтобы указанный вид деяния механически относился к прямому умыслу, а то, что следует глубоко осмыслить как материальную сторону деяния, так и структурную специфику понятия вины.

**Дезинтеграция системы вины**      Как уже отмечалось, деяние, при совершении которого сознательно допускается неизбежность наступления противоправных последствий, включает интеллектуальный признак прямого умысла и волевой признак эвентуального умысла. Согласно этому, когда выяснению подлежит вопрос о том, к какому виду умысла предпочтительнее отнесение подобного деяния, необходимо учитывать, чему придаётся преимущественное значение – интеллектуальному или волевому элементу.

Отнести данный вид деяния к прямому умыслу – значит признавать первичность интеллектуального момента перед волюнтаривным моментом. Это в условиях классической интеллектуально-волюнтаривной системы вины не может быть логически допустимо. Такой подход чреват необратимой дезинтеграцией данной системы. Взглянем на проблему поближе.

В классическом понятии прямого умысла его направление одинаково определяется обоими основными компонентами. Желание результата как волюнтаривный момент и предвидение неизбежности его наступления как интеллектуальный момент указывают в унисон на то, что умысел прямой.

То же самое касается и интеллектуально-волюнтаривного определения направленности косвенного умысла. Сознательное допущение вредных последствий как волевой момент и предвидение возможности наступления вредных последствий как интеллектуальный момент указывают в данном случае на то, что умысел косвенный.

Если же к предвидению неизбежности наступления вредных последствий в качестве волюнтаривного момента добавить сознательное допущение наступления вредных последствий, то в таком случае интеллектуальный и во-

люнтативный аспекты деяния указывают не на одно и то же прямолинейное направление, а на два разных направления: интеллектуально умысел направлен к вредному результату прямо, тогда как волюнтативно умысел к вредному результату направляется косвенно<sup>956</sup>.

Отсюда вывод: реформаторы предлагают не интеллектуально-волюнтативно прямой, а лишь интеллектуально прямой умысел. Для волевого момента в таком понятии прямого умысла логически не остаётся места. Таким образом, рассматриваемой компликации как теория, так и законодательство грузинского уголовного права приносит в жертву не больше и не меньше, чем классическую интеллектуально-волюнтативную систему вины. Следует заметить, что проблема действительно сложная, однако не до такой степени. Мы расцениваем подобный подход, прежде всего, как явную недооценку реальных возможностей традиционной интеллектуально-волюнтативной схемы вины.

---

<sup>956</sup> С учётом этого в определённой степени неоправданным кажется сам эвентуальный умысел как альтернативное название косвенного умысла, так как эвентуальный означает возможный и, соответственно, здесь акцентируется предвидение возможности наступления вредных последствий, т. е. интеллектуальный момент.

## НОВЫЙ ПОДВИД ВИНЫ

**Реинтеграция системы вины**      Оплошностью следует считать не только то, что актуальный для нас вид деяния относится к прямому умыслу, а также уже и саму такую постановку вопроса, в соответствии с которой становится необходимой его унификация с прямым или косвенным умыслом.

Один конкретный подвид вины не должен включать более одного конкретного вида интеллектуально-волевого поведения.<sup>957</sup>

Интегрируя в том или ином подвиде вины два или более типов субъективного деяния, дифференциация отдельных видов вины на подвиды (или же форм – на субформы) становится абсолютной бессодержательностью: если не конкретная форма поведения, то что иное может служить критерием дифференцирования видов вины на подвиды?

Это, в свою очередь, не означает, что мы склонны, например, разделять мнение В. Зауера, который хотя исходит из того же принципа, но в обход интеллектуально-волевого системы различает более десяти видов неосторожной вины<sup>958</sup>.

Иными словами, главным приоритетом для нас является сохранение классической интеллектуально-волевого системы вины, которая технически не позволяет инкорпорацию рассматриваемого вида поведения ни в прямой, ни в косвенный умысел.

**Композитный умысел**      На наш взгляд, очевидно, что всё вышеуказанное предоставляет возможность лишь для единственного вывода, согласно которому вследствие диффузии прямого и косвенного умысла возникает новый, самостоятельный вид уголовно-правового умысла.

Этот последний с учётом специфики формирования и структурных особенностей может определяться как *dolus compositus* – *композиционный или состав-*

---

<sup>957</sup> Это, кстати, касается и косвенного умысла, включающего в виде волевого альтернативных форм поведения «сознательное допущение» последствий и «безразличное отношение» к ним, причём относительно последнего момента следует заметить, что умысел – это не индифферентность, тем более если речь идёт всего лишь о возможности наступления вредных последствий.

<sup>958</sup> W. Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, стр. 181.

*ной умысел*, так как данное понятие формируется не из специфических, характерных исключительно для него структурных элементов, а состоит из интеллектуального признака прямого умысла и волевого признака косвенного умысла.

УК РФ

**Dolus directus voluntatis**      Результатирует ли с необходимостью из каждой новой корреляции интеллектуальных и волевых моментов новый подвид вины? Например, если в одном случае сложение интеллектуально-прямого признака прямого умысла и волевого признака косвенного умысла приводит к третьему, самостоятельному виду умышленной вины, означает ли это, что и вследствие интеграции волевого признака прямого умысла и интеллектуального признака косвенного умысла (неопытный стрелок, атипичное или дефектное оружие, превышение прицельной дальности и т. д.) также возникает четвёртый, самостоятельный вид умышленной вины?

Ч. 2 ст. 25 УК РФ: «Преступление признается совершённым с прямым умыслом, если лицо осознавало общественную опасность своих действий (бездействия), предвидело возможность или неизбежность наступления общественно опасных последствий и желало их наступления»<sup>959</sup>. Если лицо предвидит возможность наступления вредных последствий и желает их наступления, это означает, что интеллектуально умысел направлен к результату косвенно («предвидение *возможности* наступления»), а волюнтативно – прямо («*желание* наступления»). Ввиду этого российская формула данного вида деяния может определяться как *dolus directus voluntatis* или волюнтативный прямой умысел<sup>960</sup>, потому как в интеллектуальном аспекте этот вид деяния ничего общего с прямым умыслом иметь не может.

**Рецидивная десистематизация**      Не менее животрепещущее обстоятельство: переняв данную формулу УК РФ от 1996 (в силе с 1997) года и формулу Хорнабуджели от 1981 года, УК РФ от 1999 (в силе с 2001) года, игнорируя понятие композитного умысла от 1998 года<sup>961</sup>, предлагает следующую формулировку прямого умысла: «Деяние совершено прямым умыслом, если лицо осознавало противоправность своего деяния, предвидело возможность наступления противоправного результата и желало этот результат, или предвидело неизбежность осуществления такого ре-

<sup>959</sup> Уголовный кодекс Российской Федерации, Москва, 1996.

<sup>960</sup> См. А. Makharadze, L.-G. Kutalia, O. Makharadze, *Dolus compositus*.

<sup>961</sup> ლ.-გ. კუტალია, *Dolus compositus*, ადამიანი და კონსტიტუცია, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს ჟურნალი, 1998, № 3, სტრ. 50 სს.



зультата»<sup>962</sup>. По какой непонятной причине как в российском, так и в грузинском Уголовном кодексе предвидение возможности наступления вредных последствий не только присутствует в содержании прямого умысла, но и опережает там самую неизбежность, – весьма интересный парадокс. Законодателю следует принять во внимание, что здесь вопрос далеко не о вкусах, а о научной системе с вытекающими отсюда закономерностями.

**Ресистематизация вины** Первое издание настоящей монографии признаёт реальность рассматриваемого вида поведения, однако ограничивает сферу его проявления пределами фактической действительности и в силу догматически отягчающего характера данного вида деяния воздерживается от его уголовно-правового признания. Главный довод первого издания буквально состоит в следующем: желание в уголовно-правовом отношении может быть актуально только в пределах того, что предвиделось лицом конкретно.

Впрочем, переместившись из Университетских стен в стены Верховного Суда (2001), стал напрашиваться вопрос о том, не абстрактны ли сами указанные догматические кавычки. А ныне в результате дискуссий с представителями батумской школы уголовного права, в особенности с А. А. Махарадзе, было решено признать уголовно-правовую актуальность и данного вида поведения, по тому же принципу, что и в первом случае, т. е. не относя его к прямому умыслу и тем самым дезинтегрируя классическую интеллектуально-волюнтаривную систему вины, а допуская его в качестве другого вида композитного умысла с сохранением данной системы<sup>963</sup>.

Оба вида композитного умысла предполагают более мягкую степень наказуемости, чем прямой умысел, и более тяжкую степень наказуемости, чем косвенный умысел. При этом композитный умысел I степени, выражающийся в сознательном допущении *неизбежности* наступления предвиденных последствий, предполагает более строгую степень ответственности, чем композитный умысел II степени, выражающийся в желании *возможности* наступления предвиденных последствий.

Таким образом, оба вида композитного умысла, один из которых состоит из интеллектуального признака прямого умысла и волевого признака косвенного умысла, другой – из волевого признака прямого умысла и интеллек-

<sup>962</sup> საქართველოს სსხლის სამართლის კოდექსი, თბილისი, 2001.

<sup>963</sup> См. А. Makharadze, L.-G. Kutalia, O. Makharadze, Dolus compositus.

туального признака косвенного умысла, в равной степени противостоят волюнтативному прямому умыслу как УК РФ, так и УК РГ и интеллектуальному прямому умыслу УК РГ – в целях сохранения научно ценной, практически высокоточной интеллектуально-волюнтативной системы вины.

## СРАВНИТЕЛЬНЫЙ АНАЛИЗ

**Великобритания** На наш взгляд, небезынтересно, как отображается или отображается ли вообще рассматриваемая проблема в уголовных законодательствах ряда юридически высокоразвитых зарубежных стран.

Например, британские или французские криминалисты принципиально иначе подходят к проблеме умысла в интересующем нас контексте, нежели грузинские или российские криминалисты.

Умышленная вина в том виде, в котором она представлена в нынешнем британском уголовном праве, сформирована вследствие проведённой в Великобритании во второй половине 80-х годов уголовно-правовой реформы. Хотя умысел и здесь делится на два вида или степени (*purpose, intention*), но у них мало чего общего с прямым и эвентуальным умыслом в классическом понимании.

В первом виде британского понятия умысла описывается лишь волюнтаривный момент, в частности то, что субъект желает и ставит своей целью противоправный результат, тогда как последующая «степень» умысла наряду с волевым элементом включает и два различных интеллектуальных элемента.

Одновременно с этим в сфере умышленной вины вообще не встречается такой волевой признак, как сознательное допущение вредных последствий, так как в обоих случаях легислативный взор британского уголовного права ограничивается желанием субъекта.

Своеобразно понимается и возможность предвидения деликтного результата: преступление лишь тогда считается совершённым умышленно, если субъект предвидел возможность наступления вредных последствий с высокой степенью вероятности, в противном случае данный интеллектуальный момент относится к неосторожности, что указывает на то, что возможность предвидения деликтного результата представлена в двух различных видах.

Как видим, британская система умышленной вины основана на существенно иных соображениях и, следовательно, в рассматриваемом ракурсе не мо-

жет ставиться вопрос о проведении каких-либо строгих параллелей с ней. В то же время очевидно, что эта последняя непременно нуждается в совершенствовании, о чём нередко указывают и сами британские криминалисты, например, Р. А. Дуфф, который наиболее убедительно доказывает алогичность ограничения первого вида умысла (*purpose*) волюнтаривной категорией<sup>964</sup>.

**Франция** В связи с французской моделью умысла наше внимание главным образом привлекают следующие два обстоятельства: множественность отдельных видов умысла и разногласие французских криминалистов относительно того, должен ли в уголовном законе определяться принцип умышленной вины.

*Intention méchante, intention frauduleuse, intention de nuire, animus injuriandi* – это всего лишь часть тех видов умысла, которые французский законодатель упоминает спонтанно, без всякой системности и иерархической определённости.

Р. Легрос и вместе с ним значительная группа авторов первопричину всей этой неслаженности видят в том, что Уголовный кодекс прямо не определяет принцип уголовно-правового умысла<sup>965</sup>. Кодекс действительно молчит о принципе умысла<sup>966</sup>, однако, в отличие от воззрения Легроса, большинство французских криминалистов исходит из позиции Р. Гриффона, полагавшего, что принцип умысла следовало определить уголовному праву, а не уголовному закону<sup>967</sup>. На наш взгляд, с точки зрения дифференциации умысла на конкретные виды, решающим фактором является практическое применение указанного принципа, а не то, где он дефинируется – в Уголовном кодексе или в учебнике уголовного права.

В актуальном для нас аспекте можно заметить лишь то, что для французского уголовного права наподобие британского чужд такой вид умысла, при котором субъект сознательно допускает неизбежность наступления деликтного результата или желает возможные последствия своего деяния.

<sup>964</sup> R. A. Duff, *Codifying Criminal Fault*, стр. 94-95.

<sup>965</sup> R. Legros, *L'élément moral dans les infractions*, Paris, 1952, стр. 83.

<sup>966</sup> См. *Code Pénal Français*, Ed. Dalloz, 1994-96, Art. 121-3.

<sup>967</sup> R. Griffon, *De l'intention en droit pénal*, Paris, 1911, стр. 20.

**Испания** По существу то же самое касается и испанского уголовного права. Хотя современная уголовно-правовая догматика, всё более подпадающая под влияние немецких уголовно-правовых школ, уделяет значительное внимание проблеме взаимоотношения интеллектуальных и волевых моментов в понятии умысла, в том числе конкретно проблеме желания вредных последствий<sup>968</sup>, однако в качестве самостоятельного вида уголовно-правового умысла и в этом случае не выделяется сознательное допущение неизбежности наступления нежелательных последствий, равно как желание возможного результата.

**ФРГ** Весьма оригинальная ситуация представлена в немецком уголовном праве. Здесь различают два вида прямого умысла: т. н. прямой умысел первой степени и т. н. прямой умысел второй степени. В рамках прямого умысла второй степени «преступник знает или предвидит как необходимое, что он осуществляет предусмотренный законом состав преступления». В особенной части применяется термин «заведомо» („wissentlich“) или «вопреки осознанности» („wider besseres Wissen“), если налицо вторая степень прямого умысла как форма умысла. Наряду с этим «осознанность» дана и тогда, если делинквент предвидел определённые последствия как необходимый и несомненный результат, несмотря на то, желал он наступления этого результата или нет<sup>969</sup> в смысле доминирования интеллектуального момента над волевым. Аналогичные параллели здесь допустимы и с «необходимой промежуточной целью» прямого умысла первой степени.

Как несложно догадаться, немецкому уголовному праву, с точки зрения сохранения классической интеллектуально-волево-интенциональной схемы вины, не удалось прийти к более эффективному решению рассматриваемой проблемы, чем это представлено в грузинском или российском уголовном законодательстве: система отсутствует и здесь.

<sup>968</sup> См. J. A. Oneca, Derecho penal, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 1986, стр. 230.

<sup>969</sup> W. Joecks, StGB (Studienkommentar), München, 1999, стр. 52.

## БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ПРИЛОЖЕНИЕ №2

BSU · 2018 · XII

Adam Makharadze\*, Lasha-Giorgi Kutalia\*, Omar Makharadze\*

### **Dolus Compositus in the Light of Continental Classicism**

#### **Abstract**

On the one hand: As a result of penal reform (1999-2001) Georgian legislator re-defined its concept of *dolus directus*, based on a view presented in own penal theory two decades ago. By reducing the concept to its intellectual component ([precise] knowledge of illicit effect) penal legislation introduced a new kind of guilty behaviour – *dolus directus intellectualis* as *dolus directus* of the second (?) degree (theoretical description). On the other hand: Through adding intellectual segment of *dolus indirectus* to the voluntative one of *dolus directus* here emerged a further kind of guilty behaviour, when person aspires an unlawful damage, but foresees it just as possible effect of his externalised intention – *dolus directus voluntatis* as *dolus directus* of the first degree (theoretical description). Authors prove that these legislative transformations do not meet basic requirements of classical continental guilt scheme and confront both innovations with a new version of *dolus compositus* (1998).

- 
- Shota Rustaveli Batumi State University, Dean of Law School, Georgia.
  - Eurasian Scientific Publishing House *Mary*, President, Georgia.
  - Shota Rustaveli Batumi State University, Professor, Georgia.

## A

**Introduction**

- I.** Conservative continental penal doctrine of Georgian criminal law differentiates between two kinds of intentional guilt: *dolus directus* and *dolus indirectus* (the latter one alternatively called *dolus eventualis*)<sup>970</sup>. They still represent here, in penal code (Art. 9) as well as in dogmatics<sup>971</sup>, forms of guilty behaviour<sup>972</sup>, as opposite e. g. to German criminal law that initially turned them into elements of guilt<sup>973</sup>, later by replacing *dolus malus* through *dolus naturalis* excluded them out of concept of guilt<sup>974</sup> and finally due to acknowledgement of double systematical function of intention restored *dolus (malus)* as guilt component<sup>975</sup>. In order to avoid any misleading parallels with regard to significant influence of German legal thought on our substantive criminal law<sup>976</sup> – with exception of criminal responsibility of legal entity that was newly introduced (2006), first of all, with a view to French penal theory and legislation – we would like to point out that in modern Georgian penal program concept of *dolus* is also divided into *dolus naturalis* (agent acting consciously and deliberately, but without legal awareness) as element of *corpus delicti* and *dolus malus* as form of guilt. At the same time, differences between traditional and modern understandings of *dolus directus*, strictly to say, are therefore not restricted to guilt sphere. However this systematically useful resp. necessary double function of *dolus* is within the frames of the present article no subject of a special consideration.
- II.** Let us have a fundamental look at structure and contents of the concept. The criminal intention generally and its both forms are divided into *intellectual* and *voluntative* parts – two major aspects that constitute not only *dolus*, but to the same extent *culpa*. However these aspects do not serve as equal common criteria in both cases. In case of *dolus* we have to deal with voluntative aspect(s) as with decisive

<sup>970</sup> Differing cognitively as well as voluntatively from postreformatory British purpose and intention (see critically just to voluntative nature of purpose R. A. Duff, *Codifying Criminal Fault: Conceptual Problems and Presuppositions*, in: *Criminal Law and Justice*, London, 1987, p. 94 f).

<sup>971</sup> G. Nachkebia et al., *Criminal Law, General Part*, Tbilisi, 2016, p. 234 ff (GE).

<sup>972</sup> Differently M. Turava, *Criminal Law, Outlines of General Part*, 8. Edition, Tbilisi, 2010, p. 125 (GE).

<sup>973</sup> L.-G. Kutalia, *Guilt in Criminal Law*, Tbilisi, 2000, p. 455 (GE).

<sup>974</sup> Schönke-Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, München, 1978, 15/100 f (DE).

<sup>975</sup> K. Lackner, *StGB, Kommentar*, 22. Aufl., München, 1997, § 15/31 ff (DE).

<sup>976</sup> Critically O. Gamkrelidze, *Concept of Penal Punishment*, [www.dgstz.de](http://www.dgstz.de), 2015, p. 7 f (GE).

formal criterion (excluding the alternativeness of *dolus eventualis*)<sup>977</sup>, in case of *culpa* once more prevails the same aspect. According to the classical understanding of *dolus directus*, practised in Georgian criminal law before the penal reform of 1990s, punishable intention included intellectually a precisely anticipated prohibited effect and voluntarily – the same effect as subject of criminal's wish (*ad litteram*). According to the same understanding intellectual segment of *dolus indirectus* consists of knowledge that the illicit effect eventually occurs and corresponds voluntarily with agent's indifferent relation to such result of his action. Over decades this constellation seemed technically efficient, until Georgian penal theory noticed that there are imputable actions in judicial practice with intellectual characteristics of *dolus directus* without its voluntative characteristics that were punished as ordinary *dolus directus* and later legislator himself admitted the existence of such intellectual eventuality that voluntarily constituted subject of agent's wish. In both cases Georgian criminal law preferred essentially the same solution methodology: It implicitly integrated into the concept of *dolus directus* voluntative component of *dolus indirectus* and explicitly – an intellectual component that is common for *dolus indirectus* and self-expectation as form of *culpa*. The latter aspect is identical with intellectual-voluntative combination presented in §25 of reformed Russian penal code (1996) and there are close parallels in both aspects and even identity in the first aspect, e. g., with §5 of Austrian penal code<sup>978</sup>, but without legislative definition of *dolus directus*.

- III.** The main problem is that the aforesaid solution methodology resulting in intellectually and voluntarily dualised concept of *dolus directus* does not properly meet some axiological or gnoseological, as well as purely technical or categorial requirements essential from the point of view of established scientific standards and classical or neoclassical traditions. Such semimechanical solutions can easily challenge the conceptual structure and the entire system of guilt sphere or any other systematical context, – a process not unusual for reformatory periods. We intend to tackle both sides of the problem concerned.

---

<sup>977</sup> See Kutalia, *Guilt*, p. 758 f.

<sup>978</sup> See in this regard also a symbolic differentiation between *dolus directus specialis* and *dolus principalis* in [www.jusline.at](http://www.jusline.at), StGB, §5, 25.01.2017 (DE).



## B

**Dolus Compositus vs. Dolus Directus Intellectualis**

IV. Law has its own specific reality and legal ontology sometimes differs from mere somatic or psychosomatic facts (e. g., in cases of causality, free will, juvenile “terrorism”, as well as in many other cases, inclusive all stages of criminal law). Due to classical scheme of will and knowledge, if a person clearly foresees an illicit effect of his action, but aspires something else, dolus can be given, scil. in both constitutive aspects – intellectually as well as voluntatively. However according to Georgian criminal law responsibility can never be based on dolus in general, but just on one of its concrete forms. In this particular case we have to deal with intellectual component of dolus directus (precise knowledge of the effect) and voluntative component of dolus indirectus (indifferent relation of the agent to the same effect), what in its turn obviously means that here neither dolus directus nor dolus indirectus can be proved. Grave judicial consequences of such legislative eclecticism are easy to imagine. Typical illustration: If someone sets to fire own insured house in order to receive insurance profit and is against free will aware that this act will with certainty kill his paralysed family member, court cannot find out murder, since both kinds of dolus are excluded. Dolus directus remains in any such action unprovable due to the circumstance that the death of victim was no subject of agent’s wish; there is no sufficient space for dolus indirectus neither, for the death was foreseen with certainty. An intentional “crime” that beyond all doubt seems to be given – with a view to the proven dolus in general – is as a result of its unconcretisable structure no crime at all. Forced recognition of crime and making use of punishment explicitly contradicted under these circumstances with Art. 39 of Georgian Constitution that indirectly acknowledges *nullum crimen et nulla poena* principles. As legislation kept silent, years and even decades after the mentioned theoretical discovery, judiciary was compelled to find conditional formula in advantage of ratio legis aspect and used to claim that in case of precisely foreseen damage agent’s wish of the effect had a priori to be assumed as legally real. But this is no legal formula at least because of the following reason: Although in case of exculpable compulsion will is even directly levelled at legally unacceptable damage in order to escape the compulsion consequences, law sees there no legally relevant subject of wish, but admits that the result was compelled. In other words, criminal law evidently differentiates between desired and compelled effects. In case of autocompulsion, i. e. when delinquent against his wish murders in order to

require insurance sum, there cannot be found any legally relevant psychological difference to support the reversal judicially practised at those times. As opposite to this, *introduction of concept of indirect wish* would be a legally correct solution formula.

- V. According to Khornabujeli “*dolus directus* (...) is categorical foresight of socially unacceptable, punishable effects (...), notwithstanding the fact, if the agent wishes them or not”<sup>979</sup>. – *An intellectual concept of dolus directus*. Just intellectual one, since voluntarily it is no more directly pointed at the unlawful effect and if even semantically it can be *dolus directus*, seems to us doubtful, because intention as intention is directed here to something else, not to the concrete punishable effect or even to a punishable effect at all. Anyway, it is certainly a judicially and even legislatively incontestable escape, but should penal theory indeed pay such a heavy price, namely by giving up a systematised correlation between voluntary and intellectual components as basic structuration criterion of guilt, in order to be able to overcome the penalised vacuum? The issue is just of technical nature and the theoretical system seems to be staunch enough to eliminate autonomously any similar gap. Furthermore, autonomous solution, as we will see, reveals that although Khornabujeli mitigates, he does not actually mitigate sufficiently.
- VI. As to legislation, Georgian legislator preferred Khornabujeli’s cognitive concept of *dolus directus* (1981) to Kutalia’s concept of *dolus compositus* (1998)<sup>980</sup> in his new penal code (2001)<sup>981</sup>. Georgian criminal law followed subsequently in its theory German version of the entire concept regarding graduation technics<sup>982</sup>, with essentially same theoretical deviations as in case of the first, intellectually defined prototype. Thus, Georgian penal doctrine now differentiates between *dolus directus* of the first degree (precise knowledge as subject of conscious admission) and *dolus directus* of the second degree (precise knowledge as such)<sup>983</sup>. As a matter of fact, *dolus indirectus* also is and always was dualised, scil. voluntarily (conscious

<sup>979</sup> B. Khornabujeli, *Psychological Side of Guilt*, Tbilisi, 1981, p. 107 (RU), compare G. Nachkebia, *Problem of Psychological Argumentation of Logical Correlation between Guilt and Punishment*, in: *State and Law*, Tbilisi, 1990, p. 20-29 (GE).

<sup>980</sup> L.-G. Kutalia, *Dolus Compositus*, in: *Man and Constitution*, Review of Constitutional Court of Georgia, 1998, № 3, p. 50 ff (GE).

<sup>981</sup> Compare ÖStGB, §5/3 (DE).

<sup>982</sup> Only theoretical ones, while German penal code turns out to be in this context completely unspecified: DStGB, § 15 (DE).

<sup>983</sup> M. Turava, *Criminal Law*, 8. Edition, p. 128 f.

admission of eventual illicit effect or indifferent relation to it), but nevertheless modern Georgian criminal law does not differentiate between two voluntarily various degrees of *dolus indirectus*. Status quo of dogmatic reality, by the way, dictates logically just the opposite: If Georgian doctrine did not mechanically copy the German conception in the heat of reformatory passion, but scientifically elaborated the new standard, it has consequently to differentiate between two different degrees of *dolus indirectus*, too, namely *dolus indirectus* of the first degree (conscious admission of eventual illicit effect) and *dolus indirectus* of the second degree (indifferent relation to the eventual illicit effect). It once more clearly indicates that – due to unidentifiable reasons – there is a significant lack of systematic approach in modern Georgian criminal law regarding the problem of *dolus*. Besides, strictly to say, new Georgian concept of *dolus directus* comprises not double, but triple voluntativity, as it completely adopts voluntative side of *dolus indirectus*: Wish and conscious admission of legal damage or threat and indifferent relation to them. We are far from position that the legally unsplitable difference between wish and conscious admission is identically measurable as that one – if necessary at all – between conscious admission and indifferent relation, but it to no extent deescalates the theoretical collision in the above outlined context. Last but not least, *dolus indirectus* and self-expectation as one of two independent forms of *culpa*, as we already mentioned, are intellectually identical forms of guilt, they differ from each other merely in voluntative aspect (abstract expectation of avoiding unlawful consequences in case of self-expectation), so that, from a statistical point of view, as only form of guilt unique intellectually and voluntarily remains the other form of *culpa* – inattention (failed avoidance of not foreseen foreseeable effect).

**VII.** As distinct from prior theoretical and subsequent legislative solutions *a) substantial aspect of dolus compositus* not only prevents destruction of functioning intellectual-voluntative scheme, but is a natural product of it. Absence of this conservative continental system leads usually to normative disorders, as it seems to be the case in Anglo-American doctrine or even in modern continental doctrine itself, e. g., in French criminal law regarding the concept of *dolus* (intention méchante, intention frauduleuse, intention de nuire, animus injuriandi etc.)<sup>984</sup> or in

<sup>984</sup> Mentioning nothing about *dolus* principle: Code Pénal Français, Ed. Dalloz, 1994-1996, Art. 121-3 (FR), following R. Griffon, *De l'intention en droit penal*, Paris, 1911, p. 20 (FR) who redirects the issue from penal legislation to penal theory (However differently already R. Legros, *L'élément moral dans les infractions*, Paris, 1952, p. 83 (FR).

dogmaic labyrinths of German criminal law in form of extralegal *dolus anteceden*s and *dolus subsequens*<sup>985</sup>, a modern understanding of *dolus generalis*<sup>986</sup> etc.; or as it was the case, as opposite to unspecified concept of *dolus* in Roman criminal law, regarding once more the concept of *dolus* within the frames of mediaeval subjectivism (*dolus praemeditatus*, *dolus impetus*, *dolus directus*, *dolus indirectus*, *dolus generalis*), as well as regarding ancient (Roman) concept of *culpa* (*culpa lata* [*culpa lata ignaviae*, *culpa lata versutiae*], *culpa in concreto* [*diligentia*, *quam in suis*], *culpa levis*).<sup>987</sup> At the same time, in Georgian criminal law the intellectual-voluntative system remains the prevalent paradigm in guilt sphere. More than that: One of founders of modern Georgian school of criminal law Giorgi Tkesheliadze intended to make visible this correlation even in the definition of guilt concept. According to Tkesheliadze's *intellectual-voluntative concept of guilt* (2001)<sup>988</sup> we have to deal with a legally relevant concretization of psychological aspect, namely he defines guilt as agent's *intellectual-voluntative relation to illicit effect*, instead of psychological relation generally. One can attribute to it a normative element (as it is usual in Georgian criminal law) or not (as it is usual in Russian criminal law), the specification itself is anyway precise. The major question in the present context however is the following one: What was such penal theory confronted with, that is as a result of by Khornabujeli detected gap? We might, first of all, suppose that such behaviour formally stands closer to *dolus directus* (due to cognitive identity) or to *dolus indirectus* (due to voluntative identity), but according to the indisputable fact under given conditions none of both guilt subforms is completely available. Secondly, as the action necessarily has to be criminalised and penalised, a only possible way to preserve the traditional system of intellectual-voluntative components points at emergence of *dolus compositus* as combination of intellectual component of *dolus directus* (precisely foreseen illicit effect) and voluntative component(s) of *dolus indirectus* (illicit effect as subject of conscious admission or indifferent relation). Finally, if we prefer instead to integrate the voluntative aspect of *dolus indirectus* into the concept of *dolus directus* and as a result of it operate with triple voluntivity of *dolus directus* beside the double voluntivity of *dolus indirectus*, we have, at least, to restructure or disprove the essential system and there is no theoretical necessity of it from the point of view of classical continental penal doctrine.

<sup>985</sup> K. Lackner, StGB, Kommentar, 22. Aufl., § 15/9 (DE).

<sup>986</sup> Ibid., 15/11.

<sup>987</sup> See Kutalia, Guilt, p. 51 ff, 81 f and passim.

<sup>988</sup> Materials of PS, Department of Criminal Law, TSU, Spring 2001 (GE).

**VIII.** The presented correlation is, on the other hand, everything else, but just purely formal, since on the other side of the same issue penal theory is confronted with the problem of punishment and its degree – subjects of the most sensitive definition in criminal law. When there are given 1) intellectual component of *dolus directus* and 2) voluntative component of *dolus indirectus*, it principally means that *the action must be punishable more intensively than dolus indirectus and less intensively than dolus directus*, as it is the case according to b) functional aspect of *dolus compositus*. But not according to Khornabujeli’s formula resp. legislative formula, where in both cases the action is punishable as *dolus directus*. Although both solutions remove the wish from the subject of punishment, it mitigates responsibility only partially, for the action still remains punishable as *dolus directus* and the basic scientific requirements of theoretically predominant intellectual-voluntative system are not interdimensionally met. That is why a theoreticallly correct mitigation is not achievable beyond the concept of *dolus compositus*, which reflects the action in its specific size, scil. as lower than *dolus directus* and higher than *dolus indirectus*.

### C

#### **Dolus Compositus vs. Dolus Directus Voluntatis**

**IX.** While through introducing intellectual concept of *dolus directus* Georgian legislator mitigates less than systematically possible, by stressing the voluntative aspect of *dolus directus* (Georgian variation of Austrian vountative concept of *dolus directus*<sup>989</sup>) he aggravates more than systematically possible and from the point of view of mathematics of criminal law<sup>990</sup>, it is essentially the same consequence. If an agent categorically wishes an unlawful damage, but foresees only eventuality of its objectivation (bad shooter, defected gun, too long distance etc.), such action was punishable in Georgia before reformatory period as *dolus eventualis*. Imputing this behaviour to the agent as *dolus directus* were openly incompatible with penal legislation (absence of intellectual component of *dolus directus*), with respect to the ratio of a number of fundamental principles of criminal law (e. g., *cogitationis poenam nemo patitur*, prohibition of analogy; nothing to say this time about *nullum crimen*

---

<sup>989</sup> ÖStGB, §5/1 (DE).

<sup>990</sup> See L.-G. Kutalia, *Guilt in Criminal Law*, Online Version (Summary), 2008, University of Vienna, Phaidra, p. 876 (DE).

and *nulla poena principles*), i. e. it was technically impossible<sup>991</sup>. In a few words, judiciary was totally helpless<sup>992</sup> regarding the wish in actions with illicit effect foreseen as eventual. Courts usually did what they had to do: Judicial system ignored *pro reo* the factual wish in its the concrete form of guilt constituting ability, since it was not able to refer in this context to a legally relevant wish according to the given legislative reality. Of course, the mentioned factual voluntative relation as a rule aggravated criminal responsibility, but just within the frames of *dolus indirectus* resp. as secondary subjective element. Nevertheless judiciary faced in the first case much more uncomfortable difficulties, when it had to turn the factual wish into legal one in order to aggravate punishment, than in latter one, when courts had to ignore the factual wish in order to mitigate the penal reaction. Admittedly, in this aspect “voluntative” transformation seems dogmatically even more courageous than “intellectual” one. According to Kutalia’s central argument against the first concept of *dolus directus*, “wish can be penally relevant just within the frames of what agent concretely foresaw”<sup>993</sup>. As a result of it Kutalia formed his concept of *dolus compositus* with a single form of guilty behaviour, that is without subforms. Now we remove these dogmatic frames and suppose that the combination of voluntative component of *dolus directus* and intellectual component of *dolus indirectus* has no less right to existence than the constellation of intellectual component of *dolus directus* and voluntative component of *dolus indirectus*. However systematical scepticism relating both legislative approaches remains more than formal, with no clear prospect of consensus despite any conceptual compromises.

- X. Better or worse, Georgian legislator in Art. 9/2 of the new penal code integrates into the concept of *dolus directus* intellectual component of *dolus indirectus*<sup>994</sup>, without splitting the concept formally into two different degrees in above-mentioned way. First of all, what is the actual correlation between structural voluntative and intellectual components of guilt in these legislative transformations: Are they functionally equal elements or is one of them of primary and the other one of secondary functional significance? In case of equality one of two legislatively

---

<sup>991</sup> Regarding irreversibility of the entire spectrum A. Makharadze, About Decision of Constitutional Court of Georgia on Retroactivity of Penal Code, in: *Часопис Київського Університету Права, Ювілейний Випуск, Київ, 2016/4, p. 398 ff (RU).*

<sup>992</sup> Due to its more or less legislatively contemplative nature. See as opposite to it L.-G. Kutalia, Extraordinary Conclusions of Supreme Court, in: L.-G. Kutalia, *Lagma, Jubilee Edition, 100 volumes, EASPH Mary, Georgia, 2018, vol. XXX (EN), Online under [www.nplg.gov.ge](http://www.nplg.gov.ge).*

<sup>993</sup> Kutalia, *Guilt*, p. 763.

<sup>994</sup> Compare *ÖStGB*, §5/1 (DE), *УК РФ* ст. 25/2 (RU).

newly discovered kinds of guilty behaviour, pacing the present legislative methodology, should belong to *dolus directus* and the other one to *dolus indirectus*, since as reorientation criteria are chosen qualitatively different components; in case of priority the result should be the same because of the same reason, for those qualitatively different components initially belong to different forms of *dolus*. Integration of both new combinations into *dolus directus* resp. into the identical form of *dolus* means negation of any constitutive correlation between voluntative and intellectual aspects of guilt, that is it means negation of constitutive system in guilt sphere. To be more precise, the stereotyped intellectual-voluntative scheme seems to be just theoretically and didactically prevailing, but no more legislatively. Moreover, in a purely theoretical aspect, as distinguished from inductions from above-mentioned judicial practices, both models are aggravating models, since both of them solve the collision in favour of *dolus directus*.

**XI.** The main question that arises in this context affects the major motivation of both legislative approaches. What we already know, these motivations are not based on the constitutive differentiation system of guilt sphere. Besides, which concrete criterion does these parallel solutions make opposite to each other? The only dogmatically and/or systematically possible answer consists in the confrontation between subjectivism and objectivism, invisible at the first sight, because both, intellectual or voluntative elements, are completely subjective constituents of a completely subjective concept<sup>995</sup> – guilt. However profound look indicates a different reality. When an agent *wishes* a certain result of his action, the action is *subjectively* directed to the result (*mens rea* ≠ *actus reus*) and when an agent *expects with certainty* a certain result of his action, the action is *objectively* directed to the result (*mens rea* = *actus reus*). With respect to a wish is the action objectively not measurable, while in case of concrete expectation an objectively measurable orientation is clearly given. Thus, the answer to the undoubtedly crucial question, which model is conceptually closer to *dolus directus*, appears to be dual: Subjectively closer to *dolus directus* stands voluntatively shaped combination, objectively – cognitively shaped one.

**XII.** At the same time, a decisive formal criterion for differentiation between two different kinds of *dolus*, as well as of *culpa*, as we already mentioned, is voluntative aspect. Otherwise *dolus indirectus* were no adequate main definition (action is

---

<sup>995</sup> A. Makharadze, *Penal Responsibility for Aiding in Crime*, Tbilisi, 2006, p. 244 f (GE).

*voluntatively* [conscious admission of result or indifferent relation to it] *indirectly* oriented to the concretely relevant result), but we would have to refer to its only alternative definition in form of *dolus eventualis* (pointing at a result expected intellectually in its eventuality) as to the main definition. And this consequence speaks in favour of “voluntative” amendment. On the other hand, modern penal doctrine tends to measure actions primarily according to objective standards (inclusive e. g., its theorem of so-called objective imputation), what in its turn speaks in favour of “intellectual” variation. However if the modern criminal law manages to avoid equally subjectivist or objectivist attitudes, is a different problem. We would like to mention here just the heterarchic crime system, where the essential equality of subjective and objective standards is not only consequently proclaimed, but fulfilled<sup>996</sup>.

**XIII.** The principal common choice of Georgian legislator in a further, but not less vital aspect is obvious. Within the frames of a dilemma to maintain minimized the quantity of guilt subforms or to ignore the basic structural correlations of intellectual-voluntative system, he preferred the first option. Such choice is very comfortable with a view to the fact that it eliminates the gap as such and costs systematically no deep revision efforts, but mechanically regroups substantial elements. All the same, there is a much more rational solution in this context, too. Although neither voluntative nor intellectual aspect in their present form can serve as single main criterion for constitution and differentiation of guilt subforms, just because of technical reasons, both forms of *dolus* can functionally be based just on intellectual aspect and both forms of *culpa* can functionally be based just on voluntative aspect. It would not only maintain minimized the quantity of guilt subforms, but it would at the same time minimize the same subforms substantially, instead of maximizing the quantity of intellectual and voluntative components there in Austrian – though partially specified – way. Of course, we see no necessity of such systematically disintegrating rationalism, but it is to no more extent superfluous than systematically disintegrating Georgian (or Russian) legislative complementation of *dolus directus*.

**XIV.** *Dolus compositus* that in both cases naturally, purely descriptively results from the historically established structural specifics of the intellectual-voluntative scheme requires, as opposed to any other artificial solution attempts, no revolutionary de-

---

<sup>996</sup> L.-G. Kutalia, *Handlungslehre. Strafrechtliche Konzeption*, Göttingen, 2011, p. 194 ff (DE).



composition of the intact system. It makes no difference, if we combine intellectual component of *dolus directus* with voluntative component(s) of *dolus indirectus* or vice versa, voluntative component of *dolus directus* will be combined with intellectual component of *dolus indirectus*, in both cases we have cognitively to deal with *dolus compositus*. This concept emerges autonomously, it is the option offered by the system itself. If we choose as starting point the correlation between legislative and judicial aspects before and after the present legislative transformations, the form of *dolus compositus* representing the first combination is of mitigating nature and that one corresponding with the latter innovation aggravates in its composition the penal responsibility given within the frames of *status quo ante* – theoretically relative definitions, since genuinely theoretically *dolus compositus* neither aggravates nor mitigates penal responsibility, it is a intrasystematical neutral indicator. Therefore, we can define the initial *dolus compositus* (1998) as *dolus compositus of the first degree* (due to higher degree of punishability) and the present *dolus compositus* (2019) as *dolus compositus of the second degree* (due to lower degree of punishability): Eventual damage cannot cause same or lower degree of criminal responsibility than precisely foreseen damage, irrespective of the circumstance what it is voluntatively accompanied with – with wish or conscious admission resp. indifferent relation. This theoretical recommendation is generally addressed, of course, not only to newly reformed Georgian criminal law, but to any other continental penal doctrine with similar intellectual-voluntative traditions, inclusive German criminal law.

## НЕОКЛАССИЧЕСКАЯ СИСТЕМА ВИНЫ

**Принцип систематизации**      Прежде всего: ввиду того что в классической системе вины речь идёт об интеллектуально-волеизъявительной схеме, в пределах данной конструкции и сферы её применения умысел и неосторожность могут рассматриваться в качестве форм или видов вины.

*Наряду с этим: каждая субформа вины должна содержать не менее, но и не более 1 волеизъявительного и 1 интеллектуального признака.*

### Умысел

*Прямой умысел* – стремление к неизбежному вреду.

*Косвенный умысел* – инструментализация возможного вреда.

### Композитный умысел

*Композитный умысел I ст.* – инструментализация неизбежного вреда.

*Композитный умысел II ст.* – стремление к возможному вреду.

### Неосторожность

*Легкомыслие*<sup>997</sup> – неубедительное исключение вреда.

*Небрежность* – неисключение исключаемого вреда.

---

<sup>997</sup> Признавая правоту российских реформаторов: «самонадеянность» как таковая лишена специфики материальной виновности.

## Глава XV

### ЛЕГИСЛАТИВНЫЙ АСПЕКТ ВИНЫ

– §1 –

#### ДЕЙСТВУЮЩЕЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

**Дона** Как отмечалось выше, ещё выдающийся немецкий криминалист А. Г. ц. Дона со всей принципиальностью упрекал современного ему законодателя в том, что уголовный закон упоминал всего лишь умысел и неосторожность (да и то без определения), а о вине хранил молчание.

Замечание Дона совершенно справедливо, так как если в Уголовном кодексе гражданину как субъекту уголовно-правового отношения не определяется значение вины и не только вины, а также других основных признаков преступления, можем получить столько определений этих понятий, сколько насчитывается адресатов норм, что, разумеется, никак не способствует предсказуемости уголовно-правовых отношений.

**Отсутствие дефиниции** Одно понятие преступления с данной точки зрения может зачастую ни о чём не свидетельствовать, тем более если оно представлено в таком виде, как это имеет место в действующем уголовном законодательстве. В ст. 8 (действующего [2000]) УК РГ, посвящённой понятию преступления, указывается: «Преступлением будет считаться предусмотренное уголовным законом общественно опасное деяние (действие или бездействие), посягающее на общественный строй Грузии, её политическую и экономическую системы, собственность, личность, политические, трудовые, имущественные и другие права и свободы граждан, также посягающее на правопорядок иное общественно опасное деяние, предусмотренное уголовным законом»<sup>998</sup>. Здесь, как видим, вина даже беглым штрихом нигде не наброшена. В ст. 9 и ст. 10 законодатель, характеризуя умысел и не-

---

<sup>998</sup> საქართველოს რესპუბლიკის სისხლის სამართლის კოდექსი, თბილისი, 1997, მე-8 მუხ.

осторожность, представляет их не в связи с понятием вины (понятием вины и здесь совершенно пренебрегается), а просто как формы совершения преступления. Очевидно, что законодатель на каждом шагу остерегается упомянуть понятие вины, что и понятно: он не предлагает его дефиниции.

Логическим продолжением этого можно считать ст. 11, в которой речь идёт об определённой категории последствий как об отягчающих преступление, а не вину обстоятельствах.

На первый взгляд, ст. 3 УК, где говорится, что к уголовной ответственности привлекается и наказывается только то лицо, которое виновно в совершении преступления, в определённой степени ограничивает масштабность указанной тенденции. В действительности же здесь вина отнюдь не представлена в уголовно-правовом понимании, ибо в уголовно-правовом понимании лицо не может быть виновно в совершении преступления. Субъективное деяние признаётся преступлением только тогда, если оно одновременно соответствует составу преступления (деяния), противоправно и виновно, т. е. любое преступное деяние в то же время является виновным деянием; соответственно, если субъект виновен в совершении преступления, это означает, что он виновен в совершении виновного деяния, что, разумеется, есть сушая беспредметность. А то, в чём лицо в уголовно-правовом отношении может быть виновно, является лишь осуществлением противоправного деяния.

На наш взгляд, подобный подход к проблеме вины в уголовном законодательстве отнюдь не может расцениваться как незначительное явление. Этим, прежде всего, отвергается практическое значение понятия вины и вина целиком сводится к уголовно-правовому понятию, ценному всего лишь теоретически. Иная оценка абсолютного пренебрежения (уголовно-правовым) понятием вины в Уголовном кодексе вряд ли может представляться возможной. И это с учётом того, что на вину в уголовном праве приходится главнейшая практическая нагрузка. Здесь можно отметить только то, что отмечать нечего!

## ПРОЕКТ УК

**Каузальность и вина**      Нельзя сказать, что в официальном проекте УК положение существенно изменилось, однако в данном случае явно наблюдаются определённые позитивные сдвиги. Несмотря на то что понятие вины по-прежнему остаётся неопределённой, вина как таковая здесь уже упоминается не раз и в главе 7 законопроекта даже предстаёт в качестве объекта чрезвычайного акцентирования. Соответственно, на сей раз отвергается практическое значение уже не понятия вины в общем, а только определения понятия вины, что безусловно – шаг вперёд. В то же время именно в той же главе 7, одновременно посвящаемой как вине, так и причинной связи, наглядно выделяются по меньшей мере три весьма значительных алогических момента:

Во-первых, от догмы каузальности уже давно окончательно отказались там, откуда она берёт своё начало, т. е. в западноевропейской уголовно-правовой догматике, и в теории уголовного права можно найти множество довольно убедительных аргументов, подтверждающих правоту этого отказа<sup>999</sup>. Следует заметить, что проект УК в этом отношении выходит за рамки всякой рациональности: не довольствуясь при бездействии выделением причинной связи между деянием и результатом (ведь это возвращение к натуралистическому учению Листа), законопроект указывает на решающее значение каузальности и в отношении деликта опасности, рассуждая о причинной связи между деянием и «конкретной опасностью»<sup>1000</sup>. Иными словами, авторы проекта почему-то стремятся не оставить ничего общего между философским и уголовно-правовым понятием каузальности.

Во-вторых, даже если внесение причинной связи в вышеуказанном виде могло бы быть целесообразным, всё же не может считаться оправданным её отнесение к той же главе, к которой отнесена вина. Каузальность является (факкультативным) признаком объективной стороны преступления, тогда как вина – (конститутивный) субъективный элемент преступления; таким образом,

---

<sup>999</sup> W. Hardwig, Die Zurechnung, стр. 61, 67-81, 87, 113.

<sup>1000</sup> საქართველოს სსრ-ის სამართლის კოდექსის პროექტი, მე-19 მუხ., см. საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს ბიულეტენი, თბილისი, 1997/4, стр. 13-14.

рассматривая эти два понятия без надлежащей степени дифференцированности, вряд ли может достигаться выделение самостоятельного значения объективной и субъективной сторон преступления, т. е. интереса и обязанности, вреда и нарушения обязанности (это рациональное зерно того же Листа, видимо, так и не удаётся взрастить даже современному уголовному праву).

В-третьих, если допускать, что в Уголовном кодексе причинная связь, помимо того, что должна ранжироваться в её факультативности непосредственно рядом с виной в её конститутивности, подлежит легислативному дефинированию, то перед нами ещё одно, в рассматриваемом контексте главное противоречие: недопустимо, чтобы понятие вины в отличие от понятия причинной связи не дефинировалось, как это встречается в проекте УК. Здесь несомненно имеем дело с развёрнутой спонтанностью, так как в случае присутствия конкретного критерия имело бы место либо одновременное дефинирование обоих понятий, либо одновременное недефинирование. Например, если в виде критерия представляется то, что в уголовном законе определение общих уголовно-правовых понятий нецелесообразно, неопределённым должно остаться не только понятие вины, но также и понятие причинной связи. Это что касается нормативно-логической стороны вопроса. Догматически же несложно усмотреть, в чём состоит истинная причина подобного решения проблемы. Дело в том, что гипертрофированием уголовно-правового значения каузальности невольно бросается тень на реальную релевантность вины. Вернее, причинная связь здесь по своему значению стоит выше, нежели вина, и этому вряд ли можно найти убедительное теоретическое обоснование. Причинная связь – даже в абсолютизированном виде – имеет лишь субстратное значение для уголовной ответственности, тогда как вина непосредственно определяет как содержание, так и форму последнего. Помимо этого, каузальность вовсе не является специфически «уголовно-правовым» понятием, чего нельзя сказать об уголовно-правовой вине, т. е. приоритизация каузальности в отношении вины не может быть оправдана ни догматически, ни систематически. Хотя здесь же следует заметить, что в гражданском праве, с систематической точки зрения, каузальность порой действительно важнее, чем вина, потому как в отдельных случаях гражданско-правовая ответственность может основываться на этом первом признаке вне зависимости от того, наличествует ли виновность деяния. Это, как справедливо замечает Г. Корнил, прямо связано с тем фактом, что сов-

ременное гражданское право испытывает тотальное влияние частного римского права<sup>1001</sup>.

**Умысел и неосторожность** Очевидна и допущенная в той же главе законопроекта другая, не менее значительная неточность: в ст. 20 и ст. 21, подобно ст. 9 и ст. 10 действующего кодекса, умысел и неосторожность по-прежнему представлены в качестве форм совершения преступления, а не как формы вины. Прежде всего: совершение преступления в современном уголовном праве никогда не может иметь место только объективно или только субъективно, оно логически не может выражаться только в объективном явлении или только в субъективном явлении, каковым, в свою очередь, является как умысел, так и неосторожность. Т. е. умысел и неосторожность как формы совершения преступления – это сон законодателя во сне.

Здесь же следует заметить, что данная погрешность в законопроекте выделяется отчётливее, чем в рамках действующего закона. И это последнее обстоятельство обусловлено именно тем, что глава 7, к которой относятся ст. 20 и ст. 21, посвящается вине. Другими словами, поскольку данная глава уделяется конкретно вине как признаку преступления, а не в общем понятию преступления, в качестве предмета интереса тем более должно выступать отношение уголовно-правового умысла и неосторожности к понятию не преступления, а вины. Таким образом, стереотипная репрезентация указанной позиции лишь удваивает ошибочность этой позиции.

Наряду с этим главным предметом критики нам представляется не то, что в законопроекте прямо не демонстрируется отношение умысла и неосторожности к вине, а то, что, судя по законопроекту, вообще неясно, каково отношение этих первых двух понятий к последнему понятию. Указание того, что преступление может быть «умышленным» или «неосторожным», ещё отнюдь не означает, что умышленной и неосторожной может быть и вина.

Однако если не установлено отношение прямого и косвенного умысла, самонадеянности (легкомыслия) и небрежности к вине, возможно ли считать установленными роль и значение вины в отношении уголовно-правовой ответственности? Как нам видится, это совершенно невозможно, так как взаимоотношение вины и уголовной ответственности познаётся только на осно-

---

<sup>1001</sup> G. Cornil, *Droit romain*, Bruxelles, 1921, стр. 258.

ве тематизации отдельных подвидов вины. В силу этого в конечном итоге неясно не только то, что связывает умысел и неосторожность с виной, а также и то, в чём состоит и что материально описывает принцип виновной ответственности. А неприемлемость этого, на наш взгляд, не нуждается в аргументации, ибо в современном уголовном праве всякое поправление принципа виновной ответственности уже само является наилучшим аргументом своей неприемлемости.

Выяснения требует другой аспект вопроса, в частности то, чем можно substitute отвергнутые вследствие последнего вывода понятия «умышленное преступление» и «неосторожное преступление». Исходя из всего вышеизложенного, спектр возможных опций минимален: это могут быть «умышленная вина» и «неосторожная вина» или же только «умысел» и «неосторожность».

**Доктринальная специфика**      Заметим, что в уголовно-правовой практике зарубежных стран данная проблема решается неоднородно. Например, согласно британским криминалистами, упоминание умысла и неосторожности отдельно от понятия преступления или вины (т. е. без непосредственной связи с одним из них) недопустимо, так как уголовно-правовой умысел и неосторожность, как аргументируется ими же, вне понятий преступления и вины логически немислимы<sup>1002</sup>.

Поэтому-то в британском Уголовном кодексе умысел и неосторожность почти и не фигурируют в виде самостоятельных понятий.

В противоположность этому во французской уголовно-правовой доктрине самостоятельность умысла и неосторожности как уголовно-правовых понятий – естественная непринуждённость; данные понятия (как в прежнем, так и в нынешнем) Уголовном кодексе Франции встречаются даже чаще, чем собственно вина и преступление.

Однако эти взаимоисключающие примеры не создают основания для прямой индукции актуального для нас вывода. Хотя мы не можем согласиться с британскими криминалистами, которые явно умаляют аксиоматическую оригинальность умысла и неосторожности, однако, с другой стороны, в

---

<sup>1002</sup> J. C. Smith, B. Hogan, *Criminal Law*, 5<sup>th</sup> ed., London, 1983, p. 256; см. также R. A. Duff, *Codifying Criminal Fault*, стр. 102.



здесь представленном контексте унификация понятий умысла и неосторожности с понятием вины нам представляется целесообразным.

Это отнюдь не только вопрос уголовно-правовой техники. Предпочтение понятий «умышленная вина» и «неосторожная вина», прежде всего, имеет немалое теоретическое значение, потому как в них наиболее типично проявляется специфика господствующего учения. Эта специфика, в свою очередь, состоит в том, что, согласно грузинскому уголовному праву, психологический аспект вины всё ещё – хотя уже не абсолютно – превалирует над нормативным аспектом. Как известно, в психологическом учении о вине умысел и неосторожность представлены как формы или виды вины, в то время как нормативизм их рассматривает в качестве элементов вины; а поскольку в нормативном учении о вине умыслом и неосторожностью определяют не форма, а содержание вины, понятия «умышленная вина» и «неосторожная вина» в данном случае неуместны. В силу этого немецкая догматика<sup>1003</sup>, в основе которой лежит нормативная концепция, данные понятия не признаёт. Что касается радикального нормативизма в виде финального учения, здесь они по понятным причинам (ввиду принадлежности умысла и неосторожности к неправде, а не к вине) и вовсе сами собой исключаются.

Соответственно, когда речь идёт об «умышленной вине и неосторожной вине», умысел и неосторожность могут восприниматься только как формы (виды) вины, что и указывает на доминирование психологического аспекта, но ни в коем случае как альтернативные элементы вины или тем более как элементы неправды.

Исходя из этого, трансформация понятий «умышленное преступление» и «неосторожное преступление» в проекте УК создаёт весьма благоприятные условия как для выявления отношения умысла и неосторожности к вине как таковой, так и с точки зрения надлежащего отображения в уголовном законе доктринальной специфики понятия вины. Ведь должно быть понятно, об Уголовном кодексе какой конкретной страны с какой уголовно-правовой доктриной идёт по сути речь.

**Коллективная вина**      Непременно следует выделить и то, что законопроект не уделяет должного внимания некоторым экстремально актуальным проблемам, которые весьма насущны в отношении легислативного аспекта вины. Таковым, например, является проблема коллек-

<sup>1003</sup> См., напр., R. Busch, *Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre*, стр. 4, также W. Gallas, *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*, стр. 32.

тивной вины. Прежде законодатель вполне мог не акцентировать свою позицию в связи с данным вопросом, ибо коллективная вина в уголовном праве всеобщее отвергалась. Однако ныне ситуация радикально изменилась: в современном уголовном праве всё интенсивнее вырисовывается тенденция признания уголовно-правовой вменяемости юридических лиц. Более того, в Уголовном кодексе Франции уже прямо указывается на уголовную ответственность юридических лиц<sup>1004</sup>.

Иной вопрос, насколько приемлемо признание или отрицание коллективной вины. То, что в гражданском праве деликт юридического лица является совершенно ординарным понятием и международное право придаёт важное значение ответственности государств за деликтное поведение, ещё никак не свидетельствует в пользу признания коллективной вины в уголовном праве.

В том случае, если данное понятие действительно будет допущено в уголовно-правовой доктрине, отнюдь не будем иметь дело с эпизодическим изменением. Это несомненно приведёт к пересмотру всей системы основных принципов уголовного права, так как краеугольным камнем этой системы является именно индивидуальная вина.

Помимо этого, мы не видим ничего неотразимо обольстительного в логике тех криминалистов, которые полагают, что обоснование уголовной ответственности порой с необходимостью требует ссылки на коллективную вину. Типичным примером этого принято представлять оставление лица в опасном для жизни или здоровья состоянии. Словно здесь один отдельно взятый субъект не может виновно бездействовать, так как ни один из них не является единственным, кто может оказать помощь находящемуся в состоянии опасности субъекту, т. е. в отношении каждого отдельного субъекта налицо возможность оказания помощи без обязанности оказания помощи. В действительности же возможность действия в отношении каждого из них безусловно порождает и обязанность действия, потому как неприемлемо, чтобы субъект в уголовно-правовом отношении был «свободен», когда предотвращение деликтного результата возможно (подразумевая, конечно же, конкретную возможность и охватываемую этой конкретной возможностью психофизическую способность, равно как все остальные соответствующие моменты).

---

<sup>1004</sup> Code Pénal Français, Ed. Dalloz, 1994-95, стр. 242.

Таким образом, неточность вышеупомянутой позиции находит своё выражение в самом исходном положении. А всё это прямо указывает на необходимость ярко выраженного исключения коллективной вины из уголовно-правового законодательства.

Что касается нынешнего состояния проблемы, т. е. состояния к моменту второго издания настоящей монографии, следует заметить, что ответственность юридических лиц признаётся как грузинским, так и российским уголовным законодательством. Хотя ни та, ни другая система уголовного права предварительно с этой целью никем коренным образом не преобразовывалась (например, никто не редефинировал понятие вины, оно по-прежнему остаётся понятием индивидуальной вины, в то время как налицо также и принцип виновной уголовной ответственности), т. е. коллективная вина в этих двух конкретных уголовно-правовых системах – инородное тело.

Чем главным образом может быть обусловлен такой парадокс? Давайте взглянем на проблему поближе: что и зачем карается?

Прежде всего, *ч-т-о* не может быть виновно. Метакаузально, по крайней мере. Здесь особо следует заострить внимание на том обстоятельстве, что психологический облик или даже психологический аспект вины – незыблемая гарантия индивидуальной вины (*психологически коллективной вины не существует, ибо не существует коллективной психики*), чего нельзя сказать о нормативистской, чисто оценочной модели вины финалистов или об общепреентивно «функциональной» вине.

С другой стороны, нет разницы между наказанием юридического лица и наказанием церковного колокола, лишившего жизни человека и приговорённого Россией XIX века к уничтожению, впоследствии, однако, помилованного и преселённого в Сибирь.

Помимо этого, при необходимости, например, ликвидации юридического лица в действительности наказывается, конечно же, не юридическое лицо, а собственник юридического лица, где и можно дифференцировать: индивидуальная вина – наказание, опасность – превентивные меры, вред – гражданско-правовое возмещение, называя всё своими именами.

И, наконец, разумеется, в уголовном праве исходным моментом является охрана правового добра (интереса). В этом отношении претензий к институту уголовной ответственности юридических лиц не может быть. Более

того, ответственность юридических лиц создаёт весьма благоприятные условия для количественной оптимизации штрафа в виде денежного взыскания, однако напрашивается вопрос – насколько справедливой оптимизации, потому как *отрицание идеи индивидуальной вины своей необходимой предпосылкой предполагает наказание и невиновных лиц*. В силу этого принцип индивидуализации Беккариа технически неопровержим.

**Гипотетический  
результативный  
деликт** Вернёмся к законопроекту. Также не может быть оправдана та абсолютная нейтральность, с какой авторы законопроекта подходят к проблеме вины в гипотетических результативных деликтах. Здесь также ненадлежаще учитывается значение идеи вины и развития уголовно-правовой мысли в целом. Проблема вины в гипотетическом результативном деликте представляет собой одну из наиболее актуальных вопросов современного уголовного права, и её игнорирование в уголовном законе непременно чревато непреодолимыми противоречиями в сфере правосудия (непреодолимыми постольку, поскольку господствующая доктрина однозначно исключает применение как судебного прецедента, так и принципа аналогии).

Основную особенность гипотетического результативного деликта составляет то, что вредные последствия, вызванные противоправным деянием субъекта, с необходимостью наступили бы и в случае правомерного деяния, что делает спорным виновность данного типа деяния. Как единогласно признаётся большинством криминалистов, в гипотетическом результативном деликте наличествует только противоценность деяния (*Aktunwert*), но отсутствует противоценность результата (*Erfolgsunwert*), так как наступление вредного результата здесь в конечном итоге не обуславливается вследствие противоправного определения воли субъектом.

В соответствии с этим наглядно выделяется определённая гетерогенность рассматриваемого вида деяния: с одной стороны, когда налицо противоценность поведения без противоценности последствий, дело, как правило, должно касаться покушения на преступление, а с другой – отождествление гипотетического результативного деликта с покушением принципиально недопустимо, так как понятие покушения не может инкорпорировать результат. Таким образом, эти два понятия, формально покрывая друг друга, материально взаимонесовместимы.

Однако именно на основе этого формального сходства большинство авторов полагает, что «при гипотетическом результативном деликте вопрос о виновности и ответственности должен решаться так же, как это имеет место в отношении покушения»<sup>1005</sup>. А ввиду того что покушение по неосторожности немислимо, выходит, что в гипотетическом результативном деликте вина может проявляться только в виде умысла.

Что касается гражданского права, здесь вследствие подобного подхода не удаётся обосновать и умысел, так как в гражданско-правовом отношении в понятии умысла (так же как и в понятии неосторожности) решающее значение всегда придаётся противоположности результата, чего покушение и вместе с ним гипотетический результативный деликт полностью лишены.

На наш взгляд, необходимость инновационного концептуального подхода к данной проблеме очевидна: если не как крайняя поверхностность, то как иначе может характеризоваться провозглашение вышеуказанного формального сходства в качестве генерального ориентира? В силу этого, прежде всего, необходимо надлежащее дистанцирование гипотетического результативного деликта от понятия покушения. Правда, с гражданско-правовой точки зрения, это ничего не меняет, но в уголовно-правовом отношении весьма релевантно, потому как таким образом в последнем случае значительно облегчается и обоснование неосторожности. А вследствие этого предмет дискуссии можно считать переместившимся из сферы виновности в сферу наказуемости, т. е. полемика уже должна проводиться по поводу того, создаёт ли умысленная вина основание наказуемости в гипотетическом результативном деликте.

Здесь же следует заметить, что, с точки зрения взаимоотношения виновности и наказуемости, в этом последнем выводе нет ничего алогичного, поскольку наказание, в отличие от вины, не представляет собой конститутивный признак преступления. В то же время, как само собой вытекает из вышесказанного, гипотетический результативный деликт наряду с теоретической характеризуется и практической актуальностью, и, следовательно, уклонение в уголовном законе от стандартизации ключевых моментов в рассмотренном отношении не может быть существенно оправдано.

---

<sup>1005</sup> Arth. Kaufmann, Schuld und Strafe, стр. 100.

**Законодательное  
понятие вины**

И, наконец, необходимо выделить и то обстоятельство, что в рассматриваемом аспекте среди возникающих вокруг вины этих и других проблематичных моментов главным является само законодательное дефинирование понятия вины. Понятие уголовно-правовой вины, как уже отмечалось, непременно должно определяться гражданину в уголовном законе. Однако не только гражданину, – это также немаловажно и с точки зрения осуществления правосудия.

Каждый судья, разумеется, основательно знаком с представленными в дидактических или теоретических сочинениях уголовного права определениями понятия вины, которые, как правило, не совпадают друг с другом или порой даже взаимоисключаются. Тем не менее ни одному такому сочинению и представленной в нём дефиниции не придаётся юридически обязательная сила, ввиду чего отрицать необходимость законодательного дефинирования понятия вины – значит свести к воззрению отдельного судьи вопрос об определении того, что есть вина.

Когда в уголовной практике наличествует возможность разнообразной интерпретации понятия вины, одно и то же деяние в отношении двух разных лиц может квалифицироваться соответственно как виновное и невиновное. А это, в свою очередь, идёт вразрез с ч. 1 ст. 7 Всеобщей декларации прав человека, где указывается об абсолютном равноправии граждан перед законом, и, следовательно, с ч. 2 ст. 1 самого законопроекта, касающейся соответствия УК РФ общепризнанным принципам и нормам.

В силу этого можно с убедительностью отметить, что в уголовно-правовом законодательстве неопределённость понятия вины в равной мере препятствует как надлежащему пониманию уголовного закона гражданином, так и надлежащему применению этого закона правосудием.

Исходя из этого, нам представляется необходимым перенять опыт российского уголовного законодательства, где в совершенстве осознаётся необходимость определения понятия вины в уголовном законе. При этом то, насколько приемлемо само содержание представленной в УК РФ дефиниции понятия вины<sup>1006</sup>, – принципиально иной вопрос.

---

<sup>1006</sup> Уголовный Кодекс Российской Федерации, Москва, 1997, ст. 24.

## Глава XVI

### БОНН VS. БОНН: «УГОЛОВНОЕ ПРАВО ВРАГА»

– §3 –

#### ВРАГИ «EXTRA MUROS»

**«Неличность»**      Ни я не Бог, ни Якобс не дьявол, однако выбирать со-  
**враг**                      временной юриспруденции, по какому пути следовать:  
*по пути рекомендательного права, исходящего из морального субъекта, или по пути «уголовного права врага», рассматривающего общество как войну и делящего его членов на врагов. Причём война и враги здесь – не метафоры.*

Концепция Якобса о т. н. уголовном праве врага<sup>1007</sup>, прежде всего, представляет собой всё что угодно, но не попытку трансформации линейно-

---

<sup>1007</sup> См. G. Jakobs: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 3/2004, стр. 88 сс; Terroristen als Personen im Recht?, in: ZStW 2005 (H. 4), стр. 834 сс; Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechlichkeit, in: HRRS 8-9/2006, стр. 289 сс; Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, стр. 28 с, 43 сс и passim; Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, Kommentar, in: Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt (Herausgeber), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, München, 2000, стр. 51 сс; Kriminalisierung im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, т. 97, 1985, стр. 773 с и passim; M. C. Meliá, Feind„strafrecht“?, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, т. 117, 2005, стр. 267 сс; см. испаноязычные издания «уголовного права врага»: G. Jakobs / M. C. Meliá, Derecho penal del enemigo, 1<sup>a</sup> ed., Madrid, 2003; 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 2006. ср. M. D. Dubber, Foundational Texts in Modern Criminal Law, Oxford, 2014. В виде дидактического материала M. Heger / A. Petzsche, Das «Feindstrafrecht», Berlin, S/S 2013, <https://heger.rewi.hu-berlin.de/doc/ap/HandoutF-StR.pdf>. О месте «уголовного права врага» в ракурсе интернационализации уголовного права N. S. Cordini, Transnational Criminal Law: Towards a Regional Legal Theory of Criminal Law. Polít. crim. [online]. 2018, vol. 13, n. 26, pp. 1140-1169, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000201140>. См. преимущественно в историческом контексте G. Giudicelli-Delage, Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l’ennemi, dans: Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2010/1 (№1), стр. 69 сс.

-«коммуникативно» конципированной общественно-теоретической основы его учения о вменении в интеракционную программу. То, что он здесь непосредственно пытается развить, есть превентивный подход в противоположность устраняющей вину перспективе. Это же, в свою очередь, не в смысле его позитивной общей превенции, а в призме изолированно взятой индивидуальной превенции<sup>1008</sup>. В частности дело касается *ab initio* «некомпетентного» адресата обязанностей среди прочего как субъекта преступления, воспринимаемого как «правовая неличность» или «бесправный индивид»<sup>1009</sup>.

Кто, в понимании Канта, как «источник постоянной угрозы» не может быть ограничен пределами «общезаконного состояния»<sup>1010</sup>, «не желает или не может»<sup>1011</sup> осмыслить себя в качестве «компетентной личности»<sup>1012</sup> (точ-

---

<sup>1008</sup> Критически к «уголовному праву врага» среди прочих J. Bung, *Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person*, in: *Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, Heft 2/2006, стр. 63 сс («уголовное право врага» как «уголовное права страха», стр. 64, 70 с); L. Greco, *Über das sogenannte Feindstrafrecht*, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Heft 2/2006, стр. 96 сс; W. Hassemer, *Strafrecht, Prävention, Vergeltung*, in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7/2006, стр. 138; F. Saliger, *Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?*, in: *Juristenzeitung*, Band 61, Nummern 15-16, August 2006, стр. 756 сс; B. Schünemann, *Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende*, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2001, стр. 212; T. Hörnle, *Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs „Feindstrafrecht“*, in: *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, Heft 2/2006, стр. 80 сс; M. Donini, *Das Strafrecht und der „Feind“*, in: *Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen – Kleine Schriften*, т. 11, 2007; E. D. Crespo, *Das „Feindstrafrecht“ darf nicht sein! Zur Unzulässigkeit des sogenannten „Feindstrafrechts“ und dem Gedanken der Sicherheit unter besonderer Berücksichtigung der wissenschaftlichen Diskussion und Tendenzen in Spanien*, in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 9/2006, стр. 413 сс («уголовное право врага» как «конституированное субъектом уголовное право», стр. 420 с); K. Malek, *Feindstrafrecht – Einige Anmerkungen zur Arbeitsgruppe „Feindstrafrecht – Ein Gespenst geht um im Rechtsstaat“ auf dem 30. Strafverteidigertag 2006*, in: *Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, Heft 8-9/2006, стр. 316 сс; A. Sinn, *Moderne Verbrechenverfolgung – auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht?*, in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 3/2006, стр. 107 сс; D. Sauer, *Das Strafrecht und die Feinde der offenen Gesellschaft*, in: *Neue Juristische Wochenschrift* 24/2005, стр. 1703 сс; R. Hamm, *Feindstrafrecht – Bürgerstrafrecht – Feindstrafrecht*, in: *Neue Lust auf Strafen. Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung*, т. 27, 2005, стр. 105 сс; Th. Uwer (Hrsg.), *Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat*, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, 1. Aufl., 2006; J. L. González Cussac, *„Feindstrafrecht“*, *Die Wiedergeburt des autoritären Denkens im Schoße des Rechtsstaates*, in: *Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen – Kleine Schriften*, т. 15, 2007; L.-G. Kutalia, *„Feindstrafrecht“ – Naturzustand vs. Rechtsbeziehung?*, Göttingen, 2007.

<sup>1009</sup> Jakobs: *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, стр. 88 с, 93; *Terroristen als Personen im Recht?*, стр. 837 с и *passim*; *Staatliche Strafe*, стр. 43; *ders.*, *Feindstrafrecht*, стр. 292 и *passim*.

<sup>1010</sup> См. Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, стр. 90 сс.

<sup>1011</sup> Критически к «вражеско-уголовно-правовой» тематизации, прежде всего, последнего аспекта Bung, *Feindstrafrecht*, стр. 68; см. относительно этого *Jakobs*, *Feindstrafrecht*,



нее: «не отвечает минимальной когнитивной гарантии [персонального поведения]», «решительно отвернувшись от права», т. е. «принципиально отвергает легитимность правопорядка» и т. д.<sup>1013</sup>), в отношении него как «опасного индивида», по Якобсу, возможно лишь применение «физически эффективных» мер, что указывает на то, что «противостоять» ему наказанием как «компетентной личности как таковой» не удаётся<sup>1014</sup>. Наряду с этим «принципиальный девиант» или «принципиальный противник» иначе, чем «компетентный гражданин», не должен быть ни в коей мере «правомочен» экстернализовать свои поведения, а его следует «далеко заблаговременно застигнуть»<sup>1015</sup>.

**«Свобода и  
безопасность»**

Иными словами, для уголовного права, которое в основном в ожидании деяний, на сей раз не остаётся ни малейшего пространства, государство, *ad litteram*, ни с какой точки зрения не должно «реагировать», а само – непосредственно «агировать» в целях предупреждения всякой акции со стороны «принципиального противника»: «Кто не проявляет удовлетворительной когнитивной безопасности персонального по-

---

стр. 297, согласно которому «патологизация упрямого девианта», вытекающая из воззрений Бунга, хотя безусловно (см. *Bung, Zurechnen-Können, Erwarten-Dürfen und Vorsorgen-Müssen – Eine Erwiderung auf Günther Jakobs*, in: *Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht*, Heft 8-9/2006, стр. 321, сн. 29), справедливо составляет предмет полемики; с обоснованием J. Gunn, *Psychiatric Aspects of Imprisonment*, London, New York, San Francisco, 1978, стр. 256. Впрочем, в вольнолюбивом обществе стилизация под «врага» вряд ли может быть приемлемее, чем «патологизация»; а она своё параллельное проявление находило именно там, где имела место «патологизация», а именно в соответствии со «стандартами» раннего «неправового» СССР (Jakobs, *Feindstrafrecht*, стр. 297), по которым была налицо стигматизация диссидентов не только в качестве «больных» (см. *ibid.*), но, *прежде всего*, именно в качестве «врагов (народа)», о чём Якобс почему-то молчит. Если, в свою очередь, согласно Якобсу, «под принципиальным противником ныне можно подразумевать противника не (только) установленной власти, а он должен восприниматься как противник общества, стоящего на помосте свободы» (*ibid.*, стр. 293), это как минимум в контексте любой тематизации диссидирований ничего не меняет с той точки зрения, что во «вражеско-уголовно-правовом» отношении дело не касается никаких конкретизируемых «опасностей» из перспективы правового государства. Однако с какой «немошью» имеет дело в отношении террориста, который убивает? По Якобсу, здесь делинквирует «враг», и «враг» не может быть субъектом уголовной ответственности, а наказание адресуется «гражданину», появляющемуся из ниоткуда после осуществлённого деяния. Что здесь дано, есть безнадежный дуализм, демаскирующий абстрактность понятия «врага».

<sup>1012</sup> *Ibid.*, стр. 88 с.

<sup>1013</sup> Jakobs: *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, стр. 92 с и *passim*; *Feindstrafrecht*, стр. 291 сс; ср. *ders.*, *Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung*, in: U. Neumann et al. (Hrsg.), *Verantwortung in Recht und Moral*, 2000, стр. 67 сс.

<sup>1014</sup> Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, стр. 88 с.

<sup>1015</sup> *Ibid.*, стр. 90, 92 с; *ders.*, *Feindstrafrecht*, стр. 293.

ведения, не только не может ожидать, что по-прежнему рассматривается как личность, а государство не *вправе* рассматривать его по-прежнему как личность, так как оно иначе нарушало бы право на безопасность других лиц»<sup>1016</sup>. Только где государство не справляется со своей вытекающей отсюда задачей: с «предотвращением опасности», т. е. где недоглядывает возможность экстернализации поведения по какой бы то ни было причине, вызванное замешательством решение уже представляется в виде государственной «реакции» в вышеупомянутом смысле, хотя она только в силу этого также не касается «виновной личности», а «опасного врага», «эксклудированного» изначально и остающегося таковым<sup>1017</sup>.

---

<sup>1016</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 93.

<sup>1017</sup> Ibid., стр. 92, 95.

## КОНФЛИКТОСПОСОБНОСТЬ ПРАВОВОГО ГОСУДАРСТВА

**«Необходимая оборона»** С одной стороны, вопрос о том, может ли субъект *«наказываться»* или *«сдерживаться»*, как раз и не в силе приводить к якобсской постановке вопроса, в соответствии с которой ответ на этот вопрос определяет, здесь дело должно касаться, скажем так, «личностей в праве» или «бесправных неличностей»<sup>1018</sup>. Аргумент Якобса, направленный против релевантного с точки зрения прав человека обращения с каждым как «с личностью, постоянно наделённой правами», состоит в том, что «релевантным ведь – между прочим – должно быть и поведение противоположной стороны»<sup>1019</sup>.

Подобный довод вряд ли выглядит убедительным, так как может ли кто-либо вообще быть или не быть «отлучённым» или «экспитированным из общества»<sup>1020</sup>, т. е. превращается ли гражданин во «врага» *extra muros*, насколько не зависит от «поведения противоположной стороны», а от *конституции общества*, в частности в том аспекте, где дело касается ориентированного на права человека общества или нет<sup>1021</sup>.

Исходя из этого, помимо всего прочего, понятие необходимой обороны отнюдь не может расцениваться как «многозначительный пример» в пользу контекста «уголовного права врага», как это настоятельно выделяется Якобсом<sup>1022</sup>; а то, что в действительности следует из «вражеско-уголовно-правовых» толкований, есть следующее: необходимая оборона в отношении «принципиальных противников» невозможна, а именно с той точки зрения, которая делает неизбежным ссылку на неприкосновенность достоинства человека, т. е. не существует необходимой обороны против «бесправного» нападающего<sup>1023</sup>. Было бы иначе, то, например, вряд ли могло бы быть объ-

---

<sup>1018</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 293.

<sup>1019</sup> Ibid., стр. 289.

<sup>1020</sup> Ibid., стр. 292.

<sup>1021</sup> См. в данном контексте к скептицизму совместимости с правовым государством с точки зрения достоинства человека Hassemer, Sicherheit durch Strafrecht, стр. 138, Bielefeldt, Das Folterverbot im Rechtsstaat, 2004, стр. 9 с.

<sup>1022</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 292, 297.

<sup>1023</sup> См. *ibid.*, стр. 292 с.

яснимо – невидимое для «уголовного права врага» – право нападающего на необходимую оборону в соответствии с § 33 УК ФРГ против необходимой обороны в случае превышения пределов последнего вследствие (ненаказуемого добросовестного) заблуждения, ничего не говоря об иных превышениях пределов необходимой обороны.<sup>1024</sup>

? С другой стороны, «вражеско-уголовно-правовая» «деперсонализация» сужается, отчасти имеет место также и релятивация: «Во-первых, государство не должно исключать врага из всех субъективных прав. Так, например, субъект ограничивающей свободу превентивной меры остаётся неприкосновенным в своей роли как собственник имущества. И, во-вторых, государство не должно содейть всякое, на что оно способно, а может отступить, чтобы, прежде всего, не исключить возможность достижения будущего мирного соглашения»<sup>1025</sup>.

Однако и здесь дело касается большего. Истинно юридически сконструированное общество с конституцией правового государства уже *из самого себя*<sup>1026</sup> не может уповать на характерное для естественного состояния насилие, а насилие здесь не верховенствует над правом, и вышеуказанный момент за рамки простой релятивации, что касается понятия «правовой личности», именно ни в коем случае не выходит<sup>1027</sup>. То, что, в свою очередь, лицо, которое не может быть приведено в «гражданско-законное состояние», отсюда уже в силу этого не может быть эксмитировано<sup>1028</sup>, разумеется, – хотя как менее случайная противоречивость «уголовного права врага» – не требует особого анализа.

---

<sup>1024</sup> Ср. на примере крайней необходимости U. Neumann, Feindstrafrecht, [https://www.strafverteidigervereinigungen.org/Material/Themen/Feindstrafrecht/neumann\\_Feindstrafrecht.pdf](https://www.strafverteidigervereinigungen.org/Material/Themen/Feindstrafrecht/neumann_Feindstrafrecht.pdf), стр. 303, согласно которому «(...) основу легитимации крайней необходимости создаёт преимущественный интерес; идея редукции статуса, обязывающей терпеть интервенцию вследствие крайней необходимости, чужда для субъективного права на крайнюю необходимость».

<sup>1025</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 90.

<sup>1026</sup> Ср. H. Bielefeldt, Das Folterverbot im Rechtsstaat, Berlin, 2004, стр. 5.

<sup>1027</sup> См. также к «врагу», который не «настигнут», Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 290.

<sup>1028</sup> См.: в связи с этим Bung, Feindstrafrecht, стр. 69; в общем также к проблематике экстрадиции террористов в контексте европейского ордера на арест U. Buermeyer, Grundrechtsschutz in Deutschland und Europa: Das BVerfG hebt die Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl auf, in: Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 8/2005, стр. 274.

Гораздо существеннее то, когда исходным является момент: «Кто побеждает в войне, тот и определяет, что есть норма, и кто проигрывает в войне, должен с этим определением смириться»<sup>1029</sup>, что вряд ли возможно разобраться в том, с кем в конечном счёте имеем дело: с *каким-то* «опасным врагом» или с «(единой) стаей»<sup>1030</sup>, и статус гражданина здесь поголовно исчезает, т. е. в этой «войне» каждый представлен как инструментально действующий индивид, так как в состоянии безнормности противное недопустимо. Наряду с этим, когда дело касается определения нормы или облика общества, сложно утверждать, словно «уголовное право врага» лишено «всякого юридико-политического импульса»<sup>1031</sup>. Однако, главное: о каком «вражеско-уголовно-правовом» диктате мира идёт речь?

Кто «принципиально» не подчиняется норме, в частности невзирая на любые последствия, кто «принципиально» «не желает или не может», «не желал или не смог бы» этого и вследствие любой войны: *насилие не убеждает*. Всякая подобная обречённость «уголовного права врага», в свою очередь, сводится к недостаточному размежеванию деликтного поведения с абстрактными «девиациями». Это не что иное, как охота за привидениями. В отличие от этого понятие преступления вне рамок психологизмов в пользу «вражеско-уголовно-правовых» абстрактификаций не оставляет никакого пространства для манёвра. И постулированные «уголовным правом врага» последствия противоположного исхода «войны» вместе с тем также невозможны, ибо ни на кого не может возлагаться обязанность подчиниться нелегитимным «нормам» «врагов» правового государства.

Прежде всего, здесь стёрта всякая грань между правом и неправдой (бесправием), право не действует; правопорядок не обороняется, а его сохранение и, следовательно, поддержание действия права субституируется естественным состоянием. Что есть норма или что есть право, в рассматриваемой плоскости висит в воздухе и должно быть следствием откровения выявляемого волею судеб более сильного.

Таким образом, «уголовное право врага» – допущение конкуренции, это легитимация *jus naturalis*<sup>1032</sup> в гоббском понимании (и) в отношении глав-

<sup>1029</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 92.

<sup>1030</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 295, хотя в более узком контексте.

<sup>1031</sup> Ibid., стр. 297.

<sup>1032</sup> Досконально к его «вражеско-уголовно-правовому» аспекту Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 91.

ного тона, словно дело касается конфронтации эквивалентных проектов мира, точнее, проектов мира, легитимация которых зависит от ничем не прикрытого насилия. Или же не с самого ли начала подразумевается как простая маргиналия весь этот призыв к уголовно-правовой войне между легитимными и нелегитимными, основанными на правовом государстве и основанными на неправовом государстве образцами мира? Где тогда кроется краеугольный камень? Совершенно неважно, планирует ли «уголовное право врага» вечную «войну» и если нет, то кто «восторгается», так как идея права между тем необратимо затмевается: (более) сильный *как сильный* не может быть тем, кто определяет, что есть *право*. – Да, это ультрафашизм.

«Позитивизм» Только в самом естественном состоянии «уголовное право врага» в своём элементе; за пределами естественного состояния оно хватается за рудиментарные параллели. Там, где кристаллизуется ядро якобской позиции, в свою очередь, – в силу «отсутствия обязывающе определённого порядка»<sup>1033</sup> – не совершаются деликты. Следовательно, как актуальный, так и потенциальный деликт для «уголовного права врага» – эссенциально чуждые понятия. Когда оно указывает на понятие преступления, из какой перспективы и с какими акцентуациями бы это ни происходило, существенные ссылки как раз не наличествуют.

То, почему имеем дело в случае террориста, убивающего с безграничной жестокостью, с тем, кто за это должен отвечать, а именно в уголовно-правовом порядке, в рамках «вражеско-уголовно-правового» подхода остаётся загадкой. Если же наряду с этим дело касается не только наказания, а также и превентивных мер, это никого не перевоплощает во «врага», а касается потенциального делинквента, который в естественном состоянии также не может быть представлен.

Исходя из вышеотмеченного, несмотря на дескриптивные амбиции «уголовного права врага»<sup>1034</sup>, налицо юридически организованное общество, но не естественное состояние. Склоняется ли общество в отношении деликтного поведения как такового к естественному состоянию или же сокращается путём исключения делинквента, результат один и тот же: обходим стороной то, что называется конфликтоспособным обществом, и конфликто-

<sup>1033</sup> Ibid., стр. 91.

<sup>1034</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 289.

способность – *конститутивный* признак истинно юридически сконструированного общества.

## ПОСЛЕДСТВИЯ

**Проблемы  
идентичности** От войны естественного состояния «уголовное право врага» пытается переключиться на государственное предотвращение опасностей. В то же время поиск собственной идентичности производится по резко контрастным направлениям: от совершенно справедливо-го скептицизма, доказуемо ли «уголовное право врага» как право вообще и от попытки извлечь его из, прежде всего, с точки зрения правового государства несуществующего<sup>1035</sup> вакуума, чем оно как право как раз отвергается, до готовности к цессии оснастить его уголовно-материальными и уголовно-процессуальными гарантиями, имманентными правовому государству, чтобы «сделать его сносным из перспективы правового государства», и, наконец, до признания в качестве самого права в смысле того же правового государства, а именно с той точки зрения, что «уголовное право врага», в свою очередь, должно ограничивать государство в процессе борьбы с государственными опасностями<sup>1036</sup>. Однако, с другой стороны, с этой последней точки зрения, прежде всего, вряд ли можно пренебречь тем, что право никогда не существует «по меньшей мере», а всегда более, чем «только для

---

<sup>1035</sup> Что означает то, что состояние, в котором не обладают никакими гарантиями правового государства, неидентифицируемо ни в одном правовом государстве. Однако это всего лишь одна сторона «валентинки». Другой аспект отличается чуть большей сложностью, при котором суть следует искать в том, что также невозможно или также не должно подтверждаться состояние *вообще*, в рамках которого все – предусмотренные для каждого! – возможные в правовом государстве права осуществлялись бы разом. Хотя где и когда выявляются дефициты из перспективы правового государства, они обычно подлежат устранению; ни под каким предлогом «перегрева правового государства» они не могут продлеваться. Когда дело действительно касается пробелов с той же точки зрения и, следовательно, девиаций против правового государства, субъект, в свою очередь, и здесь отнюдь не рассматривается как «враг», в частности с легитимным притязанием, как это представляется «уголовному праву врага», а совершается преступление против гражданина (см. в более широком контексте к одному из самых острых противостояний в современном немецком уголовном праве V. Schöneburg, *Der verlorene Charme des Rechtsstaates. Oder: was brachten die Mauerschützenprozesse?*, in: *WeltTrends. Zeitschrift für internationale Politik und vergleichende Studien*, 34/Frühjahr 2002, стр. 97 cc; cp. R. Maurach / F.-Ch. Schröder / M. Maiwald, *Strafrecht BT*, 10. Aufl., Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2009, 2/II/18).

<sup>1036</sup> Jakobs: *Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft*, стр. 51; *Feindstrafrecht*, стр. 290, 294, 296; *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, стр. 90.



управляемого правилом и в силу этого не спонтанно-аффективного поведения»<sup>1037</sup>, потому как всё зависит именно от правил.

То, что наряду с этим правовое обращение с субъектом не может исключаться без исключения имманентного правовому государству обращения, также очевидно, и утверждение Якобса относительно того, словно «уголовное право врага» представляет собой пользу для правового государства<sup>1038</sup>, мы ни в коем случае не можем разделить. Правовое государство или право остаётся всеобъемлющим требованием, владея и для самых острых вызовов *собственными* институтами<sup>1039</sup>, к числу которых, между прочим, относится и институт необходимой обороны. Из пробелов в призме правового государства, прямо говоря, из пустыни в данном контексте, которую предлагает «уголовное право врага», в отличие от этого словно может резюмировать абсолютно всё, кроме субъективного права.

**«Правовая охрана врага»**      А если «уголовное право врага» предъявляет претензию на то, что представляет собой право, ограничивая государство, его органы и граждан в борьбе против «врагов», нормативно-логически предпосылкой этого предстаёт то, что «враг» наделён правом требовать этого от государства, его органов и граждан. «Уголовное права врага», которое ограничивает и которое в этом должно проявляться как право, должно, соответственно, обеспечивать правовую охрану, однако эта «правовая охрана» так же не может касаться гражданина, ибо гражданина охраняет не «уголовное право врага» как самого «врага», ибо он, чтобы напрямую не исключить его понятия, остаётся «бесправным».

Параллелизация с необходимой обороной, таким образом вырисовывается в качестве мишени только из негативной «вражеско-уголовно-правовой» перспективы<sup>1040</sup>, в частности дело касается только того, что «нападение (...) может отражаться не в любом виде, а только в пределах необходимого». – Однако если происходит институционализация этого как субъективного права нападающего, т. е. именно вразрез с «вражеско-уголовно-правовыми» масштабами, то вся «идея охраны» сгибается в абстракцию, так как каждая правовая охрана может предназначаться для человека только как для личности в

<sup>1037</sup> Ibid., стр. 88.

<sup>1038</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 294, 297 и passim.

<sup>1039</sup> Иначе К. Viquez, Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?, in: Política Criminal, 3/2007, стр. 11 с.

<sup>1040</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 292.

роли субъекта правоотношения. Пренебрегая пределами нормативно-логического контекста, как это имеет место в «уголовном праве врага»<sup>1041</sup>, грубые деградации непреодолимы. Только здесь мы имеем дело отнюдь не с такой ситуацией, словно последняя неувязка хотя бы исключает первую: «деперсонализированный» в лучшем случае может только наблюдать за тем, насколько обуздываются или обуздываются ли вообще злоупотребления, против которых он для исключения слепых последствий не обладает институционализированной претензией. Однако с какой *целью* должна иметь место «деперсонализация» и в такой степени, т. е. с точки зрения отражения опасностей, даже не исходящих от «врага», а направленных против «врага», относительно этого «уголовное право врага» хранит молчание.

Подобные схемы вряд ли могут быть воспринимаемы иначе, чем тоталитарные. В свою очередь, обратная часть уходит своими корнями глубоко в естественное состояние, где сам «опасный индивид» лишён влияния над «эксцессивным насилием», будь это облачено в форму акции или только «реакции», т. е. с точки зрения его только «интуитивной» (к чему и склоняется «вражеско-уголовно-правовой» подход) или фактической опасности. Тем не менее упомянутые слепые последствия в отношении «деперсонализации» и на этот раз не представляют собой единственную проблему, даже *punctum saliens*, от которого зависит распознавание истинного облика «уголовного права врага» в его экстремальном проявлении.

**In hostem omnia licita?** Отвергая собственно правовое обращение с субъектом, т. е. именно «деперсонализируя», вся проблематика – по оптимальным расчётам – перемещается в плоскость *нагой* инструментальной соразмерности, и здесь уже всякие старания обнаружить запрет пыток тщетны: «Согласно Якобсу, могут существовать прагматичные причины для отрицания пыток – например, чтобы излишне не раздражать «врага». В отличие от этого правовой *запрет* в рамках уголовного права врага уже не имеет места»<sup>1042</sup>. Более того: «вражеско-уголовно-правовая» «оптимизация» права на безопасность также не исключает убийство на основании подозрения – «болота»<sup>1043</sup>, с тем отличием, однако, что позитивно-юридически их не су-

<sup>1041</sup> Ibid., стр. 294; против этого детально Bung, Zurechnen-Können, стр. 319 с.

<sup>1042</sup> Bielefeldt, Folterverbot, стр. 10.

<sup>1043</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 290.

ществует («дескриптивно осмысленное»<sup>1044</sup> «уголовное право врага»?) и не может существовать в условиях правового государства.

---

<sup>1044</sup> Ibid., стр. 290, 297.

## «ДЕПЕРСОНАЛИЗАЦИЯ» В МИРЕ VS. ПЕРСОНАЛИЗАЦИЯ НА ВОЙНЕ

«Подавление опасности» Затрагивая гипотезу, что «уголовное право врага» в отличие от «уголовного права гражданина» поддерживает не «действие нормы», а «борется с опасностями»<sup>1045</sup>, хотя включая «массивно» «смешанные формы»<sup>1046</sup>, налицо, во всяком случае, отнюдь не поверхность рассматриваемой концепции<sup>1047</sup>. Однако тезис Якобса, согласно которому «мера против врага ничего не означает, а только принуждает»<sup>1048</sup> – направляющий вектор в данном контексте там на примере нарушения основных прав человека лишается своей действенности, в соответствии с чем «наказание» «из средства *сохранения* действия нормы мутирует в средство *конституирования* действия нормы»<sup>1049</sup> или иными словами: «дело касается (...) не *сохранения* <общезаконного состояния>, а его *формирования*»<sup>1050</sup>, что, в свою очередь, указывает на то, что моделированное во «вражеско-уголовно-правовом» отношении «наказание» здесь<sup>1051</sup>, т. е. в ракурсе «конституирования действия нормы», не может быть конкретизируемо как голое насилие «без содержательной нагрузки значения».

«Вражеско-уголовно-правовая» формула «подавление опасности вместо коммуникации»<sup>1052</sup>, при которой в последнем контексте дело вместо интеракции касается односторонней «коммуникации», поэтому, видимо, в этом аспекте и без того обречена. Только упомянутое «значение» не вписывается *ни в одну* уголовно-правовую реакцию: его предпосылкой является действие нормы, и ощутимого основания для абстрактификации *делинквента*

---

<sup>1045</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 90.

<sup>1046</sup> Ibidem.

<sup>1047</sup> Досконально F. M. Llinares, Persona o enemigo; Vigencia real o postulada de las normas; Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro *Del derecho penal del enemigo* de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, in: Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, т. I, №. 1, июль, 2006, стр. 140 с.

<sup>1048</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 90.

<sup>1049</sup> Ibid., стр. 94.

<sup>1050</sup> Ibid., стр. 95.

<sup>1051</sup> См. к яacobcкой дифференциации между «значением наказания» и «целью наказания» в рассматриваемом контексте Bung, Feindstrafrecht, стр. 67 с.

<sup>1052</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 89.

не существует, так как где национальное правосудие в наличествующей призме не может приложить руку, это может именно международное правосудие, в частности таким образом, что это от нарушителей прав человека отнюдь не скрывается с трепетом души, т. е. дело касается укоренившихся прав человека как ориентировочной основы. С другой стороны: хотя в противоположность «конституированию действия нормы» его «сохранение» не может представляться инородным телом в понятии наказания, однако решающе не это, а то, что *инструментализация* делинквента не может достигаться ни во «вражеско-уголовно-правовом» отношении в целях «конституирования действия нормы», ни с точки зрения «уголовного права гражданина» в целях «сохранения действия нормы».

**Гражданская война**      В то же время с учётом вышепредставленного контекста кантовская «локализация» проблемы на перепутье «(фиктивного) естественного состояния» и «государственного состояния», на которую Якобс опирается при применении превентивного законодательства во «вражеско-уголовно-превентивном» аспекте (а именно на примере экономических преступлений, так же как в отношении терроризма и вообще в отношении «преступления» в «метатехническом» смысле)<sup>1053</sup>, по-прежнему остаётся чрезмерно перетянутой<sup>1054</sup>. «Состояние до формирования «гражданско-законного» состояния» было бы «естественным состоянием и в этом состоянии не существует персональности, во всяком случае, обеспеченной персональности»<sup>1055</sup>; однако посягающий на право человека «происходит из *того же* общества, которое его судит», или налицо зависимость ситуации от «правосудия иной страны»<sup>1056</sup> (причём дело никогда не касается изолированно взятого «иного» общества, а всегда международного правосудия), ни в одном случае не наличествует естественное состояние, в условиях которого не может наличествовать ни наказание, ни превентивная мера в качестве правовых институтов<sup>1057</sup>.

То, что «в состоянии осуществлённого действия права именно в функционирующем обществе»<sup>1058</sup> дело касается не только «основных случаев деликта», а в той же мере и «принципиальных девиаций», не просто от «вирту-

<sup>1053</sup> Ibid., стр. 90, 92.

<sup>1054</sup> См. в связи с этим Bung, Feindstrafrecht, стр. 69.

<sup>1055</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 95.

<sup>1056</sup> Ibid., стр. 94 с.

<sup>1057</sup> Ближе Bung, Feindstrafrecht, стр. 69.

<sup>1058</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 94 с.

ального», а от «действительно действующего» порядка, и что тем самым и «сохранение действия нормы» подразумевается параллельно, отнюдь не является немислимым<sup>1059</sup>, так же как и то, что правопорядок, например, «должен предпринять против террориста, если желает самосохраниться», именуется это «умеренной войной»<sup>1060</sup> или нет, так же не представляет собой войну в естественном состоянии, как, например, *гражданскую* войну, которая из «вражеско-уголовно-правовой» перспективы вообще необъяснима, чем лишней раз обнаруживается беспрецедентная опасность данной концепции.

**Военный преступник** Разумеется, в эпохе международной борьбы с терроризмом, когда террористы иной раз заручаются открытой государственной поддержкой и пользуются такой же открытой защитой, порой может промелькнуть и мысль о том, что «понятия «война» и «уголовный процесс» смешаны друг с другом», однако это ничего не меняет с той точки зрения, что в естественном состоянии не существует субъективного права на безопасность и кто борется против террористов как против «принципиальных противников», борется не за обретение этого права, а предъявляет его, которое, между прочим, может быть *легитимным*<sup>1061</sup> только *юридически*, а не, скажем, в силу естественного состояния. В качестве *войны* это противоборство, в свою очередь, может только *in extremis* олицетворять легитимное решение<sup>1062</sup>, но никогда против «бесправных врагов»: их в современном понимании нет ни в одной войне, и, помимо этого: определённые нормативные ожидания, касающиеся врагов в любой войне, формируются и поддерживаются не – *sit venia verbo* – в том смысле, что их никто к сведению принимать не станет. В *этом* виде формируется впоследствии в международном уголовном праве<sup>1063</sup> и понятие военного преступника – чуждый во всех его проявлениях для естественного состояния феномен.

<sup>1059</sup> Ср. Sinn, *Moderne Verbrechenverfolgung*, стр. 113 с и *passim*.

<sup>1060</sup> Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, стр. 92.

<sup>1061</sup> *Ibidem*.

<sup>1062</sup> Ср. W. S. Heinz / J.-M. Arend, *The International Fight against Terrorism and the Protection of Human Rights. With Recommendations to the German Government and Parliament*, 2005, стр. 30 с и *passim*.

<sup>1063</sup> См. к рассматриваемой концепции в контексте международного уголовного права P. L. B. de Quiroga, *Cicero: Bellum Iustum and the Enemy Criminal Law*, in: M. Bergsmo, E. J. Buis (Editors), *Philosophical Foundations in International Criminal Law: Correlating Thinkers*, Brussels, 2018, стр. 3 сс.

**Сущность преступления** С тенденцией, в частности с юридико-теоретически необратимой тенденцией, которая там временно выделяется, исходная идея «уголовного права врага» вряд ли может гармонизироваться, скорее, дело касается именно взаимонесовместимых начал в виде персональности врага как исходного момента на войне, где и есть истинно юридическое место данному понятию, в первом случае и поиска «врагов» как «(правовых) неличностей» в социальном мире – во втором. С другой стороны, будь это в отношении террористов или нарушителей прав человека, где неизбежно, чтобы «сначала велась война»<sup>1064</sup>, понятие врага также не может осмысляться в качестве самоцели, которая замещала бы здесь понятие субъекта процесса<sup>1065</sup>; дело в действительности может касаться лишь максимально эфемерных промежуточных решений без собственного значения, свидетельствующих о том, что террорист как террорист, равно как нарушитель права человека как нарушитель права человека должен рассматриваться не как враг, а как делинквент<sup>1066</sup>. Хотя словом во «вражеско-уголовно-правовом» отношении прокламируется предотвращение противного<sup>1067</sup>, во всяком случае, очевидно, что для «уголовного права врага» как для «превентивного права» сущность понятия преступления остаётся непознаваемой.

---

<sup>1064</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 95.

<sup>1065</sup> Aponte, Krieg und Politik, стр. 302.

<sup>1066</sup> Heinz/Arend, The International Fight against Terrorism, стр. 9, 30 с.

<sup>1067</sup> Jakobs: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 92; Feindstrafrecht, стр. 294.

## ИМЕНЕМ БЕЗОПАСНОСТИ?

**Философия** Действительно сводим ли понятие гражданина к понятию «врага» с определёнными ссылками на договорно-теоретические тезисы из философии в большей степени Гоббса и Канта и в меньшей степени Руссо и Фихте<sup>1068</sup> или отвергаем в ином виде в рассматриваемом контексте среди прочего как «разумного эгоиста» в кантовском смысле<sup>1069</sup>, т. е. исходим просто из понятия «несоциализируемого субъекта» в понимании Монтескье<sup>1070</sup>, может представляться другой проблемой<sup>1071</sup>. Однако это отнюдь не так, невзирая на то, подразумевается ли данное понятие «принципиально уничижительно»<sup>1072</sup> или применяется только как *terminus technicus*<sup>1073</sup>. Прежде всего, «вражеско-уголовно-правовая» точка зрения направлена против исходного положения теории наказания Гегеля<sup>1074</sup> – теории наказания, к конструктивной проблематизации которой Якобс сам же стремится в любом другом отношении<sup>1075</sup>. – Если, следовательно, «реакция» «уголовного права врага» касается не «личности», а «психофизической системы» и не только в случае «актуального преступника» (в квантитативном аспекте «вражеско-уголовно-правовой» «принципиальной девиации»), а в той

---

<sup>1068</sup> Jakobs: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 89 сс; Feindstrafrecht, стр. 289, 292 с; см. также к понятию «врага правового добра» ders., Kriminalisierung im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung, стр. 753 с; критически, прежде всего, в отношении якобской ссылки на Канта: J. Arnold, Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen, in: Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 8-9/2006, стр. 305 с; Bung, Feindstrafrecht, стр. 69 с; Bielefeldt, Folterverbot, стр. 9.

<sup>1069</sup> Детально R. Saage, Eigentum, Staat und Gesellschaft bei Immanuel Kant, 2. Aufl., Baden-Baden, 1994, стр. 134 с.

<sup>1070</sup> Ch.-L. Montesquieu, De l'esprit des lois, Paris, 1977, стр. 96.

<sup>1071</sup> См. к понятию «конструированного врага» Aponte: Krieg und Politik, стр. 300; Feind oder Bürger?, стр. 145 сс; критичнее в том же отношении Malek, Feindstrafrecht, стр. 317.

<sup>1072</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 88.

<sup>1073</sup> Хотя что не означает того, словно в уголовном праве в том же контексте нет его никаких следов. Тем не менее из инструментальных корреляций, в которых, например, проявляется момент «враждебного отношения воли» (см. K. Lackner / K. Kühl, StGB, 22. Aufl., München, § 211/6 с), вряд ли можно уловить истинно правовое, скорее, наоборот.

<sup>1074</sup> Ср. B. Haffke, Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?, in: Kritische Justiz, 2005 (H. 1), стр. 22.

<sup>1075</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 26 сс; однако см. ders., Rezension: Benno Zabel: Schuldtypisierung als Begriffsanalyse. Tiefenstrukturen moderner Praxisformen und deren strafrechtliche Transformation, Berlin, 2007, Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 5/2007, стр. 232.



же мере и в случае «потенциального преступника» должна осуществляться вообще до всякого преступления (в качественном контексте того же аспекта), то это именно те особенности, которые Якобс в других случаях совершенно справедливо относит не к правопорядку, а к «самому тоталитарному порядку»<sup>1076</sup>.

**Права человека** Таким образом, общество, понимающее себя в *status belli* с «опасным индивидом», было бы само же не менее опасным, и актуальный для нас случай является наглядной иллюстрацией этого, учитывая, что во «вражеско-уголовно-правовом» отношении речь идёт о «деперсонализации» (и) в её крайнем проявлении. Ибо в обществе, которое смогло бы перевоплотить граждан в «опасных индивидов», не встречались бы права человека, т. е. дело уже по определению не может касаться отлучения любого лица и тем самым его восприятия вне прав человека в правовом государстве, а вопрос о стигматизации в качестве незаконного «врага» может ставиться лишь за счёт эрозии понятия прав человека, потому как они – права именно *любого*, неотъемлемы<sup>1077</sup>. Соответственно, если «уголовное право врага» наставляет, что «статус гражданина не должен представлять собой ничего нелишаемого»<sup>1078</sup>, это с нашим временем никак не может корреспондировать, так как в эре прав человека статус гражданина – именно «нечто нелишаемое». Это, в свою очередь, приподнимает завесу особой смутности над тем, почему ориентированное на деперсонализацию в виде правила или исключения «уголовное право врага» рассматривает права человека как «т. н. права человека»<sup>1079</sup>.

**Делинквент** Одновременно с этим, если то, на что Якобс ссылается в позитивном праве, должно приводить к выводу: «враг»<sup>1080</sup>, отнюдь не удавалось бы избежать разнообразнейших видов его проявления далеко за пределами «уголовного права», ничего не говоря о том, в силу чего здесь не воспринимается *каждый* делинквент как «враг», в то время как прав «лишается» не только «принципиальный противник»<sup>1081</sup>, другими словами: где не только превентивная мера, но и наказание не мо-

<sup>1076</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 26.

<sup>1077</sup> Детально Bielefeldt, Folterverbot, стр. 5 и *passim*.

<sup>1078</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 89.

<sup>1079</sup> *Ibidem*.

<sup>1080</sup> С конкретизацией в данном аспекте Aponte, Feind oder Bürger?, стр. 140 с.

<sup>1081</sup> Jakobs: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 89; Feindstrafrecht, стр. 293.

жет осуществляться бесследно. Таким образом, из перспективы «вражеско-уголовно-правового» «упразднения» прав, что в данной концепции рассматривается как «главный признак» идентификации «врагов»<sup>1082</sup>, каждый делинквент – точнее, каждый правонарушитель – мутирует у Якобса во «врага».

Если в плоскости обязанностей отмечается, что «уголовное право врага» объявляет «врагами» только тех, кем не обеспечивается «минимальная когнитивная гарантия персонального поведения» – очередной центральный масштаб<sup>1083</sup>, это как раз не свидетельствует о соразмерности «вражеско-уголовно-правовых» постулатов, более того: этот диссонанс уже только в пределах последнего аспекта выделяется с той же наглядностью, т. е. «наказание не только означает что-то, но является физической детерминацией чего-то (...). Принуждение в данном контексте ничего и не должно означать, а должно действовать, т. е. оно касается не личности в праве, а опасного индивида»<sup>1084</sup>, (повторяем: у индивида нет прав против злоупотребления превентивной мерой; Якобс по непонятным нам причинам целенаправленно искажает уголовно-правовую реальность) следовательно, во «вражеско-уголовно-правовом» понимании: «врага», и если вместе с тем руководящее начало свидетельствует о том, что в отношении «уголовного права гражданина» и «уголовного права врага» имеем дело с «двумя полюсами *одного и того же* мира»<sup>1085</sup>, ведь этим ничего не меняется относительно той точки зрения, что в концепции «уголовного права врага» каждый делинквент – более или менее – перевоплощается во «врага», что здесь, правда, не может быть предметом дальнейшей конкретизации.

**Велосипедист** Предпосылкой понятия врага является понятие войны, и где мир правового государства именем безопасности заменяет война, прежде всего, пренебрегается тем, что *в любой перманентности мира больше безопасности, чем в любой перманентности «самой умеренной» войны.* «Вражеско-уголовно-правовое» восприятие общества, т. е. «общество» как квазисоциальная конструкция, «выдворяющая»<sup>1086</sup> и «воюющая»,

<sup>1082</sup> Ibid., стр. 293, 296.

<sup>1083</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 93.

<sup>1084</sup> Ibid., стр. 88 с.

<sup>1085</sup> Ibid., стр. 88; ders., Feindstrafrecht, стр. 293.

<sup>1086</sup> И даже если это называлось бы «самоувольнением»: Jakobs: Feindstrafrecht, стр. 293 и passim; Personalidad y exclusión en derecho penal, in: ders., Dogmática de derecho penal y

в корне обречено, так как *общество – это превенция войны*, вернее, никогда не меньше, чем превенция войны. Вытекающее из «вражеско-уголовно-правовых» постулатов «социальное» мировоззрение: мир как «поле брани» может, в крайнем случае, наличествовать лишь в условиях противоправных порядков.

Инцидентное ядро всей корреляции конкретизируется уже в очередном сегменте «вражеско-уголовно-правовых» противоречий. Хотя оговаривается, что «уголовное право врага» следует воспринимать как «нечто для длительного применения» непригодное, однако безотносительно к вышеуказанной точке зрения, почему в таком случае дело касается не «прескриптивности», а всего лишь того, чтобы «описать» *давно функционирующее* – ! – (что, в свою очередь, означает, что оно непригодно именно для любого применения, а, скажем, не то, словно здесь налицо позитивно-юридически перманентно ведомая война), и хотя обещает «уголовное право врага» «диктат мира», но без гарантий того, что не будут существовать террористы или «ноторически безсветные велосипедисты»<sup>1087</sup>, которых оно стремится держать под прицелом.

**УПК** Таким образом, речь о «вражеско-уголовно-правовом» применении позитивного права однозначно исключается, в том числе на примере процессуально-правовых компонентов<sup>1088</sup>. Поскольку если тем, что в исключительных случаях обвиняемому, согласно §§ 31 сс Вводного закона к Закону о суде, с целью предотвращения различных видов опасностей для третьего лица не предоставляется возможность контакта с защитником, вряд ли кто-либо сможет резюмировать, что государство ведёт войну против заключённого под стражу или по меньшей мере дело касается военнопленного, то понятие «врага» *уже* в силу этого не является менее абстрактным, и ведь заключение обвиняемого под стражу в соответствии с §§ 112, 112 а УПК ФРГ также не может рассматриваться как уничтожающий арест. Однако осуществление (уголовного) права и война никогда не предстают антитетичными понятиями только с момента задержания, а являются таковыми изначально.

Та же ситуация представлена и в отношении материально-правовых последствий, между прочим, в случае создания террористических объединений в

---

la configuración normativa de la sociedad, 2004, стр. 66 с; однако см. и к отрицанию «элиминирующей» позиции вообще ders., Norm, 1. Aufl., стр. 101 с.

<sup>1087</sup> Jakobs: Feindstrafrecht, стр. 290, 292, 294; Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 92.

<sup>1088</sup> Ibid., стр. 93; обстоятельно в данном контексте ders., Feindstrafrecht, стр. 296.

соответствии с ч. 6 § 129 а УК ФРГ. Правда, этот и не один другой момент отнюдь не свидетельствуют о том, что позитивно-правовой контекст как таковой не мог бы выглядеть иначе, только это и вместе с тем всякая «разгрузка»<sup>1089</sup> «уголовного права гражданина» «уголовным правом врага» именно никак не породила бы картину, распознаваемую истинно социально или из перспективы правового государства. В первом смысле не с меньшей наглядностью, чем во втором, что обусловлено тем, что «элиминация из общества» по определению несовместима с истинно социальной точкой зрения.

**Субъект** «Уголовное право врага» может иметь свой виртуальный предмет – «подавление опасности» (или, как акцентируется, «борьбу против опасности»), оно как таковое, между прочим, может ограничивать и государство в «борьбе против опасности» и т. д.<sup>1090</sup>; однако: кто не является «личностью в праве», не может осмысляться и в качестве субъекта «уголовного права врага», и где нет субъекта, там не может быть и «уголовного права врага».

Соответственно, вопрос о том, имеем ли дело вообще с уголовным правом «в широком смысле» (Якобс<sup>1091</sup>) или «вражеское уголовное право» предстаёт как *contradictio in adjecto* (Мелиа<sup>1092</sup>), вновь возникает отнюдь не только в том контексте, в котором дело должно касаться «превентивного права». «Уголовное право врага», другими словами, создаёт гораздо более значительные опасности, чем оно могло бы побороть<sup>1093</sup>, и нет никакой гарантии того, что этот путь не приведёт к террористическому правосудию. В силу той же причины в правовом государстве для «уголовного права врага» и в том случае не остаётся достаточно свободного пространства, если отказаться – что не может быть иначе даже в военном праве – от конструирования «врагов» как «правовых неличностей». Ибо объявление «врагом», что бы под этим не подразумевалось: шмиттская или якобсская коннотация<sup>1094</sup>,

<sup>1089</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 94.

<sup>1090</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 293 с.

<sup>1091</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 89, 91.

<sup>1092</sup> Meliá, Feind„strafrecht“, стр. 268.

<sup>1093</sup> См. в отличие от этого к релевантному с точки зрения правового государства отношению между свободой и безопасностью M. Kaiafa-Gbandi, Aktuelle Strafrechtsentwicklung in der EU und rechtsstaatliche Defizite, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 11/2006, стр. 522.

<sup>1094</sup> См. к «вражеско-уголовно-правовой» дифференциации Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 294.

самое большое – всего лишь альтернативное название политизации уголовного права. Как наглядно иллюстрирует история права: правовую безопасность в таком случае не ощущает *никто*. Понятие «врага» неизбежно и целиком подрывает всякое право на безопасность. Поэтому-то легитимные порядки не утруждают себя поисками облика врага, т. е. дело касается неактуального понятия с точки зрения правового государства, что можно расценивать как необратимую неактуальность данного понятия.

Что «уголовным правом врага» тем самым, прежде всего, остаётся непознанным, есть феномен ошибочно действующей личности: *не существует вреда (действию нормы) без предшествующей опасности*. Гражданин, который делинквирует таким образом, что в его понятии не может подразумеваться опасность делинквирования, во всяком случае, не указывает на *тот* мир, в котором развивается уголовное право. А дело в таком случае не должно касаться нормативных ожиданий, никакого запрета обратной силы, словом – правового государства. В то же время нормативные ожидания могут разочаровываться, тогда как это, т. е. опасность не исключает уголовную ответственность, а обуславливает её тематизацию как раз в самом начале, а именно в – существенно (что во «вражеско-уголовно-правовом» отношении вновь непостижимо) – более широком понимании, чем это только превентивное понимание. Персональность делинквента, правда, не иначе, чем действующего законопослушно, представляет собой не символ ad-hoc-контуров, а интеракционный континуум.

## ДИАЛЕКТИКА РЕАЛЬНОГО БЫТИЯ

**Личность и индивид** То, что «вражеско-уголовно-правовой» подход не основывается на специфически *уголовно-правовом* подходе, не нуждается ни в каких доводах<sup>1095</sup>. В этом отношении всякий поиск исходного пункта истинно уголовно-правового конструирования здесь бесплоден. Что остаётся, есть вопрос, возможна ли проблематизация исключений и если возможна, то насколько. В соответствии с этим между преступлением и наказанием сохраняется «стандартное» отношение, «если преступник, несмотря на преступление, предоставляет основание для гарантии, что более или менее поведёт себя как гражданин, т. е. как преданная праву личность. Как действие нормы не может поддерживаться *совершенно* контрафактно, так же и персональность (...). Если другое лицо производит вычисления не только как индивид, т. е. как существо, калькулирующее в соответствии с охотой и неохотой, а должен восприниматься как личность, если его ориентация на право и неправду весома, то это нормативное ожидание более или менее должно быть когнитивно упрочено, в частности в зависимости от того отчётливее, чем значительнее рассматриваемые нормы»<sup>1096</sup>. «Вечно аномичное поведение» или «ноторическое разочарование нормативного ожидания» вместе с тем выявляет в пределах той же точки зрения «фактическую опасность»<sup>1097</sup>, исключаящую «персональность» действующего.

Если вышеотмеченное перенести на действие нормы, получим, что «без достаточной когнитивной безопасности действие нормы эродируется и превращается в пустое обещание, потому как оно уже не предлагает действительно обитаемый общественный облик (...). Личности желают не только владеть правами, а проносить себя и тело, т. е. для себя как для имеющих потребности индивидов; нахождение выхода и доверие к тому, чего не может быть для достижения этого выхода, именно только тогда пригодны для ориентации, если это знанием того, что будет, не слишком затмевается»<sup>1098</sup>, точнее, «развитый правопорядок гарантирует для личностей не только го-

---

<sup>1095</sup> См. к «вражеско-уголовно-правовой» дуализации *ibidem*.

<sup>1096</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 91.

<sup>1097</sup> *Ibid.*, стр. 90 cc; ders., Feindstrafrecht, стр. 292.

<sup>1098</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 91.

лое субъективное право, а также – более или менее – применение субъективного права»<sup>1099</sup>. Тем не менее без определённой модификации прежний тезис Якобса об «ожидаемости преданности норме другими»<sup>1100</sup> с этим несовместим<sup>1101</sup>; хотя попытка такой модификации вовсе не была бы неуместной<sup>1102</sup>, более того, как указывалось выше: *frustra ferentur leges nisi subditis et obedientibus*. Однако главное здесь не это, а основное мерило лежит в совершенно другой плоскости.

**Монотропная и политропная преступность** «Общество» (не государство?) «не освобождает и упрямого преступника от обязанности не совершать преступления»<sup>1103</sup>. Напрашивается вопрос, в силу чего здесь вообще должно касаться дело «обязанностей» и «деликтов»<sup>1104</sup>, когда преступник рассматривается как «некомпетентный»? Ответ на это, т. е. на то, почему следует сохранять обязанности делинквента «неприкосновенными» в условиях, в которых «не существует когнитивного ожидания выполнения обязанности», согласно этой концепции, гласит не иначе как следующим образом: «Иначе он в силу отсутствия обязанности не был бы преступником»<sup>1105</sup>. Хотя налицо носитель обязанностей, но не «компетентный» носитель обязанностей, и именно также хотя дано преступление, но дан не «ординарный случай преступления»<sup>1106</sup>. Обязанность и деликт, в отличие от персональности и действия нормы, соответственно, во «вражеско-уголовно-правовом» понимании, так сказать, бесконечно релятивируемые параметры. Однако очевидно, что это квадратура круга, и поиск решения не мо-

<sup>1099</sup> Jakobs, *Feindstrafrecht*, стр. 291; ср. M. Pawlik, *Strafe oder Gefahrenbekämpfung? Die Prinzipien des deutschen Internationalen Strafrechts vor dem Forum der Straftheorie*, in: *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 7/2006, стр. 283.

<sup>1100</sup> Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, стр. 91.

<sup>1101</sup> Детально Llinares, *Persona o enemigo*, стр. 141 сс.

<sup>1102</sup> Только между тем выделяется вся абстрактность коренного принципа учения Якобса об «уголовном праве гражданина», так как в каком обществе касается дело такого «(сохранения) действия нормы», которое не имело бы ничего общего с «безопасностью (правовых) интересов» (Jakobs, *Handlungsbegriff*, стр. 37 и *passim*)?

<sup>1103</sup> Jakobs, *Feindstrafrecht*, стр. 294.

<sup>1104</sup> Что не менее неприемлемо и для такого уголовного права, как французское, которое, с одной стороны, «идеологически никогда не отвергало меры социальной обороны», а с другой – «дегуманизировано» ввиду уголовной ответственности юридических лиц (см. в обоих аспектах J.-F. Dreuille, *Le droit pénal de l'ennemi: éléments pour une discussion*, *Jurisprudence. Revue critique*, Université de Savoie, 2012, стр. 157 с и *passim*).

<sup>1105</sup> *Ibid.*, стр. 293.

<sup>1106</sup> *Ibid.*, стр. 292 и *passim*.

жет ориентироваться на абстрактные отношения в смысле чистой имманентности.

«Уголовное право врага» по своей сути и здесь противится истинно социальной постановке вопроса, так как «коммуникативная неспособность» «принципиального ренегата» логически необоснуема<sup>1107</sup>. Причина, в силу которой здесь возможна<sup>1108</sup> не только «возможность (...) надёжного вменения», но и в той же мере «возможность (...) ожидания обеспечивающего ориентира выполнения нормы»<sup>1109</sup>, состоит в следующем: *человек – социальное существо*. Если тезис верен – если нет, то на чём основывается общество в своей исконности? –, здесь понятие «минимальной когнитивной гарантии персонального поведения», ориентированное на «деперсонализацию», не может быть перспективной конструкцией, потому как в таком случае «минимальная гарантия» в отношении любого «упрямого преступника» более или менее презумируема, и это, в свою очередь, свидетельствует о том, что «уголовное право врага» не может корреспондировать ни с какой бы то ни было истинно социальной точкой зрения. Отсюда, прежде всего, следует то, что субъект монотропной преступности и субъект вытекающей из «антисоциального настроения в общем» политропной преступности не может восприниматься соответственно в качестве «парциального врага» и «тотального врага»<sup>1110</sup>.

**Дисконтинуитет** Опасный делинквент, в отношении которого наряду с наказанием применяется превентивная мера, не является ни «бесправным», ни «опасным индивидом», к «констатации» чего тщетно стремится «уголовное право врага». Если, с одной стороны, дело касается субъекта правоотношения, не зависящего от спорадической проницательности государства и его органов, а предъявляющего и приводящего в действие свои права (уже и принцип пропорциональности в соответствии с § 62 УК ФРГ сконфигурирован в том же смысле), с другой – обязанности также не располагаются вне правоотношения, и превентивный арест ни в коем случае не может их свести к «вражеско-уголовно-правовому» номинализму.

<sup>1107</sup> Ср. Sinn, *Moderne Verbrechensverfolgung*, стр. 114.

<sup>1108</sup> См. также Bung, *Zurechnen-Können*, стр. 320 с.

<sup>1109</sup> Jakobs, *Feindstrafrecht*, стр. 297.

<sup>1110</sup> *Ibid.*, стр. 293 с.



Другими словами, прежде всего, носитель обязанностей, которого надобно сдерживать от нарушения обязанности (-ей), т. е. «потенциальный преступник», хотим мы этого или нет, не есть «индивид», так как обязанность не сочетается с его понятием, а указывает на понятие личности; то, что вместе с тем позитивное право не держится и за абстрактную соломинку, а то, что обязанность и деликт, точнее: персональность остаётся оснащённой интеракционно релевантным содержанием, также очевидно: если адресат превентивной меры делинквирует, он привлекается к уголовной ответственности.

Попытка Якобса заслонить здесь личности некомпетентными индивидами в то же время из перспективы его же теории личности не представляется случайной. Эссенциальную плодотворность данная теория не проявляет даже там, где дело касается только наказания. Строго говоря, налицо происходящая изолированно из нормы персональность, которая по сравнению с классическим, только инструментальным представлением о личности хотя представляет собой значительный прогресс, однако ни наказание, адресуемое «актуальному нарушителю нормы», и наряду с ним ни превентивная мера, адресуемая «потенциальному нарушителю нормы», не проявляются в мире исключительно «адекватно мотивированных». Возможно лавировать, переводя взор на «окружающую среду общества». «Формальная личность», «недействительная личность», «неличность» и т. д. в то же время в том или ином виде основаны на истинно социально чуждом дисконтинуитете. Соответственно, якобское понятие личности по своей сути рассчитано на тончайшую гармонию «нормативно конформных проектов мира», в отличие от чего с диалектикой реального бытия оно кардинально несовместимо.

**Hostis** Если бы против совершающего преступление адресата превентивной меры имелось дело только со второй полосой двухполосной системы уголовно-правовых реакций, в отношении вышеуказанного аспекта была бы представлена иная ситуация. *Здесь* мы бы имели дело с «индивидами», только в таком случае по меньшей мере странным конструктом представал бы отнюдь не только деликт, но и превентивный арест в своей субсидиарности уже изначально был бы невозможен, что, следовательно, раскрывает исходное положение именно как масштабную абстракцию. С другой стороны, нельзя утверждать, что само наказание как односторонне-«коммуникативное» «противоречие» в пределах позитивной об-

щей превенции (или также за её пределами) представляет собой образец дифференциации «индивида» и «личности», что, однако, в данном аспекте, т. е. в отношении «аспекта значения», по Якобсу, кстати говоря, так и должно было быть<sup>1111</sup>.

Таким образом, на примере «*inimicus*» «уголовного права врага», прежде всего, дело не касается ни субъекта превентивной меры уголовного права, сдерживаемого от правонарушений, ни военнопленного в соответствии с военным правом, который, в свою очередь, должен сдерживаться уже от того, на что он как враг, правда, «правомочен». Наряду с этим «компромисс», словно дело не касается «чужого» (например, как «*hostis*»)<sup>1112</sup>, где речь об «эксмитированном из общества», – напрасная слеза.

Кого как такового не подразумевало бы «уголовное право врага», во всяком случае, тот, кого оно создаёт, в уголовно-правовом отношении отсутствует и неконструируем. «Вражеско-уголовно-правовое» рвение доказать очевидное, что «преступления и тогда остаются преступлениями, когда они совершены с радикальными целями и в крупном стиле»<sup>1113</sup>, можно в любом случае расценивать при этом как наглядное самообличение. «Врагу», не рассматриваемому в качестве адресата наказания, приписывается уголовно-правовая вина<sup>1114</sup>. Однако такой «субъект» «преступления» может существовать только в сфере фиктивного, так как уголовно-правовая невменяемость не возникает вне *уголовно-правового* отношения, более того: невменяемость ненаказуемых никогда не могла бы быть обнадёживающим постулатом.

**«Смешанные типы»: цугцванг**      Если присмотреться с большей точностью к тому, с чем контекстуально имеем дело<sup>1115</sup>, т. е. сколь неприятно перевоплощается «виновный враг» в «виновную личность», которая уже уголовно ответственна, непросто разобраться в том, по какой конкретной причине следует и дальше держаться за избыточное понятие «врага».

<sup>1111</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 88.

<sup>1112</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 294.

<sup>1113</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 92.

<sup>1114</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 294.

<sup>1115</sup> Ср. А. Hannachi, La théorie du droit pénal de l'ennemi, 2015, <http://hannachiahlemlaw.canalblog.com/archives/2015/06/07/32178015.html>, I/B, согласно которой «враг в этой концепции наказывается за свою опасность, а не за свою виновность».

Это, в свою очередь, со всей ясностью указывает на то, что в отношении «смешанных типов»<sup>1116</sup> налицо преимущественно сухой цугванг. Если исходить из того, что против преступника, который «не соучаствует в «общезаконном состоянии»», следует действовать «превентивно *наряду* с наказанием»<sup>1117</sup>, это с сущностью<sup>1118</sup> «уголовного права врага» радикально расходится, никак не оттеняя его основополагающие представления. Однако от них рассматриваемая концепция не отказывается, а прибегает к дуализации: против «врага» следует действовать не только «*наряду* с наказанием», а также превентивно «*до* преступления»<sup>1119</sup>. В частности с этой последней точки зрения дело касается неидентифицируемых в уголовно-правовом отношении «опасностей», в то время как с учётом поляризованных «вражеско-уголовно-правовых» релятиваций остаётся открытым, какой гордический узел стремится развязать «уголовное право врага», и презумпция невиновности, если не иметь в виду сугубо технически редуцированный вид данного принципа, значительно расшатывается<sup>1120</sup>. То же самое иллюстративно: между запертым на ночь домом<sup>1121</sup> и охотой за потенциальными преступниками проходит грань, дифференцирующая право на безопасность с точки зрения правового и неправового государства.

**«Бесправный адресат обязанностей»** Однако наряду с этим «уголовное право врага» всецело развенчивается уже в силу своей же внутренней противоречивости. Кто ни в коей мере не должен быть «правомочен» экстернализовывать собственные поведения, т. е. до всякого осуществлённого деяния должен восприниматься не как «гражданин», а как «враг», после осуществлённого деяния в силу никакой беспредметной формулы не может восприниматься как ответственный, т. е. как «гражданин», которому надлежит «противоречить» наказанием, и только параллельно – как «враг», к которому применяется превентивное лишение свободы. Хотя это наглядно вытекает уже из самой яacobсской синаллагмы свободы поведения и ответственности за последствия, ибо ответственность за последствия может тематизироваться именно не иначе как цена – сугубо технически, конечно же, но не более того (ибо, как отмечается нами в интерперсонализме, наказа-

<sup>1116</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 293.

<sup>1117</sup> Ibid., стр. 294.

<sup>1118</sup> См. Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 90.

<sup>1119</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 294.

<sup>1120</sup> Bielefeldt, Folterverbot, стр. 10.

<sup>1121</sup> Ibidem.

ние – не прилавочная цена преступления) – за свободу поведения<sup>1122</sup>, и с той же точки зрения, прежде всего: «*бесправный носитель обязанностей*» как *центральная особенность «уголовного права врага»*<sup>1123</sup>, следовательно, теоретически вопреки любым стараниям также не может консолидироваться<sup>1124</sup>. Это точнее свидетельствует о том, что «неличность» или «враг», между прочим, – слишком искусственное понятие.

**Вещное право** В свободололюбивом обществе к праву на безопасность никогда не подойти сугубо инструментально. Где «субъект» «уголовного права врага» именуется «бесправным индивидом», по определению недопустима речь о том, что «уголовное право врага» в борьбе с «врагами» истинно юридически ограничивает. Если оно стремится к ограничениям в отношении «природы», то попирается неприкосновенность достоинства личности, и, помимо этого, «борьба против опасностей» здесь с переключением на понятие «бесправной неличности» ничего общего даже *in abstracto* не имеет.

Таким образом, «деперсонализация» в «уголовном праве врага» производится не только именем «безопасности», а вследствие чуть более глубокого наблюдения выделяется также как самоцель. Субъект зачастую смешивается с предметами вещного права, т. е. «общество», для которого допустима элиминация, именно не приводит к *правопорядку*, и, что в последующем аспекте не менее важно, презумпция невиновности из перспективы правового государства – незаменимый принцип.

Другими словами: «*уголовное право врага*» в конечном итоге менее противостоит «*принципиальным противникам*» свободного общества, а проявляется именно как *контрпродуктивная конструкция: отвергает идею правового государства как правового государства, в частности необратимо*. Соответственно, ориентированный на «деперсонализацию» проект мира никак не может вселять надежду на лучшее. Хотя не менее существенно и то, что в правовом государстве любая другая версия «уголовного права врага» *ex aequo* неприктицируема.

<sup>1122</sup> См. Jakobs, Tun und Unterlassen, 1996, 19 сс.

<sup>1123</sup> См. Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 293.

<sup>1124</sup> Ср. Bung, Zurechnen-Können, стр. 320.

**Раздел Б**  
**ПРАВОСУДИЕ**

**БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ПРИЛОЖЕНИЕ №3**

*Open Scientific Report · Supreme Court of Georgia 2015*

**Lasha-Giorgi Kutalia**

**I. Judicial Reform**

1. Taking into consideration the latest changes in criminal procedure or having a look at conceptual innovations in criminal law is enough to realize that Georgian law is no more exclusively continental. If today Supreme Court rejecting a case refers to the circumstance it were not relevant for its practice, without any supplementary motivation, it actually means a lost (state's most qualified) instance, although European Court of Human Rights can be there the next one. This reduction of justice is Anglo-American peculiarity. Case-law just proves such trend the roots of which are openly presented in modern European law. However, e. g., Israel failed to combine with its Anglo-Saxon based criminal law and procedure some fundamental principles and concepts of Romano-Germanic origin. Georgia has been trying formally the opposite, but essentially the same. Perspectives of this strategy common now for European and Georgian law are not unpredictable, anyway it is a scientificallly provocative unification process. That today in Georgian criminal law coexist continental guilt and Anglo-Saxon mens rea or unlawfulness and actus reus in the same sense, it does not make these concepts compatible with each other. A realistic intention of such interim coexistence is actually clear: Replacement. Let us compare! Continental doctrine, as opposed to Anglo-American view, imputes just those consequences of an unlawful act that could be foreseen and thus, avoided by the criminal, but unforeseeable grave consequences of the same act are also punishable

according to the latter view. Expect unexpected, if you commit a crime or we do not punish for coincidences – two opposite approaches, with long list of arguments.

2. I do not intend here to add something to that list, but suggest to enable justice to be focused less on punishment and more on infringed right, that is to support – and partially substitute – formal restorations by essential ones: *Positive victimology*.
3. Court is an institution built on dogmatic basis, where stereotypic methodology serves the stability of legal order and balanced development of legal relations. It blindly protects the norm and ensures its reality, since a procedurally not protected legal rule has no reality. Prevailing vector is insofar law and no legitimacy as such according to usual nature of justice. No wonder that we have to deal with a contemplative justice that analytically can be dialectical, (internally) flexible, but within frames of normative or functional scholasticism: It is distanced from reality discovered or created in legal relations by itself, regarding the progress of these relations. For instance, court easily gets used to wickedness and helplessness of any available legal norm unable of productive validity, if that norm is technically enforceable, instead of imminent reaction. At the same time, legal relations are concrete social relations, a legally protected interest is a real individual interest etc.
4. I suppose that it is possible to confront hopeless interactive expectations of problematic relations with a *preventive systematization*.
5. Lawmaker as lawmaker must understand that there is a precise indicator of the degree to that society is legally organized: Judicial practice. Phenomenon of existing of justice and its practising represents, first of all, a product of imperfectness of law. Therefore, systematic conformism in form of political correctness or conceptually attractive axioms can hardly prevent here pragmatic solutions. A cosmetic judicial reform in Georgia that still is centered on reformatory staff rotations has not yet managed to identify bigger and much more crucial topics, nothing to say about proposing solution ways in this regard. Consequences: Up to now main subject of disputes regarding judicial power is restricted to such questions as how much judiciary is depoliticized and free of specific influences, how should justice become more trustworthy for ordinary citizens etc. Although Georgia is a developing country and independence and impartiality of justice are no issues of secondary importance (e. g., Supreme Court should finally stop financing its projects

from budgetary, but foreign sources), the same reality dictates that Georgian justice can leave frames of receptionism, scil. it can this significantly by initiating *creative justice*. Legislatively and sublegislatively creative judicial system could be, according to my firm conviction, the immediate future of European justice as well.

6. The top of systematization of judicial practice is nowadays the above mentioned case-law that in its present form is achievement of Anglo-American justice. This institution has neither emerged due to a special care for development of law, nor it is a constitutive component of common courts, but a formal mechanism: Justice is trying to be consequent and to avoid unsolvable contradictions by creating and changing special paradigms. Having a look at practice of European Court of Human Rights demonstrates that the historic competition between Anglo-American and continental justices is under way now within the process of their unification with recessions of the latter one, because it could not oppose anything even to case-law. The fact that in decisions of the European Court referrals to precedents became a routine activity (references to near or far cases, under conditions of less comparative necessity or in case of lack of such necessity at all), does not lead to a strict impression, first of all, from the point of view of a citizen. And vice versa: *The less a court cites itself the higher is credibility of law on the one hand and the trustworthiness of justice on the other hand*. However final goal of relatively newly established European Court of Human Rights is an optimum practicability and in its decisions there are lots of motivational theses giving rise to positive discussions, inclusive cases regarding Georgia.
  
7. Competitiveness of continental justice, within the context concerned, cannot be proven according to materials of national justices either. Discussions are restricted to a whole spectrum of theoretically relevant issues that sometimes last decades (e. g., euthanasia, illegal abortion, confiscation of various kinds and so on) and rarely contribute to a conceptual rationalization of the system. Concrete aspects beyond legislative initiative are of rudimental nature. At the same time, accentuating differential nuances between Anglo-American and continental justice is useless, since both of them are literally silent about the most vulnerable gaps. As a result of it virtual, written, seminary or other contacts between courts of different countries are traditionally reduced to minimum, their approaches do not inspire lawmaking process and citizens of any country are never interested in analytical materials of justice, inclusive press releases.

8. Therefore, I regard as strongly desirable to challenge in all aspects the purely scientific wing of judicial power. The start point for us is Montesquieu's principle of separation of powers that in reality allows much more balanced sovereignty and mutual control between political powers: Creatively silent justice is essentially the same as mediaeval inquisition. But the opposite, here suggested model presents an (undis-covered) attribute of legal state. According to my observations, scientific human resources presented at Georgian Supreme and Constitutional Courts today are surely able to create pragmatic knowledge that would be productively stimulating and self-stimulating.
  
9. I suggest elaboration of program of *Extraordinary Conclusions of Supreme Court* (Constitutional Court, European Court of Human Rights and International Criminal Court) resp. of special legislative and sublegislative recommendations based on own practices and own statistics. The program is adequately possible within the frames of the following standardization:
  - a. Every extraordinary conclusion must be a suggestion of an *indisputable legal value* (Consensus of Discussion Board);
  - b. Authors: Leading scholars from concerned branches of law (at least one scholar from one particular branch);
  - c. It is desirable, but not obligatory to present during a year one extraordinary conclusion in each branch;
  - d. It is also desirable that the project from the initiation or at following stages is be- or multilingual.
  
10. In order not to be abstract, I would like to present to you some of such recommendations that, from my point of view, emerge from the current practice of Georgian Supreme Court and other courts:

European Court of Human Rights

**EC (Extraordinary Conclusion)No. 1. *Introduction of concept of legally competent citizen***

(Motivation: See above)



**EC No. 2. *Judicial control of intelligence services***

(Motivation: Judicial transparency of any activities of intelligence services legally excludes misuse of power. Preventive judicial transparency seems to be necessary for police and defense branches, too).

Supreme Court of Georgia

**EC No. 3. *Admitting in concept of plea bargaining principles of release on probation***

(Motivation: Systematic use of plea bargaining by Georgian justice on the one hand and financially poor population on the other hand).

**EC No. 4. *Disciplinary Vacations***

(Motivation: Disciplinary relevant misbehaviour of judges in a significant number of cases must be regarded as what they really are: Consequence of professional exhaustion).

**EC No. 5. *Video supported open not uniformed police patroulling of public places***

(Motivation: In order to detect, oppress and prevent criminal behaviour. Society is per definition a community of peaceful citizens).

**EC No. 6. *Transitional police control of banks and other financial organizations***

(Motivation: Banking activities even of leader financial organizations in Georgia are too often unacceptable. We deal with grave unlawful manipulations affecting entire population).

Constitutional Court of Georgia / European Court of Human Rights

**EC No. 7. *Compulsory baptizing is unconstitutional***

(Motivation: Baptizing children unable yet to express legally required will on the subject concerned contradicts with constitutionally protected religious freedom).

Constitutional Court of Georgia

**EC No. 8. *Introducing interactive television to teach and stimulate individual production***

(Motivation: In order to avoid total emigration and defeat mass poverty citizens need *concrete prosperity lessons*).

**EC No. 9. *Protection of laicism: Separation of state and religious symbols***

(Motivation: Religious symbols on national flag, other symbolic attributes of state are constitutionally contradictory, since it does not meet requirements of separation of state and religion).

International Criminal Court

**EC No. 10. *Obligatory experience for judge to have practised as lawyer and prosecutor***

(Motivation: Practical knowledge of techniques, tactics and strategies of lawyer and prosecutor are often necessary for criminal judge to stay impartial).

International Criminal Court / Supreme Court of Georgia

**EC No. 11. *Equalization of institutional statuses of lawyer and prosecutor***

(Motivation: Lawyer on his own and prosecutor supported by state are not equal sides of the trial).

All Courts

**EC No. 12. *Judicial tv channel***

(Motivation: Live broadcasting of public trials of Supreme, Constitutional, European, International Criminal Courts is transparency of trials in the words of technological era).

Ad Hoc Tribunal

**EC No. 13. *Nagasaki-Hiroshima Tribunal***

(Motivation: As contribution to global security united Europe has to condemn judicially use of nuclear weapons against civilians).<sup>1125</sup>

---

<sup>1125</sup> Despite the following fact: In the same year with the same nuclear weapons USA could conquer the world, but we saw no attempt of it (historically: the greatest country of all times).

## Раздел В

## ТЕОРИЯ

### Глава XVII

## ГЕТЕРАРХИЧЕСКАЯ СИСТЕМА ПРЕСТУПЛЕНИЯ

– I –

### ИДЕОЛОГИЧЕСКИЙ ВЕРТИКАЛИЗМ

– §1 –

#### «ВИНА»

**Двухпризначная модель преступления** Основными компонентами понятия преступления в данном случае наряду с составом преступления, включающим вину<sup>1126</sup>, представлены противоправность и общественная опасность (деяния). Однако эта последняя составляющая изредка выносилась из пределов состава, относясь<sup>1127</sup> к его объективной стороне<sup>1128</sup>. В силу этого данная система преступления двухпризначная<sup>1129</sup>. Если учитывать, что рассматриваемая модель иерархична, тут же напрашивается вопрос, что может представляться в качестве первоисточника такого структурирования:

---

<sup>1126</sup> А. И. Рарог, Субъективная сторона и квалификация преступлений, М., 2001, *passim*.

<sup>1127</sup> В. Н. Кудрявцев, Объективная сторона преступления, М., 1960; А. А. Пионтковский, Курс советского уголовного права: Преступление. В 6-ти томах: Часть общая. Том 2, М., 1970, *passim*.

<sup>1128</sup> К которой, например, традиционно относится и понятие субъекта преступления. См. к проблематике конституированного субъектом (деяния) уголовного права в рассматриваемой правовой семье на примере Венгрии А. Sinn et al. (Hg.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht*, in: ZEIS, 2011, т. 1, стр. 118 *cc* и *passim*.

<sup>1129</sup> Она так и именуется, только в двух признаках обычно подразумеваются общественная опасность и противоправность на основе легислативной реальности, что является отдельным вопросом.

теория, практика или идеология в виде специфической метаюридической доктрины.

**Теория, практика, идеология?** Например, ввиду основополагающего принципа уголовного права *cogitationis poenam nemo patitur* «вина» в условиях дозволенности не может быть теоретически продиктована. Тем более не может диктоваться здесь её наличие практически, ибо такая «вина» не влечёт ни уголовную ответственность, ни превентивные меры в рамках той же программы. Таким образом, краеугольный камень этой структуры следует искать в иной плоскости, и в этом отношении проблематично отнюдь не только однозначно противоречивая корреляция вины и противоправности, а в той же мере актуально также и отношение к противоправности общественной опасности деяния.

## ИДЕОЛОГИЯ

**Правовой  
нигилизм** Из западных систем понятие общественной опасности, между прочим, фигурировало в немецком уголовном праве и поныне фигурирует в австрийском уголовном праве<sup>1130</sup> (что касается американской доктрины, там это с давних пор олицетворяет аксиоматичный момент<sup>1131</sup> с судебными акцентами<sup>1132</sup>), хотя с иной содержательной и систематической нагрузкой. А здесь, замечая для полной ясности, имеем дело со следующей ситуацией: налицо *маргинализация понятия противоправности*, с одной стороны, и *педалирование понятия общественной опасности* – с другой. Как известно, речь идёт об идеологии, которая открыто и/или скрыто боролась с феноменом права<sup>1133</sup>. С учётом крайнего правового нигилизма в двухпризначном понятии преступления выделяется как система, так и структура и формально-логические отношения, что в своей совокупности невидимо ни теоретически, ни практически.

---

<sup>1130</sup> Н. Fuchs, I. Zerbes, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, Grundlagen und die Lehre von der Straftat, 10. Aufl., Wien, 2018.

<sup>1131</sup> R. Perkins, Criminal Law, N. Y., 1969, стр. 9. см. также в компаративистских аспектах Уголовное законодательство зарубежных стран / Под. ред. И. Д. Козочкина, М., 2001.

<sup>1132</sup> People v. McAdams, 299 N. Y. S. 603 (1937), in: Bassiouni M. Cherif, Substantive criminal law, Springfield, 1978, стр. 75.

<sup>1133</sup> Не только права, кстати говоря, но также и религии (атеизм), семьи (коммунальные квартиры) и национальности (интернационализм), но не Красной книги. В этом отношении в стране лишь *de jure* действовала Конституция, а *de facto* – труды В. И. Ульянова, которыми я наслаждался в мои 13 лет, но в которых нет научно убедительных доводов в контексте отрицания указанных институтов. Однако это не правило без исключений, потому как *ubi jus ibi remedium*. Живой пример: коммунисты подвергли мать общепорочному порицанию – с последующей публикацией в прессе – по поводу того, что у неё в служебном кабинете находилась крохотная икона Богоматери, но икона как стояла, так и осталась стоять, с указанием на ст. 52 Конституции СССР. Ныне противоположная обстановка: например, в РФ освещение позитивных сторон советской власти уголовно наказуемо. Тем не менее право, как наглядно доказали постнацистские немецкие криминалисты, стоит выше закона, нелегитимные нормы которого не могут иметь юридической силы. На наш взгляд, ядро ульяновского *социализма* верно (в противовес унижительной современной эксплуатации или не менее постыдному расизму; к тому же, например, религиозная символика на государственном флаге и/или гербе в условиях многоконфессиональности граждан юридически необоснуема, ничего не говоря о деградации института семьи в пользу внебрачного сожительства при том же капитализме), которое, прежде всего, ввиду неадекватной научной подкованности реформаторов в рамках Перестройки сохранить не удалось, в отличие в общем и целом от КНР.

**Материальный и формальный признак преступления**      Очередной эклатантной иллюстрацией тому, что здесь источник иерархичности двухступенчатого понятия преступления иначе не идентифицируем, служит взаимоотношение состава преступления и противоправности, причём это первое независимо от последнего рассматривается *единственным* основанием уголовной ответственности<sup>1134</sup>.

По современному состоянию в некоторых случаях понятие состава преступления вообще отвергается<sup>1135</sup>, так же как и понятие общественной опасности<sup>1136</sup>. Хотя официальная доктрина *resp.* действующий УК РФ (1997) последнее понятие не отвергает<sup>1137</sup> – что касается первого, оно и до того не являлось законодательным понятием – и, в свою очередь, наряду с противоправностью вновь выделяет в качестве конститутивного признака понятия (ч. 1 ст. 14), комплементируя двумя новыми конститутивными признаками в виде виновности и наказуемости.<sup>1138</sup> В то же время, согласно господствующему учению, в качестве центральных признаков рассматриваются первые два компонента, так как понятие преступления воспринимается как материально-формально определённое: (по-прежнему) под материальным признаком подразумевается общественная опасность, под формальным – противоправность.

**Степень вредности**      Основным критерием, определяющим, с традиционной точки зрения, деяние как общественно опасное<sup>1139</sup>, выступает степень вредности.<sup>1140</sup> Согласно данной позиции, деяние может быть противоправным, но «в силу малозначительности», не представлять общественной опасности (ч. 2 вышеуказанной статьи) и, следовательно, не являться преступлением. Наряду с этим в соответствии с самой степенью общественной

<sup>1134</sup> К понятию наказания А. И. Чучаев, Цели наказания в советском уголовном праве, М., 1989; С. В. Полубинская, Цель уголовного наказания, М., 1990.

<sup>1135</sup> А. П. Козлов, Понятие преступления, 2004.

<sup>1136</sup> С. А. Пашин, Понимание преступления, 2000.

<sup>1137</sup> К догматико-дидактической концептуализации Н. В. Артеменко и др.; под ред. А. И. Чучаева, Н. А. Нырковой, Уголовное право России. Общая часть. Учебник, Ростов н/Д, 2009.

<sup>1138</sup> Детальный анализ И. Я. Гонтарь, Преступление и состав преступления как явления и понятия в уголовном праве: Вопросы теории и правотворчества, Владивосток, 1997.

<sup>1139</sup> В актуальном с точки зрения «причинения и опасности причинения вреда правовому интересу» см. флагмана рассматриваемой уголовно-правовой догматики: А. А. Пионтковский, Учение о преступлении по советскому уголовному праву, М., 1961, стр. 29.

<sup>1140</sup> См. наряду с этим в ракурсе дифференциации «характера» и «степени» общественной опасности Постановление Верховного Суда РФ от 11 июня 1999 г. № 40 «О практике назначения судами уголовного наказания».

опасности производится не только основная градация преступлений по тяжести или же, например, основное разграничение уголовно-правового и административно-правового нарушения<sup>1141</sup>, а также, в отличие от представленной в Уголовном кодексе позиции, согласно известному тезису Шаргородского, именно степень общественной опасности *превращает общественно опасное деяние в противоправное*.

**Формальная противоправность** Что касается самой законодательной формулировки: «Не является преступлением действие (бездействие), хотя формально и содержащее признаки какого-либо деяния, предусмотренного настоящим Кодексом, но в силу малозначительности не представляющее общественной опасности», отсюда вытекает понятие *формальной противоправности*. Однако таким понятием здесь российская уголовно-правовая догматика не оперирует, возможно, по терминологическим соображениям в силу того, что противоправность рассматривается как формальный признак преступления.

**Правовая институционализация** Разумеется, представленная в УК позиция не выдерживает основательной критики (почему должно уголовное право запрещать одноразовую мелкую кражу – только потому, что не удаётся моделирование понятия кражи?). В силу этого остановим наше внимание на второй точке зрения. В отличие от немецкой доктрины, которая «запретное» наполняет каким угодно смыслом, кроме собственно уголовно-правового, в частности начиная с общей противоправности и заканчивая несоответствием с нормами культуры, российское уголовное право знакомо с уголовно-правовой нормой и признаёт уголовно-правовой запрет.

Однако взглянем на то, о чём свидетельствует переходность указанного материального признака в указанный формальный признак. Суггерированная абстрактность этого последнего исчезает. И это отнюдь не случайность. Противоправное означает государственно неприемлемое, в государственно организованном обществе. А если государство в убийстве не может концептуально признавать ничего, кроме общественной опасности<sup>1142</sup>, – например,

<sup>1141</sup> Хотя не в унисон, местами общественная опасность рассматривается только как признак преступления, в том числе у такого авторитетного автора, как Н. Д. Дурманов, Понятие преступления, М., 1948.

<sup>1142</sup> К рассматриваемому понятию, как известно, у Т. В. Церетели имелись, на наш взгляд, весьма справедливые замечания (см. თ. წერეთელი / გ. ტყეშელაძე, მოძღვრება დანაშაულები, თბ., 1969, стр. 37 с); с беспрецедентной отвагой о проявлении в данном моменте «ти-

индивидуально определённый вред в рамках публичного субъективного права, оно является тоталитарным государством, но не правовым, т. е. не таким, каким по определению должно быть. Вкратце: *социальная институционализация не есть правовая институционализация.*

Помимо этого, понятие общественной опасности здесь лишено и технической стабильности, так как общество не является неделимой единицей и на примере специальных составов оно не может воспринимать его сегменты.<sup>1143</sup>

---

рании» Ч. Беккариа, О преступлениях и наказаниях, СПб., 1878, стр. 41 с; к кардинальному пересмотру понятия с точки зрения дифференциации опасности и вреда в призме социальности и индивидуальности см. выше в предыдущих частях настоящей монографии.

<sup>1143</sup> В то же время гораздо насущнее, чем дискуссия об общественной опасности деяния, сопровождающаяся уже столь долго лишь абстрактными результатами, понятие опасности субъекта (с оригинальными акцентами о неприемлемости конституированного субъектом деяния уголовного права A. Sinn et al. (Hg.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, стр. 65 сс), в частности в отношении проблемы рецидива (хотя вопрос уже поставлен и решён чёрным по белому в настоящей монографии, passim).



## НЕПРАВДА

**Категориальная несовместимость** Следует заметить, что двухступенчатая систематика не тематизирует понятие неправды, которое, в свою очередь, широко и активно применялось в дореволюционной российской догматике<sup>1144</sup>. Неправда в рассматриваемом периоде включала исключительно объективное поведение<sup>1145</sup>, тогда и сегодня – это чётко отграниченная

---

<sup>1144</sup> См. Г. А. Левицкий, Русские и западноевропейские учёные XIX и начала XX вв. об уголовном законе, преступлении и наказании, Хрестоматия, СПб., 2004, стр. 152 сс: так, например, С. П. Мокринский, Наказание, его цели и предположения, 4.1-3, М., 1902-1905, стр. 538: «Тяжесть преступления определяется не только качеством и тяжестью вины, а также и объективной ценностью содеянного, которая формируется не пользой, которую извлекает индивид из нарушения нормы, а вызванным вследствие нарушения общественным вредом» (см. также к наказуемости А. А. Жижиленко, Наказание. Его понятие и отличие от других правоохранительных средств, Петроград, 1914, стр. 5, ср.: Н. С. Таганцев, Уголовное уложение 22 марта 1903 г., СПб., 1904, стр. 3), Э. Я. Немировский, Основные начала уголовного права, Одесса, 1917, стр. 158, *ibid.*, стр. 155 к преступлению как к посягательству на «юридически охраняемый интерес или правовое добро»; см. в то же время к интервенции социологической школы уголовного права Ф. Э. Ферри, Уголовная социология, Ч. I-II, СПб., 1910-1912, Часть I, стр. 122, согласно которому «преступление – комбинированная эквивалентность биологических и общественных факторов», см. *ibid.*, стр. 70, различие, с точки зрения корреляции индивида и общества, между атавистической («эгоистической») и эволюционной («альтруистической») преступностью. С другой стороны, с актуальной в рассматриваемом контексте точки зрения, по Р. Гарро, Современные задачи уголовной репрессии, Киев, 1902, стр. 19, «преступление есть явление не антропологическое, – это есть явление чисто *социального характера* (...)», что, конечно же, полная естественность; к преступлению как к *malum in se* Л. Е. Владимиров, Уголовный законодатель как воспитатель народа, М., 1903, стр. 108; одновременно с этим критика социологического аспекта не должна приводить и к следующему номинализму: «(Преступление) не потому будет (неправдой), что оно опасно или вредно, а потому, что оно представляет собой отклонение от законов общей жизни» (Н. И. Неклюдов, Общая Часть уголовного права, СПб., 1875, стр. 3); по существу с той же ситуацией имеем дело и в отношении выдающегося русского криминалиста Н. С. Таганцева: «Преступное деяние хотя включает своим непосредственным объектом конкретный интерес, но не исчерпывается по своей сути во вреде и опасности, которые направлены на этот интерес, а преимущественно состоит в противодействии, оказываемом им господству права в государстве» (Указанная хрестоматия, *ibidem*; обстоятельно к уголовно-правовой концепции Таганцева см. его Курс русского уголовного права, СПб., 1874). Нет, соглашаясь с вышерассмотренным воззрением Беккариа, и публичность уголовного здесь при чём? См. к актуальному спектру в философско-правовом ракурсе Г. Ф. Шершеневич, История философии права, СПб., 1907.

<sup>1145</sup> Н. И. Неклюдов, Общая Часть уголовного права, стр. 3 с.: «(...) Неправда может состоять только во внешнем (...) действии. Сфера мыслей и веры относится к плоскости совести, разума и логики, и отклонение от этой сферы может рассматриваться не как неправ-

от вины конструкция. В силу этого, она ни с точки зрения господствующих правовых традиций и ни аксиологически или гносеологически не могла в двухступенчатой системе преступления ни включать состав преступления, ни включаться составом преступления. Не могла включать постольку, поскольку состав преступления инкорпорировал вину, а не могла включаться (его объективной стороной) постольку, поскольку состав преступления не охватывал противоправность. Естественно, неправда иногда характеризуется и как эквивалентное противоправности понятие, однако, несмотря на это, она там и в этом смысле никогда не находила своего места.

---

да, а как деяние, противоречащее законам логики, совести и разума». Следует обратить внимание на следующее обстоятельство: здесь применяется термин «неправа», на 3-й, 10-й страницах и *passim* там же – «безправие». В большинстве других трудов (напр., и в переводе труда Листа: Ф. Лист, Задачи уголовного права, СПб., 1895, стр. 205 и *passim*), так же как в современном господствующем учении, применяется первый термин. Точнее, разумеется, второй. „Unrecht“ на самом деле означает не «неправду», а безправие, *ad litteram*: неправо. В свою очередь, и грузинская версия («უმართლობა» – «неправда»), видимо, происходит от русской вариации.

## КОЭФФИЦИЕНТ ПРАВОВОЙ ПОЛЕЗНОСТИ

**«Иерархичность»** То, что идеологический вертикализм обходит стороной коррелятивную гармонию признаваемых им же материально-правовых понятий и категорий,<sup>1146</sup> равно как пренебрегает процессуальным<sup>1147</sup> вертикализмом,<sup>1148</sup> понятно (хотя психологическая модель вины, на которую опирается данная система<sup>1149</sup>, иерархически между виной и противоправностью оставляет возможность для значительного лавирования<sup>1150</sup> – она абстрагирована от вытекающей из запрета обязанности). Однако зачастую дело касается внутренней противоречивости. Так, например, он не может обеспечить адекватную локализацию оправдывающих обстоятельств. Необходимая оборона как исключаящее противоправность обстоятельство, признающаяся общественно полезным поведением, – ибо, согласно господствующей доктрине, «компенсация вызванного вреда осуществляется противоположным, общественно полезным результатом деяния», – выходит за пределы состава преступления и, следовательно, устанавливается в условиях уже установленной общественной опасности деяния. Разумеется, неустрашимость этого диссонанса не нуждается в дополнительной трактовке.

Существует ли в рамках данной проблематики возможность прагматичного вывода? Да, существует.

---

<sup>1146</sup> В. С. Прохоров, Уголовное право. Общая часть, М., 1969.

<sup>1147</sup> См. к процессуальным особенностям материального уголовного права актуальной эпохи Г. Т. Ткешелиадзе, Судебная практика и уголовный закон, Тбилиси, 1975.

<sup>1148</sup> В. Н. Кудрявцев, Общая теория квалификации преступлений, М., 1972.

<sup>1149</sup> Б. С. Утевский, Вина в советском уголовном праве, М., 1950; Б. В. Хорнабуджели, Психологическая сторона вины, Тбилиси, 1981, который – впервые – противоречивое содержание традиционного понятия прямого умысла, как было показано выше, преодолел приоритизацией интеллектуального момента; в сравнительном контексте Н. В. Лясс, Проблемы вины и уголовной ответственности в современных буржуазных теориях, Ленинград, 1947; ср. თ. წერეთელი, თანამედროვე ბურჟუაზიულ კრიმინალისტთა მოძღვრება ბრალზე და მისი კრიტიკა, „საბჭოთა სამართალი“, თბ., 1974, №6; к особенностям неосторожности В. Г. Макашвили, Уголовная ответственность за неосторожность, М., 1957.

<sup>1150</sup> Ср. М. Г. Угрехелидзе, Диалектика объективного и субъективного в трудах Т. В. Цетели; Уг.-правовые исследования, Тбилиси, 1987.

**Левая щека**      Формальная сторона: на наш взгляд, «общественно полезный» следует заменить на термин «юридически полезный», так как конкретное поведение и его последствия могут быть общественно полезными (например, морально, этически, религиозно), но могут не быть юридически полезными и наоборот. Другими словами, общественно полезное на примере той же необходимой обороны порой, возможно, есть именно подставление другой щеки, вследствие чего было бы целесообразнее, чтобы позитивное право выражалось от своего же собственного, узкого и ограниченного имени.

**КПП**      Существенная сторона: желательно, чтобы уголовное право обладало понятием *коэффициента правовой полезности*. Так, например, согласно тогдашнему и современному законодательству, отражённое незаконно хранимым оружием нападение не исключает уголовной ответственности за данный состав, т. е. за необходимую оборону лицо, естественно, не привлекается к ответственности, но за недозволенное хранение огнестрельного оружия наказывается. В случае применения понятия коэффициента полезности данная погрешность легко устранима, по той же – обратной – причине, по какой при отказе от преступления незыблем «золотой мост». Будь это крайняя необходимость в обоих теоретических смыслах (т. е. как оправдывающее или экскульпирующее обстоятельство), правомерный риск или другое, понятие указанного коэффициента самовытекающе из специфической природы современного уголовного права.

## ГОЛ ПАШИНА

**Правовая реальность** И, наконец, как отмечалось выше, в то время как новейшая континентальная догматика всё более углубляется в субтильные социологические и философские нюансы, с включением или исключением формальной логики и социальной психологии, появляется понятие преступления, которое на основе всего лишь одной пары процессуальных деталей лидирует в пространстве и во времени. С. А. Пашин: «Преступление – это признанное судом в соответствии с материальным или (? – автор) процессуальным правом нарушение, когда суд считает целесообразным применить в отношении нарушителя специфические меры ответственности, допустимые только в условиях признания лица преступником»<sup>1151</sup>. Констатируя в первой своей части очевидную, тем не менее концептуально до того никем не открытую правовую действительность, данное определение содержит во второй своей части и другой не менее важный момент: истинно функциональную – или по меньшей мере близкую к истинно функциональной – корреляцию понятий преступления и наказания.

Это, с научной точки зрения, более чем странно. Дело в том, что обоснование как первой, так и второй половины данной дефиниции в рамках теории уголовного права того времени, совпадающей с первым изданием настоящей монографии, не представляется возможным. В связи с этим напрашиваются два риторических вопроса: во-первых, как представлялась русскому криминалисту доказуемой первая часть своей дефиниции на фоне континентально господствующей стадияльной доктрины осуществления уголовного права и, во-вторых, центральная загадка: чем могло объясняться присутствие в определении истинно функциональной корреляции между преступлением и наказанием на фоне и по сей день всеобщей неприемлемой абсолютной теории наказания? Как бы то ни было, определение Пашина по своему содержанию намного превосходит все известные в уголовном праве дефиниции понятия преступления.

---

<sup>1151</sup> С. А. Пашин, Понимание преступления, Москва, 2000, стр. 87.

**Теоретическая  
неуязвимость**      Что касается общепрограммной плоскости, оно здесь лишь незначительно уступает теоретической дальнобойности интерперсонализма. Гипотетически где угодно, но по реальным результатам интерперсональное учение о деянии и теория перманентности, созданию которых я посвятил без малого одно десятилетие, всего на шаг опережает представленную здесь программу – систематической интегральностью исполненного наказания. Однако в рассматриваемом случае речь не о теориях и учениях, а о конкретном определении, причём ни интерперсонализм, ни теория перманентности и ни гетерархическая система преступления с данной дефиницией по существу не коллидирует, более того: как ни странно, без теории перманентности (первая часть определения) и интерперсонализма (вторая часть определения) у рассматриваемой дефиниции нет теоретической действительности, и наоборот: интерперсонализм – в соответствующей совокупности с гетерархической системой преступления – и непрерывность уголовно-правового отношения как раз и делают суть данного определения догматически неуязвимой.

Тем не менее вышепредставленная конструкция может действительно напоминать неприемлемость абсолютного (в строгом смысле) наказания или возможно рассуждать также об опасностях процессуализации материального права и многое другое, но *переломный прогресс*, во всяком случае, налицо, не просто технически, а во всём доктринальном величии.

– II –

## ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ ВЕРТИКАЛИЗМ

– §1 –

### ИСТОКИ

«Содержание» Деяние, по Листу, представляет собой «исходящую из деяния человеческой воли детерминацию изменения во внешнем мире (resp. результата)»<sup>1152</sup>. Проистекаемость результата из человеческой воли здесь, как известно, отождествляется с «волевым телесным движением», что эквивалентно «телесному движению тела»<sup>1153</sup>. В соответствии с этим понятие деяния формируется из двух конститутивных компонентов – телесного движения и результата, «связанных друг с другом причинно-следственной связью»<sup>1154</sup>, с соответствующим постулированием того, что без «произвольного телесного движения» деяние и преступление «немыслимы»<sup>1155</sup>.

Однако, как справедливо замечает Х.-Г. Йешек, «превращение всех волевых видов поведения в каузальные процессы не может охватывать сущность действительных волевых деяний, составляющих главный контингент уголовно-правовых деяний. Разумеется, воля «как причина» по-прежнему отличает деяние от простых естественных процессов, но специфически человеческий показатель деяния не состоит в причинности воли, так как причинно действовать могут и силы природы»<sup>1156</sup>. Другими словами, дело касается негативной ссылки на абстрактную волю, отграничивающей понятие деяния как таковое от произвольных видов поведения, где всё «содержание» следует искать в самом каузальном процессе.

---

<sup>1152</sup> F. v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl., 1892, стр. 128.

<sup>1153</sup> Ibidem.

<sup>1154</sup> Ibidem.

<sup>1155</sup> Ibidem.

<sup>1156</sup> Н.-Н. Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts, AT, 3. Aufl., 1978, стр. 174.

**Вина** Хотя то, что в конституированном виной уголовном праве  
**вне деяния** «толкование причинности деяния»<sup>1157</sup> без «толкования» во-  
 ли создаёт только фрагментарное представление о том, с *каким*<sup>1158</sup> «деяни-  
 ем» имеем дело, свидетельствует о том, что каузальное понятие деяния из-  
 начально зависимо от структурно-технических релятиваций. Ибо вне причин-  
 ности как исходного ориентира, скажем, с точки зрения расширения или пе-  
 реноса натуралистического акцента, для данной конструкции деяния не оста-  
 ётся маневренного пространства. Соответственно, Лист в понятии деяния от-  
 рицает всякую субстанциальность воли и здесь не проявляется ни умысел, ни  
 неосторожность<sup>1159</sup>, которые как психологизмы конституируют в рассматривае-  
 мом случае вину<sup>1160</sup> как «простое отношение к внешнему значению деяния»<sup>1161</sup>.  
 Это деление «волевой причинности» и «содержания воли»<sup>1162</sup> resp. «объек-  
 тивной» стороны деяния и «субъективных» элементов<sup>1163</sup>, в свою очередь,  
 ничего не присовокупляет к теоретическому познанию о том, что есть пре-  
 ступление, а дело тем самым касается только того, где могут располагать-

<sup>1157</sup> E. v. Beling, Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre, in: ders., Sammelband, 1931, стр. 2.

<sup>1158</sup> Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, стр. 12 с.

<sup>1159</sup> См. Liszt, Lehrbuch, 5. Aufl., стр. 171.

<sup>1160</sup> Beling, Die Lehre vom Verbrechen, стр. 141, 180 и passim; с другой стороны, дело касается тематизации упречности: Beling, Unschuld, Schuld und Schuldstufen. Im Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, 1910, стр. 6 с, scil. в смысле «психической ошибочности»; см. также к умыслу и неосторожности как к «ступеням вины» (vs. «простые формы вины») *ibid.*, стр. 60; ср. Baumann, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1961, стр. 292 с; с ограничением на «виды вины» (на этот раз, правда, vs. «элементы вины») Liszt/Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, стр. 232 сс; ср. R. Hirschberg, Schuldbegriff und adäquate Kausalität. Eine Untersuchung über das Zurechnungsproblem, 1928, стр. 76 с; Н. Reichwein, Über die Schuld im Strafrecht. Ein Versuch ihre immanenten Grundprinzipien darzustellen, 1943, стр. 36 сс.

<sup>1161</sup> G. Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenslehre, in: FG Frank, т. I, 1930, стр. 167 с. См. наряду с этим к вине как к «ответственности за наступивший результат» Liszt, Lehrbuch, 5. Aufl., стр. 171; критически из перспективы дифференциации виновной и результативной ответственности к листской концептуализации вины как «основания ответственности» R. v. Frank, Kommentar über das Großherzoglich Hessische StGB, Teil I, 1842, passim; ср. в отношении «ненаказанной вины» K. Binding, Die Normen und ihre Übertretung, т. II, 1965, стр. 276; иначе, однако, K. Binding, Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft, 1877, стр. 4 с, в частности в том аспекте, в котором теория наказания Листа свой взор от вины (виновной ответственности) переводит на превенцию.

<sup>1161</sup> Н. Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie, in: ders., Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, 1975, стр. 94.

<sup>1162</sup> *Ibidem*.

<sup>1163</sup> Н. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, in: ders., Abhandlungen, стр. 120; хотя не с любой точки зрения, так сказать, идентично: см. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, стр. 64, 180; ср. R. Thierfelder, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, 1932, стр. 39 сс.



ся в системе преступления натуралистический результат, умысел или неосторожность и т. д. Таким образом, чисто субстанциально ничего и не теряется, и каузальное учение о деянии, так же как психологическое учение о вине, непрестанно усердствует субстанциально аккомодироваться. Насколько это удаётся – ещё отнюдь не решающий вопрос, а решающим на сей раз является именно то, не принесена ли в необратимую жертву между тем приоритетность теоретического дидактике.

## СМЕНА ДОГМАТИКИ: ЛИСТ VS. БИНДИНГ

**Внешнее и внутреннее** Наряду с вышеуказанным констелляция натуралистических особенностей – очередной совершенно второстепенный момент. Утверждение Листа, что «большая нагрузка должна приходиться на внутреннее отношение преступника, чем на внешний результат преступления»<sup>1164</sup>, в рассматриваемом контексте несомненно свидетельствует о резком диссонансе, так как исходящая отсюда перспектива деликтного поведения вряд ли может приводиться в соответствие с первоосновой каузального понятия деяния; как будет показано, уже Белинг замечает данную диспропорцию, в частности с точки зрения каузализма, однако этим в актуальном аспекте проблемы ничего не меняется: переключаются на дидактику, когда иссякает теория, и удаётся ли в том или ином виде натурализмов кристаллизация уголовно-правовой теории, есть тот критический момент, от которого зависит ответ в вышеуказанном контексте.

**Вытеснение гегелианской схемы** Также «тускло» воспринимается понятие воли<sup>1165</sup> как элемент деяния, так же как и «внешняя» сторона деяния<sup>1166</sup>, и у Белинга. Так, например, «для установления того, что налицо деяние, в отдельном случае должно быть достаточно констатации, что в субъекте наличествовало обладаемое *волей вообще* телесное движение или неподвижность»<sup>1167</sup>, что, между прочим, рассматривается как «неизбежное» для надлежащего обоснования неосторожности<sup>1168</sup>. Хотя здесь, в свою очередь, дело касается не только того, чтобы в самом понятии деяния избежать всякой конкретизации воли, а также иррелевантно

---

<sup>1164</sup> Liszt, Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuchs in Aussicht zu nehmen?, in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, т. 2, 1970, стр. 377; ср. позицию Листа с теорией Ахенбаха: E. A. Donna, Schuldfrage und Prävention, in: GS Zipf, Heidelberg, 1999, стр. 208 с.

<sup>1165</sup> Beling, Die Lehre vom Verbrechen, стр. 197, 201.

<sup>1166</sup> См. *ibid.*, стр. 13 с, 113; традиционно-догматическая критика: H. Schweikert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, 1957, стр. 16.

<sup>1167</sup> Beling, Die Lehre vom Verbrechen, стр. 11; resp. «что (...) составляло предмет воления, для этого безразлично» (Beling, Grundzüge des Deutschen Strafrechts, 1902, 2. Aufl., стр. 38).

<sup>1168</sup> Beling, Die Lehre vom Verbrechen, стр. 11 с; см. критику: J. Baumann, Strafrecht AT, 2. Aufl., 1961, стр. 351 (хотя, как было показано выше, в определённой степени Бауман остаётся последователем каузализма).

то, с каким результатом имеем дело<sup>1169</sup>, однако исходная точка вновь называется причинностью, систематический диапазон которого ограничивается сферой неправды.

Таким образом, натуралистическая формула деяния внедряет больше, чем только формальный «отрыв» деяния от вины и тем самым стремится всецело вытеснить гегелианское понятие деяния<sup>1170</sup>, точнее, уголовно-правовое понятие деяния Биндинга и всю его систему преступления. Иными словами, конкретизированная на основе причинности неправда включает ещё «бес-содержательное»<sup>1171</sup> поведение, и о том, воспринимает ли уголовно-правовое вменение субъекта деяния вообще как личность<sup>1172</sup>, каузальное понятие деяния, соответственно, должно безмолвствовать. У Радбруха встречается утверждение, что «только сейчас осуществилось последовательное отграничение контекста причинности от контекста вины, *imputatio facti* от *imputatio juris*, не только до телесного движения, но и до воли»<sup>1173</sup>. Однако в чём состоит здесь основная причина раскола объективной и субъективной стороны?

**Постулаты Белинга** С точки зрения строения деликта, по Белингу, «деление преступления на внешнюю и внутреннюю стороны» ведёт к «группированию»<sup>1174</sup> элементов преступления, причём, согласно «постулату правильной связи»<sup>1175</sup>, «они должны таким образом корреспондировать друг с другом, чтобы предстать двумя половинами одного целого»<sup>1176</sup>. «Сгруппированные» в таком виде и «правильно взаимосвязанные» элементы деликта здесь могут быть «логически расположены»<sup>1177</sup> так, чтобы выделялись – результируемые в плоскости квалификации преступления<sup>1178</sup> – качественные различия между объективной стороной и субъективными элементами, поскольку

<sup>1169</sup> Beling, Die Lehre vom Verbrechen, стр. 13.

<sup>1170</sup> Детальнее G. Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992, стр. 7.

<sup>1171</sup> Beling, Die Lehre vom Tatbestand, 1930, стр. 5; Beling, Die Lehre vom Verbrechen, стр. 197, 201.

<sup>1172</sup> H. Otto, Kausalität und Zurechnung, in: FS E. A. Wolff, Berlin, Heidelberg, New York, 1998, стр. 395.

<sup>1173</sup> G. Radbruch, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, 1904, стр. 130 с; см. к радбрухскому понятию воли *ibid.*, стр. 132 сс.

<sup>1174</sup> Beling, Die Lehre vom Verbrechen, стр. 76.

<sup>1175</sup> *Ibid.*, стр. 61.

<sup>1176</sup> *Ibid.*, стр. 81; Beling, Grundzüge, 11. Aufl., стр. 140 с.

<sup>1177</sup> Beling, Die Lehre vom Verbrechen, стр. 52, 77 с и *passim*.

<sup>1178</sup> См. Beling, Die Lehre vom Tatbestand, стр. 21.

ку «право есть упорядочение внешнего в общественном бытии и внутреннее учитывает только посредственно в связи с внешним»<sup>1179</sup>.

**Социальность?** Имеем ли дело только с внешним, которое непосредственно регулируется правом в сфере общественно релевантного или всё-таки представлены равные «половины целого», конкретизация этого в этом месте может и не быть предметом особого интереса. Ибо только на основе «детерминации результата» или также обнажённых психических фактов, подразумевающихся в представленном контексте, решение проблемы не может достигаться, а вопрос, адресуемый каузалистическому постулированию, должен заключаться именно в том, в силу чего должно наличествовать *общественно* релевантное во всяких внешних или внутренних видах натурализмов вообще. Косвенно озвученная амбиция, – в особенности если учитывать, что дело касается учения о деянии основоположника тогдашней социологической школы уголовного права, – словно каузальное понятие деяния не является отвлечённой от общественного контекста конструкцией, а приоритизирует именно «общественно» решающее «внешнее», была бы, таким образом, ни чем иным, как непосредственным метабазисом, так как природа и общество – не одно и то же, и право, в свою очередь, регулирует не психофизическое как таковое. Помимо этого, субъект только физически в социуме, а психически социум в субъекте (включая правовые связи, необходимые, например, для обоснования бездействия), что, в свою очередь, никак не противоречит представленной нами выше корреляции персонального и интерперсонального.

<sup>1179</sup> Ibid., стр. 22; ср. O. Schumacher, Um das Wesen der Strafrechtsschuld. Eine Auseinandersetzung mit modernen Schuldgedanken, 1927, стр. 59.

## ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ ПОСЛЕДСТВИЯ

**Классификаторские стандарты**      Что касается исходящих из каузализма последствий, их наглядно выявляет уже финальное учение о деянии, согласно которому «ценность и противочность деяния, таким образом, определяется и измеряется исключительно в соответствии с вызывающим им результатом. Натуралистическое учение о деянии с необходимостью ведёт к конституированному результатом уголовному праву. Оно делает невозможным рациональную интеграцию в понятии неправды «персональных» моментов деяния (направление воли, отношение, характерная позиция, правовой статус – т. е. все [персональные] моменты субъекта, – которыми воплощено и одушевлено внешнее деяние)»<sup>1180</sup>.

В то же время, правда, несовместимые с каузализмом «субъективные элементы неправды» Мецгера<sup>1181</sup> не могут расцениваться как принципиальная трансформация; они преимущественно всё равно основываются на классификаторской точке зрения<sup>1182</sup>. Другими словами, здесь никто не отказывается от каузального учения. Тем не менее, с другой стороны, «опережающая ссылка» на периодически проявляющиеся субъективные компоненты в системе неправды свидетельствовала о том, что оно по существу исчерпало свои возможности, прежде всего, в отношении корреляции объективной и субъективной сторон преступления.

---

<sup>1180</sup> Н. Welzel, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, 3. Aufl., 1944, стр. 36; прежде всего, здесь Лист решительно оппонирует всякой результативной ответственности в рамках законопроекта, направленного против предварительного проекта УК Германии, представленного i. a. В. Калем, К. ф. Лириенталем и Дж. Гольдшмидтом в 1909 году; ср. G. Radbruch, *Die Lehre von der adäquaten Verursachung*, 1902, стр. 64 сс; см. в этом же контексте E. Nehlep, *Die Erfolgshaftung im Reichsstrafgesetzbuch und in den Entwürfen*, Berlin, 1927, стр. 49.

<sup>1181</sup> См. E. Mezger, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, in: FS Traeger, 1926, стр. 195, 198, 206 с; E. Mezger, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3. Aufl., 1950, стр. 248.

<sup>1182</sup> Детально *ibid.*, стр. 80 сс; дидактическая прибыльность учения о субъективных элементах неправды, на что оно, следовательно, единственно могло претендовать, хотя вместе с тем отнюдь не рассматривалась как бесспорная, в частности как в отношении аргументации Мецгера, так и в отношении позиции обоих (других [точнее это учение Хеглера]) его основоположников А. Хеглера и М. Э. Майера: см. K. Engisch, *Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik an der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen*, in: FS Rittler, 1957, стр. 169; H.-R. Horn, *Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit*, 1962, стр. 91.

Дидактические метаморфозы хотя в состоянии – что касается конкретных отношений уже в наличествующей уголовно-правовой программе – многое подвергнуть более или менее интенсивному стимулированию, однако они никогда не пополняют понятие стимулирующей или вовсе преобразующей саму программу концепцией, так как это за рамки дидактического resp. структурно-технического именно не выходит. Более того: развитие построенного на сущем позитивизме подхода не удаётся и при применении финализма, т. е. с учётом его контурно более обильной, «персональной» неправды.

**Некаузальные составы** С убедительностью можно отметить, что каузальное учение о деянии само по себе resp. без неестественных вкладышей не удовлетворяет уже постулату Р. Лоенинга<sup>1183</sup> о том, что в понятии деяния никогда не может подразумеваться только позитивное поведение<sup>1184</sup>. Однако каузалистические попытки обоснования бездействия с точки зрения строения деликта, для нас менее актуальны, а приоритетное внимание здесь привлекает проблема покушения. Точнее, проблема результата в отношении понятия покушения и в этом отношении отсутствие состава преступления (деяния) в силу отсутствия результата.

По Листу, как известно, «только деяние и результат совместно создают деяние»<sup>1185</sup>, т. е. «действовал субъект там и тогда, где и когда он вызвал резуль-

<sup>1183</sup> R. Loening, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, 1885, стр. 12.

<sup>1184</sup> См. G. Radbruch, Handlungsbegriff, стр. 131. К критике «причинного характера» листского понятия: W. Hardwig, Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts, 1957, стр. 78; ср. Schönke/Schröder, StGB, 19. Aufl., § 13/61; E. A. Wolff, Kausalität von Tun und Unterlassen. Eine strafrechtliche Untersuchung, 1965, стр. 35. См. E. v. Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, 1966, стр. 142; W. Hardwig, Zurechnung, стр. 77. В то же время, например, G. Radbruch, Handlungsbegriff, стр. 141 объективной возможностью деяния, так же как, м. п., и Liszt/Schmidt, Lehrbuch, стр. 170. См. к тематизации психофизической возможности L. Traeger, Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, 1913, стр. 8; ср. E. Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1950, стр. 132 с. F. v. Liszt, Lehrbuch, 2. Aufl., 1884, стр. 116. F. v. Liszt, Lehrbuch, 5. Aufl., стр. 138. Ближе Liszt/Schmidt, Lehrbuch, стр. 126. К проистекаемости листского «нормативного» начала из теории правовой обязанности Arm. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, стр. 50 с. См. традиционно-догматические аналогии и различия: K. Binding, Normen, т. II, стр. 117; K. Wolff, Verbotenes Verhalten, 1923, стр. 143; H. Kelsen, Hauptprobleme der Strafrechtslehre, 2. Aufl., 1923, стр. 72; Ph. Allfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, AT, 9. Aufl., 1934, стр. 113; K. Engisch, Vom Weltbild des Juristen, Heidelberg, 1950, стр. 37; Arm. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, стр. 6. К «формальной субординации бездействия деянию как главному понятию системы» E. v. Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, стр. 142; ср. G. Radbruch, Handlungsbegriff, стр. 140 с.

<sup>1185</sup> F. v. Liszt, Lehrbuch, 5. Aufl., стр. 135.

тат»<sup>1186</sup>, что, однако, покушение как деяние и его наказуемость<sup>1187</sup> однозначно исключает<sup>1188</sup>. В отличие от традиционной или современной уголовно-правовой догматики, мы в отношении уголовной ответственности – так же как и преступности, ибо покушение на преступление по определению не есть преступление, о чём британская теория уголовного права уже 70-х годов прошлого столетия<sup>1189</sup> отчётливо догадалась – ничего неприемлемого в данном логическом последствии концепции Листа не видим, напротив, как было показано выше, мы исходим не из наказуемости, а из тематизации превентивных мер при отсутствии вредного результата (караем за *что* [все живы, здоровы]: за опасное нарушение нормы, абстрагированное от вреда, т. е. субъективистски?<sup>1190</sup>), однако дело в том, что это в первую очередь противоречит воззрениям самого Листа, руководствующегося наказуемостью покушения на преступление.

**Опасность – превенция,  
вред – наказание**      В случае опасности, будь это при покушении на преступление, которое по определению не является преступлением, или при «деликтах» опасности, во избежание субъективизма уголовному праву надлежит следовать по второй (побочной) полосе системы реакций: вред – наказание, опасность – превенция.

<sup>1186</sup> Ibid., стр. 136 с.

<sup>1187</sup> Ср. A. Hold-Ferneck, *Der Versuch. Eine rechtsphilosophische Betrachtung zum Deutschen Strafgesetzentwurf*, Leipzig, 1922, стр. 12 с; наряду с этим с точки зрения традиционно-догматически оригинального решения проблемы результата при покушении М. Е. Mayer, *Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht. Eine rechtsphilosophische Untersuchung*, Frankfurt am Main, 1967, стр. 124 сс.

<sup>1188</sup> См. критический анализ листской дифференциации (в рамках его же теории состава деяния) покушения на преступление и приготовления к преступлению resp. одного из главных видов объективных теорий покушения: A. Lumpe, *Das Maß der Willensbetätigung im Versuchsstrafrecht*, Hamburg, 1938, стр. 25 с (ср. с теорией состава деяния Белинга: E. v. Beling, *Die Lehre vom Tatbestand*, стр. 7; см. в данном ракурсе также М. Isenschmid, *Die Bestrafung des Versuchs und ihre rechtsphilosophische Begründung*, Freiburg, 1943, стр. 29 с), так же как критику позиции Листа относительно добровольного отказа от преступления: R. v. Hippel, *Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Versuchslehre*, Berlin, 1966, стр. 50.

<sup>1189</sup> Однако в британской теории всё ограничилось лишь формальным отрицанием, о котором ныне даже и не принято вспоминать.

<sup>1190</sup> Здесь повезло не только потенциальной жертве, но и *потенциальному* делинквенту. Нельзя отрывать уголовно-правовую реальность от здоровой логики жизни. В противном случае налицо явная диспропорциональность субъективного поведения и санкции, что прямо свидетельствует о дисфункциональности уголовно-правовой санкции не только в случае покушения, но и при обоих видах «деликтов» опасности. Т. е.: *опасность – превенция, вред – наказание*.

**Ремарка**      Вернёмся к рассматриваемой сути вопроса. Так, например,  
**Белинга**      утверждение Листа, что «не существует телесного движения без какого-либо, хотя бы невидимого и транзитивного результата»<sup>1191</sup>, не оставляет возможности концептуальной дифференциации результата и опасности. Хотя проблема (объективной) опасности не распространяется на всё понятие покушения, прежде всего, на негодное покушение<sup>1192</sup>, но в актуальном аспекте позитивно ничего не меняет, так как здесь *в уголовно-правовом отношении* ни (натуралистический) результат, ни (объективная) опасность не проявляется.

Например, по Белингу, «каждое поведение человека, разумеется, может породить тысячи каузальных цепей; однако это отнюдь не приводит к соответствующему составу деяния результату наказуемого поведения»<sup>1193</sup>. Соответственно, он данную позицию связывает с «глубоким заблуждением», «словно причинность распростёрта на всё уголовное право, словно не существует некаузальных составов (...)»<sup>1194</sup>.

**«Отсутствие состава»**      Несмотря на это, в конечном итоге Белинг в отношении покушения (так же как в отношении [наказуемых] подстрекательских и пособнических деяний *resp.* «несамостоятельных типов деликта»<sup>1195</sup>) исходит из «отсутствия состава деяния»<sup>1196</sup>, ввиду чего он («для того чтобы охватить и эти «соответствующие форме проявления» деяния») предлагает следующий выход: «Вместо «соответствия составу деяния» в

<sup>1191</sup> F. v. Liszt, Lehrbuch, 5. Aufl., стр. 130.

<sup>1192</sup> См. Н. Fiedler, Vorhaben und Versuch im Strafrecht, 1967, стр. 99 сс; ср. Н. G. Bamberger, Versuch beim Unterlassungsdelikt, Bonn, 1978, стр. 121; к отрицанию понятия опасности в субъективной теории покушения G. Fischer, Das unvollendete Verbrechen im deutschen und französischen Recht, München, 1970, стр. 12 с; ср. О. А. Germann, Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs, Zürich, Aarau, 1914, стр. 14 с, 26; см. также к листскому принципу «абсолютной негодности» как к принципу ненаказуемости покушения *ibid.*, стр. 38 с.

<sup>1193</sup> E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, стр. 204.

<sup>1194</sup> *Ibid.*, стр. 30; подробнее *ibid.*, стр. 14, 31, 210 с, 217; однако см. к отрицанию вообще белингской интеграции причинности в соответствии составу деяния (преступления) Н. Tarnowski, Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs, Berlin und Leipzig, 1927, стр. 75 с.

<sup>1195</sup> Ср. в отношении понятия покушения с понятием «несамостоятельного состава деяния» К. Sauermann, Der Versuch als „delictum sui generis“, Breslau, 1927, стр. 10 сс.

<sup>1196</sup> E. v. Beling, Die Lehre vom Tatbestand, стр. 7 с, 17 сс.



качестве признака преступления должна выступать «направленность к составу деяния»»<sup>1197</sup>.

Что касается, в свою очередь, учения об «отсутствии состава деяния (преступления)»<sup>1198</sup>, его главным представителем обычно считается А. Г. ц. Дона<sup>1199</sup>, однако оно главным образом берёт своё начало именно от «объективной теории покушения», вытекающей из листско-белингского понятия преступления<sup>1200</sup>, тогда как Дона своё понятие покушения основывает на «смешанную» герм. «субъективно-объективную» теорию покушения<sup>1201</sup>.

**Неадекватная причинность** В то же время Лист и Белинг в отношении проблемы каузальности и в ином аспекте развивают фундаментально различные воззрения. В то время как Лист руководствуется основанной М. ф. Бури<sup>1202</sup> теорией эквивалентности, у Белинга она эксплицитно отвергается<sup>1203</sup>. Он в своём учении о преступлении исходит из теории адекватности, однако развивает её таким образом, что эта концепция как концепция о причинности вообще отвергается<sup>1204</sup>. Хотя, прежде всего, отдельный вопрос, что в уголовном праве действительно не существует деяния без определённых

<sup>1197</sup> Ibid., стр. 18; E. v. Beling, Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., 1930, стр. 24, 28, 56 сс; обстоятельно к белингской корреляции преступления и покушения W. Class, Grenzen des Tatbestandes. Versuch eines Abrisses der Tatbestandstheorie, 1. [einzig] Teil: Die Lehre vom Tatbestand, Aalen, 1977, стр. 59 сс.

<sup>1198</sup> См. Schönke/Schröder, StGB, Vor. § 22/19 с; H. Natorp, Der Mangel am Tatbestand und seine Strafbarkeit, Breslau, 1921, стр. 9 сс; W. Schmid, Über Feuerbachs Lehre vom „Mangel am Tatbestand“, in: GS Schröder, München, 1978, стр. 20 и passim. Критически особенно Н. D. v. Gemmingen, Die Rechtswidrigkeit des Versuchs, Breslau-Neukirch, 1932, стр. 114; см. к абстрагированию от «отсутствия состава деяния», например, A. Finger, Der Versuch und der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, in: FS Binding, Leipzig, 1911, т. I, стр. 305 с), так же как попытки К. Зальма обосновать покушение как «подозрительно-соответствующее-составу-деяния» поведение (K. Salm, Das versuchte Verbrechen. Studien zum Rechtsguts- und Verbrechensbegriff, Karlsruhe, 1957, стр. 50).

<sup>1199</sup> См. G. Fischer, Das unvollendete Verbrechen, стр. 11.

<sup>1200</sup> Ibid.; ср. B. Lehmann, Die Bestrafung des Versuchs nach deutschem und amerikanischem Recht, Bonn, 1962, стр. 48; ср. с систематическим аспектом проблемы покушения вне традиционного трёхпризначного понятия преступления I. Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. Kriminalistische Studie, Stuttgart, 1888.

<sup>1201</sup> См. O. A. Germann, Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs, стр. 45.

<sup>1202</sup> M. v. Buri, Über Kausalität und deren Verantwortung, Leipzig, 1873, passim.

<sup>1203</sup> См. K. Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, стр. 39.

<sup>1204</sup> W. Bürgi, Die Lehre von der adäquaten Verursachung und ihre Bedeutung in der schweizerischen Rechtsprechung, Bern, 1927, стр. 72; см. к проблеме причины в современном уголовном праве I. Puppe, Strafrecht AT im Spiegel der Rechtsordnung, т. I, Die Lehre vom Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld, Baden-Baden, 2002, стр. 69 сс.

ного нормативно-логического «эффекта», однако это указывает лишь на то, что натуралистично-фактически уголовно-правовая действительность не-эксплицируема.

## СИСТЕМА

**«Масштаб» системы** То, что каузальное понятие деяния в качестве «масштаба» неправды, ничего не говоря о системе преступления в целом, не может быть эффективным<sup>1205</sup>, с учётом всего вышеизложенного очевидно. Оно спотыкается не только при обосновании основных уголовно-правовых понятий и тем самым не проявляет конвертируемого юридически качества<sup>1206</sup>, а включает всё ещё слишком мелкое зёрнышко о деянии в общем<sup>1207</sup>. Наряду с этим, как отмечалось выше, каузальное «деяние» преимущественно представлено в виде «существительного», а каждый («последующий») признак преступления рассматривается как просто «ориентированный на него атрибут»<sup>1208</sup>, хотя лишь до радбрухской критики<sup>1209</sup>, но изначально и он исходил из того же соотношения<sup>1210</sup>. Как финальное, так и социальное учение приоритизирует, в свою очередь, систематическую эффективность понятия деяния, хотя вряд ли можно утверждать, что они когда-либо пытались обратить вспять инициированное каузализмом в уголовном праве «перемещение акцента от теории на дидактику»<sup>1211</sup>, а это в том или ином виде, но всегда аксиоматично поддерживалось.

Так, например, со стороны финализма имеет место субституция «безсубстратной» неправды каузального учения «персональным» понятием неправды, так же как и субституция психологического понятия вины чисто нормативной моделью вины, причём в рамках социального учения о деянии формируется и по сей день господствующий концепт о «главных функциях» понятия деяния в системе преступления и многое другое<sup>1212</sup>, однако чего во всех этих случаях в качестве центрального масштаба касается дело, есть отнюдь не *понятие* преступления, а *структура* преступления, как это справедливо

---

<sup>1205</sup> Ср. Arth. Kaufmann: Schuld und Strafe, стр. 41; Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1961, стр. 183.

<sup>1206</sup> Ближе Arm. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, стр. 25.

<sup>1207</sup> Ср. E. v. Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, стр. 135.

<sup>1208</sup> E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, стр. 20 с; ср. Liszt, Lehrbuch, 5. Aufl., стр. 19 с.

<sup>1209</sup> G. Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenlehre, стр. 162.

<sup>1210</sup> G. Radbruch, Handlungsbegriff, стр. 77 с; см. также E. v. Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, стр. 135.

<sup>1211</sup> G. Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 22.

<sup>1212</sup> W. Maihofer, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, 1953, стр. 7 сс.

акцентируется боннской школой в целом, и данный подход, в свою очередь, берёт своё начало не в указанных в этот раз концепциях, даже не в попытке А. Г. ц. Доны<sup>1213</sup> с точки зрения кардинального пересмотра структуры преступления, а связан с каузальным понятием деяния.

**Наука и законодательство** Утверждение Листа относительно того, что «формирование общего понятия преступления – преимущественно миссия науки, а не законодателя»<sup>1214</sup>, есть абсолютная истина. Тем не менее в рамках исходящего отсюда, по каузалистам, «трёхступенчатого»<sup>1215</sup> понятия<sup>1216</sup> преступления, делящегося, как известно, на соответствие составу деяния (преступления), противоправность и вину<sup>1217</sup> и являющегося по сей день, т. е. спустя более столетия, в своём внешнем проявлении господствующей моделью структурирования деликта, дело менее касается того, что зависит теоретически от самого понятия.

**Форсированная вертикализация** Главное внимание здесь уделяется, например, как это имеет место в учении о преступлении Белинга, «правильной группировке», «правильному расположению» и «правильной связи» элементов преступления<sup>1218</sup>, наряду с чем Радбрух принципиально исключает их рассмотрение как «параллельных признаков деяния»<sup>1219</sup>, исходя из положения, что «признак, подлежащий осмыслению в отношении другого признака, может осмысляться только после этого признака»<sup>1220</sup>.

Если присмотреться рачительно, этот тезис, прежде всего, представляет собой упрёк против белинговской дуалистической корреляции между призна-

<sup>1213</sup> A. G. z. Dohna, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 1950, стр. 22 сс.

<sup>1214</sup> F. v. Liszt, Die Forderungen der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, n. 2, стр. 115.

<sup>1215</sup> Строго говоря, данное тройное деление черпает своё начало уже у И. Г. Г. Лудена (см. E. v. Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, стр. 137).

<sup>1216</sup> F. v. Liszt, Lehrbuch, 5. Aufl., стр. 119 с.

<sup>1217</sup> Хотя, по Белингу, отсюда вытекает только «потенциальное преступление», дополняющееся «определённым соответствием угрозе наказания» и «наличием условий наказуемости» (E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, стр. 7; см. в последнем аспекте Н. Kantowicz, Tat und Schuld, Zürich und Leipzig, 1933, стр. 228); в то же время вследствие перехода к понятию «типичности деликта» он от «соответствия угрозе наказания» как от «специального признака» отказывается (E. v. Beling, Die Lehre vom Tatbestand, стр. 19). См. к попытке модификации, так сказать, инкорпорацией «исключительных норм» в состав преступления (деяния) A. Baumgarten, Der Aufbau der Verbrechenslehre, Tübingen, 1930, стр. 218; критически G. Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenslehre, стр. 165.

<sup>1218</sup> E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, стр. 76 сс.

<sup>1219</sup> G. Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenslehre, стр. 162.

<sup>1220</sup> Ibidem.

ками преступления: хотя дело касается именно «вертикального расположения»<sup>1221</sup>, но то, что при этом главным образом подразумевается, есть дидактически форсированная «вертикализация» иначе «автономно» идентифицируемых признаков<sup>1222</sup>. Где и как должны располагаться, в свою очередь, отдельные компоненты конститутивных признаков преступления, как было показано, составляет важнейшую проблему в рамках натуралистического деления объективной и субъективной стороны<sup>1223</sup>. Тот же акцент приходится на выработку устойчивого коррелятивного конструкта оправдывающих и экскульпирующих обстоятельств<sup>1224</sup>.

<sup>1221</sup> E. Beling: *Die Lehre vom Verbrechen*, стр. 77 с и *passim*; *Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre*, стр. 2 с; *Grundzüge des Strafrechts*, 4. Aufl., 1912, стр. 24 сс.

<sup>1222</sup> E. Beling: *Die Lehre vom Verbrechen*, стр. 27, 141, 144 сс и *passim*; *Die Lehre vom Tatbestand*, стр. 2, 19; *Unschuld*, стр. 45; *Grundzüge*, 11. Aufl., стр. 13 сс.

<sup>1223</sup> Однако см. и в этом ракурсе дуалистическую позицию Листа в отношении противоправности: F. v. Liszt, *Lehrbuch*, 5. Aufl., стр. 177 с, 182. Согласно этому, с одной стороны, знание «негативного должного» относится к умыслу, однако, с другой стороны, оно вообще *resp.* и «как нечто, сопровождающее его (умысел)» отвергается, так как «такое требование (...) повлекло бы, можно сказать, парализацию правосудия, возлагая на суд в каждом отдельном случае бремя доказывания того, что субъект был знаком с нарушенной им директивой» (см. наряду с этим к значению сознания противоправности для обоснования принципа вины Н.-Н. Jescheck, *Das Schuldprinzip als Grundlage und Grenze der Strafbarkeit im Deutschen und Spanischen Recht*, in: *ders.*, *Beiträge zum Strafrecht*, 1998, стр. 289 с); *ср.* Liszt/Schmidt, *Lehrbuch*, 26. Aufl., стр. 265; более строгая приверженность теории умысла в традиционном смысле E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, стр. 185; *Unschuld*, стр. 45; с особенностями, хотя в связи с «моментом воли» *ibid.*, стр. 193 с.

<sup>1224</sup> F. v. Liszt, *Lehrbuch*, 5. Aufl., стр. 151 сс; E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, стр. 12 с. Здесь Лист, м. п., не отказывается от «единого» понятия крайней необходимости (см. к традиционному виду K. Siegert, *Notstand und Putativnotstand*, Tübingen, 1931, стр. 23, 31 с; глубже A. Köhler, *Der Notstand im künftigen Strafrecht*, Erlangen, 1926, стр. 49), в частности принципиально отвергая экскульпирующую природу крайней необходимости *resp.* крайнюю необходимость как исключаящее вину персональное обстоятельство (см. J. Goldschmidt, *Der Notstand, ein Schuldproblem*, Wien, 1913, стр. 7 с), считая его недопустимым с точки зрения уголовной политики (F. v. Liszt, *Die Forderungen der Kriminalpolitik*, стр. 114). С другой стороны, Лист непоколебимо исходит из того, что действующий в условиях крайней необходимости не «осуществляет право» (*ibid.*), согласно ему же, деяние, содержащее крайнюю необходимость, не является «ни правомерным, ни противоправным» (F. v. Liszt, *Lehrbuch*, 5. Aufl., стр. 151; иначе Liszt/Schmidt, *Lehrbuch*, 26. Aufl., стр. 186; см. в данном контексте также H. Henkel, *Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigen Recht*, München, 1931, стр. 35), причём Лист критически выделяет, что крайняя необходимость в тогдашнем немецком уголовном праве, так же как и необходимая помощь близкому, ограничивается опасностью для жизни и здоровья (F. v. Liszt, *Die Forderungen der Kriminalpolitik*, стр. 114; *ср.* H. v. Weber, *Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925*, Leipzig, 1925, стр. 6; глубже в последнем контексте H. Karding, *Die Notpflicht oder Grenzen des strafbefreienden Notstandes*, Kiel, 1933, стр. 40 с; см. к сохранению данного момента у R. P. Broglio, *Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform*, Bonn, 1927, стр. 74 с). См. также к фрейдента-

Если между тем теория по отношению к дидактике структурирования деликта масштабно отстывает, напрашивается вопрос, не могло ли быть здесь всё и по-другому. Скорее всего, нет, так как вне рассматриваемого приоритета каузальное понятие деяния – неуместная конструкция.

## ПОНЯТИЕ

**Зависимость от позитивизма** Одновременно с этим всё вышеотмеченное не следует понимать так, словно в каузальном учении о деянии с точки зрения *понятия* преступления ничего не фиксируется. Преступление как (системно-специфически атрибуированное) «(произвольное) изменение каузального внешнего мира» и есть такая фиксация. Тем не менее в силу того что совершение преступления не может иметь место там, где дело не касается правоотношения, и правоотношение, в свою очередь, не протекает в каузальном внешнем мире, взор каузализма в конечном итоге обращён только к позитивному праву. Что «в уголовно-правовом отношении остаётся», есть «деяние» как «классификаторское понятие» и «учение об элементах деликта»<sup>1225</sup>. Прежде всего, они, по Радбруху, уже в учении о преступлении Беллинга «все производны от цели наказания»<sup>1226</sup>. Однако в рамках структурно-технического функционализма, представленного там, система преступления олицетворяет *систему натурализм*<sup>1227</sup> – профилированную сугубо внешними отношениями неправду и психологическую вину с каузальным понятием деяния во главе, которую, соответственно, следует вписать в позитивистскую абстракцию<sup>1228</sup>.

**Конкретия «деяния»** По существу ничего другого дело не касается и в отношении понятий нормы (как императива) и наказания: «направляющая поведение» норма и также *инструментально* понятое *resp.* превентивно сконструированное наказание<sup>1229</sup> – это именно натурализмы, воспринимаящие своих адресатов в качестве психосоматических систем и в этом смысле деликт – как артефакт индивида.

---

<sup>1225</sup> G. Jakobs: Handlungsbegriff, стр. 21; Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, 1996, стр. 17.

<sup>1226</sup> G. Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenslehre, стр. 163.

<sup>1227</sup> См. также A. Merkel, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, Stuttgart, 1912, стр. 17 cc и passim.

<sup>1228</sup> См. наряду с этим к «общественной опасности» и «противокультурности» как к «метаправовым моментам» E. Beling: Die Lehre vom Verbrechen, стр. 32 cc; Grundzüge, 11. Aufl., стр. 13.

<sup>1229</sup> К релятивной теории Листа E. Schmidt, Die Reform des Strafrechts im Rückblick auf Berliner Impulse in der Geschichte der modernen Kriminalpolitik, Tübingen, 1956, стр. 8.

А поскольку в рамках каузального понятия деяния формирование понятия преступления не достигается, сфера существенного действия рассматриваемой концепции лежит на ладони. То, что этим налицо не теория, а только дидактика уголовно релевантного поведения, которой прислуживает натуралистическое понятие деяния, здесь не априори является главным моментом, а главное то, что программа уголовного права, лейтмотивом которой предстаёт каузализм, заменяет приоритетность теоретического приоритетностью классификаторского. Общий знаменатель кристаллизуется в систематической конкретии натуралистического «деяния», в соответствии с чем центральная глава каузального учения, с точки зрения дидактики квалификации деяния преступлением, исчерпывается в поиске «практикабельной» структуры преступления<sup>1230</sup>.

---

<sup>1230</sup> См. в рассматриваемом контексте к дифференциации «теоретического и практического понятия преступления» с точки зрения «формулы рациональной диспозиции» E. Belling, *Die Lehre vom Tatbestand*, стр. 20 с; ср. F. v. Liszt, *Die Zukunft des Strafrechts*, in: ders., *Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge*, т. 2, стр. 4, в соответствии с чем «мы воспринимаем преступление как явление, как проявление сущего и тем самым противоположим всем тем, для кого преступление не что иное, как концептуальная абстракция (...)»; глубже F. v. Liszt, *Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung*, 1898, in: *ibid.*, стр. 231 с; см. вместе с тем к «принципу-правила-и-исключения» E. Kohlrausch, *Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht*, Berlin, 1903, стр. 62; критически к франкской ревизии данного принципа E. Belling, *Die Lehre vom Verbrechen*, стр. 37 сс.



## ТРАДИЦИОННАЯ АДАПТАЦИЯ

**Этапы адаптации** Структурные трансформации, осуществлённые в классической системе преступления с момента её формирования поныне, можно разделить на *девять основных этапов*: шесть – традиционно-догматических, три – современных. Эти изменения касаются как сферы неправды, так и сферы вины. Большинство из них можно считать господствующим или соответственно более или менее доминирующим, чего нельзя сказать о расположении вменяемости до состава деяния, с одной стороны, и признании системы четырёхпризначной конструкцией – с другой. Затронем все восемь этапов преобразования классической схемы преступления, ни одна из которых не противоречит принципу иерархичности, а осуществляется именно во имя принципа иерархичности. Следует заметить, что в конечном итоге мы имеем дело с преимущественно рафинированной эволюцией, довольно распластанной, однако, во времени и не без системных пробелов или технических неурядиц.

**1. Субъективные элементы неправды** Первое же препятствие, с которой сталкивается каузальное понятие преступления, касается конституированных целью деликтов и не только (например, также деликтов, конституированных мотивом). Шла ли речь об основных или неосновных составах, немецкая догматика сошлась во мнении, что проблема требовала безотлагательного решения. Традиционная логика: каузально среди прочего неправды кражи ввиду конститутивно охватываемой ею цели присвоения (в рамках классического понятия кражи) не существует, ибо соматический состав деяния или противоправность здесь не вмещает в себя необходимый для этого компонент. Иными словами, понятие неправды в данном случае либо вообще не проявляет разграничительной грани между правомерным и противоправным деянием, либо не в состоянии описать, квалификация конкретно какого наказуемого деяния имеет место. На основе этого А. Хеглер, М. Э. Майер и И. Наглер вносят в неправду рассмотренные выше проблематичные<sup>1231</sup> субъективные элементы, что известно под названием учения

---

<sup>1231</sup> См. K. Engisch, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik an der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, in: FS Rittler, 1957, стр. 169; H.-R. Horn, Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit, 1962, стр. 91; см. также концептуальную критику по

о субъективных элементах неправды, развитого из рядов каузалистов Э. Мецгером<sup>1232</sup>. Это, разумеется, не конститутивные признаки неправды, а лишь периодически проявляющиеся факультативные показатели<sup>1233</sup>.

**2. Дезинтеграция «комплексной» вины** Тогда как первая метаморфоза была вызвана позитивистским натиском, в случае последующего изменения налицо главным образом теоретический соблазн: А. Г. ц. Дона<sup>1234</sup> дезинтегрирует «комплексное» понятие вины, исключая оттуда объект оценки (умысел и неосторожность). Тем самым Дона, согласно вышепредставленному анализу Т. В. Церетели, делит преступление на объект оценки и оценку объекта, относя к первой половине объективный (действие и бездействие) и субъективный состав (умысел и неосторожность), ко второй – противоправность и вину, без конкретизации, однако, места психического отношения в системе преступления<sup>1235</sup>.

Правда, этим Дона отнюдь не разделяет учение о субъективных элементах неправды, а, наоборот, предметом суждения о противоправности ему видятся только объективные компоненты, но здесь мы вовсе не имеем дело с хаотической пролонгацией реконструкции, а с истоком настоящего системного – как структурного, так и метаструктурного хаоса, бок о бок с сопровождающимся совершенствованием.

**3. Dolus malus вне системы** Во-первых, финалисты молниеносно перевоплощают чисто оценочное понятие вины Дона из «противоречащего обязанности воли»<sup>1236</sup> в «упрёк»; во-вторых, с целью интеграции в состав преступления (деяния) «бесприютно оставшихся» компонентов злой умысел также молниеносно перевоплощается в естественный умысел,<sup>1237</sup> *dolus malus* из системы бесследно исчезает. То, что без этого последнего понятия про-

---

зиции Мецгера Н.-Н. Jescheck, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, in: FS Schmidt, 1961, стр. 145; ср. Arm. Kaufmann, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik*, 1954, стр. 83.

<sup>1232</sup> E. Mezger, *Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände*, in: FS Traeger, 1926, стр. 195, 198, 206 с; E. Mezger, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3. Aufl., 1950, стр. 80 сс, 248.

<sup>1233</sup> См. выше к возможности альтернативной реструктуризации системы, м. п., в виде дифференциации между общими и особенными оправдывающими обстоятельствами.

<sup>1234</sup> A. G. z. Dohna, *Verbrechenslehre*, стр. 22, 28, 38 с, 42.

<sup>1235</sup> თ. წერეთელი, თანამედროვე ბურჟუაზიულ კრიმინალისტთა მოძღვრება ბრალზე, стр. 9 с.

<sup>1236</sup> A. G. z. Dohna, *Verbrechenslehre*, стр. 38 и *passim*.

<sup>1237</sup> См. также в финальной системе к взаимоотношению неправды и вины как к корреляции противоположности деяния и противоположности отношения, по В. Галласу, *ibid.*, стр. 2, 4.

цесс квалификации деяния преступлением сталкивается с очередными непреодолимыми противоречиями, это немецкой догматикой признаётся лишь позже.

Что касается положительных аспектов resp. динамики позитивистской эволюции системы преступления, здесь в основном указывается на то, что без наличия умысла и неосторожности в составе преступления (деяния) невозможно, например, различить друг от друга неправду умышленного убийства и неправду неосторожного причинения смерти<sup>1238</sup>, неприемлемость чего аргументируется тем, что неправда покушения без учёта умысла субъекта вообще не находит своего места в составе преступления (деяния)<sup>1239</sup>. Хотя неправда не в силе исчерпать ни умысел, ни неосторожность; в *обоих* случаях можно рассуждать лишь о промежуточных решениях, scil. неосторожности это касается интенсивнее, чем умысла. С другой стороны, вряд ли возможно постулировать, словно финализм в отношении покушения, а именно на уровне состава преступления (деяния)<sup>1240</sup>, не оставляет ничего спорного. Переводя взгляд от указанных сегментарных моментов на «начало» осуществления результата и на исходящее отсюда «начало исполнения», очевидно, что это не является субъективно-финально конкретизируемой спецификой<sup>1241</sup>.

#### 4. Юридико-социальный состав

В концепции Э. ф. Бубнофа предметом особой критики выделяется социальное понятие деяния как «общее понятие деяния» в отношении «его абстрактности» resp. «отсутствия конкретного содержания»<sup>1242</sup>. Если, точнее, «социальное понятие деяния» понимается в свете объёмной общности, оно свидетельствует в общем о том, что в сфере уголовно-правовой оценки релевантно только человеческое «деяние»,

<sup>1238</sup> C. Roxin, Zur Kritik der finalen Handlungslehre, in: ders., Strafrechtliche Grundlagenprobleme, 1973, стр. 73, 75, 82 и passim (критически Н. Welzel, Vom Bleibenden und vom Vergänglichem in der Strafrechtswissenschaft, стр. 345 cc); ср. в догматически актуальных аспектах М. Kahlo, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Theorie des personalen Handelns, Frankfurt am Main, 2001, стр. 16; R. Hohmann, Personalität und strafrechtliche Zurechnung. Die Konstitution des strafrechtlichen Handlungsbegriffes auf der Grundlage der Hegelschen Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1993, стр. 258 с.

<sup>1239</sup> C. Roxin, Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik, in: FS Lampe, 2003, стр. 426; ср. Н. Schweikert, Die Wandlungen der Tatbestandslehre, стр. 107 и passim; W. Langer, Gesetzesanwendung und Straftataufbau, in: GS Meurer, Berlin, 2002, стр. 26 с; E. v. Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, стр. 153.

<sup>1240</sup> См. Н. Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems, стр. 26.

<sup>1241</sup> Глубже Arth. Kaufmann, Schuld und Strafe, стр. 64 с.

<sup>1242</sup> E. v. Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, стр. 151.

т. е. социально значимое поведение, чем оно лишено *систематической* ценности»<sup>1243</sup>, а «социально релевантное поведение в этот раз эквивалентно с уголовно-релевантным *resp.* соответствующим составу деяния поведением»<sup>1244</sup>.

Прежде всего, этим позиция Бубнофа нацелена на конкретизацию отвлечённо контурированной в социальном учении о деянии «уголовно-правовой релевантности», что, с систематической точки зрения, несомненно может представляться необходимым атрибуированием. Так, например, очевидно, что в случае совершения наказуемого деликта «самостоятельной структурной функцией может наделяться не деяние в общем в смысле общего понятия деяния, а только конкретное деяние, описанное в соответствующем составе деяния»<sup>1245</sup>. Хотя здесь важна не систематическая релевантность как таковая, так как она, представленная в таком виде, не является инвариантной, как относительно любой другой проблемы более или менее из перспективы дидактической плодотворности, и тем самым, соответственно, как и дидактика в целом, представляет собой предмет второстепенной заинтересованности; решающей в отличие от этого может быть только теоретическая плоскость, в которой производится конкретизация вышеуказанной уголовно-правовой релевантности. Другими словами, если не намечается целью качественно новое определение концепции об обществе, дело касается именно только систематической сигнификантности как таковой.

Следует заметить, что подход Бубнофа и представляет собой попытку качественной реориентации контекста, релевантного для понятия деяния в рассматриваемом ракурсе: «Мир права, правовых ценностей есть мир социального сожития. Социальный аспект представляет собой ключевую сферу правового аспекта. В силу этого уголовно релевантное (соответствующее составу деяния) поведение является формой проявления социально релевантного поведения. Понятие социальной релевантности относится к ориентированным на содержание с социальным значением составы деяния, возникающие из правовых оценочных суждений. Таким образом, социальное понятие деяния в строгом смысле направлено на конкретное деяние, соответствующее составу деяния *resp.* описываемое в составе деяния»<sup>1246</sup>.

---

<sup>1243</sup> Ibid., стр. 152.

<sup>1244</sup> Ibidem.

<sup>1245</sup> Ibid., стр. 154.

<sup>1246</sup> Ibid., стр. 152.

На наш взгляд, сущность систематического поворота очевидна. Взглянем на последствия.

Деяние здесь уже не представляет собой конструкцию, независимую от состава деяния, оно не является общим понятием, а уголовно-правовым, однако неполноценно уголовно-правовым – ограниченным сферой состава преступления (деяния). А от большего *resp.* от гегелианского или биндингского понятия деяния Бубноф отказывается по той причине, что в таком случае деяние было бы так же лишено «систематической ценности», как в случае расположенного до состава общего понятия деяния<sup>1247</sup>. Эта параллель беспредметна.

Расположенное до состава деяние (насколько абстрактным бы оно ни было) является объектом атрибуирования конститутивных признаков преступления, и в силу этого оно не только не лишено систематической ценности, а *всегда* отличается центральной систематической нагрузкой. А в случае тождественности преступления и уголовно-правового деяния понятием преступления возможно выразить всё то, что выражается понятием деяния. Бубноф подразумевает отсутствие этой «систематической ценности». В противоположность этому, нам бы хотелось заметить, что 1) деяние не является развлекательным систематическим инструментом и 2) преступление – это *деяние*, как бы ни определялось это последнее понятие. С другой стороны, переход от номинальной синонимности формально-правовых (*Tat*)<sup>1248</sup> и (общих, преправовых, но «натурализированных») материально-правовых (деяние) понятий к их полной технической параллельности и субстанциальной тождественности олицетворяет откровенное признание того, что трёхпризначное по-

<sup>1247</sup> *Ibidem*.

<sup>1248</sup> *Tat* – это процессуальный синоним материально-правового деяния (детально А. Sinn et al. (Hg.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht*, стр. 100 сс), однако мы обычно употребляем термин «состав преступления» (так же как, например, Т. В. Церетели, см. თ. წერეთელი, თანამედროვე ბურჟუაზიულ კრიმინალისტიკა მოძღვრება ბრალზე, стр. 12) вместо «состава деяния», в отличие сегодня уже от многих авторов. На наш взгляд, существенно ошибочной – на фоне непреодолимой систематической противоречивости – не может признаваться ни одна из этих интерпретаций. Тем не менее эта последняя посягает на принцип атрибуирования. Это что касается надстроенных целиком над «общими» понятиями деяния систем преступления. Разумеется, немного иначе обстоит дело в случае бубнофской реконструкции. А в гегелианской системе различия между понятиями состава преступления и состава деяния не существует.

нятие преступления по своей сути есть *формальное resp. процессуальное понятие преступления*.<sup>1249</sup>

**5. Финализм** Вследствие формирования финализма в системе преступления вскоре возникает резкое противостояние двух принципиально разносферных теорий: теории умысла и теории вины. Согласно первой, сознание неправды – неотъемлемый компонент понятия умысла, что финальное понятие естественного умысла, разумеется, не может вместить и предпосылкой чего, в свою очередь, предстаёт злой умысел. А согласно теории вины, сознание неправды относится к сфере вины, и этим структурно-технический аспект системы преступления в условиях финализма как минимум избегает критической противоречивости. Следует заметить, что финальная версия теории вины<sup>1250</sup> в начальном отрезке довольно убедительно справляется с теорией умысла<sup>1251</sup>, в частности с точки зрения несовместимости последней с финальным понятием умысла, чего нельзя сказать об определении систематического места виртуального сознания неправды<sup>1252</sup>.

Однако именно в отношении первого аспекта в конечном итоге аргументация финализма – в силу понятных причин – не может развиваться глубже поверхности проблематики, хотя это не в силе ставить в повестку дня и дилемму: естественный умысел финализма или теория умысла, так как, с одной стороны, пресональная неправда финализма вряд ли могла отвергаться, а, с другой стороны, в случае отрицания теории умысла,<sup>1253</sup> ничего не го-

<sup>1249</sup> См. вместе с тем к вопросу (более) интенсивной тематизации положений конституционного права наряду с процессуальными аспектами в теории преступления Е. М. Sánchez Herrera, *La teoría del delito en un sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio*, *Revista Derecho Penal* №7, abr.-jun./2004, *passim*.

<sup>1250</sup> Детально G. Schewe, *Bewußtsein und Vorsatz*, 1967, стр. 22 сс.

<sup>1251</sup> К. Binding: *Normen*, т. III, 1965, стр. 139; *Die Schuld im deutschen Strafrecht*, 1919, стр. 132; критически к предмету дискуссии между теориями умысла и вины Arth. Kaufmann, *Schuld und Strafe*, стр. 144.

<sup>1252</sup> Ср. G. Jakobs, *Strafrecht AT*, 17/10 сс; C. Roxin, *Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik*, in: *FS Ernst-Joachim Lampe*, Berlin, 2003, стр. 425.

<sup>1253</sup> В то же время – не без спекулятивных акцентов – местами полагается, что теория умысла, в свою очередь, возникла на основе несовместимого с принципом вины принципа *error iuris nocet* (см., напр., G. Jakobs, *Schuldprinzip*, стр. 15 сс), и ныне она как таковая уже давно «преодолена» как в господствующей (немецкой) догматике, так и в правосудии. Хотя яснее ясного здесь ничего нет. Для сравнения: при предотвратимой юридической ошибке теория умысла уголовно релевантное поведение превращает в неосторожность, наподобие уголовно-правового последствия фактической ошибки, а теория вины (в условиях той же юридической ошибки) исходит из наличия умысла, т. е. субъект, не обладающий сознанием неправды предстаёт в качестве субъекта умышленного преступления! Разумеется, в последнем случае подразумевается финальная *resp.* крайне психо-

вора о технических сложностях, мы бы имели дело с отрицанием уголовно-правового умысла (которое, правда, и без того было отвергнуто [!], но отрицание его интегральности – теоретически недоказуемо).

**6. Формула Галласа** Компромиссный выход, на котором догматика по сей день сходится, связан с подходом Галласа<sup>1254</sup>, в частности в сфере вины возвращается *dolus malus*, включающий сознание неправды, а в сфере неправды естественный умысел финализма остаётся нетронутым. Следует подчеркнуть, что созданная Галласом *двойная функция умысла* в рамках этого «неоклассического» финализма смогла сохранить устойчивость системы.

---

логизированная модель умысла, однако откуда такая принципиальность в уголовном праве в пользу неуголовно-правового понятия? Более того: всё это на фоне радикального отрицания *error iuris nocet resp. противоположной «крайности»*. Таким образом, разве только советская идеология самовольничала в уголовном праве, а также и буржуазная идеология не отступает от своей тенденциозности. Несмотря на то, что с момента возникновения двойной функции умысла техническая необходимость сепарации сознания неправды от умысла устранилась, они по-прежнему остаются разделёнными, и основным источником этого называется именно уголовная политика (см. Lackner/ /Kühl, StGB, § 15/33). Здесь речь лишь о методологии, scil. до созданного нами *понятия обязанности знания нормы* в уголовном праве и теоретического отягчения уголовной ответственности в условиях нарушения данной обязанности (1998).

<sup>1254</sup> См. Н.-Н. Jescheck, Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik, in: ders., Beiträge zum Strafrecht, стр. 14 с.

## СОВРЕМЕННАЯ АДАПТАЦИЯ

**7. Гегелианская интервенция** Постепенно к трёхпризначному понятию преступления в той или иной форме начинает аккомодироваться гегелианское понятие преступления (Jakobs,<sup>1255</sup> Lesch,<sup>1256</sup> Kutalia<sup>1257</sup>) resp. модель преступления, на основе отрицания которой именно и возникла в своё время эта первая конструкция. В этот раз более или менее абстрактному resp. расположенному до или в составе преступления деянию противостоит максимально наделённое уголовно-правовым содержанием понятие деяния, которое у первых двух авторов простирается до вины, а у нас – до наказания. Словом, уголовно-правовое деяние есть *преступление*, как бы ни понималось это последнее понятие.

Фокусирование внимания имеет место на *основной полосе*. Уголовное право, как отмечалось, является двухполосной системой: неправда влечёт превенцию, вина – наказание. Разумеется, и правомерное поведение есть деяние, и в уголовном праве обычно встречаются деяния и такого вида. Например, мы никогда не ловили себя на мысли отвергнуть необходимую оборону как деяние. Более того, *необходимой обороной так же осуществляется уголовное право, как исполнением наказания*. В силу этого данный вид деяния никаких теоретических уступок и не требует: обороняющийся является субъектом уголовно-правового отношения и действует как субъект уголовно-правового отношения, осуществляя предоставленное ему уголовным законом субъективное право<sup>1258</sup>.

С другой стороны, также не может лишаться качества деяния осуществлённая невменяемым неправда. Из перспективы основной полосы оба поведения – усечённое деяние, однако в уголовном праве налицо ни только эксклюзивный ориентир и ни только эти две полосы. Перед нами в общем *три типа деяния: правомерное, ориентированное на превенцию и ориентированное на наказание*.

---

<sup>1255</sup> G. Jakobs: Strafrecht, AT, 1991; Der strafrechtliche Handlungsbegriff, 1992.

<sup>1256</sup> Н. Н. Lesch, Der Verbrechensbegriff, 1999.

<sup>1257</sup> L.-G. Kutalia, Handlungslehre, 2011.

<sup>1258</sup> Рассматриваемый момент находит прямое признание – и в более масштабном смысле – в функциональном учении о деянии L.-G. Kutalia, Handlungslehre, стр. 178 с.



Если (невменяемый) субъект не может уголовно агировать (действовать), уголовное право логически не может реагировать (воздействовать [на него]), что не соответствует действительности. И этим мы машинально приближаемся к концептуальной трансформации. Был бы невменяемый *уголовно недееспособным*, уголовное право в силу осуществлённой им неправды не могло бы применять в отношении него превентивные меры. Эта неправда также составляет *уголовно-правовое* деяние, и эти превентивные меры – также *уголовно-правовая*, применяемая уголовным правом реакция. Исходя из этого, перед нами дилемма: пересмотреть коренным образом понятие субъекта уголовного права *resp.* отвергнуть его в существующем ныне виде или создать и принять *понятие ограниченной уголовно-правовой дееспособности невменяемого* и признать его в качестве *субъекта уголовного права в узком смысле*.

Мы склоняемся к последней опции, так как уголовно-правовая реальность диктует: и невменяемый является субъектом уголовно-правового отношения и является таковым в узком смысле, на которого не возлагаются обязанности, но который наделён правами, в том числе в пределах применяемой в отношении него превенции.

#### 8. Синонимы Леша

Сразу же после признания гегелианского понятия преступления Леш в системе преступления осуществляет весьма резонансные терминологические и структурные изменения. Здесь дело отнюдь не касается лишь идентичности деяния и преступления. У него не только невиновная неправда не составляет деяние, а сама невиновная неправда не есть неправда,<sup>1259</sup> которая, в свою очередь, есть не предпосылка вины, а та же вина. Вследствие этого, по Лешу, *деяние, неправда, вина и преступление – синонимы*<sup>1260</sup>.

Одновременно с этим он и структурно стремится дальше, чем это можно представить себе на первый взгляд, в частности располагает вменяемость в самом начале системы преступления как «первый момент объективного вменения»<sup>1261</sup>. Хотя для *понятия* преступления (так же как для приравняваемой к ней «уголовно-правовой неправды»<sup>1262</sup>) это в значительной степени

<sup>1259</sup> Ср. F. G. Sánchez Lázaro, ADPCP, т. LIX, 2006, стр. 173, который, правда, не разделяет исключения невиновной неправды, но касается проблемы в параллельном ракурсе.

<sup>1260</sup> Н.-Н. Lesch, Verbrechenbegriff, passim.

<sup>1261</sup> Ibid., стр. 221 сс.

<sup>1262</sup> См. также к «циркулярной структуре» «уголовно-правовой неправды» *ibid.*, стр. 220 с.

ничего не меняет, и в этом смысле мы в теоретически актуальном контексте для признания заманчивой попытки Леша не видим никаких барьеров. Однако и противоположная позиция отнюдь не полна противоречиями, в частности таким образом, чтобы здесь отводился взгляд от «личности субъекта» resp. «качества субъекта»<sup>1263</sup>. Ибо ведь принципиальное различие между вменяемыми и невменяемыми субъектами касается только плоскости нормативных ожиданий,<sup>1264</sup> а в плоскости институционализированных возможностей единственное различие, скажем, в смысле опекунства<sup>1265</sup> создаётся только *формальными* ограничениями.

Наряду с этим, прежде всего, дело может касаться и меньшего, чем это решительная ссылка Ю. Баумана на вышеуказанную двухполосность (двухступенчатость – превенция/наказание) в системе санкций уголовного права, которую Леш, в свою очередь, делит на «истинно уголовно-правовую» и «истинно полицейско-правовую» полосу<sup>1266</sup>. Это мы, правда, (вновь) разделяем, однако в отношении последствий нам бы хотелось заметить, что сегодня уголовное право отнюдь не свежая веточка гражданского права, как это было в римском праве, а представляет собой развитую систему, и, признаться, эта наука столько философии не выдерживает.

Следует заметить, что против такой транслокации невменяемости главный аргумент приводится Б. Шюнеманом, согласно которому невменяемость как «исходное систематическое понятие» «в системе конституированного деянием уголовного права» не может существенно развиваться, scil. в призма принципа «субстратной» resp. «субстанциальной адекватности»<sup>1267</sup>.

**9. Четырёхпризначное понятие преступления** И, наконец, мы бы выделили инициативу Х.-Г. Йе-шека / Т. Вейгенда<sup>1268</sup> называть листское понятие преступления не трёх-, а четырёхпризначным понятием, причём ни с каким структурным изменением не имеем дело, а деяние просто выделяется как четвёртый resp. первый признак понятия преступления. Да, в рассмат-

<sup>1263</sup> Ibid., стр. 210 с, 221 сс и passim.

<sup>1264</sup> Иначе Р. González-Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektszuständen*, стр. 130, которая исходит из «разочарования нормативного ожидания» как «предмета неправды» (в рамках традиционной дифференциации неправды и вины).

<sup>1265</sup> См. G. Jakobs, *Schuldprinzip*, стр. 30 с.

<sup>1266</sup> Н. Н. Lesch, *Verbrechensbegriff*, стр. 225 сс.

<sup>1267</sup> В. Schünemann, *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, стр. 30.

<sup>1268</sup> Н.-Н. Jescheck / Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5. Aufl., Berlin, 2017, стр. 198.

риваемой схеме и деяние – ступень. Однако здесь отправной точкой по-прежнему фигурирует процессуальный аспект, а по существу этим, с одной стороны, штурмуется суть схемы атрибуирования и, с другой стороны, и без того умалённое теоретическое значение деяния тем более умаляется.<sup>1269</sup>

---

<sup>1269</sup> В контексте этого же перечня см. также сопровождающую структурную специфику в виде современного двойственного систематического расположения крайней необходимости (оправдание / экскульпация) со спектром свойственных этому автору наводящих на глубокие размышления аргументов მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, 8-ე გამოცემა, თბილისი, 2010, სტრ. 243 სს.

– III –

## ПОЛИЦЕНТРИЗМ

– §1 –

### АВТОЦЕНТРИРОВАННОЕ «ДЕЯНИЕ»

**Сегменты** Из перспективы вельцелевской критики «единого деяния» гегелианцев и Биндинга «недостаток учения о едином деянии был бы не настолько сокрушительным, если бы части, на которые разделилось деяние, вместе взятые представляли собой действительное деяние. Однако именно в этом заключается главная ошибка: *части*, на которые распленилось деяние, не верны, форма дифференциации ошибочна, – однако ошибочность не в том, что вообще «дифференцировалось». Поскольку без идейного деления субстанциальных моментов – назовём мы их «сторонами», «моментами» или «элементами», терминология здесь ничего не решает, – без этого идейного деления предмет познания для дискурсивного человеческого познания невозможен»<sup>1270</sup>.

Хотя если понятие деяния в общем распространяется на всю систему преступления, то деяние и без того лишь настолько может быть «единым», насколько понятие преступления, но не как объект абстрактного приспособления для «последующих» признаков преступления, как это преимущественно встречается поныне с момента субституирования понятия деяния гегелианской школы натуралистическими концепциями. В свою очередь, именно это последнее натуралистически-абстрактное «единство» не отличается ни в коем случае теоретической эффективностью, а направлено на такое структурирование системы преступления, которое применимо только в рамках формальной квалификации деяния преступлением.

---

<sup>1270</sup> Н. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, стр. 120.

**Целостность** В системе преступления, предлагающей системно-специфически профилированный взор на материальность понятия деяния можно, в отличие от этого, исходить только из компонентов, релевантных с точки зрения неправды деяния и вины<sup>1271</sup>: *уголовно-правовое деяние в актуальной с точки зрения понятия преступления «целостности» не есть ни соответствующее составу преступления, ни противоправное и ни виновное*. В любом противоположном случае имеем дело по меньшей мере с плеоназмами. Несмотря на то что не существует вины без релевантных в аспекте неправды деяния моментов, она никогда не в силе отображать всю специфику понятия деяния, что в рассматриваемом ракурсе в равной степени касается отношения систематической ткани неправды к дальнейшим фрагментам понятия, в частности в обоих аспектах, так как отдельно взятая неправда *in abstracto* воспринимается как составляющая системы преступления. Где «единое» уголовно релевантное поведение как деяние может быть виновным, прежде всего, имеет место просто негативирование материально определяющей плоскости, так как деяние в уголовном праве не может ограничиваться «сегментными» моделями поведения; однако структурно автоцентрированное поведение по той же причине не может соответствовать также неправде, оставаясь даже как таковая в этой плоскости и без того неразвёрнутым<sup>1272</sup>.

Таким образом, в качестве виновных или соответствующих неправде в строгом смысле могут восприниматься именно только соответствующие компоненты уголовно-правового деяния, вряд ли, в отличие от этого, – само уголовно-правовое деяние. Позиция, согласно которой структурная идентичность систематически релевантного поведения не корреспондирует с его формой, вытекающей из метасубсидиарного понятия деяния, как будет показано, ведёт к функциональной конкуренции вины и преступления.

<sup>1271</sup> Причём, м. п., догматически уже с каких пор привычная дифференциация релевантных с точки зрения неправды и вины интеллектуально-волевых элементов (см. Lackner/Kühl, StGB, 15/34), дополняемая «внешними» показателями в плоскости неправды, истинно теоретически ни о чём не свидетельствует.

<sup>1272</sup> Ср. G. Jakobs: Strafrecht AT, 6/2; Handlungsbegriff, стр. 34.

## ПРИНЦИП ВЕРТИКАЛЬНОСТИ

### Конкуренция вины и преступления

Согласно основателю трёхпризначной системы преступления Листу, «преступление намечает задачу применить к конкретному составу деяния конкретную правовую норму»<sup>1273</sup> и далее: «Эта задача естественно делится на три части. Сначала следует установить состав деяния (...). После этого необходимо найти применимую норму и истолковать её (...). Наконец, третья часть технико-юридической задачи состоит в применении правовой нормы в отношении состава деяния, субсумировании состава деяния под закон, выводе (...): «обвиняемый виновен»»<sup>1274</sup>.

Сложно не заметить, что таким образом понятие преступления может рассматриваться вообще только как формальное понятие: если, с одной стороны, преступление намечает задачу «применить к конкретному составу деяния конкретную правовую норму», а, с другой стороны, «применение правовой нормы в отношении состава деяния» – признак сферы вины, то понятие преступления функционально коллидирует с понятием вины и тем самым лишается всякой качественно специфицируемой ценности.

В свою очередь, это отнюдь не методологическая девиация в этом конкретном случае, а интегральная характеристика каждого понятия деликта<sup>1275</sup>, основанного на натуралистически или в той же мере квазисоциально абстрактифицированном «деянии»<sup>1276</sup>, что свидетельствует о том, что «деянием» как структурным элементом системы преступления его градатимный анализ кодирован уже в исходной точке. – Соответствие составу преступления (деяния), противоправность и вина как «ступени»<sup>1277</sup> системы преступления, т. е. как «вертикально» расположенные признаки преступления<sup>1278</sup> ве-

<sup>1273</sup> F. v. Liszt, Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung, стр. 231.

<sup>1274</sup> Ibidem; F. v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 5. Aufl., стр. 119 с.

<sup>1275</sup> Ср. M. Kahlo, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt, стр. 18 сс.

<sup>1276</sup> Однако см., напр., E. v. Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, стр. 154.

<sup>1277</sup> Эта «трёхступенчатость», правда, в отношении плоскости неправды в самом систематическом контексте по крайней мере условна (см. G. Jakobs, Strafrecht AT, 6/59).

<sup>1278</sup> E. Beling: Die Lehre vom Verbrechen, стр. 76 сс и passim; Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre, стр. 2 с; Grundzüge des Strafrechts, 4. Aufl., стр. 24 сс; Die Lehre vom Tatbestand, стр. 11 и passim; G. Radbruch, Handlungsbegriff, стр. 71.

дут к тому, что «ступень преступления» «вина» действительно проявляет функциональную конкуренцию с самим понятием преступления: в силу того что вина своей предпосылкой имеет неправду, по данной схеме, которая лежит в основе и современного учения о преступлении, каждое виновное «деяние» – преступление<sup>1279</sup>, т. е. преступление уже теряет конституирующую наказание функцию, которую можно было бы существенно различить от той же функции вины<sup>1280</sup>.

**Теория и дидактика  
ответственности**

С учётом вышеизложенного понятия преступления и вины относятся к идентичной «функциональной» плоскости, что, в свою очередь, отчётливо исключает теоретически исправное отношение рассматриваемых признаков с понятием преступления<sup>1281</sup>: преступление как система всех функционально релевантных моментов здесь фигурирует исключительно как *чисто дидактический конструкт*. Однако переоценка чего, прежде всего, желательна – это уже в основе противоречивая квазистабильная структура систематически релевантного поведения. Функциональная дифференциация понятий преступления и вины, другими словами, затрудняется уже в силу того, что признаки преступления ни в одном понятии с его топогенными компонентами не коррелируют, а надстраиваются – чисто внешне – на структурно-технически ориентированное «деяние». От принципа вертикальности, который там постулирован основной

<sup>1279</sup> См. Liszt/Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932, стр. 222.

<sup>1280</sup> Если Белинг невозможность независимого от противоправности установления вины – однако ещё отнюдь не в истинно функционально воспринимаемой системе преступления (см. Н. Н. Lesch, Verbrechensbegriff, стр. 182; ср. E.-J. Lampe, Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems, in: FS Roxin, стр. 45 cc) – обосновывает тем, что в противном случае «выдвижение понятия вины было бы достаточно», и «в нём всё необходимое для учёта с точки зрения противоправности было бы включено», (E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, стр. 141), этим он хотя и выявляет рассматриваемую диссонансность, но решает вопрос существенно по-иному, делая при этом выбор не в пользу уголовно релевантной спецификации понятия деяния, а в пользу «формализации» принципа вертикальности (ibid., стр. 25, 41, 78 и passim; E. Beling: Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., стр. 140 c; Unschuld, стр. 86). Однако что после чего должно быть устанавливаемо есть именно только дидактический вопрос, и это не затрагивает теорию системы преступления даже в её самой окраинной периферии.

<sup>1281</sup> Наряду с этим для истинно теоретического структурирования системы преступления иррелевантно, меняется ли в отношении назначения наказания подобная констелляция признаков преступления (Lackner, StGB, § 46/23), так как систематическая функция преступления не может ограничиваться определением вида и размера наказания (глубже к вопросу в целом W. Frisch, Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff, стр. 238).

тенденцией<sup>1282</sup>, в сфере квалификации преступления вряд ли можно отказаться. Однако тест на «технико-юридическую» эффективность и призма теоретичности не являются тождественными знаменателями. Если, в отличие от этого, дело касается неправды и вины в рамках понятия деяния, выделяется, между прочим, возможность конкретизации функциональных взаимоотношений между преступлением и виной, а именно вследствие метадидактической дифференциации понятия и конститутивного признака понятия, при которой уголовная ответственность может основываться только на деянии в целом.

---

<sup>1282</sup> Точнее, «структурно-техническим понятием деяния» как «дидактически полезной начальной ступенью деликта»: G. Jakobs, *Handlungsbegriff*, стр. 13, где он предстаёт недвусмысленным предметом (критического) анализа, однако инициированный рассматриваемым понятием сам иерархический *modus procedendi* только как дидактически определяющая формула остаётся непознанным.



## ПЛОСКОСТЬ ГЕТЕРАРХИЧНОСТИ

**Полицентризм** То, что систематически не может существовать ни соответствующего неправде и ни виновного «деяния», а рассуждать можно только о соответствующей неправде составной части и виновной составной части, указывает, следовательно, на специфическую задачу уголовно-правового понятия деяния, формирующего *преступление* в своей комплексности как *генеричное* основание ответственности в уголовном праве. Перспектива вертикально расположенных признаков преступления есть перспектива структурно-технического функционализма, и в рамках институционально компетентной интеракции, точнее, в призме генеральной перманентности уголовно-правового отношения она, несмотря на любые старания, ничего в себе не воплощает.

То, что в противоположность этому вытекает из истинно функциональной концепции, есть исключительно *гетерархическая resp. полицентрическая система преступления*, которая лишь там обретает действительность, где имеем дело с интеракционным – *так как* налицо институционально компетентная интеракция (= правоотношение): интерперсональным – определением. Такая система преступления, например, в условиях деяния как структурного элемента изначально недоказуема, скажем, и тогда, если отвергать всякую зависимость вины от неправды, ибо оно в своей абстрактности – специфический показатель системы, структурно-технические функции которого могут лишь исключать всякую возможность паритетных корреляций в рамках системы<sup>1283</sup>, в её целостности.

**Специфика** Таким образом, дело, прежде всего, касается того, что направление определяется не элементами, а понятием преступления, и определённые промежуточные решения возможно было бы получить уже из нормативного учения о деянии Г. Якобса<sup>1284</sup>, хотя там они отсутствуют. В случае невиновной неправды, соответственно, не наличес-

<sup>1283</sup> См. W. Maihofer, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, стр. 7 сс; ср. C. Roxin, *Strafrecht AT I*, 8/50 с, 53 сс, 66.

<sup>1284</sup> См. также P. González-Rivero, *Strafrechtliche Zurechnung bei Defektszuständen*, стр. 130, причём, однако, как отмечалось, предмет неправды и предмет вины, оба всё ещё вне всякой комплексности, должны породить предмет «упрёка».

твует не только деяние, а уже в силу этого в любом случае – т. е. как интеракционно, так и односторонне-«коммуникативно»<sup>1285</sup> – не существует и совершенного облика самой неправды, потому как она фигурирует вне понятия деяния resp. преступления, попытка переноса основного акцента на которое имеет место в контексте постулированного перехода от дидактики к теории.

В основе тезиса Якобса в отношении неправды, словно дело касается простой «эфмерности» как единственно возможного вида её проявления, лежит именно принцип вертикальности, и, соответственно, представляет собой рудимент структурно-технического функционализма в рамках теории уголовно релевантного поведения. Развивается ли значение неправды как невиновной неправды вне понятия деяния, включающего всю систему преступления или даже в связи с виной вне «деяния» как «вспомогательного понятия», в рассматриваемом контексте безразлично. Всеобщая привычная ссылка на преступление как на «виновное деяние», где это выходит за рамки структурно-технической комплексии, в свою очередь, олицетворяет лишь очередной случай того же рудимента, поскольку вина, как уже выделялось, не может осмысляться как вариация всего уголовно релевантного поведения.

Однако, прежде всего, что есть преступление, определяется, следовательно, не в соответствии с «собственными» правилами учения о структуре преступления, протянутых до отрезка теоретически определяющего, а как раз наоборот, от учения о преступлении как от учения о *деянии* и зависит существенный облик его элементов. Хотя гетерархическая система преступления никогда не вытекает из односторонне-«коммуникативно» конституированного понятия деяния, которое в уголовно-правовом отношении ограничивается измерением исключений. Каждая вышеуказанная «комплексность» неправды хотя подтачивает смутный диапазон градатимного подхода, но указанные паритетные отношения кристаллизуются не там, где полновесный облик вины не требует подобных спецификаций в понятии деяния в теоретически исчерпывающем смысле, т. е. в соответствии с максимально последовательно развитым нормативным учением о деянии и на основе возможного в его пределах (нормативного) понятия вины.

---

<sup>1285</sup> Что касается различий в данном контексте, они по существу расположены, скажем так, не в сфере коммуникации, т. е. коммуникация и правоотношение не представляют собой синонимичные формы проявления интеракции.

Соответственно, окончательная ясность не достигается на основе гипотезы, по которой деяние не относится к формалистским взаимосвязям как структурный элемент системы, так же как ядро полноценной теории, которая должна быть представлена учением о деянии, не ограничивается количеством инкорпорированных деликтом компонентов в смысле сублимированного схематизма<sup>1286</sup>, а решающе, какого учения или какой полноценной теории в этом контексте касается дело.

**Функционализм** Тот факт, что гетерархическая система преступления вырисовывается только по следам функционального понятия деяния, следовательно, может быть чем угодно, но не случайностью. Истинно функциональная плоскость есть плоскость интеракции, и уголовно-правовое понятие деяния не завершается в данном контексте до тех пор, пока не происходит реализация «виновного поведения» в качестве предмета наказания. Вне деяния в теоретически исчерпывающем смысле в соответствии с этой ситуацией наряду с неправдой может уже и вина осмысляться вне абсолютной теории наказания, т. е. её полный, актуальный для понятия деяния облик также не может, исходя из этого, относиться в качестве дефинитивной единицы к сфере тавтологического. Однако если в этом контексте в случае дефицитной вины всё-таки следует говорить о деянии<sup>1287</sup>, в то время как «противоправным деянием» как таковым и здесь ничего не достигается, это всего лишь различия ниже актуальной степени. Ибо отношение к понятию преступления в его теоретически решающей полноценности иначе, чем в соответствии с той или иной преинтеракционно конципированной моделью, в обоих случаях идентично.

Гетерархическая панорама, выходящая за рамки всякой формально-функциональной позиции классификаторских конструкций, в свою очередь, не исключает и листско-белингско-радбрухский принцип вертикальности; а в последнем случае дело касается *вспомогательного* принципа, проявляющегося в качестве дидактического атрибута квалификации деяния преступлением. Таким образом, определяющее различие не в структуре, а в перспективе, из которой воспринимается система преступления: процессуально-технически или истинно теоретически. Чего в соответствии с этим в отно-

<sup>1286</sup> Как это, по-видимому, на этом уровне у G. Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 41 cc, Strafrecht AT, 17/19 всё-таки имеет место.

<sup>1287</sup> Scil. ни в какой мере в смысле дидактически продиктованной абстрактной дистинкции, а в виде интеракционно конституированного исключения.

шении гетерархической системы преступления касается дело, есть также не расширение одностороннего отношения признаков преступления во взаимоотношение как таковое, а именно перенос главного акцента от элементов преступления *resp.* структуры преступления на понятие преступления – шаг, реализуемый только *в интеракционно сформированной программе уголовного права*, порождающей полноценную теорию уголовно релевантного поведения в рамках перманентности уголовно-правового отношения.

**Вредная вина**      Ничего не имеем против таких базисных условностей, как правовое добро или противоправность и многое другое, включая, если угодно, даже вину, однако позвольте спросить: если во всей системе преступления, будь это российская или немецкая модель, нигде не фигурирует ни право и ни обязанность, кто делинквирует, и кто наказывает? А в действительности субъект преступления – субъект уголовно-правового отношения, и эксклюзивная сфера (проявления) деликтного поведения – правоотношение, *в виде нарушенного субъективного права и нарушенной обязанности*.

В то же время, как отмечалось выше, теоретического детерминанта неэквивалентного акцентирования в системе преступления (объективного и субъективного аспектов *resp.*) дезавуирования субъективного права и дезавуирования обязанности не существует: адресат обязанности в силу нарушения обязанности *наказывается*, рикошетом за *вред*, вызываемый нарушением субъективного права.

Таким образом, преступление истинно теоретически характеризуется *двумя* центральными конститутивными признаками – нарушением субъективного права (вред) и нарушением обязанности (вина), в призме противоправности и наказуемости. В соответствии с этим, в свою очередь, уголовно-правовая *resp.* противоправная и наказуемая вина – это *вредная вина* (*causa libera posita*), исключая, таким образом, прежде всего, субъективистски конфигурированную «опасную вину» современного уголовного права.

**Детектор зла**      Что же касается средневекового канонического субъективизма, здесь прямо следует заметить, что уголовное право – это не *детектор зла*. Такая отрасль права даже в обозримом будущем вполне может быть сконструирована в целях оптимизации превенции, но с наказанием она несовместима.

## **Глава XVIII**

### **ГРАДАЦИЯ ВИНЫ НА ЛАГМЕ**

– §1 –

#### **ПРОЦЕНТНАЯ ШКАЛА ВИНЫ**

Умысел и неосторожность – это Проценты вины.

**Прямой умысел – 100% вины**

**Композитный умысел I ст. – 95% вины**

**Композитный умысел II ст. – 85% вины**

**Косвенный умысел – 75% вины**

**Легкомыслие – 50% вины**

**Небрежность – 25% вины**

Шкала отображает вину  
без смягчающих и отягчающих обстоятельств

– §2 –

#### **ИНСТРУКЦИЯ ПО ПРИМЕНЕНИЮ**

##### **Смягчение вины**

напр., 90% вины при прямом умысле

##### **Отягчение вины**

напр., 105% вины при прямом умысле

## **СИСТЕМА ВЫВОДОВ**

### **I. Вина – зло – вина**

Вина – это зло, и наоборот, зло – это вина. Уголовное право – это превенция зла, в исключительных случаях – преодоление зла resp. вины.

### **II. Вредная вина**

В то же время уголовно-правовая вина – это *вредная вина*, в противоположность, например, «внутренней вине» средневекового канонического уголовного права или «опасной вине» современного уголовного права.

### **III. Вина и преступление**

**A.** Двухмерная (объективно-субъективная) система преступления:

Две сферы акции, три сферы реакции.

**Б.** Сферы акции:

- а) Объективное измерение: нарушение (субъективного) права;
- б) Субъективное измерение: нарушение обязанности.

**В.** Сферы реакции

- а) Объективное измерение: нарушение с. права:
  - 1) позитивная виктимология, 2) превентивные меры;
- б) +Субъективная сфера: нарушение обязанности: наказание.

### **IV. Сущность уголовно-правовой вины**

*Causa libera nociva* – как правило, *causa poenālis*.

## **РЕЗЮМЕ**



Часть I  
ГЕНЕЗИС

Глава I  
ОСНОВНЫЕ ЭТАПЫ  
ПРЕ- И РАННЕНАУЧНОГО РАЗВИТИЯ ИДЕИ ВИНЫ

§ 1. Вина как продукт теоретического мышления

1.1. Вина – врождённая идея?

Идея вины и результирующий отсюда принцип виновной ответственности олицетворяют одно из важнейших достояний нашей цивилизации. Они с особой эклатантностью представляют человека в качестве ментального и морального творения, руководствующегося в своих оценках не инстинктами (импульсами), а рационально сконструированными принципами и идеалами. В то же время развитие содержания виновности отнюдь не воплощает в себе гомогенный процесс, и это одинаково касается как его ретроспективы, так и перспективы.

На начальных этапах антропологической эволюции для обоснования ответственности было достаточно установление *абстрактной связи* между индивидом и наступившим во внешнем мире вредным результатом, что на языке современного права называется ответственностью без вины или *объективным вменением*.

1.2. *Ius talionis*

Последующим примером невиновной ответственности предстаёт возникший позже принцип талиона, предполагающий наличие уже вместо вышеуказанной абстрактной связи *реальной каузальной связи*. Наряду с этим, тогда как в первом случае выделялось взаимоотношение между индивидом и результатом в целом, в последнем случае акцент однозначно переходит на корреляцию конкретного деяния и результата. В этом отношении абсолютизация каузальности и принцип талиона как основа данной абсолютизации несомненно свидетельствуют об определённом прогрессе.

1.4. *Идея индивидуальной вины*

Что касается вины на раннеправовом этапе, в частности идеи индивидуальной вины, в Древней Греции она из возможных двух форм ни в одной не проявляется. Здесь следует выделить преимущественное развитие древнеегипетской правовой мысли. Тем не менее в Египте сформировалась не эк-

зистенциальная индивидуальная вина, а лишь *религиозная*. Унификация *экзистенциальной и религиозной* сторон имеет место только у шумеров.

С другой стороны, неудивительно, что позже Кодексу Хаммурапи вавилонян не удаётся развить вину в виде самостоятельного социального феномена. Господство мифологического мышления в общественном сознании не создавало необходимых для этого условий.

### *1.3. Теоретическое мышление*

Как выясняется в результате исследования, первоисточник идеи вины составляет не возникновение религии или морали, а то общее, на чём возникновение религии и морали основывается – *теоретическое мышление*.

Согласно представленному в труде воззрению, вина как основание ответственности является необходимой предпосылкой *сознательного регулирования* межиндивидуальных отношений.

Таким образом, теоретическое мышление делало необходимым формирование идеи вины. Более того, если следовать до конца предложенной нами логике, окажется, что и поныне существование вины и виновной ответственности представляет собой не просто требование справедливости, а краеугольный камень уголовно-правовой превенции, необходимую предпосылку сознательной координации уголовно-правовых отношений.

## **§ 2. Учение Аристотеля о вменении и вине**

### *2.1. Нравственный габитус*

На основе принципа «нравственного габитуса» Аристотель заключает, что произвольное действие вообще не подлежит оценке ни как отрицательное, ни как положительное, так как в этом случае отсутствует всякая связь между внешним поведением субъекта и его «нравственным габитусом».

Если учесть и то, что «нравственный габитус» и субъективная воля здесь неразрывно взаимосвязаны, можно отметить, что принятый в современном уголовном праве подход особо не отличается от вышеприведённой точки зрения Аристотеля.

Субъективное поведение в то же время, если оно не связано с «нравственным габитусом» субъекта, у Аристотеля полностью исключает любое оценочное суждение и, следовательно, непригодно также в качестве предмета нормативного анализа. В связи с этим в учении Аристотеля негативное поведение, с правовой точки зрения, представляет собой категориальный эквивалент произвольного поведения.

## 2.2. Добровольность («Произвольность»)

Принцип «нравственного габитуса» не облегчает Аристотелю и восприятие неосторожности. И здесь с такой же остротой даёт о себе знать *отсутствие понятия обязанности* (В. Хардвиг), но вместе с тем достойно внимания также другое негативное обстоятельство. У Аристотеля вменяемыми могут быть только добровольные действия, а добровольным Аристотель именуется только такое поведение, принцип которого локализован в самом субъекте (целиком или в крайнем случае частично). Таким образом, если субъект (искренне) кается в своём противоправном деянии, оно не может рассматриваться как добровольное и, соответственно, как виновное. Но при неосторожности лицо может лишь в исключительных случаях не «сожалеть о содеянном», т. е. неосторожность может представлять собой виновное и наказуемое деяние всего лишь в виде исключения.

Предложенная Аристотелем методология следующего характера: вменение обосновывается добровольностью – недобровольность исключает вменение – «не-добровольность» не исключает вменение, так как она не является недобровольностью и, следовательно, совместима с вменением, несмотря на то что не может быть отождествлена и с добровольностью!

Таким образом, для Аристотеля главное то, что «не-добровольность» отличается от недобровольности как от исключающего вменение фактора, а не то, что «не-добровольность» не совпадает с добровольностью как с обосновывающим вменение фактором.

Здесь следует отвергнуть либо то, что добровольность – необходимая и единственная предпосылка вменения, либо то, что ответственность может основываться на незнании (= неучёте последствий) как на «не-добровольности», расположенной между добровольным и недобровольным.

Исходя из этого, Аристотель, безусловно, заблуждается, полагая, что сохранение добровольности как универсального ориентира вменения не препятствует обоснованию неосторожной вины.

Как видим, в рамках учения Аристотеля о вменении субъекту не может вменяться в вину ни бездействие, ни неосторожность. Ввиду этого принцип «нравственного габитуса» приводит в конечном счёте к тому, что вменение по существу ограничивается понятиями умысла и действия.

## 2.3. Принуждение

Что означает интеграция (внешнего) принуждения в понятие добровольности? Прежде всего, в уголовном праве наделение понятия добровольности столь ёмким содержанием чревато разрывом всякой связи между основополагающими принципами уголовного права и уголовно-правовой практикой.

Понятно, что так же как современная философия не сможет связать непреодолимое принуждение со свободой выбора, в современном уголовном праве оно (непреодолимое принуждение) не в состоянии конституировать виновную ответственность. Однако, с другой стороны, постулат Аристотеля (свобода выбора) содержит и весьма животрепещущий момент.

Термин «свободный выбор» – противоречивый термин, и исходя из этого, «свобода выбора» также не может быть приемлема, ибо понятие выбора дополняется компонентом свободы не извне, а включает внутренне, в виду чего нам представляется предпочтительным оперировать *свободой децизии*, а не выбора.

Исходя из всего вышеотмеченного, творчество древнегреческого философа содержит немало указаний о идее вины и вменении, большинство которых сегодня вряд ли найдёт активную поддержку, но которые уже оказали бесспорно положительное влияние на прогрессивное развитие уголовно-правовой мысли. Аристотель первый, кто считает неприемлемым ориентацию ответственности только на каузальность. В его взгляде о добровольности поведения или хотя бы в принципе «нравственного габитуса» уже более или менее выделяется роль актуальной воли с точки зрения виновной ответственности, что находит прямой отклик в римском праве в виде открытия «преступной воли» (*dolus*).

### § 3. Римское право

#### 3.1. Раннее римское право

Правовая организация общества и формирование наряду с религиозной и моральной виной гражданско-правовой и уголовно-правовой вины механически не влечёт за собой существенной материальной трансформации этого понятия (вины в общем). В большинстве случаев здесь вина – однозначно условное понятие. Хотя попытки установления определённой логической связи между виновностью и наказуемостью уже совершенно очевидны, но сущность и назначение самой виновности и наказуемости по-прежнему разъясняются непоследовательно. Номинальный, непрагматичный характер регламентации уголовно-правовой вины в значительной степени тормозил ход реструктуризации данного понятия. Рациональная сторона всё ещё в противоречивом отношении с религиозно-этическим компонентом и в полном его подчинении, что главным образом следует из формы уголовного законодательства тех времён. Г. Ф. Шершеневич: «Римская юриспруденция не смогла провести грань между правом и моралью. (...) Всё то, что считалось приемлемым и справедливым, должно было принять форму права».

3.2. *Dolus*

Прежде всего, римляне в уголовном праве различают *dolus malus* (злой, наказуемый умысел) и *dolus bonus* (добрый, ненаказуемый умысел в целях самообороны), наряду с чем наблюдается также дифференцированный подход к умыслу в частноправовом контексте, вытекающему из обмана, в форме *dolus causam dans* (ведал бы, не совершил бы сделку) и *dolus incidens* (ведал бы, не обещал бы столько, сколько обещал в действительности), первая из которых влечёт за собой ничтожность сделки, вторая – право требовать возмещение<sup>1288</sup>. Согласно римским источникам, исследованным Л. ф. Баром<sup>1289</sup>, в случае обдуманного, премедитированного умысла – *dolus praemeditatus* предусматривается более строгая мера наказания, чем в случае необдуманного, совершённого в состоянии аффекта умысла – *dolus repentinus* или *impetus* и т. д. Это, разумеется, не может приниматься за научно обоснованную дифференциацию понятия умысла, которая должна опираться на строго выработанный единый технический критерий, а налицо стихийное разветвление понятия. Тем не менее данный подход превратился в тенденцию. Так, например, каноническое право средневековой Европы – в основном – различает пять разных видов умысла; куда больше научно незримых видов представлены также в современном французском праве.

Что касается косвенного умысла в форме *dolus eventualis*, он – и, следовательно, вместе с тем нынешняя дифференциация между прямым и косвенным умыслом – в римском уголовном праве отсутствует.

3.3. *Culpa*

*Culpa* определяется римскими юристами как детерминация противоправного результата «неосторожностью или невнимательностью». Это эквивалент современной неосторожной вины, представленной в немного более рафинированном виде. В римском праве совершение преступления по неосторожности допускалось в следующих трёх формах: 1. *culpa lata* или «грубая вина»; 2. *culpa in concreto* или нарушение должной предусмотрительности во время несоциальной, индивидуальной активности (*diligentia, quam in suis*); 3. *culpa levis* или нарушение должной предусмотрительности в социальных отношениях<sup>1290</sup>.

<sup>1288</sup> F. Mackelden, *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts*, Erster Band, Giessen, 1833, стр. 241.

<sup>1289</sup> L. v. Bar, *Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform*, Band II: *Die Schuld nach dem Strafgesetze*, Berlin, 1907, § 226, стр. 432.

<sup>1290</sup> A. Kulow, *Repetitorium des gesamten Römischen Rechts*, Berlin, Stuttgart, Leipzig, 1907, стр. 282.

### 3.4. Необходимая оборона

В рамках анализа проблемы необходимой обороны отношении римского права главное то, что сформированное римскими юристами понятие необходимой обороны существенно совпадает с содержанием данного понятия в современном уголовном праве.

Наряду с этим рассматриваемое понятие в современном его виде требует уточнения: *предотвратимое лишение жизни (= убийство) или любой наказуемой тяжести телесное повреждение не может быть легитимным.*

### 3.5. Крайняя необходимость

Если же собственному или чужому правовому добру угрожает такая опасность, предотвращение которой возможна лишь повреждением (или уничтожением) имущества других, римское право называет это состояние крайней необходимостью. Условием освобождения лица от уголовной ответственности здесь служит меньшая значимость причинённого ущерба относительно предотвращённого.

Несмотря на столь принципиальную аналогичность, с этим понятием всё-таки не совпадает принятое в современной уголовно-правовой доктрине некоторых стран понятие крайней необходимости. Так, например, УК ФРГ – в отличие от УК РФ – только в том случае отрицает наказуемость деяния, совершённого в условиях крайней необходимости, если опасность, предотвращённая этим деянием, угрожала в уголовно-правовом порядке защищённому интересу самого субъекта или его близкого. Соответственно, определяющим критерием освобождения от уголовной ответственности во время крайней необходимости в УК ФРГ не является в общем защита более значимого правомерного интереса, как это было в римском праве.

### 3.6. *Ignorancia iuris nocet*

Незнание нормы уголовного права здесь признаётся нейтральным в отношении понятия вины обстоятельством, т. е. незнание нормы в данном случае не смягчает и тем более не исключает уголовно-правовую вину. Речь идёт о незнании нормы при наличии возможности легислативной осведомлённости, однако очевидно, что римские юристы такую возможность интерпретировали излишне широко. Субъект только тогда может быть обязан знать норму уголовного права, если владеет реальной, легко осуществимой возможностью знания. Это, прежде всего, подразумевает то, что законодатель должен заботиться о совершенном информировании субъекта по поводу каждой поправки в уголовном законе. А когда речь идёт о том, что «интегрированный в социальную жизнь субъект» самым естественным образом должен самооповещаться о каждой новой уголовно-правовой норме, ра-

зумеется, он генерально не может владеть реальной возможностью знания нормы. И если субъект лишён реальной возможности знания нормы, при противоправно совершённом деянии вследствие незнания нормы вина безусловно должна исключаться, невзирая на то, имеем ли дело с высоко или низко наказуемым преступлением.

### 3.7. Коллективная вина

Коллективная вина принципиально отвергалась как в теории, так и в практике римского уголовного права.

То, что большинство выработанных римскими правоведами понятий и по сей день первоначально или почти первоначально действует, свидетельствует об их как теоретическом, так и практическом совершенстве. Вина в римском праве не являлась праздным теоретическим понятием. О его прямой и действенной связи с правовой практикой свидетельствует также наличие эффективного процессуального аппарата. В Древнем Риме различали аккумуляционный (обвинительный) и инквизиционный (следственный) процессы. Вне всякого сомнения, что эти две формы судебного процесса неодинаково соответствуют требованиям справедливости, но также не должно вызывать никаких сомнений и то, что общее назначение обеих форм состоит в исследовании вины, её констатации и объективной оценке, что в данном случае главное.

Древнеримские юристы точно определили *назначение* вины, но они были далеки от верного понимания её *сути*. Точность определения назначения вины заключается в том, что римское право преимущественное значение придавало самой вине, а не последствиям вины, самому умыслу или самой неосторожности, но не вреду, вызванному этим умыслом или этой неосторожностью. П. Гарро отмечает: «В древнем французском праве, в отличие от римского права, преступный умысел теряет своё значение, в результате чего целью публичной репрессии является более запугивание, чем наказание (*plutôt l'intimidation que la punition*)»<sup>1291</sup>. Обобщая данное сравнение, можно небезосновательно заключить, что римское право значительно опережало все правовые системы Древнего мира.

## § 4. Средневековое право

### 4.1. Актуальная и преступная воля

Сравнивая доминирующие уголовно-правовые концепции Средневековья с воззрениями Аристотеля, обнаруживается, что проблема вменения и идеи вины в средневековом уголовном праве приобретают качественно новый оттенок, хотя у неё по-прежнему много общего с рассмотренной доктриной Аристотеля (например, то, что и тут в качестве исходного момента выступа-

<sup>1291</sup> P. Garraud, *Précis élémentaire de droit pénal*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, 1942, стр. 54.

ет свобода субъективной воли). Для средневековой догматики, в отличие от учения Аристотеля, не чуждо понятие обязанности. И это в значительной степени способствует обоснованию бездействия, превратившегося у Аристотеля в непреодолимый барьер. Однако средневековое уголовное право обосновывает бездействие только в той части, которая связана с уголовно-правовым умыслом, а неосторожное бездействие по-прежнему остаётся необоснованным.

Аналогичная ситуация результирует также в отношении противоправного поведения, совершённого в состоянии опьянения, преодолимой ошибки и других подобных случаях. Средневековый законодатель и здесь не предлагает «существенного теоретического обоснования», но у него и в данном случае имеется инструмент взаимосочетания субъективного поведения и субъективной воли – *culpa praecedens*.

#### 4.2. Эвентуальный умысел

На те же сложности наводит и проблема эвентуального умысла, поскольку актуальная воля и здесь всего лишь косвенно подключена к противоправному результату. Но относительно последнего вопроса имеет место гораздо более глубокая и тем более непреодолимая противоречивость. Дело в том, что, усматривая тут основание вменения вновь в субъективной воле, направленной генерально к противоправному результату, альтернативным названием эвентуального умысла ныне выделяют *dolus indirectus*, т. е. косвенный умысел.

Следует заметить, что в основе терминов «эвентуальный умысел» и «косвенный (индиректный) умысел» не заложен один и тот же принцип. Поскольку эвентуальность представляет собой признак, выражающий только интеллектуальный момент, а косвенность – только волевой момент, можно резюмировать, что интеллектуально-волеутивно этим видом умысла представлен «эвентуально-косвенный умысел», но никак не «эвентуальный или косвенный умысел». В то же время *dolus eventualis* и *dolus indirectus* на рассматриваемом этапе – два разных понятия.

#### 4.3. Покушение

Средневековое уголовное право своеобразно подходит и к вопросу о покушении на преступление, для которого оно считает достаточным всякое проявление «преступной воли». Согласно этому, такое понятие, как *неоконченное покушение*, для европейского средневекового уголовного права, было незнакомо, подобно тому как, например, для средневекового китайского права было незнакомо понятие *субъективного права*<sup>1292</sup>.

<sup>1292</sup> Подробнее Е. И. Кычанов, Основы средневекового китайского права (VII – XIII вв.), Москва, 1986.



Очевидно, что наряду с этим в средневековом уголовном праве имеет место не только недифференцированность оконченого и неоконченного покушений, а также слияние понятий приготовления и покушения.

Логическое основание того, почему рассматривается всякое проявление «преступной воли» достаточной предпосылкой наличия покушения на преступление и каждый отдельный случай покушения наказуемым, легко понять: средневековое уголовное законодательство находится под значительным влиянием религиозного мировоззрения.

Необходимо выделить, что средневековое уголовное право пренебрегает фундаментальной уголовно-правовой закономерностью: *репрессивность в уголовном праве порождается именно необходимостью превенции* и так как превентивный компонент опережает репрессивный, несомненно следует констатировать, что уголовно-правовая репрессия служит целям превенции, а не наоборот.

Основываясь на всё это, допущенная средневековыми криминалистами теоретическая оплошность вне сомнения. Иными словами, лишены всякого основания как неделимость понятия покушения, так и умаление значения добровольного отказа от преступления, ибо это механически влечёт за собой приоритизацию репрессивного компонента относительно превентивного и никак не отвечает требованиям существующей действительности.

#### 4.4. Каноническое право

Существенная, основная сторона вины акцентируется лишь средневековым каноническим правом. Хотя необходимо тут же заметить и то, что, как признаётся теория современного уголовного права, целиком приемлемое понимание вины не достигается и в каноническом праве. И причиной этому служит представленный здесь *крайний субъективизм*.

Вне всякого сомнения, что перемещение акцента на внутренние переживания субъекта, его психологическое поведение наполняет каноническое понятие вины более обширным и глубоким содержанием, чем это наблюдается в римском понятии вины. Об этом наглядно свидетельствует тщательное подразделение умышленной вины на отдельные виды. Здесь в основном представлены следующие пять видов уголовно-правового умысла:

- «1. *Dolus praemeditatus* – обдуманно принятое решение;
2. *Dolus impetus* – необдуманно принятое решение;
3. *Dolus directus* – сознательное допущение делинквентом общественно опасных последствий своего деяния (современный косвенный умысел, т. е. эквивалент эвентуального умысла);
4. *Dolus indirectus* – наступление более тяжкого последствия, чем противоправного последствия, предвиденного делинквентом;
5. *Dolus generalis* – осуществление нескольких деяний для достижения противоправного результата, когда противоправный, вредный результат выз-

ван лишь одним из них»<sup>1293</sup>. Разумеется, умышленная вина ныне вряд ли может подразделяться таким образом, так как вышеперечисленные подвиды вины не поддаются дифференциации в соответствии с волевыми и интеллектуальными признаками.

Несмотря на упомянутое достоинство, средневековое каноническое право по сравнению с римским правом менее практикабельно, потому как оно часто совершенно не отображает социальную действительность и не соответствует характерным для её отдельных сфер особенностям. Религиозно-этические принципы здесь постоянно вытесняли из уголовного права, содержания его отдельных понятий рационально-правовые принципы.

Именно этим была обусловлена в недрах данного направления опасность слияния уголовно-правовой и нравственной вины. Каноническое право рассматривало вину как субъективную волю, несмотря на то, была ли она реализована в наказуемом деянии или только направлялась к такой реализации. Это логически влечёт за собой и противоположную крайность: все деяния, совершённые в состоянии аффекта, – невиновные деяния, без учёта того, аффект патологический или физиологический или же вызван противоправным или правомерным поведением потерпевшего. В соответствии с этим при определении ответственности воля представлена в качестве непоколебимой (постоянной), психологически изолированной единицы, процесс формирования которого, то, что обусловило её возникновение, остаётся вне поля зрения. И всё это на фоне того, что психология и логика представляют собой основные тенденции Средневековья.

#### *4.5. Онтология Ф. Аквинского*

Особое влияние на средневековое каноническое право оказывает философское мировоззрение Фомы Аквинского и его последователей. Сегодня широко распространено мнение о том, что в творчестве Аквинского учение о вменении и идее вины достигло зенита своего развития. Наука современного уголовного права, как это полагают некоторые криминалисты, не только не вышла за рамки его познаний, а даже значительно от них отстаёт.

На наш взгляд, философия Аквинского хотя далека от всестороннего совершенства, но с учётом современной для него эпохи и господствующих в то время концепций его достижения можно в конечном итоге классифицировать как плодотворные (в уголовно-правовом отношении).

Как показывает анализ воззрений Аквинского, им в основу своей теории вменения положено своё же учение об иерархии бытия, где чрезвычайно выделяется способность финального мышления и особой волевой деятельности индивидов. В представленной здесь онтологической схеме каждый основ-

---

<sup>1293</sup> G. Nass, Wandlungen des Schuldbegriffs, стр. 62.

ной компонент (природное явление, «субиндивидуальное» существо и индивид) неразрывно связан с понятием цели, хотя стержневой критерий размежевания этих компонентов состоит в форме их отношения именно к понятию цели<sup>1294</sup>.

Исследуя корреляцию индивида и субиндивидуального существа, Аквинский пытается определить, в каком отношении находится с каждым из них тот или иной вид сформированных им законов. Так, например, с одной стороны, естественный закон (*lex naturalis*) представлен им как непосредственное отображение в разумных существах вечного закона (*lex aeterna*), а, с другой стороны, в сферу регулирования естественного закона вносится и поведение субиндивидуальных существ. Согласно истинному, с уголовно-правовой точки зрения, замечанию Г. Ф. Шершеневича, этим разумность невольно отрицается как присущий исключительно субъективной психике признак<sup>1295</sup>. В свою очередь: онтологии и по сей день не достаёт понятия *уголовно-правовой разумности*. Но самое главное: «субиндивидуальные» существа – это не что, а кто<sup>1296</sup>, в том числе и прежде всего в уголовно-правовом понимании ввиду их – уже регламентированных – *субъективных прав*.

В то же самое время Аквинский не совсем последовательно трактует отношение естественного закона к позитивному закону (*lex humana*). По его утверждению, естественный закон прямо определяет содержание всякого позитивного законодательства и в качестве подтверждающего аргумента приводится тот факт, что правовые системы различных стран более или менее всегда отличаются аналогичностью. Однако обоснование данного положения требует отнюдь не только того, чтобы законы различных государств одной и той же эпохи были схожи друг с другом, но и того, чтобы законы одного и того же государства различных эпох являлись аналогичными. Но в действительности это не так.

Аквинский различает два вида принуждения: внутреннее (вызванное чувствами, инстинктами, устремлениями и т. д. индивида) и внешнее (это последнее включает как физическое, так и психическое принуждение). Ни один из них сам по себе не исключает волонтерность поведения и вместе с тем его виновность.

Достоен особого внимания обстоятельный подход Аквинского к проблеме незнания нормы и ошибки в общем. Он в данном случае оперирует такими понятиями, как возможность знания и *обязанность знания*. Незнание в рамках рассматриваемого подхода не может исключать вину и уголовную от-

<sup>1294</sup> См. T. v. Aquin, *Summa theologica*, Berlin, 1887.

<sup>1295</sup> Г. Ф. Шершеневич, *История философии права*, стр. 164.

<sup>1296</sup> См. L.-G. Kutalia, *Lagma, Jubilee Edition of Legal Scientific Works*, 100 volumes, Georgia, 2018, т. 7, [www.archive.org/details/LAGMA](http://www.archive.org/details/LAGMA).

ветственность, если субъект «должен был и мог знать» о противоправности своего поведения.

Исследуя проблему воления, Аквинский выделяет четыре основных вида волевого поведения: 1) когда субъективное поведение и внутренне (субъективно), и внешне (объективно) детерминировано; 2) когда субъективное поведение внутренне детерминировано, но не детерминировано извне (к этой категории волевого поведения принадлежат такие случаи, при которых субъект желает своё поведение не как таковое, а лишь с целью избежания внешнего принуждения); 3) когда субъективное поведение не является внутренне детерминированным, но внешне детерминировано (необходимую предпосылку волюнтативности поведения в данном случае составляет то, что субъект должен обладать «возможностью и обязанностью» знания деликтного результата); 4) когда субъективное поведение не детерминировано ни внутренне, ни внешне (если субъект «может и обязан» предотвратить наступление деликтного результата). Естественно, внутреннюю и внешнюю детерминацию здесь не следует понимать в традиционном значении. В первом из них подразумевается «внутреннее воление» субъекта в широком смысле, в то время как под внешней детерминацией понимается совокупность объективных факторов, сопровождающих деликтное поведение.

Можно заметить, что всё творчество Аквинского – символическое выражение того, как основанная на объективистских принципах средневековое право склоняется к субъективизму.

Данное замечание не следует интерпретировать так, словно объективизм был окончательно элиминирован из уголовно-правовой догматики. Вовсе нет, XV век (последнее столетие Средневековья) предлагает нам такие примеры объективного вменения, которые принято считать за самые радикальные проявления объективизма. Как отмечает Н. С. Таганцев, индивидуум не являлся единственным существом, которому в упомянутой эпохе «в уголовно-правовом порядке» надлежало отвечать за своё «виновное» поведение, т. е. судебные процессы здесь проводились не только против людей<sup>1297</sup>. Поэтому очевидно, что господствующая к концу средних веков доктрина одновременно включала в себя и субъективистскую концепцию и элементы объективизма.

Несмотря на высокоразвитость современной уголовно-правовой мысли, иногда и здесь встречается – даже – одновременное проявление рассматриваемых крайностей (как в теории, так и на практике). Однако вместе с тем несомненно следует отметить и то, что современные криминалисты почти никогда не обходят стороной подобные аномалии без строжайшей критики. Так, например, Дж. Э. Стэннард считает законодательной беспринципнос-

---

<sup>1297</sup> Н. С. Таганцев, Курс русского уголовного права, С.-Петербург, 1874, стр. 7.

тью даже малейшее проявление данной контрастности в законодательной сфере<sup>1298</sup>.

Непросто согласиться с теми криминалистами (например, с Р. Салеем или Х. Брушо), которые полагают, что объективизм в средневековом уголовном праве находит своё проявление только в качестве рудимента. О рудиментарном проявлении объективизма можно было бы вести речь только в том случае, если бы это проявление было незначительным, менее интенсивным, но не таким, при котором уголовная ответственность «субиндивидуальных» существ представляла собой тривиальное явление.

В то же время, когда указывают на особое значение средневекового канонического права с точки зрения виновной ответственности, под этим следует подразумевать не то, что наряду с одним сугубо реакционным направлением проявляется другое такое же реакционное направление, а дискуссию между последними в общем и внедрение множества несомненно прогрессивных положений или их окончательное упрочение, что предстаёт как результат данной дискуссии. Это, прежде всего, касается понятий незнания (*ignorantia*) и ошибки (*error*), в частности успешных попыток уголовно-правового исследования этих понятий. В то же время, несмотря на указание Аквинского «должен был и мог» знать норму, понятия обязанности знания нормы как таковой в средневековом уголовном праве не существовало. Тем не менее следует полагать, что Аквинский исходит из необходимости наличия такой обязанности.

#### 4.5. Подвиды вины

Ввиду того что «субъективность» делинквента постепенно находит своё самостоятельное место в средневековом уголовном праве, становится необходимой дальнейшая спецификация основных форм вины. Как мы уже отметили, средневековая уголовная доктрина делит умысел на пять самостоятельных видов (*dolus praemeditatus*, *dolus impetus*, *dolus directus*, *dolus indirectus*, *dolus generalis*), к неосторожности относит такие психические состояния, как халатность (*incuria*), легкомыслие (*inconsiderantia*), непредусмотрительность (*præcipitantia*), неблагоразумность (*imprudencia*), небрежность (*neglegentia*)<sup>1299</sup>.

Хотя в понятии вины и римское право подразумевает отдельные подвиды, но это последнее не является до конца последовательным в данном контексте, так как здесь предметом более или менее последовательной спецификации выступает лишь один из её видов – неосторожность, в то время как умыш-

<sup>1298</sup> J. E. Stannard, *Subjectivism, Objectivism and the Draft Criminal Code*, London, 1985, 101 L. Q. R., стр. 541.

<sup>1299</sup> F. S. Karpe, *Institutiones philosophic moralis, Pars prima, Philosophia practica*, Moscovia, 1815, стр. 55.

ленная вина, разветвляясь хаотически, лишена тождественной стандартизации. Это не следует понимать так, словно средневековое право уже открыло теоретический (технический) критерий дифференциации. Такой критерий отсутствует как в римском, так и в средневековом уголовном праве. Единственный источник дифференциации – это правовая «практика».

Существенно то же самое можно заметить и относительно принципа дифференциации наказаний.

Однако обязанность уже бесповоротно внедряется как генеральное мерило уголовно-правовой оценки субъективного поведения. И это одинаково важно с точки зрения развития как уголовно-правовой мысли в общем, так и идеи вины.

#### *4.5. Экскурс: уголовно-правовая математика*

Принцип вины, на который твёрдо опирается современное уголовное право, представляет вину не просто в качестве необходимого, а также в качестве центрального, краеугольного ориентира ответственности, исходя из чего ни один другой субъективный или объективный признак преступления непосредственно (т. е. в обход понятия вины) не может воздействовать на уголовную ответственность ни позитивно, ни негативно (т. е. ни с точки зрения обоснования, ни с точки зрения исключения).

#### *4.6. Противоправность*

*С правомерным поведением так же совместим противоправный результат, как с правомерным результатом – противоправное поведение.*

В обоих случаях виновная ответственность должна исключаться. В том или ином виде данное замечание касается как средневекового, так и современного уголовного права.

#### *4.7. Аффект*

Современная доктрина, отрицая физиологический аффект в качестве исключаящего вину обстоятельства, руководствуется тем, что физиологический аффект хотя с особой остротой воздействует на психику субъекта, но лишает его не полностью психической возможности отдавать себе отчёт в своём деянии, т. е. быть ответственным за это деяние. Это несомненно так и есть. И здесь в очередной раз находит своё наглядное проявление резкая контрастность канонического права и современного уголовного права. Если господствующая доктрина во время физиологического аффекта для обоснования ответственности опирается на то обстоятельство, что субъект всё ещё обладал определённой психической возможностью самоконтроля, каноническое право основанием отрицания ответственности называет то, что субъект был лишён способности совершенного психологического управления своим поведением.

Одним словом, *согласно канонической догматике, уголовно-правовая репрессия не представляла собой самоцель*, как это может показаться на первый взгляд.

Должен ли в то же время (физиологический) аффект исключать виновность совершённого в состоянии опьянения противоправного поведения, во многом зависит от того, как воспринимается сама проблема совершённого в состоянии опьянения преступления. В этом контексте каноническое право приходит к существенно тому же выводу, что и Аристотель, удваивающий размер наказания делинквенту, находящемуся в состоянии опьянения<sup>1300</sup>.

Ставя себя в состояние опьянения, субъект отнюдь не уверен в том, что это неизбежно послужит причиной совершения им противоправного поведения<sup>1301</sup> (хотя здесь, конечно же, налицо *actio libera in causa*). Напротив, он обычно убеждён – пусть недостаточно основательно – в том, что сможет воздержаться от всякой неправомерности, поскольку в противном случае, как им ясно осознаётся, ему грозит уголовная ответственность, что в одинаковой степени нежелательно для каждого субъекта. Поведение, иными словами, как ныне принято называть, является рискантным.

Следовательно, если попытаться следовать основным законам теории уголовного права, при совершённом в состоянии алкогольного опьянения противоправного деяния лицо генерально должно быть ответственно за уголовно-правовую неосторожность, несмотря на то, данное поведение (т. е. само поведение, осуществлённое в состоянии опьянения) является неосторожным или умышленным.

Если осуществлённое в состоянии опьянения противоправное поведение относится к той категории предусмотренных уголовным законом деяний, совершение которых возможно только умышленно (например, кража, оскорбление), то степень уголовной ответственности может снизиться в соответствии со специально выработанным критерием или же вовсе допустима уголовно-правовая условность и с учётом этого конкретного случая мы можем считать возможным совершение упомянутых деяний по неосторожности. Это уже вопрос уголовно-правовой техники.

Так как уголовное право в условиях существующей социальной действительности не в состоянии запретить субъекту – немедицинское – принятие алкогольных напитков<sup>1302</sup> (за исключением специальных случаев), тогда как, например, незнание нормы несомненно может и должно быть предметом

<sup>1300</sup> R. Loening, *Die Zurechnungslehre Aristoteles*, стр. 43.

<sup>1301</sup> Разумеется, порой субъект ставит себя в состояние алкогольного опьянения именно с целью совершения определённого противоправного деяния, но эти особые случаи здесь не составляют предмет нашей заинтересованности, так как относительно данных случаев в рассматриваемом контексте мало чего проблематичного.

<sup>1302</sup> Скептически с точки зрения медицинского права L.-G. Kutalia, *Lagma*, т. LXXXVII.

уголовно-правового запрета. А то, что не поддаётся уголовно-правовому запрету, не может служить и в качестве отягчающего уголовную ответственность обстоятельства.

#### 4.8. Германское право

Было бы ошибочно полагать, словно каноническое право является единственным источником, выражающим уголовно-правовую мысль Средневековья. В уголовно-правовой литературе ему традиционно противопоставляется германское уголовное право.

О средневековом германском (немецком) уголовном праве можно отметить, что оно, несомненно находясь под значительным влиянием права возмездия, с последним как таковым не может принципиально отождествляться, т. е. средневековое германское право не является правом возмездия.

Тем не менее главное не то, с чем имеем дело: с правом возмездия или значительным влиянием права возмездия (это скорее фиксация проблемы, чем попытка её разрешения), а то, чем была обусловлена однозначно объективистская природа средневекового германского уголовного права.

В тезисе Э. Шмидта, где речь идёт о сложностях выявления внутреннего отношения субъекта, эта задача отображается со всей полнотой, однако его утверждение исходит не из объективной действительности. Если каноническое право могло быть в состоянии обладать способностью установления не проявленной во внешнем противоправном поведении субъективной эмоции, т. е. сугубо абстрактного противоправного расположения духа, германское право тем более должно было быть в состоянии создать себе надлежащее представление о внутреннем поведении субъекта, так как оно явно «не умаляло» значения объективной стороны преступления, что так важно с точки зрения индицирования субъективных компонентов.

Можно заключить, что средневековое уголовное право лишено *принципа рациональности*, как на примере канонического субъективистского, так и на примере германского объективистского вменения.

С другой стороны: *идея вины гораздо интенсивнее развивалась в каноническом праве, чем в светской уголовно-правовой догматике*. Так как церковным правом главное значение придавалось духовным ценностям, а не социальным отношениям, вина при нём всегда представляла собой объект преимущественного акцентирования, в отличие от чего чрезмерно утилитарный подход светского права значительно сковывал прогрессивное развитие субъективной стороны преступления, в том числе вины как центрального компонента субъективной стороны.

В то же время отграничение индивидуального интереса от публичного и дифференцированный подход к их нарушению следует признать достояни-



ем средневековой германской правовой мысли (на примере института денежного выкупа), а не проявлением её отсталости. Необходимость категориально-технического совершенствования – отдельный вопрос.

Единственная оплошность в данном отношении, допущенная германской доктриной, состоит в том, что она нарушение частного интереса также рассматривает в рамках публичного права.

#### 4.9. Обвинение

Представленный в труде анализ уголовно-правового соотношения публичного и частного интереса убеждает нас в том, что частное и частно-публичное обвинение должно претерпеть радикальные изменения не только в контексте объёма, но также и с точки зрения сущности и структуры, включая абсолютное отрицание последнего вида обвинения.

#### 4.10. Соучастие

Только «простой консенсус»<sup>1303</sup> не может конституировать уголовно-правовое соучастие. Конечно, если субъекты не сговорились о совершении умышленного преступления, не получим и соучастие в преступлении. Но именно то, что цель этого соглашения составляет осуществление преступления, означает то, что преступление в рассматриваемом моменте не осуществляется, а лишь нацелено (в виде своего проекта) на осуществление, что по своей сути не одно и то же. Но возможно ли говорить о соучастии в осуществлении преступления, если осуществление преступления фактически и не начиналось? Естественно, нет. И если это так, только «простой консенсус», согласно уголовно-правовой логике, никогда не может быть в состоянии конституировать соучастие.

В каноническом праве «злой умысел» как таковой, т. е. и в результате игнорирования контекста своего осуществления, является совершенно достаточным основанием уголовной ответственности. Мы выше уже отметили, что подобная перспектива – господство церковных догм в теории уголовного права с истинной природой уголовного права категорически несовместимо. В то же время, спрашивается, насколько оправдано религиозно, чтобы уголовное право состояло на службе религии<sup>1304</sup>.

В отношении проблемы соучастия наше внимание привлекает вопрос теоретического обоснования подстрекательства. Каноническое право в этом отношении, естественно, никаких осложнений не создавало. Но в рамках принятой в германской доктрине методологии обоснование наказуемости подстрекательства вряд ли могло быть достигнуто, ибо подстрекатель в понимании средневекового германского права «деятелен только психически».

<sup>1303</sup> W. Hardwig, Die Zurechnung, стр. 34.

<sup>1304</sup> Имеется в виду христианская религия.

#### 4.11. Покушение

С не менее маркантными трудностями имеем дело относительно проблемы покушения. Покушение в современном понимании не находит какого-либо существенного обоснования ни в каноническом, ни в германском праве Средневековья. В первом случае этому препятствует крайний субъективизм, во втором – явно объективистские принципы, которые в средневековой германской доктрине воспринимались как обыденная ординарность.

Для средневекового канонического права так же чуждо было понятие приготовления к преступлению, как для немецкого права – понятие покушения на преступление (понятие приготовления для средневековой германской догматики должно было быть тем более чуждым). Если в каноническом праве понятие покушения на основе «первого же проявления воли» считалось конституированным, очевидно, что понятие приготовления по своему содержанию абсолютно ассимилируется с понятием покушения и его существование в качестве уголовно-правового понятия теоретически немыслимо.

Однако в то же время не следует пренебрегать и тем, что, согласно немецкому праву тех времён, субъект карался за обнаруживаемое в пределах покушения «непосредственное посягательство» только как за «обособленное, завершённое в самом себе деяние». И именно в этом находит своё проявление весьма немаловажный момент, ставящий под сомнение формально-логическую основательность принятого в современной догматике взаимоотношения понятий вины, преступления и покушения на преступление.

Особенно со времени принятия Уголовного кодекса Наполеона (1810), – действовавшего, как известно, вплоть до 1994 года, – который превратил покушение на преступление из селективно наказуемого в абсолютно наказуемый вид субъективного деяния, уголовно-правовая догматика (как традиционная, так и современная) мало интересуется выяснением того, насколько допустимо говорить о виновной ответственности в случае «незавершённого в самом себе посягательства», т. е. покушения, если вина определяется как элемент преступления и никто её в то же время не упоминает в качестве элемента покушения на преступление.

Одно вне всякого сомнения: покушение на преступление по определению не является преступлением<sup>1305</sup>. Иными словами, при покушении на преступление не наличествует понятие преступления, и если утверждать, что и в случае покушения представлена вина, выходит, что вина может быть налицо при отсутствии преступления.

Что касается законодательной стороны вопроса, следует отметить, что если в ст. 7 законопроекта (общим) основанием уголовной ответственности однозначно рассматривается преступление, в рамках ст. 19, т. е. в случае поку-

<sup>1305</sup> См. параллели в британском праве 70-х годов прошлого столетия.

шения на преступление (так же, как в ст. 18, при приготовлении к преступлению), речь об уголовной ответственности прямо противоречит содержанию ст. 7, так как из содержания последней статьи чётко следует, что там, где нет преступления, не может быть и наказания. *Согласно ст. 19, субъект наказывается не за преступление, а за покушение на преступление*, что, помимо того что создаёт явное противоречие со ст. 7, вынуждает также существенно пересмотреть принятую непосредственно в господствующей доктрине концепцию о преступлении как об уникальном (единственном) общем основании уголовной ответственности.

Как видим, вокруг представленной на рассмотрение проблемы выделяется не одна догматическая или систематическая complication, преодоление которой не всегда оказывается простой задачей. Но вышепроведённый анализ в рамках господствующей уголовно-правовой доктрины без сомнений предоставляет возможность следующих выводов:

Во-первых, преступление не является *уникальным необходимым* основанием уголовной ответственности, так как в качестве необходимого основания уголовной ответственности предстают также состав преступления, противоправность и вина;

Во-вторых, преступление не является и *уникальным достаточным* основанием уголовной ответственности, потому как в виде достаточного основания уголовной ответственности выступают также покушение на преступление и (иногда)<sup>1306</sup> приготовление к преступлению;

В-третьих, преступление – *уникальное общее* основание уголовной ответственности, так как состав преступления, противоправность и вина как необходимые основания уголовной ответственности доказуемы только в качестве элементов понятия преступления, тогда как отношение данных элементов к понятиям покушения на преступление и приготовления к преступлению – квадратура круга.

#### 4.12. Грузинское право

Незаурядный вклад в однозначно прогрессивное развитие уголовно-правовой мысли вносит средневековая уголовная практика Грузии. В то же самое время, когда в германской уголовной доктрине в рамках Великого Имперского Мира Барбароссы за крупную кражу предусматривалось повешение, а каноническое право уже к концу Средневековья с усилением инквизиции непрестанно устраивало аутодафе (сожжение [на костре]) за колдовство, *царица Тамар (1184-1213) объявляет неприемлемым в уголовно-правовом отношении применение: 1. а) смертной казни, б) телесных наказаний: как чле-*

<sup>1306</sup> Имеется в виду представленное законопроектом состояние. А по действующему законодательству приготовление к преступлению наподобие покушения на преступление генерально наказуемо.

новредительных (калечащих), так и болезненных, в) наказаний, направленных против чести и достоинства человека и 2. пыток в качестве процессуального механизма<sup>1307</sup>. Следует заметить, что остальному человечеству понадобились без малого восемь дальнейших столетий, чтобы достичь того же уровня уголовно-правового развития.

## Глава II

### ИСТОКИ НАУЧНОГО ИССЛЕДОВАНИЯ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ ВИНЫ

#### § 1. Принципы Беккариа

##### 1.1. Принцип индивидуальной вины

Следом за средневековой догматикой уголовно-правовая мысль и вместе с ней идея вины теоретически чуждыми до того темпами продолжают поступательно развиваться. Можно с уверенностью отметить, что первопричиной стремительного совершенствования служит творчество итальянского криминалиста Чезаре Беккариа. Опубликованное им в 1765 году сочинение «О преступлениях и наказаниях» коренным образом изменило облик современной ему уголовной доктрины и процесса развития теории уголовного права в целом. Сформировалась система чрезвычайно прогрессивных принципов уголовного права.

Беккариа, с одной стороны, не избегает декларирования принципа вины, а с другой – принципа персональной ответственности. Хотя данные два принципа по содержанию смежны, их отождествление не может иметь место.

Главным характерным признаком принципа виновной ответственности является то, что данный принцип исключает объективное вменение, но вина в то же время может быть и коллективной, и ввиду этого принцип виновной ответственности ещё не содержит никакого указания на персональность ответственности. И наоборот: основная особенность принципа персональной

---

<sup>1307</sup> L.-G. Kutalia, R. Kutalia, Life Axioms for Universal Aboilition of Death Penalty and Life Imprisonment, Online version, Tbilisi, 2010, [www.brainguide.de/Life-Axioms](http://www.brainguide.de/Life-Axioms), Печатное издание: L.-G. Kutalia, Death Penalty in Modern Criminal Law, Bulletin of the Georgian Academy of Sciences, vol. 159, №3, 1999, стр. 541-543. В настоящем источнике все перечисленные институты – которые за весь период правления Царицы Тамар *ни разу* (законно, т. е. с согласия монарха) не были применены – признаются отменёнными впервые в уголовном праве. В средневековой Грузии рассматриваемого периода смертная казнь сохранялась формально предусмотренной за четыре особо тяжкие состава преступления (умышленное убийство, преступления против Короны), наподобие современного Объединённого Королевства Великобритании и Северной Ирландии (окончательно упразднившего данный вид наказания за последние, аналогичные составы в 1998 году, за убийство – чуть раньше: 1969 [Великобритания] / 1973 [Северная Ирландия]), однако запрет применения монархом в правовом понимании равносильен отмене.

ответственности состоит в том, что он исключает ответственность за совершённое другим лицом деяние, но принцип персональной ответственности, в свою очередь, не исключает объективное вменение, т. е. ответственность без вины. А комбинирование этих принципов, как вытекает из вышеизложенного, ведёт к неприятию, с одной стороны, объективного вменения, а с другой – коллективной вины. Вместе с тем в результате негации объективного вменения и коллективной вины возникает *индивидуальная вина* как *необходимое* основание уголовной ответственности.

Именно поэтому одновременное открытие обоих принципов следует классифицировать как важнейшее теоретическое достижение. И, наконец, центральным моментом рассматриваемой позиции предстаёт то, что для Беккариа принципиально неприемлемо доминирование в уголовном праве религиозно-этических начал, всякое проявление такого доминирования.

Этим итальянский криминалист, прежде всего, вплотную приблизился к истинному восприятию идеи права, разъясняя законодателю, что то, что выходит за рамки существующих между гражданами социальных отношений, не может быть предметом уголовно-правового обозрения.

Углубляя воззрение Беккариа, следует отметить, что *уголовное право должно в равной мере охранять общество от индивида и индивида от общества, т. е. заботиться не только о возложении широкого круга обязанностей, но и об обеспечении такого же просторного спектра прав и свобод.*

### 1.2. Презумпция невиновности

Признание принципа презумпции невиновности в уголовном процессе определяюще воздействует в материальной систематике как на содержание, так и на место и значение вины. То, что Беккариа не уделяет заметного внимания освещению данной проблемы, отнюдь не удивительно. В современном ему уголовном праве система преступления всё ещё лишена чёткой теоретической планомерности: здесь пока чужды принципы как деликтно-систематической последовательности, так и надлежащей дифференциации отдельных элементов преступления. А в таких условиях, разумеется, исследование формально-логического взаимоотношения вины и презумпции невиновности вряд ли могла быть перспективной.

### 1.3. Иммунитет невиновного

Здесь налицо три главных вывода, первый из которых преимущественно формальный, два других – эссенциальные: во-первых, понятие *предварительного* ареста, принятого и по сей день как в национальном, так и в общеевропейском континентальном и англо-американском уголовно-процессуальном праве («preliminary [?] arrest» → presumption of innocence), формально-логически прямо противоречит принципу презумпции невиновности (го-

раздо удачнее, например, новая формулировка российского уголовно-процессуального законодательства в виде «заключения под стражу» или ещё более конкретна традиционная немецкая формулировка в виде «следственного ареста»); во-вторых, *применение понятия процессуальной вины* для легитимации процессуального лишения или ограничения свободы – доктринальная необходимость, которая должна учитываться и при иных мерах пресечения; в-третьих, в результате развития принципа презумпции невиновности наряду с ним формируется новый уголовно-процессуальный принцип: *иммунитет невиновного*, который в равной мере должен соответствовать требованиям как материально-правовой, так и процессуально-правовой вины.

#### 1.4. Телеология

Если следовать точке зрения Канта и вследствие этого полагать, что основное назначение уголовного права состоит в наказании преступника, *окажется, что совершение преступления в уголовно-правовом понимании желательно*, ибо в противном случае не существовало бы возможности наказания делинквента и, следовательно, основное назначение уголовного права превратилось бы в полную беспредметность, оторванную от реальности бессодержательную идею.

В действительности же, разумеется, всё наоборот: совершение преступления не может быть желательно в уголовно-правовом отношении ввиду того, что основное назначение уголовного права состоит в предотвращении преступления, т. е. в превенции преступления, а не в наказании преступника, не в репрессии. Беккариа хотя признаёт значение превенции, но главное в уголовном праве – истинное значение *примарной* превенции остаётся непознанным.

## § 2. Воззрения Фейербаха и Штюбеля

### 2.1. Неосторожность

Главное достоинство теории вины Фейербаха заключается в том, что он хотя и безошибочно, но первым попытался выяснить значение волевых и интеллектуальных моментов в структуре вины. Некоторые из его взглядов позже обобщаются и в нормативной теории вины.

Согласно сформированной Фейербахом теории психологического принуждения, субъект сознательно делает выбор между правомерным и противоправным деянием. По его мнению, делинквент до совершения наказуемого деяния сопоставляет свои общественно опасные устремления и наказание как средство психологического принуждения. В силу этого, по утверждению Фейербаха, «мера наказания всегда должна быть настолько высокой, чтобы достигала психологическую парализацию любого противоправного

умысла»<sup>1308</sup>. По его же словам, законодатель объявляет деяние наказуемым в силу того, что оно виновно, обратная же пропорциональность этого для него имеет лишь второстепенное значение. А это означает, что в систематике уголовного права в качестве приоритетного элемента выделяется именно вина, а не наказание.

Как в случае умысла, так и в случае неосторожности Фейербах связывает понятие уголовно-правовой ответственности с нарушением обязанности. Это чрезвычайно позитивно. Однако совершенно для нас непонятно, ввиду чего считает Фейербах невозможным нарушение обязанности проявления должной предусмотрительности «неосмотрительно». На наш взгляд, данная обязанность одинаково может нарушаться как сознательно, так и неосмотрительно. В зависимости от того, нарушается ли обязанность проявления должной предусмотрительности сознательно или неосмотрительно, вина может быть умышленной или неосторожной. Более того, рассматриваемая обязанность обычно нарушается именно по неосмотрительности: возможно ли говорить о сознательном нарушении обязанности проявления должной предусмотрительности тогда, когда для субъекта категорически и во всех отношениях нежелательны наступившие вредные последствия?

Относительно неосторожной вины оригинальная точка зрения встречается и у Штюбеля. Исходный принцип его учения о вине составляет свобода воли. Указанная оригинальность же рассматриваемого воззрения заключается в том, что свободной воле немецким криминалистом предъявляются строгие, а порой слишком строгие требования. В то же время причина, в силу которой мы сочли целесообразным совместный анализ воззрений Фейербаха и Штюбеля о вине, хотя прямо связана с их специфическим восприятием неосторожной вины, но по существу заключается в необходимости исследования не этой проблемы как таковой, а отношения к понятию вины незнания закона. Как увидим ниже, в рассматриваемом контексте специфичность воззрений Фейербаха и Штюбеля находит своё проявление при структурировании ими именно неосторожной вины.

У Штюбеля содержание неосторожной вины представлено следующим образом: «1) Незнание нарушенной уголовно-правовой нормы, если существовала возможность её знания; 2) непредусмотрительность, необдуманность в случае смутного представления о соответствующем требовании нормы; 3) непредусмотрительность при недостаточной усвоенности всех обстоятельств деяния; 4) поспешно ошибочное подведение деяния под уголовный закон»<sup>1309</sup>. Здесь же добавим, что Штюбель в качестве основания наказуемости рассматривает не вызванный деянием результат, а сознательно угро-

<sup>1308</sup> A. Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil I, Erfurt, 1799, стр. 42.

<sup>1309</sup> См. G. Nass, Wandlungen des Schuldbegriffs, стр. 75-76.

жаемую опасность правовому добру. А это приводит к приравниванию *culpa* с *dolus*, так как заведомое поставление правового добра в опасность как таковое явно и исключительно характерное для *dolus* свойство.

Что касается Фейербаха, здесь структура уголовно-правовой неосторожности выглядит следующим образом: «1) Совершение внешнего деяния, когда субъект осознаёт причинную связь своего деяния с возможным или легко возможным противозаконным последствием; 2) вызванное незнанием уголовного закона неосторожное деяние; 3) неосторожность по опрометчивости (чрезмерной поспешности [Übereilung]), когда преступник надлежаще не исследует своё деяние в целях его субсумции под уголовный закон; 4) неосторожность по небрежности, когда субъект не задумывался о возможной причинной связи между своим деянием и правонарушением»<sup>1310</sup>. В первом случае Фейербах, указывая на осознание каузальной связи между деянием и возможным или легко возможным противоправным последствием, имеет в виду интеллектуальный момент, характерный в современном уголовном праве для прямого и эвентуального умысла, а именно сознание противоправности. Эта его попытка явно обречена, потому как сознание противоправности и неосторожность – совершенно несовместимые категории, как в правовом, так и в этимологическом понимании (правда, когда в отношении деяния налицо умысел, а в отношении последствий – неосторожность, наличествует и сознание противоправности, но нельзя забывать, что здесь дана смешанная вина, а не только собственно неосторожность). Однако Фейербах своеобразно определяет понятие неосторожности. Он полагает, что для размежевания умышленной и неосторожной вины достаточен лишь волевой момент и различает их в зависимости от того, желает субъект противоправные последствия или нет.

## 2.2. Ignorantia iuris nocet

Незнание нормы (при наличии возможности знания), включая позицию Фейербаха и Штубеля, фигурирует в основном в пяти различных значениях: 1) как смягчающее умышленную вину обстоятельство, 2) как исключаящее вину обстоятельство, 3) как нейтральное в отношении вины обстоятельство, 4) как обстоятельство, трансформирующее умысел в неосторожность и 5) разновидность неосторожной вины<sup>1311</sup>.

В качестве доминирующего можно признать первое воззрение, так как подавляющее большинство современных криминалистов с незнанием нормы связывает именно значительное смягчение вины в рамках умысла.

<sup>1310</sup> А. Feuerbach, Revision, Teil II, стр. 52.

<sup>1311</sup> См. л.-г. კუტალია, ნორმის უცოდინრობა სისხლის სამართალში (ნორმის ცოდნის ვალდებულების ცნება), „მართლმსაჯულების მაცნე“, თბილისი, 1999, №1-2, стр. 33-41.



Однако: норма уголовного права формируется с тем намерением, что она достигнет ума своего адресата, что этот последний примет её к сведению. Если уголовно-правовые нормы не достигают поля зрения субъектов, их сознания, то они ни в какой другой форме не в силе реализовать своё назначение и тем самым лишаются и реальной юридической силы. Иначе говоря, для того чтобы уголовное право могло достичь своей главной цели – строгой упорядоченности важнейших социальных отношений, субъект несомненно должен быть знаком с содержанием нормы. Вряд ли оспоримо то, что превентивная функция уголовного закона гораздо важнее по сравнению с его репрессивной функцией, т. е. для законодателя преимущественно насущна не кара за преступление, а именно превенция преступления. Таким образом, уголовный закон создаётся «более» для гражданина, который должен принимать все меры для выполнения его каждой нормы, нежели для судьи, который анализирует вопрос об уже осуществлённом деянии. А это делает необходимым наличие *обязанности знания нормы*. Данное понятие, в свою очередь, может называться понятием Аквинского.

Единственный сдерживающий фактор в случае легислативной неосведомлённости – собственный риск адресата нормы. Т. е. государство вверяет судьбу правового добра собственному риску даже самого инертного субъекта. Отсюда, в свою очередь, заключаем, что уголовное право, заботясь менее о предотвращении преступления, своей приоритетной задачей считает наказание делинквента, что не может быть приемлемо, тем более когда дело касается современного уголовного права. Ввиду всего этого с убедительностью можно заметить, что уголовное право должно предписывать обязанность знания нормы – это элементарное требование уголовно-правовой логики.

Если субъект не знаком с той или иной нормой уголовного права, он – *потенциальный делинквент*, так как рано или поздно данное лицо непременно окажется в регулируемых этой нормой общественных отношениях и, скорее всего, нарушит её в силу отсутствия всякого представления о ней. Точнее, мы имеем дело с практически *беспредельно непредсказуемым* потенциальным делинквентом. Следовательно, незнание нормы свидетельствует не о сниженной, а о *многократно повышенной общественной опасности* адресата этой нормы

Какие изменения может повлечь в существующей догматике введение вышеупомянутого понятия? В соответствии с тем, нарушена ли норма, с требованием которой субъект не знаком, незнание нормы в одном случае превращается в конституирующее ответственность, а в другом – отягчающее ответственность обстоятельство. Если первая половина данного вывода сама собой вытекает из предложенной нами позиции, последняя непременно требует определённой генерализации. Как отмечалось выше в рамках исследования корреляции традиционных понятий умысла и ошибки, незнание

нормы не исключает умысел. Вследствие этого уголовно-правовой умысел – в традиционном понимании – налицо как в случае знания, так и в случае незнания закона и, соответственно, в этом отношении перед нами полная эквивалентность. Что же касается дополнительных компонентов, если изначально сознанию противоправности противостояла возможность знания нормы и явно отставала от неё по своему значению, на сей раз в качестве контрэлемента сознания противоправности выступает нарушение обязанности знания нормы. Итоговое решение проблемы зависит именно от выяснения соотношения последних элементов друг к другу.

Сознание противоправности хотя и является сугубо интеллектуальной категорией, но подразумевает в самом себе и такой волевой момент, как противоправное отношение действующего или бездействующего в уголовно-правовом понимании. Тем не менее это не может быть аргументом, ибо, как выделялось нами выше, и в виде лица, действующего или бездействующего в условиях законодательной некомпетентности, не имеем дело с «правомерно настроенным добросовестным гражданином». Мнимая правомерность его отношения разносится вдребезги фактом нарушения обязанности знания нормы. Однако нейтрализация указанного фактора ещё ничего не говорит о преимущественном значении последнего обстоятельства относительно сознания противоправности. Это проясняется лишь в результате дальнейшей детализации.

Когда субъект обладает сознанием противоправности, он нарушает уголовно-правовую норму в силу того, что его индивидуальный интерес находится в психологически трудно преодолимом конфликте с интересом, выраженном в этой норме, тогда как при «слепом» преступлении, совершённом в условиях незнания закона, субъект посягает на выраженный в данной норме публичный интерес без наличия упомянутого психологического барьера, атакуя при этом не просто конкретное правовое добро одноразово, а институт правового добра в целом и бесконечно. Здесь правовой организации общества противостоит естественное состояние в понимании Т. Гоббса и Дж. Локка. Следовательно, в последнем случае степень правовой (государственной) упречности должна быть относительно выше, чем в первом, что ясно указывает на примат нарушения обязанности знания нормы перед сознанием противоправности. Исходя из этого, незнанием нормы вина должна отягчаться.

Что касается практического аспекта проблемы, вследствие этого значительно возрастает необходимость оптимизации условий знания нормы, включая оптимизацию обязанности государства довести до сведения своих граждан уголовно-правовые правила поведения. Недопустимо привлекать лицо к ответственности за незнание нормы, если не создан не просто эффективный, а максимально эффективный механизм её реального знания. Иными словами, уголовный закон в целом и осуществлённое в нём любое изме-

нение должны быть настолько доступны для каждого субъекта уголовного права, чтобы для ознакомления с уголовно-правовыми императивами граждане могли обходиться минимальным напряжением воли. Это подразумевает не только а) максимальное упрощение текста закона и б) наличие уголовного закона у всех его субъектов, но и в) обязательное обучение Уголовному кодексу непосредственно до и с наступлением возраста субъекта уголовного права.

### **§ 3. Учение Таганцева (Абсолютность индивидуальной вины)**

#### *3.1. Догматика XIX в.*

Из воззрений выдающегося русского криминалиста Н. С. Таганцева наше внимание привлекает его отношение к проблеме коллективной вины, которую он принципиально отвергает. На наш взгляд, анализ данной концепции чрезвычайно важен, так как здесь представлено немало убедительных доводов в подтверждение того, почему уголовно-правовая вина должна представлять только в виде индивидуальной вины.

Необходимо отметить, что уже тогда теория коллективной вины была широко распространена. Так, например, К. Кенни, рассмотрению воззрений которого мы посвятим следующий параграф, писал: «В условиях развития коммерческого оборота, что имело место во второй половине XIX в., число корпораций возросло настолько, что оставление в силе для них права пользования прежним иммунитетом создало бы значительную опасность для общества. Поэтому теоретические трудности были отложены в сторону и ныне перед соответствующим судом в рамках обвинительного акта корпорация может преследоваться в уголовно-правовом порядке (...). Против корпорации уголовное преследование может осуществляться только за такое преступление, за которое предусмотрено наказание в виде штрафа»<sup>1312</sup>. Однако если, с одной стороны, налицо «теоретические трудности» признания коллективной вины в уголовном праве, а, с другой стороны, в условиях возросшего количества корпораций отсутствие соответствующего механизма угрожало бы обществу, отсюда отнюдь не стоит заключать, что упомянутый механизм ответственности следовало бы сформировать в рамках уголовного права, а, наоборот, надобно признавать необходимость формирования подобного механизма за пределами уголовного права.

#### *3.2. «Новая немецкая теория»*

Основная критика Таганцева в связи с проблемой коллективной вины направлена против т. н. новой немецкой теории, главными представителями которой он называет Безелера и Блюнчли. Согласно последним, юридичес-

---

<sup>1312</sup> К. Кенни, Основы уголовного права, Москва, 1949, стр. 70-71.

кое лицо как субъект уголовного права носит реальный, а не фиктивный характер. По его мнению, «сторонники этой теории, особенно Блюнчли, настолько увлеклись аналогичными явлениями в элементах возникновения и существования физических и юридических лиц, что упустили из виду, что здесь речь только о сходстве, а не о тождественности, что понятия государство, общественный организм – условные высказывания. Поэтому понятие «естественный субъект права» применялось ими даже в физическом, телесном значении»<sup>1313</sup>.

Как нам кажется, представленная Таганцевым критика могла бы быть и гораздо строже, а именно с той точки зрения, что юридическое лицо даже вообще и не мыслимо в качестве реального субъекта уголовного права в контексте обязанностей. Статус носителя охраняемых в уголовно-правовом отношении интересов ещё ничего не говорит в пользу наделения юридических лиц теми же уголовно-правовыми обязанностями. Так, например, никто не наделяет орла, охраняемого – правда, отчасти<sup>1314</sup> – в уголовно-правовом отношении от жестокого обращения, уголовно-правовыми обязанностями.

### *3.3. Вменяемость и наказуемость юридических лиц*

Что же касается собственно вопросов вменяемости и наказуемости, следует отметить, что в рамках здравого логического мышления теоретическое обоснование подобных свойств в отношении юридического лица невозможно. Действие юридического лица подразумевает определённое действие его представителя, которое он, правда, осуществляет от имени юридического лица, однако это отнюдь не означает, что данное действие осуществляется на основе согласия других членов этого юридического лица. Соответственно, когда утверждаем, что в совершении определённого действия виновен не только конкретный представитель юридического лица, совершивший в действительности данное действие, а юридическое лицо генерально, выходит, что указанное действие вменяется в вину всем членам юридического лица, так как юридическое лицо – не что иное, как совокупность входящих в его состав членов. Но насколько может быть уместно говорить о виновности группы лиц относительно того деяния, которое было совершено лишь одним из представителей этой группы и с которым ничего общего не имели и не могли иметь остальные члены указанной группы лиц? В таком случае допустимо говорить только об объективном вменении, но не об уголовно-правовой вине.

С другой стороны, например, при дорожно-транспортном происшествии наказываемся исключительно провинившийся водитель, но не само автотранспортное средство наряду с ним. Ввиду этого по существу с той же ситуацией имеем дело относительно проблемы наказуемости.

<sup>1313</sup> Ibidem.

<sup>1314</sup> Что же касается полноценной охраны, см. L.-G. Kutalia, *Lagma*, т. XXVIII.

### 3.4. Система аргументов Таганцева

Прежде всего, нам хотелось бы выделить то утверждение Таганцева, согласно которому он отрицает вменяемость юридических лиц на том основании, что эти последние не в состоянии осуществлять большинство описанных в уголовном законе составов преступлений.

На наш взгляд, юридическое лицо не потому невменяемо, что оно не в силе осуществить то или иное преступное деяние, а, наоборот, юридическое лицо именно по той причине не может осуществить то или иное преступное деяние, что оно невменяемо. А исходя из этого, юридическое лицо лишено способности совершать не только большинство представленных в уголовном законе преступлений, а оно вообще не может делинквировать в уголовно-правовом понимании.

Однако давайте рассмотрим воззрение Таганцева в рамках логики, представленной самим Таганцевым. Следует заметить, что и тут не имеем дело с полной приемлемостью.

Во-первых, если юридическое лицо не может осуществлять все составы преступлений, описанные в уголовном законе, это должно приводить не к отрицанию его вменяемости в целом, а к отрицанию его вменяемости только в сфере тех преступлений, совершить которые оно не в состоянии. Иными словами, по этой логике вменяемость юридических лиц вовсе не должна отвергаться, а должно формироваться понятие «ограниченной вменяемости» (= вменяемость в пределах только тех преступлений, совершение которых юридическим лицом не представляется «логически невозможным»).

Во-вторых, если в основу отрицания вменяемости юридических лиц кладётся то обстоятельство, что они не могут реализовывать все составы преступлений, представленных в уголовном законе, то тут же следовало бы признать абсолютную невменяемость каждого физического лица, так как ввиду специфики данных в Уголовном кодексе составов преступлений не одно лицо не в силе совершить каждое из них, что наглядно подтверждается наличием такого уголовно-правового понятия, как специальный субъект (или же, например, как обосновывалась бы в соответствии с действующим законодательством уголовная ответственность лиц в возрасте 14 лет при соответствующих преступлениях: ведь и они не способны осуществлять целый ряд составов преступлений, предусмотренных Уголовным кодексом). Следовательно, можно с уверенностью отметить, что рассматриваемое предположение Таганцева не выдерживает никакой критики даже в рамках представленной им самим логики.

Очередной аргумент из актуальной здесь системы Таганцева касается непосредственно наказуемости юридических лиц. Таганцев справедливо указывает на отсутствие превентивной функции уголовно-правовой реакции в

случае ответственности юридических лиц. Действительно, наказание ни в коей мере не может воздействовать на волю юридического лица по той простой причине, что юридическое лицо волей как таковой не может обладать, что надлежащим образом выделялось ещё древнеримской юриспруденцией в рамках критики коллективной вины.

Кроме этого, в отношении юридического лица не могут проявляться и остальные конститутивные признаки уголовного наказания. Как может применяться в отношении юридического лица, например, репрессивный элемент, т. е. причиняться страдание?

Относительно тех двух видов наказания, которые Таганцев называет применимыми к юридическим лицам видами наказания, нужно отметить, что их фактическое применение действительно возможно, но это не может сопровождаться необходимой теоретической обоснованностью, на что прямо указывает и Таганцев: «Что касается первого(...), совершение преступления, даже самого тяжкого вида, не может оправдать закрытия общества, если цель этого общества по-прежнему остаётся полезной и необходимой для государства. Также не может считаться оправданным и применение денежных штрафов (...). Может ли быть разумным взыскание штрафа в пользу государства, скажем, с общества, деятельность которого состоит в оказании помощи при морских катастрофах, в силу совершения определённого нарушения его правлением, в то время как само государство считает необходимым оказывать ему помощь определёнными субсидиями?»<sup>1315</sup>. Как нам видится, вряд ли можно привести в данном случае более убедительные доводы.

В рамках очередного аргумента, направленного против признания коллективной вины, Таганцев непосредственно выделяет значение абсолютности индивидуальной вины. Как и нами отмечалось выше, в случае коллективной вины субъект должен привлекаться за преступление, совершённое другим лицом, и, что не менее важно, в данном контексте этот первый наказывается именно в том виде и размере, в каком же и этот последний. Здесь напрашивается вопрос о том, в силу чего же всё-таки законодатель может быть заинтересован наказанием множества невиновных лиц? Это может объясняться тем, что в данных случаях наказание в основном выражается в штрафе и когда в лице ответственного субъекта представлено юридическое лицо в целом, а не конкретный субъект, совершивший преступление, масштабы денежного взыскания самым естественным образом многократно возрастают. Однако *ограничение невиновных субъектов в своих правах и свободах в силу экономических соображений недопустимо*, так как незыблемость основных прав и свобод гражданина значительно важнее экономических интересов государства. Более того, упомянутая ценность как правовая универсалия должна отличаться максимально возможным верховенством и её попи-

---

<sup>1315</sup> Ibid., стр. 13.

рание не должно быть возможным и в силу иных, неэкономических соображений.

Нам также представляется необходимым выделение приведённого Таганцевым дальнейшего аргумента, где основное внимание уделяется чисто процессуальным сложностям, связанным с коллективной виной, которые вполне справедливо представлены как непреодолимые.

Исходя из всего вышеизложенного, воззрения Таганцева о коллективной вине создают немаловажную основу для усвоения того, что коллективная вина по своей природе чужда науке уголовного права не только в силу её очевидной несовместимости с основными принципами теории уголовного права, но также и ввиду её полной неосуществимости во многих релевантных аспектах. Следует заметить, что подобный подход должен выделяться как чрезвычайно позитивная черта, характерная не только собственно для творчества Таганцева, а для русской уголовно-правовой мысли той эпохи в целом. Это, прежде всего, указывает на то, что теория русского уголовного права эпохи Таганцева, в отличие от его законодательного и практического содержания, уже устойчиво развивает истинное теоретическое значение индивидуальной ответственности.

#### **§ 4. Теория Кенни о субъективной стороне преступления**

##### *4.1. Вина как элемент преступления*

В теории Кенни о субъективной стороне преступления, так же как и в британском уголовном праве в целом, понятие вины развивается в весьма специфическом направлении. Это не теоретическое продолжение концепций представленных выше криминалистов, а возникшее совершенно независимо от этих концепций и резко от них отличающееся уголовно-правовое направление: в первом случае это была континентальная (романо-германская) правовая система, в настоящем – англо-американская (англосаксонская) правовая семья.

В британском уголовном праве формируется специальный термин, обозначающий вину: *mens rea*. Разумеется, Кенни пионером указанного направления не является, так как оно по существу берёт своё начало уже в средневековом британском уголовном праве, но он один из первых, чьё творчество содержит научное обоснование данного направления. Это наглядно выражается в опубликованном им в 1902 году дидактическом труде «Основы уголовного права», где представлена глубокая научная обработка не только проблемы вины, но и системы британского уголовного права в целом.

Тем не менее адекватная дифференциация, например, понятий вины и преступления здесь не достигается. Если отношение объективных и субъективных моментов к понятию вины такое же, как к понятию преступления, то в

чём должна заключаться специфическая теоретическая роль преступления, т. е. какое место может ему уделяться в системе уголовного права?

#### 4.2. Моральная и религиозная вина

В религиозной константе «грех» объединены понятия вины и преступления в уголовно-правовом понимании. Наряду с этим – даже в современной догматике – вместо того чтобы исследование велось, с одной стороны, в направлении дифференциации уголовно-правовой неправды и моральной (религиозной) неправды, а с другой – в направлении дифференциации уголовно-правовой вины и моральной (религиозной) вины, по-прежнему выделяется лишь последний момент.

#### 4.3. Основание уголовной ответственности

У Кенни: *там, где наличествовала вина, было отвергнуто понятие преступления, а там, где речь шла о необходимости наличия преступления, уже вообще не фигурировало понятие вины.* Значит ли это, что преступление и вина – взаимонесовместимые понятия?

Несмотря на то что уголовная ответственность концептуально здесь уже способна базироваться и на вине, Кенни не подвергает никакому сомнению необходимость понятия преступления, а, наоборот, считает вполне естественной функциональную тождественность понятий вины и преступления в данном ракурсе.

#### 4.4. Психология бездействия

Затрагивая проблему бездействия, Кенни в точности определяет уголовно-правовую природу данного понятия. В этом отношении он указывает следующее: *«С физической стороны (выделено нами – автор), поведение обвиняемого может быть активным или может заключаться в бездействии в тех случаях, когда он наделяется юридической обязанностью действия»*<sup>1316</sup>. Как видим, Кенни ведёт речь лишь о физическом отличии бездействия от действия. Таким образом, здесь бездействие отличается от действия только в одном из аспектов, а не в обоих одновременно (физическом и психическом). Другими словами, по Кенни, бездействие с психологической точки зрения – это действие.

На наш взгляд, это единственно верный подход к рассматриваемой проблеме. Но какие последствия вытекают из этой позиции относительно вины? Если действие и бездействие различаются между собой только в объективном аспекте, а субъективно идентичны, следует заключить, что вины как элемента субъективной стороны преступления различие между действием и бездействием не должно касаться, т. е., говоря об обратном, между действи-

<sup>1316</sup> Ibidem.



ем и бездействием в сфере вины не должно быть никаких различий. Так ли это на самом деле?

В действительности с рассматриваемой точки зрения дано *четыре принципиально различных вида* субъективного поведения: 1) когда лицо действует как субъективно, так и объективно (деликты, совершённые действием в случаях прямого и косвенного умысла и самонадеянности); 2) когда лицо действует только объективно, а субъективно бездействует (деликты, совершённые действием в случае небрежности); 3) когда лицо действует субъективно, но бездействует объективно (деликты, совершённые бездействием в случаях прямого и косвенного умысла и самонадеянности); 4) когда лицо бездействует как субъективно, так и объективно (деликты, совершённые бездействием в случае небрежности).

#### 4.5. *Ultra posse nemo obligatur*

После того как Кенни убедительно доказывает недопустимость конструирования уголовной ответственности только на основе внутреннего поведения, он отмечает: «С ещё более чёткими отклонениями от морали сталкиваемся в отношении неуголовно-правовых отраслей права. Данные отрасли часто связывают ответственность субъекта только с внешним поведением субъекта, которое не представляет собой следствие упречного состояния ума»<sup>1317</sup>. Таким образом, субъект не может наказываться ни только за внешне не проявленное внутреннее поведение, ни только за внешнее поведение, которое не связано с упречным внутренним поведением.

Что же касается вышеакцентированного упоминания Кенни упречности в рамках субъективной стороны преступления, особое значение этого обстоятельства обуславливается тем, что цитированное сочинение Кенни было опубликовано раньше (1903 г.), чем в немецком уголовном праве Франк заложил основу нормативной теории вины (1907 г.). Следует заметить, что в самой немецкой догматике задолго до формирования Франком нормативной теории вины нормативный момент в рамках субъективной стороны преступления также упоминается со всей отчётливостью, например, Белингом. В немецкой теории уголовного права XIX века вина как упречность встречается нередко: с точки зрения нормативности, никакого различия между вариациями оценочного термина упречности XIX и XX веков (соответственно *Tadelhaftigkeit* и *Vorwerfbarkeit*) нет. Однако это, в свою очередь, ещё не исключает возможность утверждать, что и английское уголовное право самостоятельно смогло ассоциировать момент упречности с понятием вины. Когда у Кенни упречность упоминается в отношении субъективной стороны преступления, разумеется, данное отношение распространяется и на понятие вины, хотя не по той же причине, как это могло иметь место

<sup>1317</sup> К. Кенни, Основы уголовного права, стр. 38.

у Белинга, где понятия вины и субъективной стороны фактически отождествлены друг с другом, а только в силу того, что у Кенни вина – центральный элемент субъективной стороны преступления.

Вопрос о том, какая теория уголовного права – британская или немецкая и в итоге какая уголовная доктрина – континентальная или англо-американская является первоисточником нормативной модели вины, мы оставляем открытым.

С другой стороны и по существу: как Кенни, так и английское уголовное право в целом весьма спекулятивно употребляет элемент упречности для обоснования уголовной ответственности. Как было показано выше, Кенни, рассуждая об отношении «упречного состояния ума», выделяет только внешнее поведение и ничего не указывает о непосредственной связи упречности с вредным результатом. В силу этого и возникает возможность спекулирования. Когда выделяется отношение «упречного состояния ума» только к внешнему поведению и пренебрегается его непосредственным отношением к вредному последствию, субъект может наказываться не только за тот вредный результат, вызванный внешним поведением, являющимся следствием «упречного состояния ума», который он предвидел или мог предвидеть, а также и за тот, который не предвидел и не мог предвидеть. И, что самое главное, английское право карает и за последний вид последствий.

Кенни: «Преступник должен был мочь совершение совершённого им деяния (...). Отсутствие возможности волевого действия поражает иммунитет относительно применения уголовного наказания»<sup>1318</sup>. В результате последнего вывода Кенни практически выходит, что отсутствие возможности волевого действия является исключаящим наказанием обстоятельством. Однако то, что отсутствие возможности волевого поведения представлено как исключаящее наказание обстоятельство, означает, что оно уже не может рассматриваться как исключаящее вину обстоятельство и, таким образом, установление вины не должно зависеть от того, обладал ли субъект возможностью волевой активности!

#### 4.6. Mens rea

Затрагивая непосредственно проблему вины, Кенни, прежде всего, отмечает: «Кроме двух исключений, для преступлений общего права и множества преступлений, предусмотренных статутами, всегда был необходим дальнейший субъективный признак – mens rea – в прямом смысле этого слова. Обвиняемый должен был осознавать, что его деяние могло повлечь определённые последствия»<sup>1319</sup>. Иными словами, для конституирования субъективной стороны преступления необходимо не только то, чтобы субъект обладал воз-

<sup>1318</sup> Ibid., стр. 39.

<sup>1319</sup> Ibid., стр. 39-40.

возможностью волевого действия, а также и то, чтобы субъект предвидел возможность результирования из его поведения «определённых последствий», что, словно, наглядно свидетельствует об отсутствии прямой теоретической связи между отсутствием возможности волевого действия и наказанием. Но главное то, результирует ли указанный Кенни «дальнейший субъективный признак», т. е. *mens rea*, т. е. вина, и в условиях возможности волевого действия. Иначе говоря, исключает ли у Кенни реально отсутствие возможности волевого поведения вину?

Дело в том, что Кенни рассуждает *о виновной детерминации* вредного результата, где конституированная субъективным поведением вина соприкасается не только с теми последствиями, которые предвиделись субъектом, но также и с теми, которые субъект не мог предвидеть. А с другой стороны, ввиду того что здесь речь идёт об ответственности за результат, предвидеть который лицо было не в силе, вне всякого сомнения наличие объективного вменения. Соответственно, в рассматриваемом случае имеет место в пределах одного и того же деяния и в отношении одного и того же результата соналичие вины и объективного вменения. Исходя из этого, понятие вины, сконструированное Кенни и в целом английским правом, подвергает сомнению общепризнанный постулат современного уголовного права, согласно которому объективное вменение означает вменение без вины.

#### 4.6. *Actus reus*

Кенни указывает на случаи, в которых при отсутствии *mens rea* уголовная ответственность основывается на т. н. *actus reus*. Данный термин сугубо специфического характера, и искать в романо-германской уголовной доктрине понятие с аналогичным содержанием – например, в виде неправды – было бы тщетно. В современном британском праве *mens rea* и *actus reus* сопоставляются соответственно как виновная психика (*guilty mind*) и виновный акт (*guilty act*).

У Кенни встречается множество примеров, отображающих подобную ответственность. В соответствии с одним из них, «когда слуги владельца частного развлекательного учреждения заведомо допускали нахождение в данном учреждении проституток в нарушение Закона о столичной полиции от 1839 года, он был наказан за заведомое допущение нахождения проституток в своём учреждении, несмотря на то, что данное деяние было совершено вопреки его прямым указаниям»<sup>1320</sup>. Но чем может обосновываться такое беспрецедентно масштабное расширение теоретических пределов интеллектуальных и вместе с тем волевых моментов?

Представленная у Кенни в связи с данной проблемой аргументация следующего характера: «В условиях отсутствия данного правила владелец ни од-

<sup>1320</sup> Ibid., стр. 45.

ного развлекательного учреждения не мог бы наказываться, он всегда принял бы соответствующие меры, чтобы застраховаться от уголовной ответственности»<sup>1321</sup>. Это наглядный пример того, где можно оказаться, если основывать уголовную ответственность на принципах гражданско-правовой ответственности.

#### 4.7. Абсолютная и косвенная ответственность

Как нами уже отмечалось, подобные тенденции окончательно не преодолены и в современной англо-американской уголовной доктрине. Наглядным подтверждением этому служат т. н. абсолютная или строгая (strict) ответственность и косвенная (vicarious) ответственность.

В первом случае уголовная ответственность, правда, связана с собственным деянием субъекта, но основывается не на mens rea, а только на actus reus. Наряду с этим в уголовном праве США явно просматривается тенденция окончательной отмены данного вида ответственности<sup>1322</sup>, чего нельзя сказать о современной британской уголовно-правовой догматике, где речь идёт о ещё более интенсивном развитии рассматриваемого понятия: «Многие мягко наказуемые преступления не требуют (...) установления вины. Данное воззрение главным образом оправдывается экономическими соображениями: подобные тривиальные преступные деяния не настолько важны, чтобы здесь для установления вины в целях уголовного преследования выделялись общественные средства и судебное время»<sup>1323</sup>.

В случае т. н. косвенной ответственности субъект привлекается к ответственности за деяние, совершённое другим лицом, и за mens rea, содержащуюся в том же деянии. В современной англо-американской уголовно-правовой доктрине и рассматриваемому понятию придаётся весьма важное догматическое значение. Г. Х. Гордон, исследуя в шотландском уголовном праве рассматриваемые здесь обе проблемы, отмечает: «Исключение mens rea представлено в двух видах – она может включать абсолютную ответственность, где субъект наказывается за совершённое им без mens rea деяние, или косвенную ответственность, где субъект наказывается уже за деяние, совершённое другим, так как ответственен за его поведение на основе принципа qui facit per alium facit per se: косвенная ответственность обычно представлена бок о бок с абсолютной ответственностью, но возможно получить косвенную ответственность за преступление, которое требует наличия mens rea собственно со стороны актуального преступника (the actual offender), тогда как mens rea последнего вменяется первому»<sup>1324</sup>. Как отсюда явствует, пред-

<sup>1321</sup> Ibidem.

<sup>1322</sup> N. Schmid, *Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten*, 2. Aufl., Heidelberg, 1993, стр. 186-187.

<sup>1323</sup> A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 1999, стр. 171.

<sup>1324</sup> G. H. Gordon, *The Criminal Law of Scotland*, Edinburgh, 1967, стр. 236.

ставленная в современном Кенни британском уголовном праве позиция об ответственности без собственного поведения, т. е. за совершённое другим лицом деяние, прямо отображается и в современной англо-американской уголовно-правовой догматике. Естественно, точно так же, как первый вышепредставленный случай невиновной ответственности, и этот последний может обосновываться исключительно сугубо утилитаристскими доводами.

#### 4.8. Презумпция «невиновности»

Исследуя уголовно-правовую и гражданско-правовую ответственность владельца газеты за опубликованные в ней материалы, Кенни пишет: «Ныне (...), согласно Закону о пасквиле от 1843 года, он может утверждать, что пасквиль был опубликован без его разрешения и что, наряду с этим, не имело место не проявление должной попечительности»<sup>1325</sup>. Согласно данной иллюстрации, очевидно, что субъект сам должен утверждать свою невиновность не только в случае гражданско-правовой, но и уголовно-правовой ответственности.

Однако: нет ничего удивительного в том, чтобы действовал принцип презумпции виновности там, где признаётся допустимым невиновная ответственность.

Исходя из всего вышеизложенного, понятие вины в концепции Кенни и в британском уголовном праве в целом развивается в принципиально ином направлении, чем это имело место в творчестве Беккариа или Фейербаха. Следует заметить, что ныне в англо-американском уголовном праве явно прослеживается влияние континентальной уголовно-правовой доктрины (в рассматриваемом случае прежде всего следует подразумевать признание фундаментальных нормативистских положений), но в то же время англо-американская уголовно-правовая доктрина и представленное в этой доктрине понятие вины по-прежнему продолжают развиваться в ярко выраженном специфическом направлении. Тем не менее без представленного выше сочинения Кенни, возможно, не существовало бы и настоящей монографии, ибо мой выбор на уголовное право пал именно в результате изучения этого произведения.

## § 5. Философия уголовного права

### 5.1. Кант

Кант полагает, что не наши понятия должны быть ориентированы на предметы и явления, а, наоборот, предметы и явления – на наши понятия. Соответственно, воля и свобода воли лишь настолько могут нас интересовать в связи с проблемой вины, насколько они с этой проблемой связаны, насколько

<sup>1325</sup> Ibid., стр. 43.

ко высока степень их диффузии. Все криминалисты, которые подчиняют проблему вины проблеме свободы воли, явно не по существу воспринимают данную точку зрения Канта.

Затрагивая проблему субъективной воли, Кант выделяет в индивидуе сенситивную и мыслительную – т. е. (раз)ум – способности (*sensible und intelligible Welt*)<sup>1326</sup>. В то время как воля включает в себя обе из них, желание не выходит за рамки первой способности, согласно чему воля охватывает желание, но не исчерпывается им. Из перспективы некоторых современных концепций уголовно-правовой вины совершенно немислимо, как деяние одновременно может быть соответствующим воле и противоречащим желанию. Знаменательность этого вопроса наглядно отображается как в умысле, так и в неосторожности. Представители нормативной теории вины считают, что неосторожность – неосновная, всего лишь условная форма вины, так как в ней, по их же утверждению, «не представлена субъективная воля»<sup>1327</sup>.

Достоинно особого внимания исследование взаимоотношения морали и права в концепции Канта. Его утверждение окончательно проливает свет на ключевой вопрос о том, в чём состоит главный разграничительный признак между моральной и уголовно-правовой виной. Установленное или санкционированное в уголовно-правовом порядке каждое правило поведения влечёт за собой определённый вид поощрения или наказания, что воздействует на индивида аттрактивно или превентивно. Фактор внешнего влияния, в свою очередь, вполне лишает деяние всякого морального характера, так как, по Канту, позитивная моральная воля только потому позитивна, что субъект желает её как таковую, стремится к ней внутренне, а не в силу установленного нормой наказания или стимулирования. Следовательно, юридически позитивная и морально позитивная воля – принципиально разные понятия.

Как видим, с постулатами Канта в значительной мере связано развитие идеи вины, несмотря на то что в его философии уголовно-правовое понятие вины предметом особого анализа не предстаёт. Немаловажно влияние Канта также и на развитие целого ряда других основных понятий уголовного права, включая наказание<sup>1328</sup>.

### 5.2. Гегель

Как известно, в первой половине XIX века философия права и наряду с ней уголовно-правовое учение о вине оказываются уже под влиянием творчества другого немецкого идеалиста Гегеля. Это очередной, в высокой степе-

<sup>1326</sup> I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, 5. Aufl., Leipzig, 1979, стр. 373.

<sup>1327</sup> J. Baumann, *Strafrecht. Allg. Teil*, 2. Aufl., стр. 351.

<sup>1328</sup> I. Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, 5. Aufl., Leipzig, 1979, стр. 198.

ни прогрессивный этап динамического развития вины как понятия науки уголовного права.

В своей «Философии духа» Гегель пишет: «Поскольку акт касается непосредственно сущего, в нём моё присутствие в той мере формально, в какой мере внешнее присутствие само по себе разумеется в отношении субъекта. Это внешнее сущее может изменить направление акту субъекта и представить его другим, нежели тем, чем его подразумевал субъект. Хотя каждое изменение как таковое, происходящее в субъекте вследствие действия, является его творением, субъект всё же не может признать все эти изменения своим актом, в сотворённом им признаёт своим – *своей виной* (выделено нами – автор) – только то, что было дано изначально в его знании и воле, что было его намерением»<sup>1329</sup>.

Самобытность внешнего присутствия, т. е. отношение к субъекту, означает, что деяние (акт) как внешнее проявление воли не всегда совпадает с данной волей. Преобладание в деянии внешнего присутствия над субъективной волей может проявляться и таким образом, при котором эти две стороны крайне противоречат друг другу, т. е. «преступление совершено благим намерением». Согласно этому, Гегель считает, что ответственность должна основываться не на деянии в целом, поскольку оно, как было показано, может быть следствием лишь объективной причинности, а на деянии настолько и в той его части, насколько и в какой его части оно воплощает в себе субъективную волю. Чтобы оставаться логически до конца последовательными, волю следует дополнить знанием, потому как Гегель рассматривает волюнтаривность и интеллектуальность как разные, независимые друг от друга категории, для него воля не включает в себя знание. Сформированная на основе этого гегелевская вина ведёт к полной нейтрализации безокой каузальности относительно определения ответственности, т. е. субъективная сторона преступления у Гегеля не просто необходимая, а единственная, исчерпывающая предпосылка уголовной ответственности. Иной вывод из вышепредставленного суждения исходить не может.

Несмотря на определённую противоречивость воззрений Гегеля с уголовно-правовой точки зрения, им вводится целый ряд новых понятий, на которые наука уголовного права по сей день неизменно опирается. «Этими понятиями являются волевая вина (*Willensschuld*), субъективная воля, внешнее сущее, условие обстоятельства, основание и причина, представление, цель, случайные и необходимые последствия (...)»<sup>1330</sup>. Наиболее важная из них, безусловно, конструкция волевой вины, без которой уголовно-правовая вина уже вряд ли мыслима.

<sup>1329</sup> გ. ვ. ფ. ჰეგელი, გონის ფილოსოფია, თბილისი, 1984, სტრ. 292.

<sup>1330</sup> G. Nass, Wandlungen des Schuldbegriffs, სტრ. 86.

### 5.3. *Философия ценностей*

Понятие вины находит значительное развитие и под влиянием теории ценностей. А именно Риккерт в своей философии ценностей впервые конфигурирует понятие вины в аксиологически приоритетном ракурсе. Он, прежде всего, отвергает абсолютность нормативной этики, так как считает, что провозглашение определённого правила поведения обязательным вовсе не удостоверяет его абсолютный характер. Таковым он признаёт формирующуюся в самом индивидуальном представлении систему норм, которые представляют собой объективную единицу и должны осуществляться в представлении же индивида.

На наш взгляд, абсолютизация субъективных ценностей, их отрыв от существующей действительности, включая социальный мир, может рассматриваться как прямое отрицание уголовно-правовой вины и социально значимой идеи вины в целом: в понятии вины вполне возможно выделение индивидуального или метаиндивидуального момента, но полное исключение какого-либо из них в правовом понятии не представляется допустимым (в данном случае – нормативного, т. е. внешнего момента).

#### 5.3. *«Судебная вина»*

На основе философии ценностей Риккерта и теории познания Канта Э. Вольф создаёт весьма оригинальную теорию вины. Понятие уголовно-правовой вины, по Э. Вольфу, дуалистично: вина как оценочное суждение судьи (*richterliches Werturteil*) и вина как понятие науки уголовного права<sup>1331</sup>. «Судебная вина» представлена как оценка, выраженная судьёй в качестве представителя государственной власти в отношении конкретного неисполнения предусмотренной уголовным законом индивидуальной обязанности.

Другой вид вины определяется как этическая упречность неисполнения обязанности.

В чём состоит различие? «Судебная вина» подразумевает криминально-политическую, государственную оценку деяния, а не нормативно-теоретические конструкции науки уголовного права. В то время как наука уголовного права основной акцент делает на этическую упречность деяния, в рамках уголовной политики государства всё внимание фокусируется на нарушении уголовно-правовой обязанности, т. е. здесь выделена не этическая, а собственно правовая упречность.

#### 5.4. *Уголовно-правовое понятие свободы воли*

В силу того что и в случае проблемы свободы воли имеем дело, строго говоря, не просто с аналогичной, а с абсолютно идентичной ситуацией, как в

<sup>1331</sup> См. E. Wolf, *Strafrechtliche Schuldlehre, Teil I*, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1928.



случае понятия причинной связи, безусловно следует признать неизбежность формирования уголовно-правового понятия свободы воли, в соответствии с чем: *свобода воли в уголовно-правовом понимании – это свобода умысла и неосторожности = отсутствие исключаящих вину обстоятельств.*

#### 5.5. Социологическая теория вины

Придание в вышепредставленной философии ценностей преувеличенного значения индивидуальной ценности в отношении социальной этики чревато и множеством других несовпадений. Несмотря на это, данная концепция оказала гораздо более позитивное влияние на совершенствование понятия вины, чем созданная Гольдом фон Фернеком социологическая теория вины, опирающаяся на диаметрально противоположных принципах. Здесь индивидуальная этика, в отличие от философии ценностей, совершенно игнорирована, и понятие вины основывается не на нормативной оценке, а на психосоциальном познании. Предмет интереса социологической теории составляет только сущее. Должное и исходящая отсюда вина как нарушение обязанности не то чтобы с акцентом, но даже и вскользь нигде не упоминается. Нарушенное правовое добро и причинно-следственное отношение к правовому добру – это те две теоретические опции, на которых социологическая теория основывает вину.

Уголовно-правовая вина здесь в конечном итоге *из признака преступления превращается в признак субъекта преступления.* Вследствие подобного подхода иной вывод и не мог быть достигнут, так как уголовно-правовая вина – проблема уголовного права, а не социологии.

## Часть II

## ТЕОРИИ

### Глава III

#### ПСИХОЛОГИЧЕСКАЯ ТЕОРИЯ ВИНЫ

##### § 1. Формально-логический аспект психологической модели вины

###### 1.1. Систематический ракурс

Согласно представленной в двухпризначной системе преступления методике, не установление вины должно зависеть от наличия противоправности, а, наоборот, противоправность как систематически более высокая ступень относительно вины должна констатироваться только в условиях уже констатированной вины, что является грубой незакономерностью.

Действительно, в чём может быть субъект виновен в условиях неопределённой противоправности? Можно ли говорить в уголовном праве о виновном осуществлении правомерного деяния?

Понятно, что должным образом структурированное понятие преступления не должно оставлять возможность для подобных выводов. И, что наиболее важно, главной причиной этому служит именно отсутствие систематической самостоятельности вины.

С другой стороны, не следует забывать, что преобразованная ныне в нормативную модель столь прагматичное трёхпризначное понятие преступления было создано Листом и Белингом в условиях господства и на основе психологической теории вины. В силу этого в рамках исторически справедливого созерцания проблемы нельзя обходить стороной тот факт, что концептуально *трёхпризначное понятие преступления – это психологическая модель преступления.*

### *1.2. Догматический ракурс*

Если вина – признак понятия преступления и в то же время определяется как психическое отношение к преступному деянию в целом (основанием для такой интерпретации служит, например, то, что как противоправность, так и общественная опасность здесь в качестве самостоятельных признаков преступления ранжируются выше вины), то получаем следующий силлогизм:

Вина – психическое отношение к преступному деянию.  
Вина – элемент преступления.

---

Вина – психическое отношение к вине.

Было бы также неосновательно рассматривать вину в виде психического отношения к внешней стороне как к неделимому целому. Лишь исследование взаимоотношения с её отдельными компонентами может со всей чёткостью выявить, что означает в действительности психическое отношение делинквента к объективной стороне преступления.

## **§ 2. Вина и элемент общественной опасности**

### *1.1. Традиционный подход*

А. А. Пионтковский общественной опасностью как необходимым признаком понятия преступления считал причинение вреда или опасность причинения вреда общественным интересам в целом или общественно значимому субъективному праву или правовому добру<sup>1332</sup>. Однако существует ли такое

---

<sup>1332</sup> А. А. Пионтковский, Учение о преступлении по советскому уголовному праву, Москва, 1961, стр. 29.

юридическое право, которое не отличалось бы общесоциальным значением? Разумеется, нет.

С другой стороны, при преступном нарушении определённого права это последнее нарушается не как правовой институт в целом, а только как определённая юридическая возможность отдельного гражданина. А в таком случае деяние вовсе не является общественно опасным<sup>1333</sup>, о чём выразительно отмечала Т. В. Церетели<sup>1334</sup>.

### 1.2. Новое понимание

Предлагаемое нами понимание вопроса состоит в следующем: а) *общественная опасность преступного деяния прекращается с наступлением вредного результата, б) а результат в силу имманентно присущих ему особенностей никогда не может быть опасным, он только вреден.*

Таким образом, *общественную опасность следует отличать 1) как от конкретной, индивидуально определённой опасности, так и от 2) конкретного, индивидуально определённого вреда; наряду с этим 3) необходимо размежевать понятия общественного и конкретного вреда.*

Однако это не исключает при отдельных преступлениях возможность наступления общесоциального вреда (например, при государственной измене), откуда можно заключить: а) *преступное деяние с наступлением вредного результата лишается общественной опасности<sup>1335</sup>, превращаясь во вредное и б) вред уже, как правило, является не общесоциальным, а индивидуально определённым вредом, локализованным в конкретном социальном, правовом отношении* (формально он, в свою очередь, может именоваться общественным вредом, но не по существу: если, например, вред выражается в смерти, т. е. где вред есть смерть, следует учитывать, что общество не мертво).

*Психическое отношение распространяется не на общественную опасность деяния и его последствий, а на конкретную, индивидуально определённую опасность деяния и конкретную, индивидуально определённую вредность результата.*

<sup>1333</sup> Правда, помимо некоторых исключений, нарушение субъективного права, охраняемого в уголовно-правовом отношении, априори расценивается как посягательство на публичный интерес, но, во-первых, «публичный» означает государственный, а не общественный и, во-вторых, утверждая, что преступление, причиняя вред публичному интересу, в то же время публично опасно, выходит, что субъективное деяние в отношении одного и того же объекта в одно и то же время может быть как вредным, так и опасным, что логически немыслимо.

<sup>1334</sup> თ. წერეთელი, გ. ტყეშელაძე, მოძღვრება დანაშაულებზე, თბილისი, 1969, სტრ. 37.

<sup>1335</sup> Если речь продолжается о юридически организованном обществе, а не переключается на естественное состояние, где вредное деяние может обрести силу авторитета прецедента.

### § 3. Каузальность как факультативный элемент психического отношения

#### *3.1. Традиционный подход*

Тем более не может быть позитивно перспективным исследование психического отношения к причинной связи между деянием и результатом. Это обусловлено тем, что причинная связь между деянием и результатом не является конститутивным элементом объективной стороны преступления, обоснование чего значительно облегчает опыт, накопленный в зарубежной уголовно-правовой теории.

Несмотря на то, где располагается вина – в сфере состава преступления или за её пределами, вина и каузальность всегда требуют разъединения, потому как наука уголовного права не обладает никаким средством, обеспечивающим их непосредственную формально-логическую взаимосвязь. Эти два вопроса систематически ни взаимовытекаемы, ни взаимоориентированы.

#### *3.2. Причинность бездействия*

Деликтным бездействием индивид создаёт условие наступления вредного результата, а причина его наступления может создаваться действием и ничем иным, кроме как действием. Условие и причина в данном случае – антиномичные понятия (на подобную корреляцию данных понятий указывает и Платон, но причиной он называет то, что нам представляется условием и наоборот). Причиной является то, из чего следствие вытекает неизбежно, в то время как условие представляет собой возможность беспрепятственного действия этой причины. Очевидно, что бездействием субъект создаёт не явление, откуда с неизбежностью происходит вредный результат, т. е. не причину, а всего лишь возможность беспрепятственного действия этого явления, т. е. условие.

#### *3.3. Деликт абстрактной опасности*

Хотя и на примере бездействия отчётливо выясняется, что объявление причинной связи между деянием и результатом необходимым признаком объективной стороны преступления безрезультатно, но это не единственное основание факультативности рассматриваемого признака. В некоторых случаях фактическому результату для уголовной ответственности не придаётся значение.

Если при результативном или материальном преступлении наступление противоправных последствий считается обязательным условием ответственности (подразумевается оконченное преступление), в формальном преступлении единственный ориентир ответственности олицетворяет деяние. Формальное преступление в уголовно-правовом понимании – безрезультатное преступление. И деликты абстрактной опасности как формальные делик-

ты, однако, вполне могут повлечь трансформацию внешнего мира в виде наступления вредного результата, но это уже будет связано с определением степени ответственности, но не самой ответственности как таковой. В то время как материальная причина материального преступления состоит в деянии, а формальная – в результате, в формальных составах эти оба момента монолитно включает в себя лишь деяние. В силу этого результат в отношении последнего всецело иррелевантен. Но если иррелевантен результат, не может быть релевантной причинная связь между деянием и его последствиями. Более того, во всех тех случаях, когда формальное преступление не вызывает никаких дальнейших изменений в окружающей среде, результата нет ни в уголовно-правовом, ни в объективном понимании, т. е. причинная связь между деянием и результатом – это не просто сущая иррелевантность, но и сущая ирреальность.

Исходя из вышеизложенного, причинная связь между деянием и результатом не может быть конститутивным признаком внешней стороны преступления по меньшей мере в силу двух причин: во-первых, хотя в случае бездействия налицо как деяние, так и результат, но без каузального отношения и, во-вторых, формальный деликт никогда не конституируется результатом. А это обстоятельство исключает генеральность психического отношения к указанному виду каузальности; психическое отношение лица к деянию и его последствиям – частный случай, но никак не общий.

#### § 4. Психическое отношение к форме осуществления преступления

##### *4.1. Нормативный аспект*

Запрет «Не скрывай налог!» и диспозиция обязывающей нормы «Уплати налог!», согласно К. Вольфу, должны отличаться материальной идентичностью<sup>1336</sup>. Однако если эти два требования объединить в последнее: «Уплати налог!», должно результировать, что всякая неуплата налога в то же время является и его сокрытием, т. е. конкретным преступным бездействием, что не соответствует действительности. Неуплата налога будет наличествовать и тогда, если налогоплательщик хотя не скрывает налог, но настойчиво уклоняется от его уплаты. Таким образом, запрет «Не скрывай налог!» отличается самостоятельной правовой нагрузкой и его интеграция в другую правовую норму неоправдана.

##### *4.2. Дескриптивный аспект*

Психическое отношение лица к форме совершения преступления иррелевантно с точки зрения виновности, потому как необходимость рассматриваемого субъективного элемента ни на одном этапе исследования не проявлялась.

<sup>1336</sup> К. Wolff, Verbotenes Verhalten, Wien und Leipzig, 1923, стр. 143.

Мы отвергаем не то, что психическое отношение лица к форме совершения преступления – реальность, а всего лишь то, что это релевантная реальность с точки зрения уголовно-правовой вины. Невозможно, чтобы субъект не находился в психическом отношении к определению вида своего поведения, когда он ясно осмысляет его содержание. Однако это не находит существенного отображения в пределах ни волюнтаристических или когнитивных моментов вины, ни тем более в виде автономной третьей категории, чему здесь и придаётся решающее значение.

## § 5. Понятие и система

### 5.1. *Sui generis*?

Специализированное исследование общественной опасности деяния и результата, причинной связи между деянием и результатом и к форме совершения преступления делает излишним анализ очередных компонентов объективной стороны преступления. И без этого становится объяснимо, что вина в уголовном праве не может рассматриваться как психическое отношение лица к объективной стороне своего деликтного деяния.

С другой стороны, то, что в психологической теории вина в конечном итоге представляет собой психическое отношение лица к объективной стороне преступления, выраженное в умысле или неосторожности, т. е., говоря об обратном, то, что она олицетворяет умысел и неосторожность как выражение психического отношения к объективной стороне преступления, указывает на отождествлённость в психологической теории понятия вины с понятиями умысла и неосторожности, в силу чего можно заключить, что психологическая теория самостоятельным понятием вины не оснащена.

### 5.2. Система вины

*Господствующая и по сей день интеллектуально-волюнтаристическая система вины – это открытие именно психологической теории вины.* Ни одна другая теория вины, ни до, ни после психологизма, уголовно-технической конструкции подобной значимости не создавала. Интеллектуально-волюнтаристическая или когнитивно-волевая схема вины со всеми её строго упорядоченными особенностями и есть главное достояние психологической теории вины.

## Глава IV

### КРИТИКА ПСИХОЛОГИЗМА

#### § 1. Х. Кельзен

##### 1.1. *Общеправовая критика*

Уголовное право XIX века не имеет уголовно-правового определения вины. – Это заимствованное из психологии неправовое, точнее антиправовое понятие, анализ которого проводится только психологическими способами и

методами. Современные криминалисты, характеризуя развитие вины, отмечают: «Нигде и ни в какой другой науке познания психологии не отображались так интенсивно и масштабно, как в юриспруденции XIX века (...). Даже удивительна та глубинная точность, с которой применяются сложнейшие психологические понятия и достижения. Нередки случаи, когда в посвящённом проблеме вины юридическом произведении цитируется больше специальная психологическая, чем правовая литература. В силу этого ничего необычного не было в том, что некоторые объективно настроенные криминалисты писали о полной психологизации науки права»<sup>1337</sup>.

### *1.2. Догматический ракурс*

Во втором самостоятельном виде умысла у Кельзена вина заключается только в интеллектуальной стороне! Однако если субъекту вменяется в вину только предвидение результата, виновно бездействует и связанный дежурный железнодорожного переезда или виновно действует также и лицо, находящееся в состоянии крайней необходимости или необходимой обороны, так как наступление вредных последствий и для них не могло быть непредсказуемым. Так же недопустимо, чтобы вина заключалась только в волевой стороне. Субъект может волею своё противоправное деяние и вытекающие отсюда последствия, ничего не ведая и не будучи в состоянии ведать что-либо о данной противоправности. Если в начале текущего столетия поправление целостности интеллектуальной и волевой сторон, их неделимости не составляло особого труда, ныне неразрывность этой связи по меньшей мере теоретически – непреложная уголовно-правовая аксиома. Как будет показано ниже, Кельзен был не единственным учёным, кто совершенно несправедливо пренебрегал указанным открытием психологической теории вины.

### *1.2. Систематический ракурс*

Аргументация выделения наказания в качестве главного момента здесь следующая: «Состав неправды включает такие психологические признаки, как воля и способность представления. Но вина – это ни воля и ни представление, она – существование самой этой неправды, т. е. нарушенной уголовно-правовой нормы (...). Почему и насколько – наказание, потому и настолько – вина»<sup>1338</sup>. Это крайнее искажение сущности вины, так же неприемлемое, как и психологическая концепция вины. Можно сказать, что Кельзен вышел и за рамки нормативизма, очутившись в никому неведомом зазеркалье.

Норма в обратном порядке не читается ни гражданином и не сотворяется ни законодателем. Нормативно наказание опережается всем, а из него ни-

<sup>1337</sup> G. Nass, Wandlungen des Schuldbegriffs, стр. 97.

<sup>1338</sup> Ibid., стр. 142.

чего не вытекает – это не приставка и не корень, даже не суффикс, а окончание нормы.

## § 2. Р. Франк

### 2.1. Логическая неприемлемость

Предпринятый Р. Франком критический анализ психологической теории вины сделал необратимым процесс её дезинтеграции и внедрения нормативной концепции в западноевропейском сегменте континентальной доктрины. Он однозначно отвергает основополагающие принципы психологизма и на их месте формирует ныне уже доминирующие, революционные для той эпохи нормативные положения.

Сегодня уже широко известно следующее мнение Франка: когда субъект под непреодолимым физическим или психическим принуждением совершает вредное в уголовно-правовом отношении деяние, психическое отношение к нему не вызывает сомнений; субъект желал совершения неправды, чтобы таким образом избежать неприемлемых для него последствий принуждения. Несмотря на это, как продолжает развитие своего воззрения Франк, соответствующая норма уголовного закона такое деяние не классифицирует как виновное. Отсюда он заключает, что к вине помимо психологического, следует относить и оценочный, нормативный элемент. Вследствие этого вина, по Франку, определяется как *упречность*.

### 2.2. Структура вины

Подобно Кельзену, и Франк исходит из того, что структура вины должна включать в себя больше, чем только умысел и неосторожность. В качестве двух дополнительных элементов, *превращая тем самым умысел и неосторожность из форм вины в элементы вины*, он называет вменяемость и сопровождающие обстоятельства (*begleitende Umstände*).

### 2.3. Волевая теория и теория представления

Франк обстоятельно касается также существующих в психологической теории вины основных направлений – волевой теории и теории представления, выявляя их недостатки. По его мнению, *conditio sine qua non* долуса не заключается только в предумышленном противоправном результате или только в его желании. Франк рассматривает *dolus* как «знание обстоятельств, предусмотренных составом преступления или отягчающих наказуемость, сопровождающееся выраженной в противоправном деянии волей».

На наш взгляд, приоритизация знания и воли является единственно верным способом положительного решения вопроса. Абсолютизацией результата в умысле он сделался бы неотличимым от самонадеянности (легкомыслия),



так как этот признак имманентно присущ и этому последнему. Помимо этого, представление в обход воли никогда не может быть причиной деяния.

Впрочем, и у теории представления имеется не один контраргумент. Согласно ей, представление результата может оказывать на субъекта настолько сильное влияние, чтобы лишить эффективности всякое противоположное представление.

#### 2.4. Концепция «незнания»

Оригинальностью отличаются воззрения Франка также относительно юридической ошибки. Он пишет: «Незнание уголовно-правовой нормы не исключает вменение: предусмотренное уголовным законом каждое деяние в неизбежной точности совпадает с основными принципами религии и морали. Однако если для субъекта требование уголовно-правовой нормы действительно незнакомо, это свидетельствует о том, что описанное в этой конкретной норме преступление противоречит морали и религии, что лишает её юридической силы. А отсутствие юридической силы нормы делает недопустимой речь о виновности деяния»<sup>1339</sup>.

Высказывание Франка никак не может соответствовать идее права и назначению уголовно-правовой нормы: например, нормы морали – это фактически, сами собой возникающие правила поведения. В то же время уголовное право не только санкционирует, т. е. перенимает их, но и само устанавливает (создаёт, творит) новые правила поведения. Между санкционированием и установлением кроется принципиальная разница между моралью как спящей красавицей и живым правом.

#### 2.5. Основные понятия вины

В теории уголовного права встречается и такая мысль: «Под влиянием психологии, философии ценностей и социологии 19-го века теория вины подразделилась на четыре направления: 1) психологическое понятие вины – вина как психическое отношение преступника к преступлению; 2) нормативное понятие вины – вина как противоречие обязанности (Pflichtwidrigkeit), противоценность преступного деяния; здесь понятие вины – оценочное понятие (Белинг); 3) расположенное между двумя первыми очередное, промежуточное понятие вины – вина как упречность (Франк); 4) Социологическое понятие вины – вина в формальном понимании как недостаток ответственности, в материальном понимании – как недостаток социального настроя»<sup>1340</sup>.

<sup>1339</sup> R. Frank, Kommentar über das Großherzoglich Hessische StGB, Teil I, стр. 550-551.

<sup>1340</sup> G. Nass, Wandlungen des Schuldbegriffs, стр. 115.

Как нам видится, подобный подход к воззрениям Франка является следствием чрезмерной предосторожности, что берёт своё начало в радикализации нормативизма Р. Маурахом.

### § 3. Т. В. Церетели

#### 3.1. Вина как основание ответственности

С личностью Тинатин Васильевны Церетели тесно связано динамичное развитие современной национальной уголовно-правовой мысли в рамках основанной ею же грузинской школы уголовного права. Она – первая криминалистка-доктор юридических наук в СССР (Москва, 1949, Причинная связь в уголовном праве). Следует особо выделить, что с её именем связана, например, декриминализация в Грузии укрывательства преступления, совершённого близким родственником, невзирая на интенсивное давление со стороны сознных властей.

В её обширном и необычайно глубоком творчестве важное место уделяется и изучению проблемы вины. Исследование уголовно-правовой вины в произведениях Т. В. Церетели в основном проводится по следующим трём направлениям: сущность вины, вина как конститутивный признак преступления и вина как основание ответственности. В отношении первых двух представлен критический анализ психологической теории вины, а анализ последнего вопроса целиком основывается на критике господствующего в уголовном праве субъективизма.

Разумеется, не может достигаться полноценное осмысление воззрений Т. В. Церетели о вине, если не разобраться основательно в третьей части её исследования, т. е. в значении вины при определении уголовной ответственности. Она видит основание уголовной ответственности не в вине как в элементе преступления, а в совокупности объективной и субъективной сторон преступного деяния. Вина для неё – необходимое, но не единственное условие ответственности.

В то же время вследствие анализа заключаем, что объективная сторона – лишь *causa materialis* ответственности. И наоборот: во время покушения вина также ясно вырисовывается как *causa formalis* уголовной ответственности, с которой в прямой логической связи преступление уже как *causa efficiens* ответственности и наказание как *causa finalis* уголовно-правовой ответственности.

#### 3.2. Двухпризначное понятие преступления

Если при исследовании основания преступления Т. В. Церетели главным образом занята критикой нормативистского субъективизма, рассмотрение вины как признака преступления здесь преимущественно выражается в критическом анализе принятых в психологической теории вины воззрений.

Т. В. Церетели не считает возможным разделять мнение Н. Д. Дурманова, согласно которому противоправность немыслима без вины. По той же причине она отрицает воззрения В. Н. Кудрявцева, полагающего, что «вина может не считаться необходимым элементом противоправности только в гражданском праве, так как гражданское право признаёт ответственность и без вины».

Очевидно, что тем самым Т. В. Церетели в значительной степени противоречит высказанным ею ранее своим же воззрениям, но она совершенно справедливо полагает, что вина должна представлять собой самостоятельный, ранжируемый выше противоправности признак понятия преступления.

На наш взгляд, общеправовая и в том числе уголовно-правовая *формула противоправности* должна определяться как нарушение (субъективного) права<sup>1341</sup>, вины – как нарушение обязанности.

### 3.3. Психо-нормативное понятие вины

Третий, гораздо более важный аспект в отношении вины состоит в отрицании Т. В. Церетели психологического понятия вины. Точнее, она стремится унифицировать психологическое и нормативное понятия вины. Однако атрибуирование психического отношения порицаемостью у неё производится в соответствии с различными признаками. С одной стороны, вина здесь рассматривается как «этически порицаемое психическое отношение», с другой – где предметом исследования предстаёт отношение порицаемости к понятиям преступления и вины, Т. В. Церетели отмечает: «(...) Внесение в определение понятия преступления морально-политической порицаемости деяния как самостоятельного признака излишне, так как этот момент уже представлен вместе с признаком вины. Вина – это такое психическое отношение к деянию и результату, которое заслуживает нравственного порицания со стороны общества. В силу этого внесение в определение преступления признака морально-политической порицаемости было бы признанием того, словно в других признаках преступления этот момент не содержит-

<sup>1341</sup> Нарушение субъективного права устанавливается именно на ступени противоправности, а не состава преступления, так как в последнем случае ещё неясно отсутствие оправдывающего обстоятельства. Оправдывающее обстоятельство означает не оснащение действующего в соответствии с составом преступления правовой возможностью нарушить субъективное право, а то, что уголовное право в данном случае не охраняет право потерпевшего, т. е. не признаёт его; это и понятно, ибо логически немыслимо, чтобы нарушение охраняемого уголовным правом субъективного права дозволялось уголовным же правом (исключение здесь в качестве алогизма составляет естественное – до- или внеправовое – состояние крайней необходимости, когда лицо «вправе» нападать на правовое добро, которое собственник «вправе» оборонять). И поскольку состав преступления ничего не указывает о наличии субъективного права потерпевшего, здесь не может выясняться и нарушение этого субъективного права.

ся»<sup>1342</sup>. Во-первых, порицаемость не может быть нравственной, так как порицание унижает честь и достоинство личности. Во-вторых, являются ли этическое, нравственное и морально-политическое порицание понятиями однородного содержания? Согласно проведённому в труде анализу, нет.

В то же время следует заметить, что сочетание психического отношения и морально-политической порицаемости не было шаблонностью. До В. Г. Макашвили и Т. В. Церетели этого никто не упоминал, ничего не говоря о научной обработке. Несмотря на то, на основе каких принципов было сформировано это положение и какой именно компонент в нём преимущественно выделяется, морально-политическая порицаемость психического отношения означает, что в психологическое понятие вины весьма оригинальным образом была внесена необходимость нормативной оценки.

Именно это отличает концепцию Т. В. Церетели от воззрений Г. Радбруха, и именно в силу этого можно именовать её психо-нормативной или психологически-нормативной теорией вины.

Подобно Т. В. Церетели и Радбрух полагает, что вина не может быть только психическим отношением, но в результате этого он рассматривает вину только как этически или нравственно упречное психическое отношение. Этическое или нравственное порицание противоправного деяния – это его этическая или нравственная оценка, но не правовая. Поскольку истинный правовой нормативизм под упречностью должен подразумевать не всякую, а именно правовую упречность, понятно, что определение Радбруха не отвечает в необходимой степени требованиям нормативизма в уголовном праве. Таким образом, недостижима его классификация как комплексной целостности основных качеств психологизма и нормативизма.

Различие между позициями Т. В. Церетели и Радбруха отчётливо наблюдается и на примере форм вины. У Радбруха неосторожность не относится к разновидностям психического отношения, и вследствие этого она как упречное психическое отношение и не предстаёт. Согласно ему, таковым может признаваться лишь умышленная вина, когда субъект «желает противоправный результат и знает о нём». Ввиду этого различие между этими двумя подходами обусловлено тем, что Т. В. Церетели и Радбрух по-разному представляют себе не только соответственно порицаемость и упречность, но также и содержание психического отношения.

#### *3.4. Экскурс: самооценка*

На наш взгляд, не стоит держаться на почтительном расстоянии от вопроса, насколько ценно в уголовно-правовом отношении выявление корреляции между самим психическим отношением и упречностью («порицаемостью»).

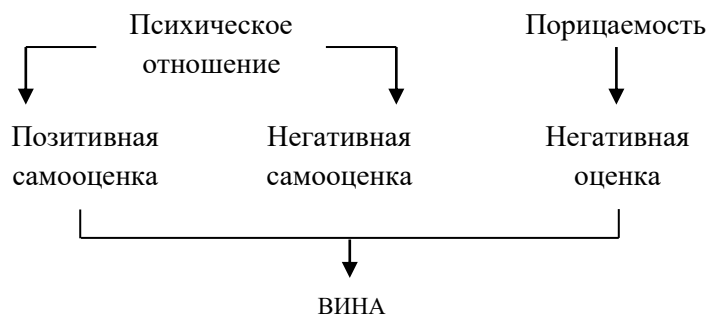
<sup>1342</sup> თ. წერეთელი, გ. ტყეშელაძე, მოძღვრება დანაშაულებზე, თბილისი, სტრ. 60.

Ныне общепризнано, что психологическое понятие вины – это понятие, лишённое оценочного момента; данный момент считается достоянием исключительно нормативизма, и это отнюдь не так. Каждый индивид к совершаемому им деянию обычно выражает удовлетворение, неудовлетворение или инертность, т. е. он подвергает своё поведение субъективной оценке. Исходя из специфической природы индивида, немислимо, чтобы он в рамках каждого психического отношения (будь это умысел или неосторожность) внутренне не оценивал своё деяние. В силу этого психическое отношение всегда подразумевает оценку. А этическое, моральное или морально-политическое «порицание» – не что иное, как оценка данной оценки.

### 3.5. Паритетность признаков

Схематически корреляция основных сторон теории вины Т. В. Цертели – психического отношения и порицаемости может в действительности выражаться следующим образом:

Как видно из данного изображения, психо-нормативная теория вины черевата негацией виновности и наказуемости во всех тех случаях, когда налицо негативная самооценка, т. е. когда субъект хотя сознательно нарушает уголовно-правовую обязанность, но внутренне осуждает, порицает собственное деяние.



### 3.6. Неопсихологизм. Неонормативизм

Необходимо здесь же выделить появление двух других уголовно-правовых дефиниций понятия вины в грузинской теории уголовного права, возникших уже после первого издания настоящей монографии. Обе из них теоретически также крайне привлекательны, одна из которых является неопсихологической моделью вины, впрочем, с лёгкостью конфигурируемой как психо-нормативная система, другая – неонормативной. В первом случае вина определяется как *интеллектуально-волевое отношение к собственному деянию и его последствиям* (Г. Т. Ткешелиадзе), во втором – *уголовно-правовая вина дефинируется как безответственное отношение к обязанности* (Г. И. Начкебия)<sup>1343</sup>.

<sup>1343</sup> См. L.-G. Kutalia, Criminal Law+, Tbilisi, 2020, стр. 26, 95, 108 и passim.

#### § 4. Б. С. Утевский

##### *4.1. Психологизм – рудимент буржуазной догматики*

Анализируя воззрения Б. С. Утевского с точки зрения критики психологической теории вины, прежде всего, необходимо выделить тот принципиальный момент, что он – один из первых теоретиков, который в советском уголовном праве напрямую оппонирует господствующему здесь психологизму. В то же время, в отличие от Т. В. Церетели и В. Г. Макашвили, он в результате этого вовсе не стремится к такому синтезу основных аспектов психологической и нормативной теорий, что дало бы возможность систематизировать и его воззрения как психо-нормативную теорию вины. Б. С. Утевский развивает свой подход в принципиально ином направлении.

Вслед за обособленным выделением нормативного и психологического аспектов он там же пытается достичь их формально-логической взаимосвязи в понятии вины, отмечая, что в рамках квалификации деяния виновным советский суд оценивает указанные действия в призма интересов социалистического государства и проводимой им политики. Разумеется, было бы точнее, если бы Б. С. Утевским в осуществленном судом оценке выделялась перспектива не интересов социалистического государства и проводимой им политики в общем, а конкретно требований нормы уголовного права. Однако, исходя из вышесказанного, понятно, что у Б. С. Утевского в рамках суждения о виновности представлено не только собственно психологическое поведение, посягающее на «установленное в обществе определённое правило», а также и сам этот последний момент и вместе с ним взаимоотношение этих обоих моментов, что свидетельствует о том, что Б. С. Утевский стремится охватить все актуальные с точки зрения уголовно-правовой вины аспекты.

##### *4.2. Универсальная природа вины*

О систематических осложнениях, исходящих из рассматриваемой концепции Б. С. Утевского, необходимо отметить, что здесь остаётся абсолютно неясным (в соответствии с советской моделью преступления) систематическое назначение объективной стороны состава преступления и противоправности. Действительно, если в рамках суждения о виновности должно выявляться значение вредных последствий, обстановки совершения преступления и всех остальных элементов, то выявление чего должно иметь место в пределах объективной стороны состава преступления и противоправности? Очевидно, что всё это ведёт к абсолютизации систематического значения вины и негации системы преступления как такового. На наш взгляд, из перспективы современного уголовного права это вряд ли может приниматься за позитивную тенденцию развития уголовно-правовой мысли.

Исходя из всего вышеизложенного, в результате критического анализа психологизма налицо очередная весьма оригинальная теория, которая может быть менее приемлема, чем представленная выше психо-нормативная теория, но в виде рационального отрицания уголовно-правового психологизма и она несомненно отличается значительной прогрессивностью.

## Глава V

### НОРМАТИВНАЯ ТЕОРИЯ ВИНЫ

#### § 1. Общая характеристика

##### *1.1. Содержание вины*

Нормативизм не возникал независимо от психологической теории вины; он, как выяснилось в рамках анализа воззрений Х. Кельзена или Р. Франка, является непосредственным следствием критического осмысления психологизма. В силу этого нормативизм, прежде всего, – отрицание психологизма и это значительно определяет общий облик этой первой теории.

Содержание вины как упречности и впоследствии уже как упрека в нормативной теории неединообразно. Экстремальной психологизации структуры вины со стороны Р. Франка, Дж. Гольдшмидта, Ю. Баумана и других противостоит её экстремальная нормативизация. Р. Маурах, В. Галлас и не один другой финалист рассматривают классический нормативизм Р. Франка как пропсихологическое учение, так как он не только не отвергает значение психического отношения в понятии вины, а даже заметно пополняет его целым спектром психических моментов.

##### *1.2. Сущность вины*

Большинство нормативистов определяет вину как собственно упречность. В их числе, помимо Р. Франка, Ю. Бауман, В. Хардвиг, Э. Мецгер и др., «однако отождествление вины с упречностью, – отмечает Арт. Кауфман, – есть по меньшей мере неточность, так как упречность может быть лишь следствием вины, но не самой виной. Точнее, вина заключается не в том, что виновный может подвергаться упреку, а, наоборот, субъект может подвергаться упреку тогда, когда и поскольку он виновен»<sup>1344</sup>. Это мнение безусловно разделяет Э. Шмидхойзер, согласно которому упречность означает всего-навсего то, что делинквент может упрекаться за своё деяние.

Т. Ленкнер и К. Роксин, обобщая это воззрение, заключают, что упречность является оценочным суждением о «чём-то определённом», но не самим «этим чем-то определённым».

<sup>1344</sup> Arth. Kaufmann, Das Schuldprinzip, стр. 179.

Упречность как следствие вины и упречность как оценочное суждение о вине – существенно идентичные выводы, которые чётко отображают недостатки рассматриваемой дефиниции. Главный же изъян данного определения состоит в его функциональном характере: упречность создаёт наглядное представление о месте вины в системе преступления, о её уголовно-правовом значении, но ничего не предлагает для познания того, что есть вина.

*Функциональная определённость ни в коей мере не означает материальную определённость;* тот или иной предмет или то или иное явление может выполнять функцию любого другого предмета или явления, оставаясь материально неизменным.

Разумеется, у Р. Франка и его последователей имеется аргумент против подобного обстоятельства, согласно которому с материальной точки зрения достаточно уже и того, что дефинированию вины в виде упречности предшествует определение структуры вины.

Однако эта мнимая последовательность тем более углубляет противоречивость изначальной нормативной догмы. Если, с одной стороны, вина – упречность, а с другой – вина состоит из совокупности умысла и неосторожности, вменяемости и отсутствия исключаящих вину обстоятельств, то каждый из этих элементов должен быть и структурным атрибутом упречности.

Р. Франк хотя пытается обосновать это более или менее убедительно, но напрасно: умысел, вменяемость и т. п. могут быть лишь предпосылками, а никак не составными элементами упречности. Недопустимо, чтобы категория возможности включала в себя актуальные, реальные моменты.

Против дефиниции Р. Франка настроен и В. Галлас. Для него упречность формально-логически составляет подчинённое вине понятие (die «Vorwerfbarkeit» bezeichnet das «Daß», die Schuld dagegen das «Was»). В. Галлас определяет вину как понятие, способное возражать (ein steigerungsfähiger Begriff), а в упречности такую способность отрицает. В соответствии с этим он полагает, что следует различать между составом вины как объектом оценки, упречностью как самой оценкой и виной как объектом наряду с оценочным предикатом, где в широком понимании предметом упречности является деяние в целом (неправда в сопровождении специфических признаков вины)<sup>1345</sup>.

В то же время В. Галлас пишет об особом значении «состава вины» (Schuld tatbestand) для упречности.

Всё это вряд ли может соответствовать принципам финализма, представителем которого является В. Галлас, но главное в данном контексте – галласская безошибочная постановка вопроса.

<sup>1345</sup> W. Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, Berlin, 1961, стр. 38-39.



Усваивая объективную невозможность акцептирования в упречности элементов вины, он формирует понятие состава вины и в самом понятии вины сопоставляет ему упречность. Такая поляризация понятия вины является совершенным решением стоящей перед Р. Франком дилеммы, так как здесь отвергается материальная эквивалентность вины и упречности.

Однако, с другой стороны, В. Галлас уделяет недостаточно внимания формальным особенностям понятия упречности. Так же как у Р. Франка, и у В. Галласа упречность рассматривается как «оценка объекта», только в последнем случае в узком понимании подразумевается состав вины, в общем – деликтное деяние.

На наш взгляд, подобный подход к форме понятия упречности неточен. Упречность означает не оценку, а оценочность, а оценкой является упреждение. В силу этого упречность как оценочность, а не оценка, не может иметь непосредственный объект оценки, т. е. и состав вины В. Галласа может характеризоваться как предмет ориентации упреждения, а не упречности.

## § 2. Символизм

### 2.1. *Порицание – вина или наказание?*

Х. Вельцель: «Вина – это отрицательное суждение о неправильном управлении волей, *персональный упреждение* (выделено нами – автор), (...) выражающий то, что личность действовала неверно, хотя могла действовать в соответствии с нормой»<sup>1346</sup>. Отрицание вины как упречности как таковое является позитивной стороной теории Х. Вельцеля, но он использовал это лишь для усугубления отвергнутой им оплошности.

У Вельцеля и в финальной доктрине в целом тем самым *вина – это отрицательное психическое отношение судей к соответствующему составу деяния, противоправному поведению*.

Но в таком случае напрашивается вопрос: если вина рассматривается как отрицательное психическое отношение судей к противоправному деянию, если вина – понятие, локализованное в психике судьи, то кто и в силу чего виновен в совершении данного деяния: судья или подсудимый? Виновная ответственность здесь, как ни странно, приобретает формальный оттенок.

Точку в вековой дискуссии ставит О. К. Гамкрелидзе: «Порицание – это не вина, а наказание»<sup>1347</sup>.

<sup>1346</sup> Н. Welzel, Das deutsche Strafrecht, 9. Aufl., стр. 141.

<sup>1347</sup> თ. გამყრელიძე, სისხლისსამართლებრივი სასჯელის ცნება, [www.dgstz.de](http://www.dgstz.de), 2015, стр. 8.

### 2.2. Инвариантность вины

В нормативной теории вина определяется не только как упречность или упрёк. В результате многогранного и длительного развития немецкая уголовно-правовая мысль формирует качественно новое понятие вины. В теории Х. Ахенбаха и К. Лакнера говорится о «конституирующей наказанию вине» (Strafbegründungsschuld).

Однако не оставляет сомнений тот факт, что вина не может включать в себя исключаящие наказание обстоятельства.

С другой стороны, вина не может быть и переменчивой системой субъективных предпосылок вменения, которая в некоторых случаях предполагает наличие конституирующих уголовную ответственность, а в других – наличие исключаящих уголовную ответственность особых обстоятельств. Одним словом, вина не должна представлять собой вариантное понятие.

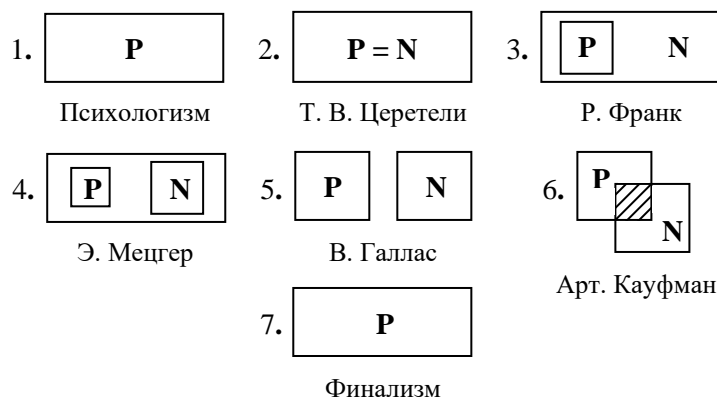
### 2.3. Геометрия вины

Исходя из всего вышеизложенного, корреляция психического отношения и упречности в процессе развития идеи вины далека от однообразности. Порой это взаимоотношение между целым и его составной частью, порой – паритетная корреляция самостоятельных понятий. В то же время психологизм не знаком с упречностью и финализм не признаёт психическое отношение в сфере вины, что в обоих случаях свидетельствует о взаимонеприкосновенности этих понятий.

Для того чтобы наглядно представить себе формально-логическую сторону упомянутого взаимоотношения или его отсутствие, целесообразно обратиться к апробированному в предикатной логике методу геометрической иллюстрации. В соответствии с этим результирует следующее топологическое изображение (где [P] психологический момент = психическое отношение, [N] нормативный момент = упречность):

В первом и седьмом случаях понятие вины формируется без всякой корреляции между рассматриваемыми единицами.

У Т. В. Церетели психическое отношение и порицаемость являются самостоятельными признаками вины – самостоятельными и эквивалентными, что обуславливает их полное равенство.



В представленном Р. Франком нормативизме это взаимоотношение меняется как качественно, так и количественно. Качественная трансформация выражается в деградации значения психического отношения и его реформировании в альтернативный элемент вины; а количественное преобразование проявляется в нарушении существующего во втором случае соотношения между психическим отношением и упречностью.

Такая взаимозависимость понятий в теории Р. Франка представляет собой отношение субординации или субальтернации: в традиционной логике субординированное понятие (психическое отношение) рассматривается как видовое понятие, а субординирующее понятие (упречность) – как родовое понятие.

У Э. Мецгера родовое отношение последнего понятия к первому прерывается; однако это также не может расцениваться как возвращение к психо-нормативной теории Т. В. Церетели, так как Э. Мецгер психическое отношение и упречность не рассматривает как равнозначные понятия.

Особенность тезиса В. Галласа заключается в том, что упречность у него понимается дуалистически: в одном случае (формально-логически посредственный) предмет упречности составляет т. н. состав вины, которым охватывается и психическое отношение, в другом же месте объектом упречности выдвинуто деликтное деяние в целом.

Таким образом, для В. Галласа ограничение понятия упречности понятием вины неприемлемо, вследствие чего и корреляция упречности и психического отношения здесь не может ограничиваться сферой вины. И ввиду того что им наряду с экстенциональным (перспектива объёма) различием имманентно присуща и полная интенциональная (перспектива содержания) дифференцированность, представленное выше изображение может рассматриваться как наиболее точная демонстрация обеих этих особенностей.

Наконец, из шестого изображения явствует, что у Арт. Кауфмана понятие вины формируется не как следствие совокупности психического отношения и упречности, а в результате их взаимопересечения.

Обобщая эти сравнения, можно выделить четыре основные тенденции, логическим основанием для корреляции которых представляется психическое отношение (а противоположно – упречность). Таковыми предстают психо-логическая, нормативная, нормативистская (финальная) и психо-нормативная концепции. Соответственно полному признанию и полной негации психического отношения психологизмом и финализмом противостоит соответственно его частичное признание и частичная негация классическим нормативизмом и нормативным психологизмом, который в той же мере может восприниматься и как психологический нормативизм.

### § 3. Теории умысла и вины

#### *3.1. Теория умысла*

Строгая теория умысла полагает, что делинквент в момент совершения преступления должен обладать актуальным сознанием противоправности, он должен понимать, что «его деяние – неправда».

Умеренная теория умысла для наличия умысла требует наличия уже не актуального, а всего лишь потенциального сознания противоправности.

Первый подход можно считать специфически правовым подходом, scil. в условиях отсутствия понятия обязанности знания нормы.

#### *3.2. Теория вины*

Теория вины полностью опирается на принцип «естественного» умысла. Это финальная концепция. Отсутствие сознания противоправности (неправды), относясь к сфере вины, здесь не исключает охватываемый неправдой «естественный» умысел.

Представители обеих теорий исходят из того тезиса, что сознание противоправности является не подчинённым сознанию неправды, а его параллельным понятием. В теории относительно этого вопроса наблюдается разделение мнений. Согласно первой группе криминалистов, сознание неправды делится на сознание соответствия составу преступления и сознание противоправности; другие рассматривают его «неделимой» целостностью этих элементов, где сознание неправды «полностью включает запрет деяния и запрещённое деяние»; а у остальных авторов сознание неправды – это сознание противоправности.

## Глава VI

### КРИТИКА НОРМАТИВИЗМА

#### § 1. Н. В. Лясс

##### *1.1. Немецкая догматика*

Представленную у русской криминалистки Н. В. Лясс критику нормативной теории вины можно считать самой обширной в пределах советского уголовного права. В рамках критики нормативной модели вины Н. В. Лясс основное внимание уделяет воззрениям Э. Белинга, Р. Франка, Х.-Г. Йешека, Ф. Новаковского и Т. Ритлера.

Н. В. Лясс: «(...) Как уголовное законодательство, так и современные теории ФРГ при решении вопроса об основном признаке – сознании противоправности деяния – вины как упречности применяют критерии, устанавли-

вающие чрезмерно широкие границы для судебного усмотрения»<sup>1348</sup>. Безусловно, когда противоправность понимается как противоречие субъективного деяния с системой права и правопорядком в целом или тем более – с нормами культуры в общем и целом (а не как [собственно] уголовная противоправность) и наряду с этим прямо признаётся принцип презумпции сознания противоправности, пределы судебного усмотрения действительно подвергаются значительному расширению, что вряд ли может быть приемлемо, потому как чем просторнее пределы судебного усмотрения, тем выше степень вероятности того, что два разных субъекта при наличии идентичных объективных и субъективных данных могут караться неидентично, что обусловлено пестротой совершенно непредвзятых теоретических пристрастий судей.

### *1.2. Австрийская догматика*

Н. В. Лясс концентрирует своё внимание на вопросе о том, кто и на каком основании осуществляет оценку, указывая на Ритлера, согласно которому оценка деяния осуществляется судьёй в рамках закона или обычного права. Обычное право в уголовной доктрине, общая противоправность или несоответствие нормам культуры вместо уголовной противоправности и т. д. – это моменты с точки зрения научного обоснования принципа законности, которые свидетельствуют о значительной отсталости западного уголовно-правового мышления от советского.

## **§ 2. Г. Якобс**

### *2.1. Отрицание психологизма*

С точки зрения позитивности психологической теории вины, Якобс в основном отмечает следующее: «В системе преступления Листа, Белинга и Радабруха отграничение внешней стороны (неправды) от внутренней (вины) порождает (т. н.) психологическое понятие вины: психические факты внутренней стороны в понимании того времени – только умысел и неосторожность есть вина (...). Хотя подобный подход к проблеме является следствием натуралистической точки зрения, он также исходит из ориентированного на идею правового государства стремления отмежевать понятие вины от неточных оценок и совокупить её с безусловно устанавливаемыми данными»<sup>1349</sup>. Броско: Якобс довольно оригинально рассматривает теоретические основы психологизма. Среди представителей нормативной школы уголовного права освещение психологической модели вины в таком ракурсе вряд ли можно встретить нередко.

<sup>1348</sup> Ibidem.

<sup>1349</sup> G. Jakobs, *Strafrecht. Allg. Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch*, 2. Aufl., Berlin, New York, 1991, стр. 470-471.

Впрочем, в связи с упомянутой проблемой Якобс указывает следующее: «Несмотря на это, психологическое понятие вины в силу множества причин всё-таки не выдерживает серьёзной критики. Прежде всего, оно не содержит никакого указания на то, какие психические (и почему вообще психические?) факты (...) должны быть релевантны с точки зрения вины; таким образом не может обосновываться и релевантность умысла и неосторожности (почему, например, не только намерение [Absicht]?) (...). Радбрух (...) старается преодолеть этот недостаток, когда он хотя сводит умысел и неосторожность к психическим факторам (знание и непредусмотрительность), но рассматривает их в качестве основания для индицирования антисоциального отношения; и здесь также непонятно как то, в силу чего следует руководствоваться вместо определённого феномена основанием индицирования этого феномена, так и то, почему не может и отсутствие психического данного рассматриваться как основание для индицирования и также то, почему должна идти речь только о психических фактах»<sup>1350</sup>. Не должно быть спорным, что позиция Якобса в рамках анализа психологизма отличается оригинальностью с точки зрения освещения не только позитивных, но и негативных аспектов этой теории. В его последнем воззрении отчётливо представлены сложности формально-логического обоснования психологической модели вины, которые с убедительностью можно назвать непреодолимыми.

### 2.2. Нормативизм Франка

Главное основание критики теории Франка обычно составляла функциональность сформированного им понятия вины, т. е. то, что франкское понятие вины охватывало только определённую функцию вины (упречность как основание реакции – упрёка), тогда как указывалось на материальную неопределённость данного определения. У Якобса же всё это наоборот. Согласно ему, главное основание критики создаёт уже не материальный, а именно функциональный аспект франкского понятия вины. Причина этого становится ясна лишь из перспективы т. н. функционального понятия вины самого Якобса.

### 2.3. Телеологическая система

Что касается утверждения Якобса о переходе от «классификаторских» систем к «телеологическим», следует заметить, что в рамках своей секундарной общепреventивной теории (как наказания, так и вины) он, прежде всего, неверно понимает саму суть уголовно-правовой телеологии, в соответствии с которой *не наказание должно предотвращать рецидив (post factum), а наказуемость – преступление (ante factum)*. В то же время в уголовном праве существуют исключаящие наказание обстоятельства, на чём и ломается карандаш псевдотелеологических концепций.

---

<sup>1350</sup> Ibid., стр. 471.

#### 2.4. Теория разумности

Учение Б. Фройденталя о т. н. индивидуальной ожидаемости (*individuelle Zumutbarkeitslehre*), именуемое нами теорией разумности, предстаёт у Якобса в качестве предмета острой критики. Как отмечает Якобс, Фройденталь отрицает наличие вины, когда сопровождающие деяние обстоятельства такого рода, что степень способности сопротивления преступлению так низка, что обычно ни от кого не может требоваться его несовершенство.

Нам бы хотелось выделить следующие три момента в пользу принципа Фройденталя:

Во-первых, теория Фройденталя включает в себя трагическую коллизию или, как её иначе принято называть, исключаящую вину крайнюю необходимость, не признаваемую, например, в грузинском уголовном законодательстве (иначе в теории на примере взглядов О. К. Гамкрелидзе или М. К. Турава; что касается классической теории, Т. В. Церетели в своё время полагала, что приоритизация инстинкта самосохранения противоречила социалистической морали), но признаваемую в немецком уголовном законодательстве. Не следует забывать, смотря реальности в глаза, что здесь речь идёт о спасении части обречённых.

Во-вторых, концепция Фройденталя прямо отображает один из основополагающих правовых принципов в виде *frustra ferentur leges nisi subditis et obedientibus* (бесполезно издавать законы, если им не покоряются и не подчиняются).

И, наконец, в-третьих, здесь речь не только об ожидаемости как таковой. Может ли уголовное право требовать что-либо генерально в подобной ситуации? Право, в том числе уголовное, черпает свою легитимность из правовой этики, из перспективы которой не представляется возможным упрекать мать в спасении собственного ребёнка из двух каузально обречённых лиц.

#### 2.5. Финализм

Согласно Якобсу, «проблематичное отношение между виной и предотвратимостью (умысел и неосторожность) должно решаться в соответствии с намеренным в финальной теории подходом таким образом, что умысел и неосторожность являются объектами оценки, тогда как в случае вины речь должна идти только об оценке объектов»<sup>1351</sup>. Прежде всего, указанный подход был намечен не в финализме, а до финализма, Доной. В силу этого элиминация объектов оценки из понятия вины ещё не есть финализм. О чём Якобс?

<sup>1351</sup> Ibidem.

### § 3. К. Роксин

#### 3.1. Нормативное понятие «ответственности»

К. Роксин полагает, что упречность представляет собой необходимое, но не достаточное условие ответственности, что должно восполняться *превентивной необходимостью санкции* (*präventive Sanktionsnotwendigkeit*). В качестве иллюстрации он приводит пример эксцесса обороны, при котором лицо может действовать виновно, т. е. упречно, но не наказываться в уголовно-правовом порядке, так как при астенических аффектах законодатель считает нецелесообразным наказывать за превышение пределов необходимой обороны.

Исходя из всего вышеотмеченного, Роксин делает вывод, что нормативное понятие вины подлежит дальнейшему развитию, а именно перевоплощению в т. н. *нормативное понятие ответственности*.

Какие теоретические последствия связаны с данной точкой зрения? Прежде всего, следует выделить то обстоятельство, что представленная Роксиним «превентивная необходимость санкции», в отличие от вины, является элементом вне понятия преступления, и если исходить из того, что и данному элементу с точки зрения конституции ответственности должно придаваться то же значение, что и вине, получим отрицание преступления как общего основания уголовно-правовой ответственности.

В рамках дальнейшего критического анализа нормативного понятия вины Роксин основной акцент переносит на функциональный характер вины как упречности, отмечая следующее: «Нормативное понятие вины указывает только на то, что виновное поведение должно быть упречным. Однако данное понятие отличается совершенно формальной природой и не предлагает никакого ответа на вопрос, от каких материальных предпосылок зависит упречность»<sup>1352</sup>. Как нам видится, представленную Роксиним критику, с данной точки зрения, несомненно следует признать справедливой, так как недопустимо, чтобы общеправовое понятие вины включало в себя определённую лишь одного отдельного, т. е. функционального аспекта и ничего не указывало об остальных, не менее важных сторонах вины, в частности о его материальном аспекте (это не только дефиниционно, но впоследствии и реально: вина без умысла и неосторожности).

#### 3.2. Вина как «возможность альтернативного поведения»

В соответствии с рассматриваемой концепцией в рамках суждения о виновности субъект упрекается в силу того, что он, несмотря на возможность правомерного, т. е. «иного» или «альтернативного» поведения, действовал противоправно. Роксин отмечает, что данный подход нашёл своё место и в су-

<sup>1352</sup> C. Roxin, *Strafrecht. Allg. Teil*, Bd. I, München, 1992, стр. 541.



дебной практике и в подтверждение этому ссылается на одно из решений Федерального Верховного Суда ФРГ, согласно которому главное основание упрёка, конституирующего вину, состоит в том, что «индивиду имманентно присуща способность свободного самоопределения, и в силу этого он вполне может принимать противоречащее несправде и соответствующее требованиям права решение».

Хотя Роксин там же отмечает, что если в качестве предпосылок вины рассматривать эмпирические данные, принципиально не поддающиеся установлению, то принцип *in dubio pro reo* в каждом отдельном случае привёл бы к оправдательному приговору, т. е. определённое виной уголовное право стало бы невозможным.

Как указывает Роксин, представители рассматриваемой теории во избежание последнего замечания пытаются выделять в виде исходного момента возможность альтернативного действия не индивидуального субъекта, а «среднего типа субъекта», т. е. предметом основного акцентирования здесь выступает не то, конкретно какими психофизическими возможностями владел данный субъект в данной обстановке, а то, как должен был поступить в указанной обстановке «средний тип субъекта»<sup>1353</sup>.

Для нас вне всякого сомнения, что эта критика не лишена рациональности. Однако вместе с тем нельзя не отметить, что сущность центральной проблемы, представленной в рамках данной критики, осмысливается не до конца безукоризненно. Согласно Роксину, не поддаётся обоснованию, мог ли конкретно этот субъект конкретно в этой ситуации действовать иначе. С философской точки зрения, полемика по этому поводу может бесконечно длиться, и так оно и есть, если учитывать то, что как детерминистская, так и индетерминистская точка зрения всё ещё далека от существенного доминирования. Однако если руководствоваться подобным подходом к проблеме, т. е. если признавать в качестве главного определяющего критерия философское понятие свободы воли, обосновать уголовно-правовую вину не удастся никогда, а не только в рамках теории вины как возможности альтернативного действия.

На самом же деле вопрос о том, доказуема или нет свобода воли в философском понимании, не должен оказывать никакого влияния на определение того, могло ли в уголовно-правовом понимании конкретно это лицо конкретно в этой ситуации действовать «иначе», т. е. в соответствии с требованиями нормы уголовного закона. Если установлено, что субъект в момент осуществления соответствующего деяния не был невменяем и не наличествует никакое другое экскультирующее обстоятельство, в уголовно-правовом отношении этого совершенно достаточно для того, чтобы от субъекта

<sup>1353</sup> Ibid., стр. 542.

в данной ситуации требовалось формирование соответствующей воли и действие или бездействие в соответствии с данной волей.

Другими словами, если субъект в момент осуществления конкретного деяния не был психически болен и не находился в условиях неизбежной юридической или фактической ошибки, равно как не был пленён клещами иного законного или сверхзаконного экскульпирующего обстоятельства, уголовное право не вправе предаваться философски искренним, но юридически пагубным умозрениям, т. е. не вправе предаваться естественному состоянию, абстрагируясь от собственной реальности, словно субъект в данной обстановке мог не владеть возможностью определения воли в соответствии с требованиями нормы. По этим уголовно-правовым плодам детерминизма может познать свободу воли не только само уголовное право в рамках сформированного нами выше уголовно-правового понятия свободы воли, но и философия за пределами юридически релевантного, ибо ядовитость плодов детерминизма самоочевидна.

Возможно, тем самым уголовное право рикошетом возвращает самую горькую пилюлю философии, потому как разгадка здесь не в мудрости, а в реальности. Видите ли, ни одно моральное существо не предпочитает быть в таком мире, где волк раздирает косулю или лев – антилопу, которые вряд ли – по меньшей мере всегда – вершат правосудие. Однако в то же время ни одно моральное существо не может капитулировать перед злом, возлагая на его алтарь весь мир. Дело в том, что где-то дно бесконечно, а где-то – вершина.

Таким образом, роксинская постановка вопроса в действительности связана с куда более далеко идущими последствиями, чем это представляется самому Роксину в рамках его вышепредставленного суждения.

### *3.3. Вина как «юридически нетерпимое отношение»*

Теория вины как «юридически нетерпимого отношения» берёт своё начало у В. Галласа. Рассмотренную в труде соответствующую концепцию Г. Швейкерта следует считать непосредственным проявлением развития данной теории Галласа. Одновременно с этим сам Роксин указывает и на других представителей этой теории, в частности на Х.-Г. Йешека («юридически ошибочное отношение») и Й. Вессельса («юридически осуждаемое отношение»).

С точки зрения обоснования уголовно-правовой вины, важно то, что субъект своим психологическим поведением нарушил уголовно-правовую обязанность, а то, с каким подтекстом он эту обязанность нарушает, с «юридически нетерпимым» или «юридически нейтральным», в рассматриваемом аспекте уже в силу того совершенно несущественно, что нарушение уголовно-правовой обязанности осуществляется не подтекстами.

### *3.4. Вина как «ответственность за собственный характер»*

По Роксину, данное учение основывается на той детерминистской точке зрения, что каждое лицо в силу своих качеств, расположивших его к делинквированию, в силу своего «так-сущего» (So-Sein) должен быть ответственен за своё деяние без всякого дополнительного условия. Вместе с тем, как на это указывает сам Роксин, истоки данного учения коренятся в творчестве А. Шопенгауэра, а в качестве основных его представителей в уголовном праве он перечисляет Э. Хейница, А. Г. ц. Дона, К. Энгиса и Ф. Диаса.

Предмет основной критики данной теории у Роксина составляет обстоятельство, в соответствии с которым здесь субъекту вменяется в вину то, что сформировалось и дано вне зависимости от его воли. Преодолеть эту complication, как отмечает Роксин, последователи рассматриваемой концепции пытаются на основе применения «метафизических конструкций». Утверждение, словно характер субъекта «сформирован и дан независимо от его воли», отнюдь не аксиоматично. В то же время главное в данном случае – другое, а именно то, что субъекту в уголовно-правовом отношении в вину может вменяться только конкретное психическое поведение (как об этом нами выше уже отмечалось), в качестве чего характер в общем, подобно субъективному расположению, не может восприниматься. С другой стороны, ввиду того что для обоснования уголовно-правовой вины абсолютно достаточно уже и конкретного психического поведения, характер, субъективная склонность и иные подобные явления, сопровождающие психическое поведение, из перспективы вины следует считать однозначно инородными, «неестественными» компонентами.

### *3.5. Вина как «неправда вопреки нормативной ожидаемости»*

«Деяние, соответствующее неправде, вопреки нормативной ожидаемости» Роксин рассматривает как состояние, в котором субъект, исходя из своих умственных способностей, владел в конкретной ситуации возможностью решения действовать в соответствии с требованиями нормы. Положительной стороной данной теории ему представляется то, что она при выявлении возможности решения в пользу правомерного поведения обходит стороной проблему свободы воли.

Что касается непосредственно утверждения, что в современном уголовном праве пренебрежение догматическим значением свободы воли можно считать господствующей позицией, с Роксиным здесь непременно следует согласиться, поскольку в современной теории уголовного права всё более выделяется тенденция, в рамках которой проблему свободы воли в философском понимании можно не принимать во внимание. Наглядным примером этому служит австрийское уголовное право, где господствующим можно считать не только игнорирование проблемы свободы воли в указанном понимании, но и саму рассматриваемую теорию, т. е. вину как «неправду во-

преки нормативной ожидаемости», о чём наглядно свидетельствует следующее утверждение ведущего современного австрийского криминалиста Ф. Хёпфеля и австро-немецкого классика Д. Кинапфеля: «Для того чтобы эта ныне общепризнанная формула (вина как упречность – автор) не оставалась пустой фразой, она требует определённого обобщения, опираясь на уголовно-правовой масштаб вины. Многие связывают этот вопрос с проблемой свободы воли и вследствие этого не могут избежать так же бесполезный, как и неразрешимый спор между детерминизмом и индетерминизмом (...). В отличие от этого в Австрии господствующее учение исходит из золотой середины, избегающей этот спор, и основной акцент переносит на эмпирический факт нормативной ожидаемости»<sup>1354</sup>.

На наш взгляд, данная позиция, так же как представленная в рассматриваемой теории точка зрения в общем, не может рассматриваться в качестве исчерпывающего решения вопроса, но она несомненно включает в себя надлежащую перспективу. Последний момент по существу состоит в том, что здесь имеет место окончательная негация значения психологического понятия свободы воли в контексте определения уголовно-правового понятия вины и основной акцент переориентирован на представленные в нормативной действительности психологические возможности субъекта. Однако половинчатость решения заключается в том, что вследствие всего этого на месте отвергнутого философского-психологического понятия свободы воли не было положено начало уголовно-правовому понятию свободы воли. В то же время следует заметить, что Ф. Хёпфел, будучи моим высокопочтенным консультантом в Венском университете, пристально следил за процессом доработки моего уголовно-правового понятия свободы воли и однозначно его поддержал.

Наряду с вышепредставленными теориями Роксин в общих чертах анализирует также теорию т. н. конституирующей наказание и определяющей степень наказания вины (*Strafbegründungs- und Strafzumessungsschuld*), берущую своё начало у Х. Ахенбаха. У Роксина данная теория составляет предмет лишь позитивного акцентирования. Для него соналичие в систематике уголовного права этих двух понятий вины – прямая безусловность. Неясно только то, что Роксин в данном случае ничего не отмечает о неприемлемости абсолютизации функционального аспекта, как это имеет место в рамках представленной им критики теории вины Якобса.

### *3.6. Эскурс: «функциональное понятие вины»*

Роксин в данном случае критикует воззрения Якобса, который на основе системно-теоретических концепций Н. Лумана формирует «функциональное»

<sup>1354</sup> D. Kienapfel, F. Höpfel, Grundriß des österreichischen Strafrechts. Allg. Teil, 7. Aufl., Wien, 1998, стр. 77.

понятие вины, где вина понимается как вменение по общепреventивной надобности (!). Как отмечает Роксин, у Якобса вина представлена как «понятие, определяемое целью» и что «только цель наполняет понятие вины содержанием».

В общей превенции как в цели вины Якобс подразумевает не негативное устрашение, как это вытекает из традиционного содержания генеральной уголовно-правовой превенции, а позитивную практицизацию законопослушности граждан. По его мнению, главная цель вины заключается в «стабилизации доверия к нарушенному деликтным поведением правопорядку», в соответствии с чем вменением деяния в вину и конституированной виной наказанием «корректность доверия» должна подтверждаться в «корректности нормы» (так вновь Роксин).

Рассматривая позицию Якобса о вменяемости «патологических делинквентов», Роксин делает вывод, что здесь вменяемость не является эмпирически устанавливаемым феноменом, а допустимой считается дискуссия о вменяемости указанной категории субъектов, после того как в условиях современной медицины стало возможным их излечение. Иными словами, поскольку вменяемость может дискутироваться, отвергается абсолютность её фактического характера.

Как нам кажется, вывод Роксина в данном случае мало убедителен, так как сам факт констатации определённого феномена вследствие дискуссии ещё не может означать лишения данного явления абсолютности его фактического характера. Спор о наличии того или иного факта, как это встречается у Якобса, ничего общего с оценочным суждением и, следовательно, с оспариванием фактичности факта не имеет, ибо не всякое суждение может быть оценочным.

Однако основная сторона представленной Роксиным критики состоит в принципиально другом моменте. По его мнению, против теории Якобса свидетельствует то, что здесь «лимитирующая наказуемость функция» принципа вины однозначно приносится в жертву общей превенции.

«Функциональная» теория вины Якобса может называться, конечно же, далеко не самой великой, но тем не менее сплошной катастрофой уголовно-правового мышления XX века, и мы в этом ещё успеем наглядно убедиться, но в этот раз вопрос в следующем: разве здесь не прослеживаются определённые параллели с соответствующей концепцией самого Роксина – с точки зрения конституирования «ответственности»? Согласно Роксину, наличием принципа вины и «преventивной необходимости санкции» его концепция обеспечивает двойную охрану граждан от уголовно-правовой репрессии, тогда как теорией Якобса отвергается уже и сам существующий механизм указанной охраны.

*Часть III*

**ВИНА В УЧЕНИЯХ О ДЕЯНИИ**

**Раздел А**

**ПСИХОЛОГИЧЕСКИЕ НАПРАВЛЕНИЯ**

**Глава VII**

**СИМПТОМАТИЗМ**

**§ 1. Немецкое право**

*1.1. Симптомы вины*

Как отмечалось выше, по сложившейся традиции господствующая уголовно-правовая доктрина – это в общем и целом господствующее уголовно-правовое учение о деянии. Рассматривая проблему вины в основных учениях о деянии в уголовном праве, необходимо, прежде всего, коснуться самой первой из них – симптоматического учения, которое в его первоначальном виде было создано немецкими криминалистами Х. Кольманом и О. Тезарем. Однако в немецком уголовном праве оно не нашло должного развития.

Характеризуя рассматриваемую концепцию как преданное забвению течение, Арт. Кауфман отмечает: «Разумеется, деяние не может осмысляться только посредством представлений и сентиментов преступника, если каждый внешний акт не представить себе в качестве симптома этих внутренних процессов. Однако также недопустимо *только* симптоматическое восприятие психических процессов, так как это означает изоляцию вины как несубъективной категории от психологии и в конечном итоге его превращение в метапсихическую проблему»<sup>1355</sup>.

Данное критическое суждение Арт. Кауфмана не вполне основательно, потому как оперирование объективными показателями деяния при установлении вины ничуть не попирает субъективность вины и имманентность специфически психологических моментов понятию вины. Что же касается преданности симптоматизма забвению, ведь, как говорится, чашка никуда не исчезает, когда на неё не смотрят.

*1.2. Процессуальный техницизм?*

Трансцендентальность воли, предвидения противоправного результата и других релевантных с точки зрения вины психических элементов делает невозможным их непосредственное изучение. Однако вследствие этого симптоматизм исследует не только и не столько объективную сторону, сколько выраженные в ней эти субъективные данные.

---

<sup>1355</sup> Arth. Kaufmann, Schuld und Strafe, стр. 43.

Адекватное понимание симптоматического учения имеет, прежде всего, важное практическое значение. Дело в том, что симптоматизм максимально ограничивает возможность процессуального волюнтаризма: установление субъективных элементов должно зависеть не от свободной «профессиональной» интуиции судьи, а от его грамотной информированности, строго определённой объективными признаками.

## § 2. Британское право

### 2.1. Эпистемологический дуализм

Тогда как в немецкой уголовно-правовой доктрине симптоматизму были присущи определённая поверхностность и линейность, в британском уголовном праве оно нашло весьма интенсивное развитие. Согласно последнему, симптоматическое учение не только не рассматривается как изжившая себя концепция, но и по-прежнему отличается стремительно прогрессирующей актуальностью.

Значение симптоматического учения особо выделилось в рамках проводимой в Великобритании во второй половине прошедшего десятилетия уголовно-правовой реформы, вследствие чего оно нашло своё довольно прочное место в официальной догматике.

Здесь альтернативное название симптоматизма – эпистемологический или гносеологический дуализм. В чём выражаются эпистемологичность и дуалистичность симптоматического учения?

Двойственным является симптоматизм постольку, поскольку он отграничивает психику от тела: тело и телесные движения представляют собой публичные, экстернальные (внешние), зримые для других феномены; а психика и психические процессы относятся к числу частных, интернальных (внутренних) явлений.

Эпистемологическим является симптоматизм постольку, поскольку он содержит не метафизическое утверждение о том, чего не существует, а эпистемологическое утверждение о том, что познаваемо и как оно познаваемо.

### 2.2. Виртуальность вины

«Симптоматизм», отмечают британские криминалисты, «не стремится к постулированию традиционной картезианской метафизичности, в которой психика рассматривается как сепаратная, не-физическая субстанция»<sup>1356</sup>.

Лишение жизни при необходимой обороне и убийство при отягчающих обстоятельствах могут выражаться в одном и том же телесном поведении, но разнородность его объективных предпосылок свидетельствует о том, что в

---

<sup>1356</sup> R. A. Duff, *Codifying Criminal Fault*, стр. 97.

первом случае субъектом двигателя правомерная, во втором же – деликтная цель.

### § 3. Вина как психическое состояние

#### 3.1. Атомизм

Для симптоматизма характерно выделение атомистического момента: такие психологические понятия («mental» concepts), как умысел или сознание противоправности, указывают на «определённое состояние психики». Обозревая симптоматизм в атомистической призме, предоставляется возможность глубже осмыслить психологический облик вины.

#### 3.2. Косвенная точность вины

Согласно симптоматизму, вина – это психическое состояние. При этом Дж. Смит лаконично замечает: «Вина как особое психическое состояние может устанавливаться только на основании косвенных доказательств (circumstantial evidence)»<sup>1357</sup>.

### § 4. Вина как психическая тенденция (Векторное состояние)

#### 4.1. «Промежуточность» тенденции

Состоянием является совокупность внутренних параметров системы, данных в определённое время. Состояние, имеющее тенденцию преобразования, принято называть векторным состоянием, которое в зависимости от обстоятельств также может характеризоваться как переходное состояние.

Процесс же – это динамическая последовательность различных состояний системы. Традиционная философия различает два вида процесса – детерминированный и стохастический или статистический процесс. К первому виду относятся такие процессы, в которых каждое из состояний вытекает из ближайшего предшествующего состояния; во втором виде процесса состояния чередуются не однозначно, а только с определённой вероятностью, что означает допущение случайности, ввиду чего такой процесс также принято именовать вероятностным или случайным процессом. Современная философия, опираясь на принцип диалектического единства необходимости и случайности, полагает, что каждый процесс в конечном счёте является стохастическим процессом, т. е. процессом, определённым случайностью.

В случае убийства, оскорбления (преследуемого в уголовно-правовом порядке и в РФ до 2011 года) и иных подобных составов преступления вина, конечно же, может и должна рассматриваться в виде психического состоя-

<sup>1357</sup> J. C. Smith, Crim. L. R., London, 1986, № 1, стр. 183.



ния, выраженного в совокупности волевых и интеллектуальных моментов, наличествующих в момент делинквирования.

Однако возможно ли исходить из этого также убедительно и в отношении продолжаемых и длящихся преступлений?

#### *4.2. Тенденциозность вины: длящийся деликт*

Длящимся является преступление, характеризующееся непрерывностью преступного посягательства в течение определённого времени, до того момента, пока субъект не выполняет возложенную на него уголовным законом обязанность. К такому виду преступлений относятся незаконное хранение и ношение оружия (ст. 238), несообщение о преступлении (ст. 206), злостное уклонение от уплаты алиментов или от содержания детей (ст. 124), незаконное лишение свободы (ст. 133) и др.

До прекращения действия или бездействия изначальный преступный умысел в той или иной форме перманентно присутствует в психике делинквента; преступление такого вида является длящимся не только объективно, но и субъективно. Стабильная длительность субъективной стороны создаёт значительную имитацию психического процесса: продолжительность, распространённость во времени гораздо характернее для процесса, нежели для состояния, более того, она является неотъемлемым свойством именно процесса, но не состояния, ибо состояние может быть и фотографическим.

#### *4.3. Перманентность векторной вины*

Однако в действительности в длящемся преступлении в виде вины дано психическое состояние, так как это последнее, сколь долго бы оно ни длилось, не может перевоплотиться в процесс в силу одного этого обстоятельства. Главное значение придаётся непрерывности данного состояния, отсутствию перехода в другое, хотя бы аналогичное или даже идентичное состояние.

*Если не существует двух или более состояний, не может существовать процесс, ибо этот последний, как отмечалось выше, является последовательностью этих первых.*

Таким образом, вышеуказанный тезис симптоматического учения на примере длящегося преступления не опровергается, хотя здесь очевидно формальное (внешнее) сходство вины с психическим процессом, выражающемся на самом деле в том, что налицо *вина как векторное состояние*.

### **§ 5. Вина как психический процесс**

#### *4.1. Продолжаемый деликт*

Существенно отличается ситуация в отношении продолжаемого преступления. Продолжаемым называется преступное деяние, состоящее из последо-

вательных действий, посягающих на один и тот же объект и охватываемых единым умыслом. В качестве продолжаемых преступлений классифицируются вредительство (ст. 70), кража личного или государственного имущества (ст. 150, ст. 91) и др.

Единство умысла ещё не означает его непрерывности. Однако отрицание непрерывности умысла также не означает, словно в продолжаемом преступном деянии каждое составное действие совершается с сызнова возникающим умыслом. В таком случае нам не удавалось бы дифференцировать понятия продолжаемого и повторного преступления.

#### *4.2. Интервализация формы, интегральность содержания*

С большей степенью дифференцированности следует подходить, например, к систематическому мелкому обвешиванию продавцом покупателей, ибо *с точки зрения уголовно-правовой математики* при отсутствии неделимого умысла сумма нулевых вредов всегда будет равна нулю.

Это, в свою очередь, указывает на необходимость высокоточной интерпретации единого умысла, а именно в той перспективе, что отвергнутая нами непрерывность умысла в продолжаемом преступлении не должна быть чревата поправлением его единства.

Такая опасность в определённой степени уменьшается, если учитывать то, что прерывность – признак формы умысла, а единство – признак содержания.

Наряду с объективной поэтапностью продолжаемого преступления его психологическая поэтапность обусловлена тем, что каждое составное действие отличается не только завершённым объективным, но также и округлённым психологическим обликом, подобно законченному смыслу предложения в контексте, но не вне контекста.

#### *4.3. Вина как процесс*

Однако что можно заключить на примере принятого вследствие этого формально прерывного и материально единого умысла? Формальная прерывность умысла и единство его содержания в продолжаемом преступлении фундаментально отличает это последнее от длящегося преступления, содержащего единый непрерывный умысел. Тогда как длящееся преступление состоит из продолжительного, но единственного психического состояния, в продолжаемом преступлении представлены относительно короткие, но многочисленные психические состояния.

Исходя из вышеизложенного, в последнем случае деликтный умысел следует искать не в каком-либо психическом состоянии, а только в последовательности данных психических состояний (если умысел содержится в каждом из них в отдельности, то налицо череда повторных преступлений, а не

продолжаемое преступление). Вместе с тем последовательность состояний – понятие, обозначающее процесс.

Таким образом, в продолжаемом преступлении вина представлена не как отдельное психическое состояние или отдельные психические состояния, а как протекаемый в последовательности этих последних *психический процесс*.

Согласно данному выводу, *вина генерально может являться как психическим состоянием, так и психическим процессом*, на основании чего решительно отвергается вышерассмотренное положение симптоматизма (вина как только психическое состояние).

#### 4.4. Тенденция vs. процесс

Ни воля, ни знание или возможность знания не может определяться как психическое состояние, как это принято в симптоматическом учении. Психическое состояние с необходимостью включает все те психические элементы, которые могут быть даны в определённый момент времени. Как интеллектуальная, так и волевая сторона отображают только часть субъективной психики, т. е. они независимо друг от друга не могут представлять собой исчерпывающую совокупность внутренних параметров психики.

Ввиду всего этого признание отдельных признаков вины психическим состоянием по крайней мере количественно неоправдано.

Постулированная Р. А. Дуффом «несовместимость направления и состояния» ошибочна. Как упоминалось, тенденция признаётся факультативным свойством состояния и каждое состояние, характеризующееся этим свойством, называется векторным состоянием. В силу этого в соответствующих случаях здесь налицо не процесс, а тенденция.

### § 6. Симптоматизм и бихевиоризм

#### 6.1. Комплексная критика: Л. Витгенштейн

Оппоненты симптоматизма в основном ссылаются на философские воззрения Л. Витгенштейна, который пишет: «Симптоматизм отличает публично зримое (тело) от частного, т. е. от незримого непосредственно другими (психика), откуда делаем вывод о наличии психики, которая, принадлежа телу, надзирает за большинством его движений. Теория поведения<sup>1358</sup> (традиционно антагонистическое учение в отношении симптоматизма) разделяет эту точку зрения лишь отчасти. Согласно обоим учениям, то, что наблюдается нами, есть тело и его «бесцветное поведение» – движения, описание которых возможно без всякой ссылки на «психические» понятия умысла. Основное разногласие между теорией поведения и симптоматизмом порождает то, как следует определять психологические понятия в связи с этими телесными

---

<sup>1358</sup> Бихевиоризм Дж. Б. Ватсона.

движениями – с указанием на психические процессы, индицированные этими движениями и находящиеся за их пределами, или всего лишь характеристикой телесных движений. Ни одно из этих учений не создаёт желаемого представления об интересующем нас вопросе: предмет внешнего наблюдения составляют не бесцветные движения физических тел, а деяния человеческих существ (the actions of human beings)»<sup>1359</sup>.

### 6.2. Умеренный и радикальный бихевиоризм

Бихевиоризм олицетворяет широко известное, но в то же время менее признаваемое направление современной психологии, философски интенсивно зависящее от позитивизма.

Проявлением этой зависимости, прежде всего, можно считать то, что бихевиоризмом всякое утверждение, если оно выходит за рамки внешнего поведения индивида, рассматривается как ненаучное. Соответственно, описание таких «психических» понятий, как умысел или воля, в теории Дж. Б. Ватсона недопустимо.

Это крайне антиидеалистическое учение разветвляется на два основных течения – первое, именуемое умеренным, представлено самим основателем этой теории Ватсоном, а радикальный бихевиоризм представлен К. С. Лэшли.

«Индивидуальное поведение, – отмечает этот последний, – отнюдь не указывает на существование сознания, и для определения поведения введение понятия сознания научно неприемлемо»<sup>1360</sup>.

В отличие от Лэшли, для Ватсона идея несуществования сознания чужда, но он отрицает сознание как предмет научного исследования, т. е. считает невозможным формулирование научно обоснованных положений о нём<sup>1361</sup>.

Очевидно, что оба направления бихевиоризма совершенно неверно соотносятся с коренной проблемой философии. Отвергая существование сознания, эта проблема превращается в безусловную беспредметность; а допуская существование сознания, но отвергая возможность его научного познания, данная проблема хотя не будет беспредметной, но тем самым мы всецело склонимся к агностицизму<sup>1362</sup>. Место отверженного или признанного непознаваемым сознания в процессе психологического исследования занимает поведение, рассматриваемое не как психофизическая деятельность, а всего-навсего как реакция индивидуального организма на внешний мир.

<sup>1359</sup> L. Wittgenstein, *Philosophical Investigations*, London, 1963, стр. 73.

<sup>1360</sup> K. S. Lashely, *Brain Mechanism and Intelligence*, London, 1929, стр. 127.

<sup>1361</sup> J. B. Watson, *Behaviorism*, New York, 1925, стр. 98.

<sup>1362</sup> Агностицизм классифицирует сущность объективной действительности как непознаваемое.

### *6.3. «Визуализация вины»*

Исходя из вышеотмеченного, рассматривать бихевиоризм и симптоматическое учение в одной плоскости не представляется возможным. Бихевиоризм, отвергая для субъективного деяния значение психики и «психических» понятий, определяет его только как телесные движения; с другой стороны, в симптоматическом учении стержневым назначением телесных движений является отображение психологических данных, релевантных в уголовно-правовом отношении.

Однако здесь же напрашивается вопрос о том, насколько обосновано вышеприведённое замечание Витгенштейна. Несмотря на то что телесным движениям в теории поведения и симптоматизме присуща качественно неоднородная нагрузка, Витгенштейн в равной мере критикует обе концепции по поводу провозглашения этих движений объектом наблюдения.

По его мнению, мы наблюдаем индивидуальный акт, а не телесное движение как таковое или телесное движение, содержащее указания на субъективные элементы деяния.

Этой критике, представленной Витгенштейном, в особенности следуют Дж. Э. Стэннард, Дж. Уильямс, Р. Дуфф и некоторые другие современные криминалисты. Однако в их взглядах мало чего рационального.

### *6.4. Метавизуальность деликта*

Ввиду того что зрение относится к сфере чувств, а аналитика и оценка – мыслительные операции, деликтное деяние и его объективная сторона могут определяться как объект соответственно активной и пассивной констатации, т. е. установление преступления, в отличие от установления его объективного выражения, всегда связано с активной психической деятельностью.

### *6.5. Пластика наблюдения*

Рефлекторные движения и движения, производимые в бессознательном состоянии локализованы строго в пределах объективной категории и лишены всякого субъективного момента. Следовательно, деяние в ряде случаев может и вовсе не содержать субъективную сторону. Однако такая пластичность понятия деяния в современном уголовном праве совершенно недопустима.

### *6.6. Вербальные и письменные деликты*

Физические движения в прямом смысле не являются единственным способом реализации преступления: деликтное деяние зачастую осуществляется как письменно, так и в виде устной речи (угроза, ст. 136; клевета, ст. 137; оскорбление, ст. 138).

И в отношении этих случаев симптоматизм представляет ту же дуалистическую формулу, ту же модель научного определения эмпирических явлений: наблюдая за определённым эффектом, мы пытаемся констатировать существование тех латентных процессов, которыми этот эффект вызван.

Например, при устной речи объектом непосредственного наблюдения выступают звуки, вследствие анализа которых устанавливается их источник в виде субъективных элементов и которые при определении этих субъективных элементов перевоплощаются из бессодержательного шума в содержательные фразы.

Так же как телесные движения, устная речь ограничивается объективной стороной преступления и не может отождествляться с преступным деянием в целом.

В свою очередь, центральным доводом против симптоматизма считается необходимость безусловного признания деяния в письменном акте субъекта. В теории уголовного права этот аргумент, как правило, иллюстрируется следующим образом: если письменный акт наподобие телесных движений и устной речи ограничивается объективной стороной деяния и уже изначально не охватывает его субъективные элементы, на чём должна основываться юридическая сила такого важного правового института, как завещание?

Завещание, разумеется, действительно должно выражать реальную, а не потенциальную волю субъекта, однако вместе с тем следует принять во внимание и то, что завещание – это не всякое письменное распоряжение собственным имуществом, а только такое, которое выполнено в соответствии с правилом, установленным законом. Данное правило предусматривает особый порядок удостоверения завещания, вследствие чего оно лишается абсолютной единоличности и приобретает относительную билатеральность (в метагражданско-правовом понимании). Точнее, завещание представляет собой не просто письменный акт завещателя, а совместный письменный акт завещателя и соответствующего государственного органа. Ввиду этого неубедителен и этот аргумент против симптоматизма.

## § 7. Советская догматика

### *7.1. Криминологический симптоматизм*

Не обходит стороной симптоматическое учение грузинская советская уголовно-правовая догматика. В творчестве Т. В. Церетели и Г. П. Ткешелиадзе встречается совершенно обоснованная критика первоначальной формы симптоматизма. «Уголовная ответственность, – отмечают указанные криминалисты, – является ответственностью за деяние, а не за личную опасность субъекта. Против этого демократического положения в буржуазной юрис-

пруденции широко распространено т. н. симптоматическое воззрение о преступлении, согласно которому деяние, внешнее проявление воли человека представляет собой только симптом, только повод для оценки личности действующего. Наказывается умонастроение действующего, проявленное в деянии, а не само деяние»<sup>1363</sup>. Как верно заключают грузинские криминалисты, это обуславливает «морализацию» уголовного права.

По их же утверждению, субъективное отношение должно составлять предмет уголовно-правового интереса исключительно как детерминант противоправного деяния. Внутренняя агрессивность субъекта, не находящая внешнего проявления, может являться объектом исследования *криминологии*, психологии или некоторых других смежных с уголовным правом наук, но не объектом самого уголовно-правового исследования.

### 7.2. Объективация воли

Наряду с этим анализ симптоматизма со всей актуальностью акцентирует необходимость выяснения того, что следует понимать под внешним проявлением агрессивной воли – противоправный результат или только противоправное действие или бездействие.

Если, с одной стороны, преступление в общем определяется как внешнее проявление воли, а с другой – под внешним проявлением воли подразумевается только противоправное деяние, то не удаётся теоретическое обоснование материального преступления.

Однако если внешнее проявление воли включает в себя также и трансформирующий внешний мир результат и это так и должно быть, то становится невозможным обоснование уголовной ответственности за формальное преступление.

Ввиду того что нам представляется недопустимым отрицание того, что преступление представляет собой внешнее проявление воли, неизбежно структурное преобразование второго компонента указанной дилеммы, в частности преступление не должно определяться просто как внешнее проявление воли, т. е. как всякое внешнее проявление воли. В этом последнем дифференцированно должны содержаться оба возможных случая его конкретизации, что окончательно могло бы предотвратить неопределённость, связанную с проблематикой ответственности.

В противном случае вследствие этого покушение на кражу или некоторые другие материальные преступления не повлекут за собой уголовную ответственность, несмотря на наличие в них внешнего проявления антиправовой воли. Или же, наоборот, наказуемость вымогательства (ст. 154) или дезертирства (ст. 262) как формального преступления не может отвергаться по

<sup>1363</sup> თ. წერეთელი, გ. ტყეშელაძე, მოძღვრება დანაშაულები, თბილისი, სტრ. 26.

тому поводу, что в составах данной конструкции воля не находит совершенного внешнего проявления.

### 7.3. Криминалистический симптоматизм

Из другого произведения Т. В. Церетели и Г. Т. Ткешелиадзе наглядно видно, что они не приемлют не симптоматическое учение в общем, а только его первоначальную версию.

Это, прежде всего, проявляется в их подходе к понятию деяния, которое принципиально отличается от соответствующей позиции Л. Витгенштейна, Р. Дурффа, Дж. Э. Стэннарда и других оппонентов симптоматизма. «Деяние, – отмечают Т. В. Церетели и Г. Т. Ткешелиадзе, – как акт волевого поведения исключается при рефлекторных и инстинктивных движениях, так как в таких случаях головной мозг не в силе выполнять функцию контроля. Волевое действие отсутствует также при непреодолимой силе и физическом насилии. Психическое насилие (угроза) не исключает волевое действие. Человек привлекается к ответственности за совершённое под влиянием угрозы преступление, если не наличествуют условия крайней необходимости. Человек отвечает также за импульсивное действие (например, за действие совершённое в состоянии аффекта, если он имел возможность выполнения волевого действия)»<sup>1364</sup>.

Таким образом, телесные движения и субъективное деяние не рассматриваются как равнозначные понятия, поскольку каждое деяние представлено в качестве «акта волевого поведения», тогда как телесные движения могут быть лишены облика «акта волевого поведения» (рефлекторные и инстинктивные движения; движения, совершённые как следствие непреодолимой силы или физического насилия; а иногда и импульсивные движения и движения, осуществлённые в условиях психического насилия). А в силу того что телесным движениям не приписывается функция прямого отображения деяния, последнее в отличие от первых не может быть объектом непосредственного наблюдения. Это, как несложно понять, влечёт признание основного принципа современного симптоматизма как минимум с криминалистической точки зрения, что отчётливо просматривается в особенностях всех специальных приёмов, методов и средств раскрытия преступлений.

Тем не менее следует заметить и то, что вышеупомянутая позиция Т. В. Церетели и Г. Т. Ткешелиадзе лишь косвенно направлена на позитивную оценку современного симптоматизма. Прямо грузинское советское уголовное право не признаёт симптоматическое учение.

<sup>1364</sup> თ. წერეთელი, გ. ტყეშელიაძე (რედ.), საქართველოს სსრ სისხლის სამართლის კოდექსის კომენტარები, თბილისი, 1976, სტრ. 40-41.



## § 8. Субъективизм?

### 8.1. Дж. Э. Стэннард

Несмотря на значительное отличие современного симптоматизма от его изначального вида, не один криминалист по-прежнему упоминает его как субъективистское направление. Наглядным примером этому служит следующее мнение Дж. Э. Стэннарда: «Исходной субъективистской идеей является то, что уголовная ответственность должна (преимущественно) зависеть не от чисто «внешних» элементов поведения субъекта и его эффектов, а от отношения субъекта к этим элементам, не от «объективного» характера случившегося, а от «субъективности» вызываемого им деяния. Типичным проявлением субъективизма является симптоматическое учение. Уголовную ответственность оно основывает на соналичии соответствующего психического состояния и внешнего акта, последний из которых выполняет лишь функцию индицирования этого психического состояния»<sup>1365</sup>. Это может рассматриваться лишь как искажённая интерпретация современного симптоматического учения, так как симптоматизм в равной мере связывает уголовную ответственность с обеими сторонами преступления.

Если «внешние элементы» наделены только функцией индицирования «соответствующего психического состояния» (вины) и непосредственно не воздействуют на уголовную ответственность, то симптоматизм не должен предоставлять возможность дифференцирования уголовной ответственности в соответствии с наступившими вредными последствиями деяния, что, однако, не соответствует действительности.

### 8.2. Степень реализации вины

Иными словами, симптоматизм подчиняет уголовную ответственность не только преступному умыслу, но также и степени осуществления преступного умысла, что является безотказным индикатором для распознавания отсутствия субъективизма; он так же различает между собой формальное и материальное преступление, как это принято традиционно. В симптоматическом учении возможно выделение целого ряда других моментов, которые субъективистски совершенно недопустимы.

Вместе с тем напрашивается вопрос, в какой степени может быть убедительным «уличение» симптоматического учения в субъективизме со стороны Стэннарда тогда, когда он самоотверженно настаивает на позитивное решение вопроса о наказуемости в обоих случаях негодного покушения (покушение на негодный объект и покушение с негодным средством). На наш взгляд, вряд ли можно встретить более жёсткое проявление субъективизма.

<sup>1365</sup> J. E. Stannard, Subjectivism, стр. 542.

### 8.3. Догматико-компаративный аспект

Если сравнивать симптоматизм с другими основными учениями о деянии в традиционной теории уголовного права, сложно усмотреть между ними в связи с рассматриваемой проблемой теоретически закономерное чёткое сходство или различие.

Каузализм и симптоматизм аналогично рассматривают процесс установления вины, но принципиально по-разному определяют понятие субъективного деяния.

А взаимоотношение финализма и симптоматизма основывается на полярно противоположном принципе: они, симметрично определяя понятие субъективного деяния, асимметрично подходят к проблеме вины в систематическом аспекте.

Одновременно с этим объявление вины в симптоматическом учении как психическое состояние не означает исключения общенормативной опции, так как психическим состоянием вина может рассматриваться и в неразрывной связи с его уголовно-правовой оценкой.

## Глава VIII

### КАУЗАЛИЗМ

#### § 1. Введение

##### 1.1. Погасшее светило

Современная однозначно отрицательная оценка каузализма вызвана тем, что каузальное учение рассматривает каждый волевой акт как объективную обусловленность, т. е. воля представлена в качестве ординарного каузального элемента.

Главными представителями этого учения являются Ф. ф. Лист – основоположник каузализма, Э. Белинг и Г. Радбрух; умеренный каузализм с факультативно субъективизированным составом деяния представлен у Э. Мецгера, сюда же можно отнести и А. Шёнке; к числу «пассивных» последователей каузального учения относятся Х. Шрёдер, Г. Блей и Ю. Бауман.

Здесь же следует заметить, что натуралистическое учение на сегодняшний день уже давно прекратило своё развитие, если не принимать во внимание преимущественно молчаливую приверженность одного или двух единичных последователей в современной теории немецкого уголовного права.

##### 1.2. Свет погасшего светила

Созданное Листом *трёхпризначное понятие преступления* несомненно представляет собой один из наиболее важных этапов прогрессивного развития понятия вины. Соответствие составу деяния, противоправность, вина – это

та последовательность, которая и по сей день превалирует в значительной части континентальной уголовно-правовой доктрины.

С другой стороны, как известно, здесь же берёт своё начало и поныне господствующая не в одной стране континентальной правовой системы *психологическая теория вины*, а именно у того же Листа.

## § 2. Ф. ф. Лист

### 2.1. «Физическая» воля

Каузализм берёт своё начало в творчестве Ф. ф. Листа. Преступление здесь рассматривается как действие, дефинируемое в качестве произвольного, т. е. осознанного и определённого представлениями телесного движения. Таким образом, преступление, по Листу, понимается как осуществление воли, только волей ему представляется не определённый психический акт как таковой, а «физический акт, непосредственно возбуждающий моторные нервы».

### 2.2. Метафизика М. ф. Бури

Этому «материально-фотографическому» восприятию воли предшествовала аналогичная дефиниция М. ф. Бури. В то время как у Листа воля представляет собой физический акт, Бури рассматривает её как «естественную силу, которой телесная сила приводится в движение». Как видим, и этот последний подобно Листу далёк от надлежащего понимания психической природы воли, но он не сводит содержание вины к понятию телесного поведения.

В силу этого ошибочно ныне принятое мнение о том, словно в учении Листа неизменно отображаются воззрения Бури о субъективной воле. На наш взгляд, аналогичность их позиций гораздо теснее в связи с вопросом о преступном деянии, в частности в аспекте обоснования каузальности бездействия.

### 2.3. Когниция

Осознанность деяния и его определённость представлениями не могут быть предпосылками вины. Например, в случае неосторожной вины налицо всего лишь возможность определения деяния представлениями, но не сама определённость представлениями. А один из её подвидов – небрежность и вовсе именуется неосознанной неосторожностью.

### 2.4. Бездействие

По Листу, негативное действие – нормативная ирреальность: «Бездействие не есть несодеяние ничего, это не-содеяние-чего-то, т. е. «иное действие», а не собственно бездействие. Этим обосновывается содержание бездействий как позитивных действий и их каузальный характер»<sup>1366</sup>. Чему Лист в ко-

---

<sup>1366</sup> F. v. Liszt, E. Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Aufl., стр. 64.

нечном итоге отдаёт предпочтение: преступлению как действию или действию как телесному движению, здесь ввиду того что он данную дилемму не признаёт, остаётся открытым.

### 2.5. *Каузальность*

Лист стремится обосновать причинную связь между традиционно понятым бездействием и результатом. Таким образом, Лист косвенно признаёт и бездействие как телесное движение.

Допущение Листом бездействия как телесного движения можно рассматривать как тщетную попытку одновременного сохранения обоих исходных тезисов.

### 2.6. *Двойная логистика неделимости деяния*

Главный промах конкретно проявляется в том, что Лист характеризует действие на основе физических (объективных), а бездействие на основе психических (субъективных) показателей, что означает не замену физического критерия психическим критерием (для этого ему следовало бы представить оба вида деяния посредством психических данных), а отрицание критерия как такового и механическое слияние с физически определённым действием психически определённого бездействия.

### 2.7. *«Каузальность» бездействия*

В пользу Листа и натуралистического учения можно отметить лишь то, что в уголовно-правовой доктрине того времени почти единогласно признавалась абсолютность причинной связи.

### 2.8. *Семантика делений деяния*

Несмотря на вышепредставленные слабые струны каузализма, учению Листа всё-таки удалось оказать определённое символическое влияние на развитие понятия деяния, осязаемое и поныне. И по сей день в немецком уголовном праве деяние формулируется тройственно: 1) как действие, состоящее из учинения или совершения и бездействия (*Handlung: Tun bzw. Begehung und Unterlassen*); 2) поведение или деяние, включающее действие и бездействие (*Verhalten: Handlung und Unterlassung*); и, наконец, 3) действие в широком смысле, которое делится на действие в узком смысле и бездействие (*Handlung i. w. S.: Handlung i. e. S. und Unterlassen*).

Первое и третье понятия уголовно-правового деяния, правда, непосредственно не вытекают из понятия действия Листа, однако несомненно содержат определённые методологические указания на данное понятие: бездействие в указанных случаях в той или иной форме вторгается в состав понятия действия.

### 2.9. Неосторожность

Лист и неосторожность рассматривает только в отношении действия, тогда как бездействию по-прежнему приписываются позитивность и каузальность.

#### 2.10. Вина как воля или психическое отношение?

Психическое отношение не «создаёт» деликтного деяния, это всего лишь его пассивный психический придаток, тогда как исключение воли из содержания вины означает объективное вменение.

#### 2.11. Волюнтаристивная трилемма

В уголовном праве субъективная воля описывается неоднородно, проявлением чего предстают следующие признаки: 1) неразграниченность воли и желания (традиционная догматика); 2) объединение в воле желания и самопринуждения (Лист) и 3) отмежевание воли от представления (Биндинг).

#### 2.12. Трёхпризначное понятие преступления

Привлекает своей неординарностью динамика развития трёх основных теорий Листа: во-первых, немецкая догматика никак не расстанется с трёхпризначным понятием преступления Листа, но уже давно предпочитает ничего не слышать о его психологической теории вины (аналогичная ситуация в современной грузинской уголовно-правовой доктрине); во-вторых, российское уголовное право, которое никак не расстанется с психологической теорией вины Листа, по-прежнему ничего не желает слышать о его трёхпризначном понятии преступления; и, наконец, ориентированная теорией наказания Листа вся систематика уголовного права на специальную превенцию так и остаётся ориентированной на вторичную превенцию, разветвляясь на специально- и общепревентивные модели в различных уголовно-правовых доктринах.

## § 3. Э. Белинг

### 3.1. Размежевание деяния и состава

В силу этого *предметом соответствия составу преступления не может быть ни результат, ни детерминация результата, если это не субъективное деяние*, что, в свою очередь, означает неприемлемость сепарации состава преступления и деяния.

Помимо этого, последующее возвращение Листом и Белингом деяния в состав преступления не было осуществлено надлежащим образом, ибо ими деяние как детерминация результата по-прежнему подчинялось значению самого результата.

### 3.2. *Обстоятельства, исключаящие деяние*

Данная система преступления должна быть оснащена *первой* промежуточной ступенью *в виде исключаящих деяние обстоятельств*, а именно в рамках *вступительной* сферы в сочетании с *фактическим вредом* (с фактической опасностью) и с учётом процессуально-технического принципа правила и исключения.

### 3.3. *Масштаб типичности преступления*

Если соответствие составу преступления как свойство деяния исходит из того, что состав преступления – это описание типичного преступного деяния, то на каком основании объявляется носителем этого свойства результат или несубъективная детерминация результата?

### 3.4. *Дескриптивность состава преступления*

Лист и Белинг руководствуются самой сутью уголовно-правовой реальности, стремясь дистанцировать состав преступления, с одной стороны, от всего субъективного, а с другой – от всего оценочного.

### 3.5. *Объективная неправда*

В. Хардвиг, иллюстрируя свой критический анализ классической схемы следующим примером: с целью самоубийства пешеход преграждает путь автомобилисту, для которого предотвращение летального последствия объективно невозможно, задаётся вопросом: «Что имеется в виду: разве существуют две противоположности? Может ли деяние одновременно быть и противоправным и непротивоправным? И что означает «объективное» и «субъективное»? Ведь и должная заботливость или предусмотрительность – объективная уголовно-правовая обязанность»<sup>1367</sup>. Последнее замечание направлено против той группы криминалистов, которые полагают, что при невиновном телесном повреждении или невиновном лишении жизни субъект действует или бездействует противоправно, но не в противоречии с обязанностью, что указывает на существование таких обязанностей, которые касаются только вины, но не противоправности.

### 3.6. *Добро и обязанность*

Поскольку всякое нарушение субъективного права уже означает противоправность, следует заметить, что в казусе Хардвига автомобилист действовал противоправно, не нарушая обязанность предусмотрительности (заботливости, внимательности).

---

<sup>1367</sup> W. Hardwig, Die Zurechnung, стр. 80.

### 3.7. Вина как «психическая ошибочность»

В двух различных трудах «Учение о преступлении» и «Невиновность, вина и ступени вины» Белинг по-разному подходит к проблеме уголовно-правовой вины. В первом из них вину или виновность, так же как противоправность, Белинг рассматривает как свойство деяния и определяет её как психическую ошибочность деяния (*psychische Fehlerhaftigkeit der Handlung*)<sup>1368</sup>. А во втором труде вина уже представлена как «упречность или осуждаемость по психической стороне деяния»<sup>1369</sup>. Особенности понятия вины и непосредственно корреляции вины и состава преступления исследуются Белингом также в его не менее важном произведении «Учение о составе преступления». Состав преступления как «внешнее очертание типа преступления» чётко отличается от вины, и эта последняя целиком выносится из его структуры, потому как расширенный на психологические признаки состав преступления Белинг называет *contradictio in adjecto*<sup>1370</sup>. Помимо натуралистически понятой произвольности, относящейся к каузальному понятию деяния, все психологические признаки преступления как «особые свойства воли» им представлены в качестве принадлежностей понятия вины.

### 3.8. Вина – «психическое отражение неправды»

Вопреки тезису Белинга о вине как о «психическом отражении неправды» среди прочего цель не может быть охвачена психическим отношением к составу преступления (умыслом), так как она направлена к моменту, находящемуся вне соответствия деяния составу преступления (например, в случае убийства из корыстных побуждений цель делинквента состоит в получении выгоды материального характера, а умыслом охватывается только убийство).

Белинг называет это исключением из другого своего положения, в котором умысел представлен как главное основание индивидуализации вины так же, как состав преступления – в отношении деяния.

### 3.9. «Дескрипция – оценка – дескрипция»

Вину как целостность психологических признаков преступления Белинг лишь сопоставляет с его объективными признаками, констатируя ту истину, что *субъективная сторона преступления вытекает из объективной стороны преступления*, а не наоборот, поскольку здесь речь идёт не о процессе делинквирования, а о процессе квалификации деяния преступлением.

В отношении вины объективная сторона является объектом лишь ориентации, а не интеграции.

<sup>1368</sup> E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, стр. 45.

<sup>1369</sup> E. Beling, Unschuld, Schuld und Schuldstufen, Leipzig, 1910, стр. 8.

<sup>1370</sup> E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, стр. 178.

### 3.10. Умысел и сознание противоправности

Не промахивается Белинг и тогда, когда психическое отношение к противоправности (сознание неправды) с необходимостью связывает с психическим отношением к составу преступления (с умыслом). Тем не менее он ошибочно представляет себе причину этой неразрывности. Данная методологическая опрометчивость наглядно отображается во взаимной несовместимости неосторожной вины и сознания неправды.

## § 4. Г. Радбрух

### 4.1. Критика «негативных признаков состава преступления»

Г. Радбрух неуклонно отстаивает трёхпризначное понятие преступления от представленной А. Баумгартеном концепции, известной в уголовном праве как «учение о негативных признаках состава преступления». Баумгартен относит «исключительные нормы» (*Ausnahmengesetze*), т. е. оправдывающие обстоятельства, к составу преступления<sup>1371</sup>, что для Радбруха, естественно, в корне неприемлемо, так как он твёрдо стоит на позиции Белинга о корреляции сознания противоправности и вины.

### 4.2. Онтология

Радбрух пытается обосновать каузализм, опираясь на онтологию, на волне совершенной неприемлемости каузальной концепции с онтологической точки зрения.

## § 5. Умеренный каузализм: Э. Мецгер

### 5.1. Факультативно субъективная неправда

Разделяя состав преступления на субъективные и объективные стороны, Мецгер представляет его как выражение специальной, типизированной неправды, т. е. как «тип неправды», где неправда формально рассматривается как противоречие, направленное против абстрактной оценочной нормы, а материально – как нарушение интересов<sup>1372</sup>.

### 5.2. «Простое и сложное воление»

В рамках дифференциации между «простым» и «сложным» волением Мецгер окончательно отвергает концепцию о вине как о совокупности всех психологических признаков понятия преступления и в результате этого отчасти перестраивает «дескриптивный, лишённый оценочного момента состав преступления Листа и Белинга».

<sup>1371</sup> А. Baumgarten, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, стр. 218.

<sup>1372</sup> E. Mezger, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3. Aufl., стр. 248.



5.3. *Суппозиция: субъективные элементы состава преступления*

Суппозиция выявляет односторонность подхода Мецгера, факлутьативно субъективизирующего неправду.

5.4. *Исключения Мецгера, правило Листа*

Как бы то ни было: у Мецгера речь идёт не более чем об исключениях, подтверждающих правило Листа.

5.5. *Оправдывающие обстоятельства vs. субъективные элементы неправды*

Тем не менее Мецгер мог классифицировать отсутствие цели и других субъективных элементов в соответствующих исключительных случаях как *оправдывающие обстоятельства*, дифференцируя понятие исключаящего противоправность обстоятельства на *общие* оправдывающие обстоятельства (из общей части уголовного права) и *особенные* оправдывающие обстоятельства (из особенной части уголовного права). Возможности такой маневренности рассматриваемая система преступления никак не лишена.

**§ 6. Неокаузализм: Ю. Бауман**

6.1. *Слеминг финализма*

Несмотря на то что Ю. Бауман не более чем селективно разделяет классическую каузальную теорию, в некоторых случаях он даже прямее и конкретнее в своих выводах, чем ортодоксальные натуралисты. Наглядным подтверждением этому является признание им бездействия телесным поведением, о чём Лист намекал лишь косвенно и вскользь.

По Бауману, определяющим действие (деяние) субъективным фактором предстаёт только воля и она не зависит от последующих или конечных целей делнквента, наличие которых требуют финалисты. В силу этого, в то время как финальному учению не удаётся обосновать убийство с целью спасения другого лица или группы лиц как наказуемое деяние, для Баумана его наказуемость лежит на ладони.

Преимущество своего определения он поясняет также и тем, что такое понятие деяния одинаково применимо как в уголовном, так и в гражданском праве.

6.2. *Коллективная воля*

«Как это отмечал уже фон Лист, – указывает Бауман, – если юридическое лицо может заключать договор, оно также должно быть в состоянии заключать мошеннические и ростовщические договора»<sup>1373</sup>. Однако противоречие здесь налицо, так как Бауман субъективным пререквизитом уголовно-

---

<sup>1373</sup> Ibidem.

-правового деяния рассматривал индивидуальную волю, а не волю в общем, которая включает и коллективную волю.

### *6.3. Деяние и результат*

Согласно Бауману, нагая каузальность – иррелевантное в уголовно-правовом отношении обстоятельство, и на основе этого он указывает на необходимость внесения субъективного момента в классическую систему состава преступления.

### *6.4. Субъективные элементы неправды*

Бауману не удаётся преодолеть девиацию Мецгера с далеко идущими последствиями, а именно наглядно представленными в современной систематике в рамках уже генерально субъективизированной неправды.

## **§ 7. Квалификация преступления**

В соответствии с современным состоянием развития трёхпризначного понятия преступления Листа, являющегося доминирующим как теоретически, так и процессуально, квалификацию деяния преступлением от факта преступления до наказания – квалификация преступления в широком смысле – по технически успешно апробированному *методу правила и исключения* можно разделить на 9 этапов, 5 из которых (основные ступени) являются ступенями I степени, а последующие 4 (вспомогательные ступени) – ступенями II степени.

Одновременно с этим лишь 5 из указанных ступеней (3 основных, - 2 дополнительных) охватываются непосредственно самой системой преступления, тогда как остальные 4 расположены за её пределами: 2 самые первые – до, 2 самые последние – после системы преступления.

## **Раздел Б**

### **НОРМАТИВНОЕ НАПРАВЛЕНИЕ**

## **Глава IX**

### **СОЦИАЛИЗМ**

#### **§ 1. Объективный логос**

##### *1.1. Социальный смысл*

В 60-70-х годах теперь уже прошлого столетия социальное учение о деянии было представлено большинством немецких криминалистов. К числу его многочисленных представителей относились Э. Шмидт, Г. Майер, Л. Энгш, В. Майхофер, В. Зауер, Х.-Г. Йешек и отчасти Э. А. Вольф.

Основной отличительной чертой этой концепции является выделение «социального смысла» (*soziale Sinnhaftigkeit*) в качестве конститутивного признака деяния, исходящего не из каузальности, финальности или конкретности психической содержательности воли действующего, а определяющегося вне относительной зависимости от указанных моментов в соответствии с объективным масштабом социальной действительности.

С другой стороны, отображает ли рассматриваемый признак действительное соотношение в деликтном деянии уголовно-правового и социального? Иными словами, насколько оправдано провозглашение социальной определённости конститутивным элементом деяния?

### *1.2. Патологии уголовного права*

Социологическая теория права Иеринга, социологическая школа права Листа и социология права Энгельса в традиционной уголовно-правовой догматике, равно как всё творчество Якобса в современной теории уголовного права – всё это социологизмы.

Следует выделить четыре основные патологии теории уголовного права за всю историю её развития, три первые из которых она уже переболела: 1) религиозный субъективизм, 2) психологизм, 3) правовой схоластицизм (нормативизм Кельзена) и, наконец, 4) социологизм.

## **§ 2. Э. Шмидт**

### *2.1. Пронатурализм*

Один из основоположников социального учения Э. Шмидт полагает, что уголовно-правовое деяние – это произвольное вмешательство в социальные отношения «с определённым социальным значением».

Вместе с тем Шмидт слишком близок к каузалистической модели деяния Листа, так как и здесь деяние рассматривается как изменение внешнего мира и объектом приоритетного акцентирования предстают вредные последствия.

### *2.2. Мецгер / Шмидт: вина – фактическое отношение*

Логическим продолжением этого сходства представляется пронатуралистическая позиция Шмидта в связи с понятием вины, которую он формирует на основе воззрений каузалиста Мецгера. Согласно последнему, уголовно-правовая вина не является ни свойством, ни оценочным суждением или конгломератом оценочного суждения и психических фактов, ни «предметом», состоящим из «составных частей» или «элементов». Вину он определяет как фактическое отношение между психологическими (внутренними) и оценочными (внешними) моментами<sup>1374</sup>. Шмидт по существу разделяет это поло-

---

<sup>1374</sup> E. Mezger, *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 3. Aufl., стр. 248.

жение Мецгера, однако вместе с тем оперирует элементами вины, а не моментами, как это следует из утверждения Мецгера.

### 2.3. Критика фактического: В. Хардвиг

Хардвиг полагает, что Шмидт в своих выводах не до конца последователен. По его мнению, представленный Шмидтом «комплекс отношения» более противоречит положению Мецгера, чем соответствует ему; этим же может объясняться допущение в суждениях Шмидта понятия «составной части вины». Хардвиг утверждает: «Если уголовно-правовая вина является не аналогией предмета, а фактическим отношением, то она не должна иметь составных частей. Следовательно, Шмидт ошибается, упоминая «психологическую составную часть» и «нормативную составную часть» вины»<sup>1375</sup>. И далее: «(...) Вина, по Мецгеру, олицетворяет взаимоотношение правового состояния между противоправным поведением и представляемой свободной субъективной волей, являющееся объектом нормативного определения»<sup>1376</sup>.

### 2.4. Вина – гипотеза vs. вина – факт

Исходя из вышеизложенного, намечается двойная тенденция развития концепции Мецгера: вина как фактическое отношение между субъективным поведением и уголовно-правовой нормой (Шмидт) и вина как фактическое отношение противоправного поведения со свободной субъективной волей (Хардвиг).

Фактом может называться всё то, установление чего возможно. Отвергнуть фактический характер вины означает отвергнуть возможность её установления, что превращает принцип виновной ответственности в абсолютную беспредметность.

### 2.5. «Сравнение» психического с нормативным

Согласно апробированной в современной философии теории Г. В. Лейбница, отношение между двумя объектами может выражаться в следующих трёх видах: 1) как отношение от А до Б; 2) как отношение от Б до А и 3) как отношение между А и Б<sup>1377</sup>. Когда речь идёт о сравнении одного объекта с другим, должен быть дан первый или второй вид отношения в зависимости от того, какой из них составляет объект сравнения. Третий вид отношения включает сравнение.

В то же время всякое отношение не означает взаимосвязь. Впрочем, даже тогда, если бы Шмидт ссылаясь на понятие взаимосвязи не как на понятие, параллельное с понятием отношения, а как на его подчинённое видовое понятие, это всё же не могло бы расцениваться как преодоление противоречи-

<sup>1375</sup> W. Hardwig, Die Zurechnung, стр. 188.

<sup>1376</sup> Ibid., стр. 187.

<sup>1377</sup> G. W. Leibniz, Sämtliche Schriften und Briefe, Berlin, 1923, §§ 8, 9.

ности его воззрений: недопустимо, чтобы одно и то же понятие в одно и то же время представляло собой как сравнение, так и взаимосвязь, в каком бы виде ни выражалось каждое из них.

### § 3. К. Энциш

#### *3.1. Объективная финальность*

Другой основоположник социального учения К. Энциш менее испытывает влияние каузализма. Он вносит в понятие деяния признак намечаемости или вычисляемости (*Bezweckbarkeit bzw. Berechenbarkeit*) и формирует социализм как объективно-финальную концепцию.

Тем не менее гораздо существеннее сходство представленного Энцишем социализма с каузальной концепцией, нежели его аналогичность с финализмом: каузальная догма здесь не сдаёт авангардные позиции.

#### *3.2. Каузальность содержания, финальность формы*

Те авторы, которые подчёркивают преимущественное сходство социального понятия деяния и финального понятия деяния, обосновывают свою точку зрения тем, что оба эти понятия расположены в сфере неправды (т. е. неправды в целом, а не только в составе преступления, как это характерно для каузального понятия деяния), так как они в равной мере содержат момент направленности.

В силу примата материального аспекта перед формальным указанная позиция менее убедительна.

#### *3.3. Оригинальность*

Весьма значительное сходство социализма с каузальной и финальной доктриной создаёт такое впечатление, словно рассматриваемое учение – продукт прямого синтеза каузализма и финализма. На самом же деле оно не может называться каузально-финальной концепцией, ибо «социальная определённость деяния», в чём и состоит его главный характерный признак, чужда как для финального, так и для каузального учения. Помимо этого, не все представители социализма разделяют – по крайней мере напрямую – атрибуирование понятия деяния объективно-финальным моментом (например, Шмидт).

#### *3.4. Правовое государство: индивид против общества*

Общественно благоприятные последствия деяния могут быть юридически неблагоприятными в силу одного того обстоятельства, что они индивидуально негативно значимы.

### 3.5. Социальные последствия

Следует различать не два, а по меньшей мере четыре вида противоправного результата: 1) *малозначительный* (т. е. незначительный как индивидуально, так и социально); 2) *социально незначительный* (но не малозначительный, т. е. индивидуально значительный); 3) *социально менее значительный* и 4) *социально значительный*.

### 3.6. Уголовно-правовой результат

Ни одно противоправное деяние, совершённое в состоянии невменяемости или неизбежной ошибки, в уголовно-правовом порядке не наказывается, и, следовательно, противоправный результат, вызванный данным деянием, лишён уголовно-правового значения на уровне делинквирования и ответственности (в отличие от превентивной обработки неправды), что отнюдь не воздействует на его фактическую тяжесть и степень социальной значимости.

### 3.7. Уголовное право ≠ социология

Социальное как таковое изучается самостоятельно существующей другой наукой – социологией, т. е. *уголовно-правовое оперирование социальным значением противоправного результата означает вмешательство в компетенцию этой науки (социологии)*.

### 3.8. Критика факультативно субъективной неправды

В то время как Шмидт убедительно развивал позицию каузалиста Мецгера о вине как о фактическом отношении между психологическими и нормативными моментами, Энгиш решительно отвергает учение о субъективных элементах неправды того же представителя умеренного каузализма.

На это Энгиш возражает следующее: «Когда в общеизвестном примере Мецгера врач производит медицинское обследование пациентки, правомерность и противоправность его действия зависит не от того, осуществляет он это обследование с добросовестной профессиональной заботливостью или из прикрытых такой заботливостью низменных побуждений»<sup>1378</sup>. Давайте взглянем на проблему поближе.

### 3.9. Гинеколог мужского пола

Весьма полезный принцип социальной адекватности Вельцеля, т. е. объективное вменение в современном понимании, прежде всего, в современном его содержании, на что здесь опирается Энгиш, не исчерпывает проблему – ни здесь, ни в общем: под прикрытием социальной адекватности зачастую возможно истязание лица до смерти.

---

<sup>1378</sup> К. Engisch, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik an der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, Festschr. f. Th. Rittler, Aalen, 1957, стр. 169.

С другой стороны, Энгиш не видит основания для криминализации подобных пальпаций генерально, прежде всего, *с точки зрения правовой этики*. Истинное лицо современного уголовного права – это гинеколог мужского пола. Т. е. смотрим, но не видим, что случается нередко, если за спиной укоренившиеся догмы, будь это в сфере уголовного права или медицинского права, равно как в сфере любого другого права. Однако априорная правота позитивистских составов как абсолютных ориентиров для теоретических конструкций – это тревожная тенденция, точнее, отождествление закона и права.

### *3.10. Трещины субъективной неправды*

Акцентирование вида преступления – процессуально-технический подход, акцентирование интереса – доктринальный. Преимущество последнего перед первым указывает на целесообразность квалификации деяния от общего к частному.

### *3.11. Коллизия общего и особенного в УК*

Наличивается ли цель незаконного сбыта в момент изготовления фальшивой банкноты, этого уголовное право не может замечать, ибо оно не может запрещать изготовление сувенира. Если же, в свою очередь, поддельные деньги не могут рассматриваться в качестве безобидного памятного изделия, их изготовление также объективно следует запретить.

Соответственно, нарушение любого гарантируемого уголовным законом субъективного права без каких бы то ни было оговорок должно свидетельствовать о противоправном характере деяния. А установление факта этого нарушения целесообразно локализовывать в пределах объективной категории.

### *3.12. Объективно дозволенный деликт?*

*Субъективная запрещённость объективно дозволенного означает провозглашение субъективной стороны преступления единственным основанием уголовной ответственности.* Ещё для британского криминалиста К. С. Кенни было хорошо известно, что злой умысел, если он выражался в объективно дозволенном поведении, не мог восприниматься в качестве внешне проявленной субъективной воли и, соответственно, не мог пенализироваться.

## **§ 4. Х. Майер**

### *4.1. Теория воли*

Определение деяния в качестве осуществления воли (Майер) в первую очередь означает элиминацию из понятия деяния волевого момента. *А вынесение воли за пределы понятия деяния недопустимо.*

#### 4.2. *Формирование и объективация воли*

Деяние должно олицетворять не только осуществление воли, а совокупность осуществления воли и формирования воли.

#### 4.3. *Объективированная воля*

Гораздо отдалённое от реальности постулирование деяния объективированной волей. Неправомерная воля, если она объективирована, представляет собой противоправный результат, а не деяние.

### § 5. В. Майхофер

#### 5.1. *Строгий социализм*

В полной мере дистанцирует социальное учение от каузализма его самый радикальный представитель В. Майхофер. Однако вследствие этого в социальное понятие деяние вносятся ярко выраженные субъективистские принципы. «Понятие деяния, – пишет Майхофер, – следует абсолютно отграничить как от каузальной догмы, так и от всех остальных пережитков натуралистического подхода, будь это рудимент физиологического или психологического вида: главными среди них являются признаки «телесности», «произвольности» и «воли». Только таким образом возможно восприятие деяния не просто в виде внешней или внутренней детерминации противоправного эффекта (результата), а в качестве акта и продукта духовной деятельности»<sup>1379</sup>. В силу понятных причин подобное мнение не могло рассчитывать на позитивный отзыв в теории уголовного права.

#### 5.2. *«Объективная обладаемость деяния»*

По Майхоферу, «деяние – это каждое объективно обладаемое поведение, направленное к объективно предсказуемому социальному результату»<sup>1380</sup>. «Обладаемость» деяния безусловно свидетельствует о признании Майхофером значения воли. Однако не только «обладаемость», но также и «направление» поведения к определённому результату невозможно без волевого момента.

#### 5.3. *«Акт духовной деятельности»*

Признание Майхофером деликтного деяния «актом и продуктом духовной деятельности» отвергает объективную сторону деликтного деяния.

<sup>1379</sup> W. Maihofer, Der soziale Handlungsbegriff, Berlin, 1959, стр. 159.

<sup>1380</sup> Ibidem.



#### 5.4. Реинтеграция телесности

От исходного положения Майхофера вследствие его же стараний простывает весь след, если не учитывать формальную оболочку проблемы. В результате дальнейшего исследования он решительно возвращается к представленной Энгисшем идее объективной финальности и полагает, что сама детерминация «социального результата» должна рассматриваться составной частью понятия деяния. Последний аспект в то же время свидетельствует и о различии воззрений Энгисша и Майхофера, так как первый из них рассматривает деяние только как – объективно финальную – детерминацию «социального результата».

#### 5.5. Структура свободы

Своеобразно характеризует Майхофер взаимоотношения деяния, неправды и вины. По его утверждению, понятие деяния указывает на то, к чему способен индивид в общем (*генеральная свобода*), понятие неправды – соответственно, на то, к чему способен подобный индивид в подобном состоянии (*специальная [социальная] свобода*), а понятием вины выясняется то, каковы возможности конкретного индивида (*индивидуальная свобода*). Исходя из этого, деяние, неправда и вина отличаются друг от друга как ступени вменения.

### § 6. В. Зауер

#### 6.1. Вина как «социально-этический дефект»

Вина, по Зауеру, представляет собой *социально-этический недостаток* (*sozialethischer Mangel*) и содержит упречность в отношении грубого нарушения социально релевантных отношений. Вина здесь подразумевается в общем значении и наряду с уголовно-правовой виной включает и моральную вину. Однако именно сопоставление уголовно-правового понятия вины с её моральным понятием и выявляет несостоятельность дефиниции Зауера.

#### 6.2. Лакмус – эвтаназия

Эвтаназия одновременно содержит как «социально-этический дефект» (в виде уголовно-правовой вины), так и отрицание «социально-этического дефекта» (в виде отсутствия моральной вины). Это делает необходимым отмежевание одного из видов вины (моральной или уголовно-правовой) от социально-этического момента. При этом вполне очевидно, какой вид вины может не представлять собой «социально-этический дефект».

#### 6.3. Беспощадное неубиение

Обобщая проблему эвтаназии, нам представляется необходимым выделить следующие три момента: 1) прекращение жизни агонизирующего, который

настоятельно умоляет об этом с целью освобождения от нестерпимой предсмертной боли, в действующих законодательствах в той или иной форме уголовно наказуемо; 2) современная правовая мысль стабильно приближается к выводу, что здесь основания для наказуемости не существует; 3) на наш взгляд, основание для наказуемости здесь налицо, однако в обратном порядке, а именно за жестокое обращение путём бездействия в виде беспощадности в роли гаранта (беспощадное неубиение) или безжалостности вне роли гаранта (безжалостное неубиение).

#### *6.4. Безжалостное неубиение*

Так же как бездействие в роли гаранта в данном случае не охватывает только деяние медицинского работника, субъектом бездействия вне роли гаранта вполне может быть и медицинский работник, не находящийся при исполнении служебных обязанностей. Однако, исходя из специфических фактических предпосылок данного деяния, статистически опасность немедицинского прекращения жизни в подавляющем большинстве случаев будет наличествовать именно во втором отношении. В силу этого здесь же следует чрезвычайно акцентировать, что *немедицинское прекращение жизни при эвтаназии, как правило, не может быть допустимо в уголовно-правовом отношении.*

#### *6.5. Масштабы вины*

Вернёмся к воззрениям Зауера. В качестве масштаба вины он рассматривает то же, что представлено у него в объективной стороне преступления: *формально* – отрицательная правовая оценка; *материально* – социальная опасность и социальная вредность; *специально* для воли – социально-этическая осуждаемость («нетерпимость»), в чём выражается правовая и моральная упречность.

Располагая психическое отношение вне понятия деликтного деяния, оно предстаёт признаком не субъекта преступления, а личности субъекта преступления.

#### *6.6. Субъект и личность субъекта*

Какими могут быть последствия объявления психического отношения субъективным элементом преступления, т. е. его признания признаком субъекта преступления? Единственным следствием этой перестановки может быть исключение субъективной воли из понятия преступления.

#### *6.7. Воля и психическое отношение*

Зауер вполне справедливо указывает на субъективную волю как на оптимальный объект внешней оценки.

### 6.9. Признаки вины

Конкретизируя вину формально как «социально-этически упречную свободную волю», а материально – как «криминальную аморальность», Зауер выделяет три основных уголовно-правовых признака вины: вменяемость (свобода воли), умысел (знание неправды) и неосторожность (незнание неправды при реализуемости обязанности знания).

### 6.10. Эскурс: адвербиальный умысел

Упоминание умысла в атрибутивной связи с понятием деяния, как это имеет место в доводе Зауера, является нередким явлением в уголовном законодательстве некоторых западноевропейских стран (Великобритания, Франция, Бельгия). Например, британские криминалисты полагают, что умысел отличается от субъективного акта не более чем слово как лексическая единица от своего смыслового значения. На основе этого британский законодатель предпочитает упоминать умысел исключительно в составе наречного словосочетания, т. е. адвербиально («умышленно»), но не субстантивно («умысел»); подобная позиция, согласно воззрениям, представленным в теории уголовного права этой же страны, направлена на надлежащее усвоение того, что речь об умысле субъекта представляет собой суждение о смысловом значении его акта, а не об определённом «сепаратном психическом процессе».

### 6.11. Умысел как сознание неправды

Зауер не учитывает, что в классическом понятии умысла негативная интеллектуальная определённость неизбежно влечёт его негативную волюнтативную определённость. Если под умыслом подразумевать только знание неправды, с необходимостью следует исходить из тождественности понятий умысла и сознания неправды. В то же время: ошибка как обстоятельство, включающее умысел, а не вину, результирует и в том случае, когда умысел определяется как знание и воление неправды (желание или сознательное допущение) в совокупности.

### 6.12. Противоречивость классической композиции вины

Когда заблуждение уважительно (т. е. когда субъект не мог избежать отсутствия сознания противоправности), отсутствие вины не должно вызывать сомнений, тогда как умысел в традиционном понимании здесь отнюдь не элиминируется. С учётом того, что здесь же умысел – форма вины, не нуждается в утверждении то, что налицо отчётливая непоследовательность, потому как если наличествует умысел как форма вины, логически недопустимо, чтобы не наличествовала и сама вина: ведь форма – не что иное, как дескрипция организации и структуры той или иной системы, в данном случае неопределённая дескрипция вины.

### 6.13. Чистые и смешанные типы вины

Зауер различает «чистые типы вины» и «смешанные типы вины». По его же утверждению, уголовно-правовая вина всегда находит своё проявление хотя бы в виде одного какого-либо признака; поэтому (?), как заключает Зауер, эти признаки являются не просто элементами, т. е. составными частями понятия вины, а его типовой характеристикой, типовыми аспектами вины наподобие отдельных составов преступлений и оправдывающих обстоятельств в качестве типовых выражений неправды.

Однако в то время как указывается только на эти два типа неправды, Зауер в отношении вины выделяет следующие пять типов (как «чистые типы вины»): 1) предпосылки вины (напр., вменяемость); 2) отягчающие вину обстоятельства (напр., совершение преступления с использованием условий стихийного бедствия); 3) смягчающие вину обстоятельства (напр., родственная связь); 4) исключаящие вину обстоятельства (напр., превышение пределов необходимой обороны вследствие добросовестного замешательства); 5) аннулирующие вину обстоятельства ([*Schuldaufhebungsgründe*], напр., добровольный отказ от совершения преступления в случае неоконченного покушения или действительное раскаяние).

С другой стороны, немецкий криминалист указывает на следующие три «смешанных типа вины»: 1) типовые проявления развития признаков вины: цели, мотивы; 2) типы для субъективной опасности (хронические типы вины): рецидив, notoriousная преступная деятельность; 3) личные качества и отношения (напр., государственный служащий и солдат).

### 6.14. Основы типизации

Следует заметить, что эта концепция Зауера отнюдь не соответствует действительности. Согласно его позиции, обстоятельство, исключаящее вину, должно составлять признак вины и олицетворять отдельный тип вины. Исключаящее вину обстоятельство уже в силу того не может быть признаком понятия вины, что первое своим существованием свидетельствует об отсутствии последнего.

### 6.15. Психологизм и нормативизм как крайности

Положительно следует оценивать попытки Зауера, направленные к отрицанию как крайней психологизации, так и крайней нормативизации понятия вины.

### 6.16. Хронически-тенденциозная вина

Зауер со всей принципиальностью развивает идею «хронической вины», которую он представляет как вторичную форму множественности «вин, конституируемых отдельным деянием» (*Einzeltatschuld*). В результате исследования он приходит к выводу, что новый вид вины должен называться не

просто хронической, а хронически-тенденциозной виной, так как только потенции он не признаёт достаточными и считает необходимым их дополнение (активными) тенденциями.

На наш взгляд, признание хронически-тенденциозной вины в корне несовместимо с принципом вины. В уголовном праве вопрос о виновности может быть связан исключительно с нарушением конкретной нормы, да и то в конкретное время и в конкретной обстановке. В силу этого «хроничность» и «тенденциозность» вины – понятия приемлемые более в криминологическом, чем в уголовно-правовом отношении.

## § 7. Э. А. Вольф

### *7.1. Фрагментарный социализм*

Определённые параллели с социальным учением можно найти в воззрениях Э. А. Вольфа, которые, в свою очередь, не менее аналогичны и с ещё более поздними положениями персонального учения о деянии.

Вопрос в рассматриваемом случае заключается в следующем: если каждый малолетний и душевнобольной – личность, а каждая личность – «ответственное существо», то чем обусловлена уголовно-правовая невменяемость малолетнего и душевнобольного? В таком случае следует отвергнуть тождественность личности и «ответственного существа» или личностность малолетних и душевнобольных. Взглянем на проблему поближе.

### *7.2. Индивидуум и личность*

Из «скрытой склонности к духовному самораспоряжению» результирует потенциально «ответственное существо», но не само «ответственное существо».

### *7.3. От «физической» воли до «духовного» деликта*

Вольф, подобно другим представителям социального учения, понятие личности рассматривает только в духовном аспекте и, соответственно, в качестве основания уголовной ответственности деяние ему в конечном итоге представляется только как психологический акт.

Исходя из всего вышеизложенного, можно с убедительностью заключить, что социальное учение о деянии вследствие интенсивного развития не только освободилось от влияния самой каузальной и иных натуралистических догм каузализма, но и однозначно обернулось против него как уголовно-правовое направление, исключаяющее конститутивность всякой телесности.

**Раздел В**  
**НОРМАТИВИСТСКОЕ НАПРАВЛЕНИЕ**

**Глава X**  
**ФИНАЛИЗМ**

**§ 1. Философские истоки:**  
**Критическая онтология Н. Гартмана**

*1.1. «Сознательная воля»*

Главным характерным признаком финального учения о деянии является «сознательная воля» (*der bewußte Wille*), предоставляющая субъекту возможность достичь намеченной цели путём применения соответствующих каузальных средств (способов). Финальность, – как писал основоположник рассматриваемой теории Х. Вельцель, – является только целенаправленной субъективной волей.

В то же время для полноценного освещения финализма в актуальном для нас контексте к его анализу следует приступать не с воззрений Вельцеля, а с т. н. «новой» или критической онтологии известного немецкого философа Н. Гартмана.

Этот первый лишь в результате формального развития перенёс в теорию уголовного права то, что Гартман в философской догматике внедрил в виде субъективной финальности.

*1.2. Компоненты финальности*

В своём труде «Телеологическое мышление» Гартман, выступая против «якобы несознательной целевой деятельности», описывает финальность как категорию сознательного и в понятии деяния выделяет следующие три акта: 1) постановка цели в психике преодолением течения времени как антиципация (предвидение) будущего; 2) выбор средств в психике для достижения поставленной цели (обратная детерминация); 3) реализация поставленной цели с применением выбранных средств – процесс, протекающий вне психики<sup>1381</sup>.

*1.3. Телос?*

Анализ указывает на признание Гартманом конститутивности для понятия деяния не цели в общем, а её разновидности (*Zweck*).

*1.4. Критика «разумного индивида»*

Заимствование философской концепции Гартмана сталкивалось в теории уголовного права с плотными барьерами. Например, В. Леференц считал

---

<sup>1381</sup> N. Hartmann, *Teleologisches Denken*, Berlin, 1951, стр. 2, 17, 68.

неприемлемым излишнюю рациональность и интеллектуальность субъективно-финальной догмы.

Для иллюстрации своего критического замечания Лефференц приводит пример, в котором субъект одновременно выполняет умышленное и инерциально-пассивное, неумышленное действие (прогулка с другим лицом и беседа с ним).

#### *1.5. Подсознательное*

Действующий подсознательно не может быть действующим умышленно, потому как при подсознательном действии субъект не обладает ясным, осмысленным представлением о деянии и результате, что неотъемлемо от понятия умысла. В силу этого существование деяния так же допустимо без умысла, как существование умысла – без деяния.

#### *1.6. Человек – «неосторожное существо»*

Критикуя финализм, Р. Халь в своём труде «Неосторожность в умысле» отмечает: «Не во внятности умысла, а в смутности неосторожности состоит сущность субъективного поведения, так как человек – неосторожное существо»<sup>1382</sup>. Объявлять человека только неосторожным существом означает утверждать, что он перманентно действует против собственного желания, что не соответствует действительности.

#### *1.7. Конститутивность неосторожности в умысле?*

Умышленное деяние не всегда сопровождается непредвиденными субъектом последствиями, и это должно быть достаточным основанием для того, чтобы отвергнуть в понятии умысла генеральность «неосторожных» моментов.

### **§ 2. Уголовно-правовые истоки: Асистемная концепция А. Г. ц. Дона**

#### *2.1. Распад «комплексного» понятия вины*

Для уголовно-правовой обработки Вельцелем теории Гартмана в значительной степени подготовили почву оригинальные воззрения А. Г. ц. Дона, развившиеся в опровержении комплексного понятия вины Франка. Дона исключает объект оценки (умысел, неосторожность) из понятия вины.

#### *2.2. Опровержение натуралистической противоправности*

Исполнение приказа, по Дона, как осуществление обязанности не является противоправным, однако приказ, исполнение которого было бы противоправным, ни в коем случае не может быть обязательным.

---

<sup>1382</sup> К. А. Hall, *Fahrlässigkeit im Vorsatz*, Bonn, 1959, стр. 20.

### 2.3. Бесприютные предпосылки вины

В учении Дона умысел и неосторожность (как объекты оценки) составляют *предпосылки вины* (как оценки объекта), её основания, а не элементы или тем более формы или виды. Предпринятый Дона этот весьма вызывающий шаг становится впоследствии одним из наиболее важных этапов развития понятия вины.

### 2.4. «Неотвратимость» финализма

Можно заметить, что воззрения Дона сделали необратимым процесс дезинтеграции комплексного понятия вины ранненормативной концепции.

### 2.5. Номинальная иерархия

Когда он отмечает, что виновность недопустима без противоправности, это так и должно быть, однако верность этого утверждения отнюдь не подтверждается выстроенной им системой преступления, более того, эта система в корне ему противоречит. Если противоправность конфигурируется как оценка (фактического) действия и бездействия, а вина – как оценка умысла и неосторожности, то как должна обосновываться зависимость вины от противоправности в тех случаях, когда установлению действия или бездействия предшествует констатация умысла или неосторожности? Возможно и то, чтобы обстоятельства дела устанавливались только умысел и неосторожность, а наличие действия или бездействия оставалось неопределённым. А это свидетельствует именно о том, что, согласно учению Дона, данное деяние виновно, несмотря на неопределённость его противоправности.

### 2.6. *Dolus generalis* – противоречивость системы

При рассмотрении *dolus generalis* Дона сам же подтверждает верность нашего замечания. Он пишет: «В отношении *dolus generalis* следует выяснить то, допустимо ли объединение в поведение, охватываемое единым умыслом, двух различных действий, из которых противоправный результат вызывает не то действие, которое было нацелено на детерминацию этого результата, а то, которое преступным умыслом субъекта реально не охватывалось. Мы в данном случае (хотя не без определённых колебаний) склонны к признанию оконченного умышленного деликта. Ведь здесь в отличие от *aberratio ictus* налицо противоправный результат, к наступлению которого стремился субъект»<sup>1383</sup>. Неясно для нас только то, чем обусловлены колебания Дона, так как его теория не содержит оснований для скептицизма.

Помимо этого, взаимонесовместимы также предложенные Дона две кардинальные положения – вина как оценка умысла и неосторожности и вина как определение воли, противоречащее обязанности. Противоречащим обязан-

---

<sup>1383</sup> Ibid., стр. 26-27.



ности определением воли может быть сам умысел или сама неосторожность, но с оценочным суждением о последних этого первого уже ничего не связывает.

#### *2.7. Общая критика психологизма*

Касаясь психологического учения о вине, Дона в привычном для нормативизма духе отмечает: «Для понятия преступления психическое отношение преступника к своему деянию не является существенным признаком, так как неосторожные деликты совершенно его лишены (...). Всякая попытка обнаружения при неосторожности каким бы то ни было образом моделированного психического отношения преступника к преступному деянию и признания тем самым психического отношения общим признаком вины уже всеобщее расценивается тщетной. Сущность вины состоит в оценке субъективного состава (так же как сущностью противоправности следует рассматривать оценку объективного состава)»<sup>1384</sup>.

#### *2.8. Критика волевой теории*

Дона повторяет допущенную не одним другим криминалистом неточность, выраженную в отождествлении с понятием желания понятия воли. Что касается корреляции воли и сопровождающих преступление обстоятельств, Дона заблуждается постольку, поскольку рассматривает всякое волюнтаристическое в отрыве от всякого интеллектуального.

#### *2.9. Субстанциальная противоречивость с финализмом*

Если соучастник может «действовать каузально», это свидетельствует о том, что каузальность включает в себя финальность, так как главным связующим звеном между соучастником и результатом предстаёт основной преступник, scil. финальность его умысла.

#### *2.10. Дуалистическая «закономерность» финализма*

Финальное учение не возникало без всякой видимой причины, что в рассматриваемом контексте главное: теория Гартмана в философии и учение Дона в уголовном праве строго локализовали процесс его возникновения в русло закономерности и логической последовательности.

### **§ 3. Dolus naturalis**

#### *3.1. «Персональная» неправда*

К основным представителям финализма наряду с его основоположником боннским криминалистом Х. Вельцелем относятся Г. ф. Вебер, Р. Маурах, В. Низе, Арм. Кауфман, Р. Буш, сюда же можно отнести и В. Галласа, не-

---

<sup>1384</sup> Ibid., стр. 22.

смотря на определённые отклонения. Многочисленность последователей финализма обеспечивает его весьма динамичное и многогранное развитие.

Одним из главных характерных признаков финального учения о деянии является отграниченный от понятия вины «естественный» умысел, конституирующий «персональную неправду».

### *3.2. Dolus malus*

Центральным предметом критического анализа должен представлять не сам факт элиминации умысла из понятия вины, а допущение полной «интеллектуализации» умысла и соответственно его абсолютной «деволютаризации», что не учитывается или ненадлежаще учитывается критиками финализма. Что касается злого или сложного умысла, он как таковой возвращается в сферу вины лишь десятки лет спустя, не устраняя, однако, «естественный» умысел «персональной» неправды финализма.

## **§ 4. Х. Вельцель**

### *4.1. Вина как упрёк*

Согласно Х. Вельцелю, вина – это не просто оценочное, не просто нормативное понятие, а «чисто оценочное», «чисто нормативное» понятие, т. е. *не упречность, а упрёк*.

### *4.2. Примарность нормативной вины или финальности деяния?*

Выяснения требует то, на каком основании разграничивает Вельцель в действительности умысел и вину: в силу несовместимости в понятии вины оценки и объекта оценки или же в силу субъективно-финального понимания деяния?

### *4.3. Онтология – первоисточник финализма*

Вельцель, выделяя субъективно-финальный характер деяния, исключает умысел из понятия вины уже до того, как понятие вины предстаёт в качестве предмета исследования. А на фоне данного обстоятельства звучит даже фикционально его последующее утверждение о несовместимости в понятии вины оценки и объекта оценки.

### *4.4. Противоценность вины*

После того как Вельцель определяет вину исключительно в качестве оценочного суждения, он пытается обосновать, что определённая таким образом уголовно-правовая вина представляет собой не «феномен, существующий в психике судьи», а «противоценное качество» (*Unwerteigenschaft*). Очевидно, что эта попытка Вельцеля тщетна: как справедливо замечают критики финализма, преступное деяние дополняется данным «свойством» вслед-

ствии внешней оценки, и в силу этого вина всё-таки остаётся феноменом в «чужой» психике.

#### *4.5. Отрицание «финальной» модели вины*

Сложно отвергать справедливость представленной Ю. Бауманом критики в том аспекте, что размежевание понятия вины с психическими фактами означает пренебрежение аксиоматической истиной – истиной, согласно которой «оставление вины без психологического момента означает отрицание идеи вины». Более того, как метко замечает Бауман, первоисточником вины предстаёт психика субъекта преступления, а не внешняя оценка.

#### *4.6. Вина как «двойная оценка» (Ю. Бауман)*

Вина как двойная оценка вообще не может включать неосторожность и отчасти – умысел, так как там, где субъект негативно оценивает своё противоправное поведение, внешняя оценка этой оценки не может служить основанием уголовной ответственности. Воззрение Ю. Баумана относительно того, что делинквент внешне упрекается не в ошибочной оценке, а в ошибочном поведении, несмотря на безошибочную оценку, значительно отличается от его первоначальной позиции, хотя и она не может быть приемлема, потому как в этот раз становится невозможным обоснование вины в случае предотвратимой (т. е. неуважительной) ошибки.

#### *4.7. Вина – упрёк или основание упрёка?*

Не менее принципиальны высказанные В. Хардвигом замечания. Он решительно отвергает вину как внешнюю оценку и рассматривает её первично как объект установления, а вторично – как объект оценки. Исходя из этого, вина, по Хардвигу, является не упрёком или упречностью, а тем, что составляет основание для этого упрёка или упречности.

#### *4.8. Дифференциация упречности и упрёка*

- 1) Прежде всего, не следует отождествлять понятия упречности (Vorwerfbarkeit [Франк]) и упрёка (Vorwurf [Вельцель]).
- 2) С одной стороны, вина не может быть упрёком, так же как упречность не может быть упрёком.
- 3) С другой стороны, вина может быть основанием для упрёка, так же как упречность является основанием для упрёка.
- 4) Таким образом, вина не может быть упрёком, но может быть упречностью.

#### *4.9. Гипофиз вины*

Хардвиг ничего не указывает о том, чем обусловлена необходимость оценки с точки зрения вины после того, как вина уже налицо.

#### 4.10. Вина как объект констатации

Вина по определению может быть объектом либо установления, либо оценки, но не установления и оценки одновременно. Оцениваться (осуждаться) и наказываться (устраняться) может уже установленная вина. Таким образом, положение Хардвига о вине как об объекте установления и оценки так же недоказуемо, как отождествление Вельцелем вины с оценочным суждением.

#### 4.11. Финальность воли

Хардвиг считает прогрессивным субъективизацию понятия деяния, которого до того, по его же утверждению, полностью искажала каузальная догма. В подтверждение этому он ссылается и на популярный постулат Гегеля, согласно которому цель предстаёт сущностью деяния. Тем не менее в результате исследования Хардвиг приходит к выводу, что, исходя из содержания данного учения, оно должно называться финальным учением не о деянии, а о воле.

#### 4.12. «Финальная сверхдетерминация каузальности»

Из воззрения Вельцеля<sup>1385</sup> результирует только то, что деяние в финальном учении никогда не может быть целью субъективной воли. Оно выполняет только функцию определённого представлением средства и последующего осуществления этого представления.

#### 4.13. Спектральный анализ финализма

Воля так же не может быть мыслима без финальности, как финальность – без воли. В силу этого называть учение Вельцеля финальным учением о воле – значит выделять в нём наипообщее, умалчивая о его существенной, реально специфической стороне.

### § 5. Г. ф. Вебер

#### 5.1. Телеология деяния

Патриархом финализма в уголовном праве наряду с Вельцелем можно считать Г. ф. Вебера, который, подобно этому первому, исходит из следующего: «Ориентированность деяния на цель означает, что деяние является средством для достижения цели – цели, которая располагается за пределами (фактического) деяния как средства. А то, что цель выходит за пределы деяния, означает, что деяние целью не является»<sup>1386</sup>.

Вебер не ограничивается декларированием только того, что лишённая психологического момента вина должна определяться как внешняя оценка, а представляет её в виде совокупности вменяемости и отсутствия исключая-

<sup>1385</sup> Н. Welzel, *Das neue Bild des Strafrechtssystems*, стр. 502.

<sup>1386</sup> Н. v. Weber, *Grundriß des deutschen Strafrechts*, 2. Aufl., стр. 63.

щих вину обстоятельств (в качестве исключаяющих вину обстоятельств он, помимо обоих видов уголовно-правовой ошибки, приводит крайнюю необходимость и необходимую оборону).

#### *5.2. Негативная вина*

В конечном итоге вина, по Веберу, не что иное, как отсутствие исключаяющих вину обстоятельств.

### **§ 6. Р. Маурах**

#### *6.1. Вменяемость и потенциальное сознание неправды*

Аналогичностью отличается соответствующая позиция другого финалиста Р. Маураха, который к содержанию вины относит потенциальное сознание неправды и вменяемость (т. е. генерально возможное сознание неправды).

#### *6.2. Конститутивность волюнтаривности*

Субъекту должно вменяться в вину не знание неправды или возможность её знания, а то, что он, имея актуальное или виртуальное сознание неправды, мог действовать иначе. А возможность иного действия в уголовно-правовом понимании уже составляет не только интеллектуальную категорию, а органическую целостность интеллектуального и волюнтаривного.

### **§ 7. Р. Буш**

#### *7.1. Финалистская сущность вины*

По мнению финалиста Р. Буша, подход как Дона, так и Вельцеля к проблеме вины небезупречен, так как они, по его же утверждению, сущность вины видят, подобно господствующей нефинальной доктрине, в содержании поведения.

Дона, как было показано выше, дефинирует вину как определение воли, противоречащее обязанности; а Вельцель сущностью вины называет невыполнение обязательных в уголовно-правовом отношении требований (уголовно-правовых обязанностей), что вызвано неадекватным управлением воли в отношении антиправовых импульсов (*rechtsfeindliche Antriebe*), т. е. вина основывается не на антиправовом отношении, а на невоздержании от такого отношения.

Таким образом, замечание Буша относительно того, что для обоих криминалистов сущность вины результирует из содержания поведения, несомненно оправдано. И это следует воспринимать как строгую критику Дона и Вельцеля по поводу значительной противоречивости, так как, согласно их исходному положению, вина представляет собой только оценочное суждение, что означает то, что сущность вины состоит не в содержании поведе-

ния, а в оценочном суждении о содержании поведения, т. е. за пределами содержания поведения.

### *7.2. Должное и возможное*

Вслед за этим Буш развивает сформированную Вебером идею о взаимоотношении противоправности и вины как должного (Sollen) и (Können) возможного. В действительности же попытка Буша и вместе с ним Вебера или Вельцеля с убедительностью может расцениваться как, скажем прямо, сущее фарисейство. Они данный принцип признают не вследствие «естественного», беспристрастного научного исследования, а для осуществления заранее чётко определённой цели, состоящей в необходимости адаптирования финального понятия деяния к неосторожности.

### *7.3. Ad impossibilia lex non cogit*

Что касается самого вышеуказанного положения как такового, его логическая стройность также весьма сомнительна. *Обязанность не должна опережать возможность* в нарушение принципа *ultra posse*. Например, душевнобольной освобождается от уголовной ответственности не потому, что он не обладает способностью соблюсти нормативно обязательные требования, а в силу того, что на него нормативные обязанности ввиду невозможности их соблюдения не возлагаются.

## **§ 8. В. Низе**

### *8.1. Финальное деяние в гражданском праве*

Большинство финалистов единогласно признаёт общеправовое значение финального понятия деяния, в том числе его гражданско-правовую приемлемость. Оригинальным в этом смысле может расцениваться позиция В. Низе, рассматривающего финальное понятие деяния как непригодное в гражданско-правовом отношении.

Низе обосновывает своё воззрение тем, словно гражданское право в противоположность уголовному праву представляет субъективное поведение в контексте отношения к другому лицу и его правам, тогда как интерес финального учения сфокусирован только на противоценности поведения (Verhaltensunwert). Однако, как справедливо указывают оппоненты, отношение к другому лицу и его правам имеет решающее значение для права в целом, а не только в гражданско-правовом понимании. В силу этого дифференциация уголовно-правовой и гражданско-правовой неправды на основе вышепредложенного критерия не может быть приемлемой.

### *8.2. Противоценность деяния и результата*

Помимо этого, если интерес финального учения ограничен противоценностью поведения, финализм не должен признавать уголовно-правовое значе-

ние противоположности результата, что не способствовало бы обоснованию результативного деликта. Это, в свою очередь, не соответствует действительности.

### *8.3. Гражданско-правовые последствия уголовно-правовой неправды*

В случае наступления гражданско-правовой ответственности без уголовной ответственности (т. е. когда норма нарушена только объективно) имеем дело с противоположностью только результата, а не поведения, однако в то же время нельзя сказать, что данное деяние незначительно в уголовно-правовом отношении, так как налицо, прежде всего, именно уголовно-правовая неправда.

### *8.4. «Деятельный субъект»*

Финальное учение главный акцент переносит на «деятельного субъекта» (*das tätige Subjekt*), согласно чему целенаправленность составляет необходимый элемент субъективного поведения, – в каждом отдельном случае индивид предвидит естественную каузальность и в соответствии с поставленной целью направляет её к достижению определённого результата. Отсюда Вельцель делает вывод, что деяние как предмет нормативного регулирования в догматике также должно соответствовать принципу финальной определённости. И только после этого имеет место переход к финальному понятию деяния в уголовном праве.

### *8.5. «Дедуктивность» индуктивного*

Имманентный преступному деянию признак наказуемости чужд как для гражданско-правового или общеправового, так и общесубъективного понятия деяния, тогда как без вытекающего из этого последнего признака субъективности понятие деяния несмыслимо в любой отрасли права. В силу этого утверждение Ниде неверно не только концептуально, но и логически.

## **§ 9. В. Галлас**

### *9.1. Критика классической схемы преступления*

С определёнными оговорками финальное учение представлено и в творчестве В. Галласа. Соответствующим составу деяния (в рамках характеристики классического понятия преступления) Галлас представляет деяние постольку, поскольку оно соответствует «нормативному описанию внешнего проявления деликтного поведения»; противоправность деяния представлена как противоречие, данное между требованиями уголовного закона и всем тем, что субъект содеял объективно; и, наконец, виновно деяние, вменение которого возможно и субъективно с учётом психического отношения лица к противоправности. Вследствие такой интерпретации классического поня-

тия преступления и его радикально негативного анализа Галлас прямо признаёт субъективный характер неправды.

### 9.2. «Упречность» неправды

Как вытекает из его вышецитированного воззрения, неправду Галлас рассматривает как нарушение не только интереса, но и обязанности и, соответственно, определяет её «не только как социально вредное, но и как социально-этически упречное поведение».

### 9.3. Неправда и вина – противоположность деяния и отношения

Когда в неправде одновременно подразумеваются социальная вредность поведения и социально-этическая упречность поведения, дифференциация неправды как противоположности деяния и вины как противоположности отношения логически не может достигаться, ибо в понятии неправды в виде социальной вредности поведения и его социально-этической упречности уже налицо противоположность как деяния, так и отношения.

### 9.4. «Признаки отношения»

Развивая свой подход, Галлас утверждает, что «признаки отношения («злостно», «из низменных побуждений», «корыстно»<sup>1387</sup> и т. д.) касаются, в отличие от т. н. субъективных признаков неправды (цель присвоения при краже или цель сбыта при изготовлении поддельных денег или ценных бумаг), не запрета и тем самым противоположности деяния, а его (деяния) упречности с учётом «осуществлённого юридически неприемлемого отношения».

По мнению Галласа, в случае отождествления «признаков отношения» с признаками неправды может исчезнуть без следа тот единственный принцип, на котором в «финально ориентированной системе» основывается дифференциация неправды и вины.

Как выясняется вследствие анализа, «признак отношения» может совпадать с субъективным признаком неправды, чем упомянутый Галласом принцип дифференциации неправды и вины теряет свою действенность.

### 9.5. Субъективизация вреда

Научно неприемлемая *субъективизация вреда* – это не более чем нескончаемое следствие бесконечного позирования теории уголовного права перед позитивным правом.

---

<sup>1387</sup> То, что оба других момента – тоже низменные побуждения, Галлас почему-то не учитывает.



### 9.6. Финалистский субстрат запрета

По утверждению Галласа, Вельцель порой рассматривает понятие преступления как двухпризначное – состав преступления (деяния) и противоправность, а понятие вины относит к первому из них. Согласиться в этом с Галласом весьма сложно. Состав преступления Вельцель определяет как «субстанцию запрета» уголовно-правовых норм, т. е. как нормативное описание запрещённого поведения, противоправность – как саму запрещённость и только на основе этого переходит к обзору вины как упрёка. Во-первых, вина как упрёк никогда не может быть составной частью состава преступления как «субстанции запрета». Во-вторых, если вина охватывается составом преступления, она может определяться как угодно, но не как упрёк, ибо в таком случае она может всего лишь следовать за противоправностью, но не предшествовать ей как запрещённости.

### 9.7. Треугольник Вельцеля

Противоречие, с которым Вельцель действительно сталкивается в аналогичном направлении, для Галласа остаётся незамеченным. Согласно утверждению Вельцеля, состав преступления – это не только «содержание», но и «форма». С другой стороны, он замечает, что осуществление состава преступления порождает только противоречие норме (Normwidrigkeit), что ещё не равно противоправности деяния; противоправным, согласно ему же, поведение является тогда, если не удалось установить наличие противоположной уполномочивающей нормы (оправдывающего обстоятельства).

Если состав преступления представлять себе в качестве совокупности «содержания» и «формы», он должен выражать не только то, «что» лежит в основе типизации, а также и то, «как» результирует конкретное типизированное деяние прямым основанием противоправности; состав преступления в таком случае должен указывать как на материальное, так и на (формальное) проявление «типа преступления». А в соответствии с этим состав преступления сам же должен включать чрезвычайно выделенное Вельцелем промежуточное звено, на основе чего противоправность превратилась бы в механический атрибут состава преступления. В силу этого исходный тезис Вельцеля свидетельствует только о недопустимой гетерогенности сформированного им систематического треугольника (Tatbestand – Erlaubnissatz – Rechtswidrigkeit).

### 9.8. Квадратура реальности

Логика Вельцеля: 1) противоречие с нормой (лишение жизни, причинение телесного повреждения, уничтожение имущества и т. д.) устанавливается в пределах состава преступления (деяния); 2) наличие контрнормы (оправдывающего обстоятельства) исключает противоправность, его отсутствие конституирует противоправность.

Уголовно-правовая реальность: 1) противоречие с нормой действительно устанавливается в пределах состава преступления; 2) противоречие с нормой права есть противоправность; 3) соответствие составу преступления есть противоправность; 4) неправда – неоправданная противоправность.

Согласно исходящему из этого выводу, как традиционная, так и современная концепция противоправности блуждает в потьмах.

#### *9.9. Дистанцирование Галласа от финализма*

Галлас: «Определение места для умысла в системе зависит не столько от онтологических соображений, сколько от оценочного аспекта»<sup>1388</sup>. Подобная связь понятия умысла с оценочным аспектом может трактоваться только как отрицание «естественного умысла».

#### *9.10. Финальный умысел*

То, что «финальная роль умысла в общем» не отвергается ни финалистами, ни приверженцами «устаревшей систематики», вне сомнения, однако для выяснения того, на каком этапе проявляется эта «финальная роль» умысла, необходимо, помимо самого признака финальности, принять во внимание и другие материальные показатели умысла.

#### *9.11. Экстрафинальный умысел*

Дилемма: если содержание умысла подразумевает только финальность, значение «финальной роли» умысла следует признать уже на ступени противоправности, а если понимать умысел традиционно, то наличия финальности недостаточно для наличия умысла и, соответственно, для допустимости суждения о его релевантной в уголовно-правовом отношении финальной функции.

#### *9.12. Систематика умысла и финальности*

В последнем случае, т. е. когда умысел понимается традиционно, деяние содержит финальность и без наличия умысла. Отсюда следует вывод: *в традиционном понимании неотъемлемость умысла от финальности отнюдь не свидетельствует о неотъемлемости финальности от умысла*; а это, согласно финальному учению, неприемлемо, поскольку в нём финальность так же отображает умысел, как умысел – финальность. Наиболее важно, что без учёта этого, исходя из приведённого нами выше сравнения, систематическое значение умысла и охватываемой умыслом финальности не может устанавливаться. Таким образом, дискуссия по поводу того, на каком этапе иерархической системы преступления приобретает своё значение «финальная роль» умысла, целиком и полностью зависит от дискуссии о содержа-

<sup>1388</sup> W. Gallas, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, стр. 32.

нии умысла, выделение чего Галлас – по непонятным причинам – настойчиво избегает.

#### *9.13. «Финальность» покушения*

В случае покушения модификация финальности в «желаемом» русле фактически влечёт самые нежелательные эффекты, так как если при покушении цель субъекта ограничить реализацией деликтной воли, его деяние целиком оторвётся от содержания соответствующего материального преступления и само приобретёт значение (хотя уже нового) материального деликта.

#### *9.14. Покушение как нефинальное деяние*

Реальность такова, что покушение – это нефинальное деяние, ибо там чего-то недостаёт, а именно главного – результата, что свидетельствует о том, что лицо не сумело успешно «передетминировать» каузальность.

#### *9.15. Финальность и неправда*

Неправда порождает финальность, а не финальность – неправду.

#### *9.16. Опровержение финализма: Невменяемость и воля*

Невменяемый может действовать противоправно постольку, поскольку он может нарушить охраняемое в уголовно-правовом порядке субъективное право; убийство, совершённое в условиях отсутствия оправдывающих обстоятельств, не может быть правомерным ни в коем случае и тем более только потому, что субъект обладал способностью действовать целенаправленно.

### **§ 10. Неосторожность**

#### *10.1. Нефинальность неосторожности*

Как отмечают критики финальной теории, если понятие деяния построено на умисле, нет смысла в поиске аргументов, чтобы приспособить к этому понятию и неумышленное поведение.

#### *10.2. Управляемость деяния*

По утверждению Ю. Баумана, финалисты и здесь по инерции итерировывают допущенную в связи с умышленными деликтами неточность, в частности совершенно безосновательно перенося акцент от противоположности результата на противоположность поведения.

#### *10.3. Предотвратимость последствий*

По тому же Бауману, основание упрёка при неосторожности составляет то, что «делинквент в своём поведении отстал от своих же психофизических возможностей». Предложенная им критика по существу направлена только к систематической стороне финального понятия неосторожности.

*10.4. Противоположность деяния > противоположность результата?*

Так же как никто не может наказываться только за результат, никто не должен наказываться только за деяние. Если в объективной действительности не существует вредных последствий деяния, современное уголовное право, как уже отмечалось выше, во избежание субъективизма должно – наконец – применять не наказание, а лишь превентивные меры. К тому же результатом в уголовном праве может именоваться не всё что угодно, а *реальный вред*.

*10.5. Интенционализация неосторожности*

Финалисты не избегают внесения в понятие неосторожности признаков умысла. А в конечном итоге становится вообще неясно, на каком основании можно называть неосторожностью то, что в большей своей части состоит из элементов умысла.

*10.6. Небрежность*

А если оставить в силе классический принцип: небрежность как нарушение обязанности предусмотрительности, несомненно следует трансформировать содержание самой небрежности и признать, что небрежно действующий субъект владеет не только возможностью знания об обязанности предусмотрительности, а актуальным сознанием обязанности предусмотрительности, что равносильно прокламированию небрежности в качестве умысла.

*10.7. Стабильность вины, переменчивость неправды*

Когда умысел и неосторожность из элементов вины превращаются в элементы неправды, это в финальном учении с необходимостью сопровождается *трансформацией понятия вины из переменчивого в стабильное и наоборот – трансформацией стабильного характера неправды в переменчивый*.

*10.8. Каркас вины*

Таким образом, в силу того что умысел и неосторожность так же отличаются друг от друга в финальном понятии неправды, как это имело место в префинальном нормативном понятии вины, непременно следует заключить, что финальное учение из данного понятия вины в неправду переносит не только структурные элементы этого первого, но также и его структурные особенности.

*10.9. Швейцарский конформизм*

Выдвинутая Х. Швейкертом идея о взаимоподчинённости неправды и вины в финальном учении несомненно ошибочна.

## § 11. Эвентуальный умысел

### *11.1. Умысел со смещённым центром*

Если исходить из того, что с деянием целенаправленность связана как результат реализации представления, наличие целенаправленности в прямом умысле не вызывает сомнений. Однако как выглядит в таком случае отношение между целенаправленностью и эвентуальным умыслом? Делинквент своим деянием и здесь осуществляет то, осуществление чего всецело охватывалось его представлениями, только акцент от цели переставляется на средство, и это, разумеется, нефинально.

### *11.2. Внефинальный тандем – эвентуальность косвенного*

Обобщение: при эвентуальном умысле правовой упрёк ни в коем случае не может основываться на том, что осуществление наказуемого результата представляло собой целевую деятельность индивида.

### *11.3. Нет целенаправленности без целеполагания*

Установление финальности деяния не требует или требует не только выяснения того, что предвидел субъект – неизбежность или возможность наступления результата, желал ли он этот результат. Финальность означает целенаправленность, а целенаправленность, в свою очередь, является «более» волевой категорией, нежели интеллектуальной. Недопустимо, чтобы субъективное поведение направлялось к определённой цели, если эта цель ещё не намечена в психике действующего, т. е. *целеполагание – необходимая предпосылка целенаправленности*.

### *11.4. Цель – воля – желание*

То, что субъект только сознательно допускает (и не желает), никогда не может корреспондировать с понятием цели. Если финальность является и определяющим эвентуальный умысел признаком, однозначно следует признать, что в отношении побочного результата субъект остаётся не индифферентным, а стремится к нему, так же как стремится к ненаказуемому основному результату. И в этом с финальным учением мы категорически не можем согласиться, так как *финалисты должны исходить из реальности, а не реальность – из финализма*.

## § 12. Свобода воли

### 12.1. Аксиома свободы

Когда уголовное право, для которого значение свободы воли неизвестно, осуществляется, следует полагать, что уголовное право исходит из «аксиомы свободы воли», как это встречается в суждениях Хардвига<sup>1389</sup>.

### 12.2. Финальная управляемость каузальности

Если воля не свободна, она всегда будет «каузально направленной», а не «финально управляющей».

### 12.3. Принцип матрёшки

В силу этого «аксиома свободы воли» имеет для финальной доматики гораздо большее значение, чем это может казаться на первый взгляд. И наоборот: финальная управляемость каузальности и есть свобода, многоликость которой *по принципу матрёшки*, правда, даже в уголовном праве неоспорима. Другой вопрос, что свобода воли в уголовно-правовом отношении – это не самая меньшая, равно как не самая большая матрёшка.

## § 13. Бездействие

### 13.1. Арм. Кауфман

Финалист Арм. Кауфман, посвящающий проблеме бездействия немаловажное монографическое исследование, отмечает, что на примере бездействия – т. е. «и с обратным признаком» – наглядно подтверждается продуктивность финального учения, причём «из оценочного суждения об акте исходит соответствующее суждение о должном; необходимость существования действия превращается в обязанность выполнения этого действия, т. е. *действие преобразовывается в предмет обязывания*»<sup>1390</sup>.

### 13.2. «Финальный» субстрат бездействия

То же самое отмечает Арм. Кауфман и в своём другом труде<sup>1391</sup>, вследствие чего приходит к выводу, что субстратом обязывания (требованием, содержанием должного) всегда является финальное действие. Однако, несмотря на точное представление о содержании обязывающей нормы, он полагает, что и для его нарушения делинквент действует, а не бездействует. Этим утверждением Арм. Кауфман сводит уголовно-правовое бездействие к понятию с условным значением и практически отождествляет его с обозначающим уголовно-правовое действие понятием.

<sup>1389</sup> W. Hardwig, Die Zurechnung, стр. 89.

<sup>1390</sup> Arm. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, стр. 1.

<sup>1391</sup> Arm. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, стр. 48, 75.

### *13.3. Предпосылки дифференциации*

Непосредственно в связи с положением Арм. Кауфмана следует отметить следующее: *для того чтобы субъект физически выразил бездействие, он должен действовать психически, т. е. психологически и бездействие есть действие; таким образом, бездействие только физически (объективно) является бездействием, а психологически (субъективно) – это действие.* Тем не менее для уголовного права понятие бездействия актуально не только в физическом аспекте и не только в психическом аспекте. Уголовно-правовую заинтересованность оно вызывает *исключительно как психофизическая категория.*

### *13.4. Дифференциация*

Одновременно с этим главное отнюдь не то, что бездействие в одном из аспектов совпадает с понятием действия, а то, что действие и бездействие не совпадают в обоих аспектах.

### *13.5. Мотивационная способность*

Арм. Кауфман: «В предпосылках упречности, т. е. в элементах, которые неправда должна включать для формирования суждения о виновности, нельзя найти никакой разницы между совершённым действием и совершённым бездействием деликтами. В обоих случаях решающее значение имеет то, чтобы субъект обладал способностью к мотивации собственной личности в соответствии с нормой»<sup>1392</sup>.

### *13.6. Когнитивный аспект*

По Арм. Кауфману, для констатации «способности действовать» и бездействия достаточно и «возможности расценивания возможным» («die Möglichkeit des Fürmöglichhaltens») осуществления воли.

### *13.7. Покушение*

В отличие от УК РСФСР от 1960 года УК РФ от 1997 года признаёт покушение путём бездействия. Следует заметить, что это общеконтинентальная тенденция, по крайней мере, в теории уголовного права. Как обстоит дело в традиционном финализме? В мире психофизических фактов попытка детерминации вреда путём бездействия («психическое покушение») – это безусловно мнимое покушение. Однако в мире, сконструированном на основе нормативных ожиданий, оно уже не может быть мнимым.

С другой стороны, как отмечалось выше, для той же нормативности в уголовно-правовом отношении важен не только психический или не только

---

<sup>1392</sup> Арм. Kaufmann, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, стр. 138.

физический аспект, а психофизический, в соответствии с чем в случае покушения на преступление путём бездействия может наличествовать не просто покушение в абстрактифицированном виде, а негативное покушение.

### 13.8. «Ненастоящее бездействие»

Спорным признаётся позиция Арм. Кауфмана в связи с проблемой т. н. настоящего бездействия (*unechte Unterlassung*). Здесь он пытается развить аналогичное положение Й. Наглера. Например, «ненастоящим бездействием» сочтётся случай, когда делинквент не непосредственно лишает жизни потерпевшего, а всего лишь прерывает каузальный процесс, направленный на спасение находящегося в опасном для жизни состоянии. В данном действии на самом деле налицо элемент бездействия; это несомненно, однако если на основе этого подобные действия объявлять разновидностью бездействия, нами должна двигать теоретическая цель особой важности, неизбежная научная надобность, что, однако, в действительности отнюдь не так.

### 13.9. «Неосуществлённость финальной активности»

Проблеме бездействия уделяют особое внимание и другие финалисты, например, Р. Маурах, которым вслед за Вельцелем бездействие определяется как «неосуществлённость финальной активности». Однако их позиции всё-таки далеки от тождественности, так как Маурах в данном отношении требует наличия не «способности к финальному действию», как это имело место у Вельцеля, а «возможности обязательного поведения». Так, например, согласно Маурахе, связанный по рукам и ногам субъект не владеет возможностью осуществить «волю действия». «О бездействии только тогда недопустима речь, – уточняет Маурах, – если лицо лишено *объективной возможности* выполнения действия»<sup>1393</sup>. На моменте возможности заостряет внимание и В. Галлас, однако у него возможность понимается уже не только объективно (физически), а психофизически.

### 13.10. Прототип: «действие в правовом понимании» (Биндинг)

Здесь же следует заметить, что выводу Вельцеля не предшествовал идейный вакуум; Вельцель в данном отношении исходит из концепции К. Биндинга. У последнего бездействие подчинено понятию деяния, которое он называет «деянием в правовом смысле». А поскольку каждое «деяние в правовом смысле» своей предпосылкой предполагает то, что должна наличествовать «дееспособность», т. е. «способность» осознавать собственное поведение в отношении нормы и приводить его в соответствие с ней, создаётся такое впечатление, словно, по Биндингу, приоритетное значение придаётся *индивидуальной возможности* выполнения обязательного действия

<sup>1393</sup> R. Maurach, Deutsches Strafrecht. Allg. Teil, стр. 173.



как главному конституирующему признаку бездействия. Однако дело в том, что «правовое понятие деяния» Биндинга включает деликт всецело, в отличие от «общих» понятий деяния в уголовно-правовой догматике, будь это каузальное, симптоматическое, социальное, финальное или даже персональное понятие.

*13.11. Суппозиция: обратные параллели*

Возможность финального действия, будь это физическая или психическая возможность, согласно Биндингу, выясняется лишь на ступени вины, а соответствие составу преступления ограничивается всего лишь способностью к финальному действию. И поскольку для установления уголовно-правового бездействия как такового определяющее значение придаётся сфере состава преступления, бездействие здесь считается наличествующим уже вследствие установления способности к финальному действию.

**§ 14. Плоды**

*14.1. Комплексная трансформативность*

Отождествлённая с оценочным суждением уголовно-правовая вина не включает в качестве своих составных компонентов умысел и неосторожность, не подразумевает дефинирующую роль субъективной психики и, следовательно, наряду с другими недостатками превращается в догматически аморфное понятие.

*14.2. Систематический субъективизм*

Финализм может быть расцениваться как *систематический субъективизм*, т. е. как разновидность уголовно-правового субъективизма, сферой проявления которого предстаёт систематика.

**§ 15. Вельцель вне (субъективного) финализма**

*15.1. Социальная (ин)адекватность*

Вся суть данного техницизма: если субъект с неблагонамеренным внушением осуществляет социально адекватное деяние (типичная иллюстрация: отправляет неудобное ему лицо вместо наземного «смертельно опасным» воздушным транспортом), это ему по объективному масштабу не может вменяться в уголовно-правовом отношении<sup>1394</sup>.

Понятие полезное, однако зарывать голову в песок не следует. То же самое касается и современного института т. н. социального контроля (особенно в США). Оба механизма легко злоупотребляемы, и общественная полезность

---

<sup>1394</sup> Синонимом социальной инадекватности как в традиционной, так и в современной догматике является объективное вменение, вразрез с классическим содержанием этого понятия, где объективное вменение означало вменение без вины.

здесь порой весьма ограничена. Наряду с этим и вместо этого, по нашему глубокому убеждению, пробелы в праве необходимо открыто признавать и устранять правовыми конструкциями. Разумеется, уголовное право не все-сильно, и в конкретном отношении многое всегда зависит от уровня – зависящего, в свою очередь, от множества факторов – морального развития как граждан, так и государства.

### 15.2. Биокибернетика

Бесконечная война с неосторожностью приводит Вельцеля хотя к мимолётному, но отрицанию финализма. Он в рамках своего «биокибернетического подхода» пытается перенести главный акцент на деяние как на «психически управляемое» поведение, согласно чему «управление в соответствии с целью хотя касается *главнейшего* случая деяния, однако не единственного: цель (юридически) может быть совершенно незначительна, причём управление и направление юридически всегда релевантны, в частности и тогда, когда они осуществляются неадекватно и небрежно: при неосторожном деянии. Ввиду этого – возможно – было бы лучше, если бы я вместо «финального» говорил о «кибернетическом» деянии, т. е. о деянии как об *управляемом и направляемом волей процессе*. Тогда такое учение семантически одинаково включало бы как умышленное, так и неосторожное деяние и выделяло бы в обоих случаях юридически релевантное, а именно *управление*»<sup>1395</sup>. Хотя Вельцель это там же отвергает<sup>1396</sup>. Этот – биокибернетический – подход, разумеется, в унисон признаётся как фиаско финализма. Однако следует заметить, что в то время Вельцель уже тяжело болел, и всё это отклонение, на наш взгляд, совершенно справедливо приписывается к этой болезни.

### 15.3. Предотвратимость

Конститутивность предотвратимости у Вельцеля, разумеется, вновь возникает за счёт деградации центрального критерия финализма, к чему немецкого криминалиста опять приводит противоборство с неосторожностью как с ахиллесовой пятой финального учения о деянии<sup>1397</sup>. Как увидим здесь же, совершенно напрасно.

В свою очередь, негативное учение о деянии как Р. Д. Герцберга, так и Г. Якобса централизацией предотвратимости пытается локализовать минимум деяния, для достижения устойчивости понятия. Однако давайте взглянем: о каком минимуме речь – о том, которого законодатель не в общем, а только в случае специального указания (неосторожность) объявляет наказуемым?

<sup>1395</sup> Н. Welzel, Zur Dogmatik im Strafrecht, in: FS Maurach, Karlsruhe, 1972, стр. 7 с.

<sup>1396</sup> Ibid., стр. 8 сс; Н. Welzel, Strafrecht, 11. Aufl., стр. 37, 131; ср. G. Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 26.

<sup>1397</sup> Н. Welzel, Fahrlässigkeit und Verkehrsdelikte, in: ders., Abhandlungen, стр. 19 сс.

Понятно, что сильная сторона предотвратимости кроется там, где проявляется слабая сторона финальности, и наоборот. В то же время финальность ориентирована на сердцевину уголовно релевантного деяния – на умысел, а предотвратимость на его факультативный элемент – на неосторожность. Понятие деяния, построенное на факультативно наказуемом виде поведения, не может отображать сущность понятия деяния в уголовном праве. А в отношении финализма здесь мы не видим никакой сложности: если он затрудняется обосновать неосторожность, от уголовно релевантного понятия деяния и не должно требоваться такого же полноценного отображения экстраординарно наказуемого поведения, как ordinarily наказуемого. Уделил бы Вельцель внимание этой реалии позитивного права, а не абстракционистски настроенным критикам финализма, этим его учение обрело бы значительную самоуверенность.

## Раздел Г

### ФОРМАЛЬНО-НОРМАТИВНОЕ НАПРАВЛЕНИЕ

## Глава XI

### ПЕРСОНАЛИЗМ

#### А. КЛАССИЧЕСКИЙ ПЕРСОНАЛИЗМ

##### § 1. Композитность персонализма

###### *1.1. Онтология деяния*

Исследуя проблему вины в учениях о деянии, вряд ли можно пренебречь весьма оригинальной концепцией Арт. Кауфмана, которую он формирует вследствие детального анализа всех четырёх рассмотренных нами выше основных учений о деянии и их онтологического синтезирования.

«В каждом из этих учений о деянии, – утверждает Арт. Кауфман, – инкорпорирован верный аспект субъективного деяния, однако только один аспект, только отдельный аспект, а не целостность. Поскольку человеческое бытие состоит из четырёх фундаментальных слоёв: материи, жизнедеятельности, души и духа, субъективное деяние в соответствии с этим также должно содержать следующие четыре элемента: каузальность, финальность, психическую отчётливость и духовную определённость. Учение о деянии, ставящее своей целью в совершенстве вникнуть в онтологическую структуру деяния, непременно должно учитывать все эти четыре элемента в представленной здесь последовательности»<sup>1398</sup>.

Наряду с этим Арт. Кауфман конкретизирует, какому виду «реального мира» соответствует приведённый им «каждый отдельный слой бытия»: ма-

---

<sup>1398</sup> Arth. Kaufmann, Schuld und Strafe, стр. 45.

терия – аорганическому миру; жизнедеятельность – органическому, вегетативному миру; душа – миру анимального, сенсуального сознания; и, наконец, дух – миру смыслового, аналитического сознания. К каждой из этих онтологических ступеней Арт. Кауфман относит соответственно предмет, растение, животного и индивида; иерархическая принадлежность того или иного объекта определяется тем, из скольких онтологических слоёв состоит данная формация – например, предмет включает только первый из них, а индивид – все четыре одновременно. В силу этого Арт. Кауфман полагает, что упоминание субъекта «разумным существом» является лишь односторонним освещением вопроса: он представляет собой не только дух, который в представленной выше онтологической схеме олицетворяет всего лишь то специфическое, что характеризует субъекта как индивида вне первых трёх признаков.

### 1.2. Пифагор

Заметим, однако, вскользь, что «смысловым, аналитическим сознанием» (даже) на Земле обладает далеко не только человек, который, кстати, по определению был и остаётся животным. Как традиционная, так и современная онтологическая схема – это не просто ненаучное искажение действительности, а целенаправленное искажение «разумным» зверем, живодёрствующим и лакомящимся другими животными, который называет себя следующим образом: человек.

Онтологическое различие с другими *сопланетянами* надобно искать и находить не за рамками анимального, – легитимируя хищничество<sup>1399</sup> как в прямом, так и в переносном смысле, – а в его пределах.

Соответственно, акцентировать следует не селективно-фарисейскую охрану современными уголовными законодательствами животного мира, *а отрицание животного как продукта питания*<sup>1400</sup>, что, как свидетельствуют исторические источники, разумно требовал ещё Пифагор<sup>1401</sup>.

Помимо этого, и по сей день господствующая – основанная на средневековой концепции Аквинского – онтологическая система, которая, в свою очередь, не может или не желает отличить живое от вегетативного, уже сегодня могла бы без особых колебаний выдавать интеллектуального робота за живое существо. Волосы и ногти трупа продолжают расти, но в этой «жизни» нет жизни, равно как, вкушая фрукты, мы не пожираем жизнь. И уголовно-правовое пристрастие тут ни при чём.

<sup>1399</sup> См. L.-G. Kutalia, *Lagma*, т. LIII.

<sup>1400</sup> *Ibid.*, т. XXVIII.

<sup>1401</sup> Хотя, согласно некоторым источникам, ссылающимся на Диогена Лаэртского, подход Пифагора был таковым не в отношении всех видов животных (в таком случае Пифагора, разумеется, следует уточнить). Что, однако, весьма сомнительно, ибо, как известно, не только сам Пифагор, но и все его ученики были вегетарианцами.

1.3. «Ответственное формирование действительности»

Вернёмся к Арт. Кауфману. На основе указанных выше воззрений он предлагает новое уголовно-правовое понятие деяния, в котором субъективное деяние рассматривается как ответственное, идейное формирование действительности, связанное с обладаемым волей (и в силу этого вменяемым действующему) каузальным результатом.

1.4. Персональная вина

«Персональное понятие деяния, – заключает Арт. Кауфман, – представляет собой стабильную основу персонального учения о правовом добре, персонального учения о неправде и персонального учения о вине. Оно также органически сочетается с персональной теорией наказания. В этом отношении наказание понимается как уголовно-правовая реакция на вину и оно должно восприниматься в двойной индивидуально-социальной целостности: как *искупление вины* и как *освобождение от вины* – ресоциализация, повторная акцептация в общественной жизни. Усвоение наказания и его сознательное отбывание (вместо только принудительной покорности наказанию) также есть деяние, – персональный акт ответственного индивида»<sup>1402</sup>.

1.5. Между эклектизмом и синкретизмом

Здесь налицо продукт всего лишь квантитативного анализа предыдущих учений, и по этой причине в рассматриваемой концепции ничего *качественно* нового быть не может, с вытекающими отсюда последствиями: персонализму нередко приходится тягаться со всеми последствиями соответствующих крайностей вместе взятыми, с которыми предыдущие учения тягались в отдельности.

Конечно же, это не следует понимать так, словно здесь имеет место некая аккумуляция безнадежных противоречий. Арт. Кауфман – меткий стрелок: *исходный принцип его концепции* успешно разоблачает традиционную теорию уголовного права, которая без конца и без краю хворает отчаянными крайностями, причём отнюдь не только в рамках учений о деянии. Несмотря на такое разоблачение, то же самое касается и современной теории уголовного права, которая всё более изоцряет технику педалирования откровенных экстрем, будь это в отношении деяния, вины, наказания или прочих основополагающих понятий.

## § 2. Вина и наказание

2.1. Персональное понятие наказания

Что вытекает из сопоставления персонального понятия вины и персонального понятия наказания? Арт. Кауфман здесь развивает идею о том, что нака-

---

<sup>1402</sup> Ibid., стр. 65-66.

зание означает освобождение субъекта как «ответственного существа» от вины не только социально (внешне), но и индивидуально (внутренне). Это, естественно, так и должно быть, однако в действительности дело обстоит иначе, что в данном случае важнее. Достаточно лишь на некоторое время оставить открытым дверь любого пенитенциарного учреждения любой страны, чтобы убедиться, что даже Арт. Кауфман может заблуждаться.

### *2.2. Делинквент как «ответственное существо»*

Персональное учение в данном отношении отнюдь не предстаёт парадигмой логической последовательности. А логическая последовательность здесь заключается в следующем: *вменяемый – это генерально ответственное существо, виновный – конкретно безответственное существо.*

## **§ 3. Вина как предмет упрёка**

### *3.1. Упрекаемое*

По мнению Арт. Кауфмана, центральное значение в отношении понятия вины должно придаваться не упрёку или упречности, а тому, в чём следует упрекать – *упрекаемому* (das Vorzuwerfende).

Может ли вина действительно рассматриваться как само «упрекаемое»? На наш взгляд, воззрение Арт. Кауфмана несомненно весьма рационально. Упрёк, равно как упречность, логически не может быть моментом, отображающим истинную природу понятия вины (даже более того вне уголовно-правового контекста: вина – это плохо, однако упрёк иной раз отнюдь не приходит на ум: мать нередко обнимет, а не упрекнёт ужаснувшегося малыша, что-то разнёсшего небрежно).

### *3.2. Формальный нормативизм*

Когда вина представлена в виде непосредственного основания упрёка, в виде самого «упрекаемого», это никак не может разорвать связь вины с оценочностью, однако на сей раз оценочный момент уже предстаёт в качестве элемента, находящегося вне понятия вины.

## **§ 4. Содержание вины**

### *4.1. Предмет обвинения*

Речь о вине допустима лишь в условиях фактически осуществлённой неправды, однако это – наперекор персонализму – отнюдь не означает, что осуществление неправды следует относить к содержанию вины.

### *4.2. Состав неправды как элемент состава вины*

Утверждение Арт. Кауфмана, согласно которому к составу вины (Schuld tatbestand) следует отнести и состав неправды (Unrechstatbestand), прежде все-

го, чревато отрицанием понятия преступления: материальная идентичность исключает функциональную дифференцированность.

## § 5. Неосторожность

### 5.1. «Гипотетическая» вина

Наш особый интерес вызывает подход Арт. Кауфмана к проблеме неосторожной вины. «То, что при неосторожности, – пишет Арт. Кауфман, – преступник мог предвидеть вредные последствия и предотвратить их, если бы проявил должную заботливость, внимание и предусмотрительность, есть (...) как только гипотетическое обстоятельство возможность вины, но не сама вина»<sup>1403</sup>.

### 5.2. Аргументация гипотетичности

Согласно Арт. Кауфману, при неосторожности возможность правомерного поведения, правда, существует, но сложность порождается тем обстоятельством, что субъект о данной возможности вообще не думает!

### 5.3. Контраргументация: легкомыслие

Во-первых, при самонадеянности (легкомыслии) субъект «думает» (осознаёт) о возможности наступления вредных последствий, но в обход объективных масштабов неблагонадёжно рассчитывает избежать их, а то, что здесь речь идёт о рискованном, а не об объективно стандартизированном предположении, свидетельствует именно о том, что субъект не уверен и не может быть уверен в том, что вредный результат не наступит. Самонадеянность или легкомыслие – это единственная субформа вины, которая из всех остальных традиционных субформ может определяться как *неправомерный риск*.

### 5.4. Контраргументация: небрежность

В рамках дальнейшего анализа неосторожности уже конкретно в отношении обоснования небрежности Арт. Кауфман предлагает следующий вывод: «С учётом всего вышеотмеченного, разумеется, с позиции нравственной концепции вины, согласно которой вина представляет собой сознательное и свободное (*freigewollt*) решение об осуществлении неправды, небрежность не является формой вины»<sup>1404</sup>. Естественно, если анализ проводится в рамках той концепции, согласно которой вина – «сознательное решение об осуществлении неправды», небрежность никак не может быть субформой вины. Дело, однако, в том, что у Арт. Кауфмана указанная концепция отнюдь не была представлена в качестве масштаба исследования.

---

<sup>1403</sup> Ibid., стр. 186.

<sup>1404</sup> Ibid., стр. 187.

### *5.5. Объективная теория небрежности*

Вместе с тем Арт. Кауфман вышеупомянутым выводом отнюдь не завершает анализ проблемы небрежности. В рамках данного анализа он представляет также существующие в уголовно-правовой догматике две основные концепции небрежности – т. н. объективную теорию и субъективную теорию небрежности.

В случае объективной теории (представители: Э. Колрауш, Г. Манхейм и Э. Мецгер) явно прослеживается влияние англо-американской уголовно-правовой мысли. После того как устанавливается соответствие психологических возможностей среднего субъекта и т. д. с требованиями виновного поведения, обвиняемый может доказывать свою невиновность, т. е. в данном случае имеет место лишь ограниченное действие презумпции невиновности.

### *5.6. Субъективная теория небрежности*

В отличие от предыдущей концепции, субъективная теория (представители: Г. Радбрух, Ф. Экснер, К. Энгилш, Р. ф. Хипель и Р. Франк) в полном соответствии с системой признанных в современном уголовном праве принципов, так как в рассматриваемом случае основной критерий установления виновности составляет уже «личное знание и способность» субъекта.

Непонятным в этом контексте остаётся лишь позиция самого Арт. Кауфмана, ибо он полностью разделяет представленную в субъективной теории точку зрения, тогда как, с одной стороны, основная задача субъективной теории направлена к надлежащему обоснованию небрежности, а с другой – Арт. Кауфман выше недвусмысленно отвергал небрежность как подвид уголовно-правовой вины.

### *5.7. Субстрат вины и принцип вины*

Нельзя не согласиться с Арт. Кауфманом в том, что субстанциальный аспект вины и принцип вины прямо пропорциональны. Очевидно, что ненадлежащий учёт материального аспекта вины легко может обесценить принцип вины. Тем не менее наше внимание привлекает то обстоятельство, что он в данном случае указывает на неприемлемость не вины как упречности, а вины как только упречности, что его вышерассмотренному воззрению, где вина, отвергаясь в качестве упрека и упречности, рассматривалась как «упрекаемое», однозначно противоречит.

### *5.8. Влияние догматики*

Как видно из всего вышеизложенного, хотя Арт. Кауфман представляет немало теоретически важных новшеств в отношении понятия вины, одновременно с этим он наглядно испытывает также влияние традиционной догматики, что в конечном итоге приводит не к одной неточности или непрео-



долимому противоречию. Наряду с этим в рассматриваемом случае не менее важен уже сам тот факт, что понятие вины в представленном здесь уголовно-правовом персонализме находит весьма оригинальное развитие во многих значительных аспектах, наглядным примером чего предстаёт, прежде всего, доктринальная корреляция персонального понятия вины и персонального понятия наказания.

## Б. СОВРЕМЕННЫЙ ПЕРСОНАЛИЗМ

### § 6. Деяние как проявление личности

#### 6.1. Исключение социализма и позитивизма

К. Роксин в рамках представленного им современного персонального понятия деяния в равной степени отказывается от своих прежних ссылок на «социальный смысл» в качестве конститутивного признака<sup>1405</sup> и элементов позитивно-правовой точки зрения<sup>1406</sup>. В первом аспекте это свидетельствует о том, что «понятие деяния должно включать как выполненную работу, так и развлекательную деятельность во время досуга как человеческие действия», несмотря на то, приписывается им социальная релевантность или нет<sup>1407</sup>. В другом же аспекте трансформация понятия деяния не была бы необходимой, если, например, законодатель предпринял бы декриминализацию неосторожности<sup>1408</sup>. Ту же позицию, между прочим, разделяет и Якобс<sup>1409</sup>. Однако в обоих случаях слова остаются словами. Вернее, они никогда не брали на прицел ни один из представленных в позитивном праве отдельных видов поведения или их бесчисленных компонентов.

#### 6.2. Косуля

В отличие от вышеуказанных аспектов «душевно-духовный» или «персональный центр поведения» сохраняется как ключевой момент понятия деяния: «Деяние, прежде всего, есть всё то, что может относиться к человеку как к душевно-духовному центру поведения. Этот центр не наличествует в тех случаях, которые вытекают только из телесной («соматической») сферы человека, из «субстанциальной, витальной и анимальной сферы», не подлежащей контролю «я», инстанции душевно-духовного управления человека»<sup>1410</sup>. Другими словами, мы имеем дело с «*проявлением личности*»<sup>1411</sup>. Возьмём быка за рога: что делает косуля, когда она играет с человеком в мяч, если, играя в мяч, человек действует?

<sup>1405</sup> Roxin: ZStrW 74 (1962), стр. 561; Zur Kritik der finalen Handlungslehre, стр. 82.

<sup>1406</sup> Ibid., стр. 73 сс.

<sup>1407</sup> Roxin, Strafrecht AT I, 8/45.

<sup>1408</sup> Ibid., 8/51.

<sup>1409</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 13, 21 с.

<sup>1410</sup> Ibid., 2/44.

<sup>1411</sup> Ibidem.

### 6.3. Личность и проявление

Вернёмся к Роксину: «Если кого-либо с неодолимой силой толкнули в стекло окна, если он во сне, в делирии, при судорожных приступах наносит удары вокруг себя, если он реагирует чисто рефлекторно, то это выражения, не обладаемые со стороны воли и сознания и которые в силу этого не могут рассматриваться как проявления *личности*. В свою очередь, мысли и волевые устремления, разумеется, относятся к душевно-духовной сфере личности. Тем не менее до тех пор, пока они остаются заключёнными внутри же, они не являются *проявлениями* личности и ввиду этого не являются деяниями»<sup>1412</sup>. Хотя в то же время, согласно Роксину, «в отдельном случае для установления деяния может быть необходимой и интеграция социальных и даже правовых аспектов; как правило, такой необходимости не существует»<sup>1413</sup>. Отодвинем правило, взглянем на исключение.

### 6.4. Плоскость интерперсональности

Первое: следует заметить, что здесь простор для представленных Роксиным релятиваций отсутствует. Так как социальность по своей сути не может редуцироваться к персональности, а идентифицируется с признаком *интерперсональности*.

### 6.5. Систематические виды деяний

Второе: исключим возможные недоразумения в контексте отношения персонального понятия деяния к системе преступления. В этом отношении деяние в традиционном и современном уголовном праве понимается в четырёх видах: 1) в каузальном, финальном и социальном учении – это конструкция, предшествующая составу преступления (деяния)<sup>1414</sup>; 2) бубнофской версией социального понятия деяния это впервые решительно отвергается, так же как отвергается и гегелианский параллелизм деяния и преступления, вследствие чего деяние здесь уже является интегральным компонентом неправды; 3) персональное понятие деяния Роксина такую трансформацию признаёт лишь отчасти, а именно «только в отношении малой части деликтных поведений»; и, наконец, 4) уголовно-правовое понятие деяния и понятие преступления в неогегелианских системах – вновь тождественные понятия (современное негативное учение о деянии, интерперсональное учение о деянии). Соответственно, актуальное в рассматриваемом случае персональное понятие деяния практически не включает теорию уголовного права, – это *общее* понятие деяния, подобно множеству представленных в уголовном праве понятий, но не уголовно-правовое понятие деяния как таковое.

---

<sup>1412</sup> Ibidem.

<sup>1413</sup> Ibid., 8/52.

<sup>1414</sup> Однако не только там и тогда, и поныне преимущественно.

## § 7. Сравнительный аспект

### 7.1. Х.-Г. Йешек; Э. А. Вольф

С точки зрения коренных параллелей в данном случае следует выделять отнюдь не только классический персонализм. Значительные пересечения с деянием как с «проявлением личности» представлены на примере «модели поведения» Х.-Г. Йешека как ««свободного» ответа на доступные возможности деяния» или «индивидуального понятия деяния» Э. А. Вольфа, согласно которому деяние рассматривается как «свободное, смысловое применение доступной для отдельного возможности»<sup>1415</sup>. Основание для дистанцирования здесь, с одной стороны, составляет то, что большинство совершённых по неосторожности бездействий не может расцениваться как «ответ» или же, с другой стороны, «свобода» как минимум при невиновных деяниях бычно не дана<sup>1416</sup>.

### 7.2. Й. Хрушка

До подобных результатов приводит в рассматриваемом отношении деяние как «применение правила» по Й. Хрушке, причём «проявление личности» приводится в соответствие с ««собственными» правилами»<sup>1417</sup>. Данная модель у Роксина представлена как предмет двусторонней критики: «(...) Это понятие отчасти слишком узко, отчасти же слишком широко. Слишком узко потому, что оно не может включать бездействие (вспомним [...] забвение!), которые, согласно самому Хрушке, определяются как «неприменение правила», чем он возвращается к радбрухской дуализации системы. Слишком широко потому, что разработка преступного плана несомненно является применением правил (мышления и опыта), однако в силу отсутствия «проявления» именно не представляет собой деяния»<sup>1418</sup>.

### 7.3. У. Киндхойзер

В свою очередь, персональное понятие деяния в случае неосторожности не может корреспондировать и с критерием «интенциональности» в рамках интенционального учения о деянии У. Киндхойзера (деяние как «решаемое содеяние»)<sup>1419</sup>. Однако эти два субъективно-монистских понятия характеризуются и общей сложностью: разумеется, отождествлённая с индивидуумом «личность» как субъект деяния, здесь не стремится ни к соматическим, ни к квазисоциальным последствиям (т. е. к «содеянию» такового); а инструментальный мир индивидуума в качестве исходной точки делает возможным именно только «мономерные» решения.

<sup>1415</sup> Ibid., 8/47.

<sup>1416</sup> Ibidem.

<sup>1417</sup> Ibid., 8/48.

<sup>1418</sup> Ibidem.

<sup>1419</sup> Ibid., 8/49.

Подытожим этот микроколлаж и давайте откровенно скажем: какая разница между объективацией личности и проявлением личности?

## § 8. «Субстанциально адекватное понятие деяния»

### 8.1. Функции «деяния»

Выделяемая в персональном учении о деянии неделимость технических субстратов – в основном в сфере психофизического – своим предметом, прежде всего, подразумевает максимально последовательное осуществление в системе преступления функций (существенно) общего понятия деяния, т. е. оно, следуя внедрённой им же терминологии, стремится к «субстанциально адекватному» понятию деяния<sup>1420</sup>. А указанных функций у общего понятия деяния ещё со времён традиционной догматики три: деяние как *предельный* элемент, как *базисный* элемент и как *консолидирующий* элемент.

### 8.2. Предельный элемент

Предметом особого интереса в данном случае предстаёт первый аспект, т. е. то, как фильтрует персональное понятие деяния входящие в состав преступления (деяния) виды поведения, так как здесь мы имеем дело с весьма значительными новациями. В отличие от каузального или финального учения в этот раз некоторые рефлексии, в частности такие, которые могут восприниматься как «психически производимые, целенаправленные движения»<sup>1421</sup>, рассматриваются как «деяние»; так же как, в свою очередь, каждый автоматизм, так как «усвоенные диспозиции деяния относятся к системе личности; их детерминация – её проявление»<sup>1422</sup>. По тому же масштабу здесь дано «деяние» и в случае бессознательного опьянения, если могут быть осуществлены «в целенаправленности разумные, скоординированные двигательные процессы», так же как высокостепенные аффекты, при которых виды поведения, служащие «удовлетворению влечения или разрядке агрессии», не являются «только каузально детерминированными»<sup>1423</sup>. И, наконец, «деяние» считается наличествующим в рамках персонального учения о деянии и в случае *vis compulsiva* как проявление личности, «мотивированное угрозой»<sup>1424</sup>.

<sup>1420</sup> Ibid., 8/55; ср. Bunster, Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff von Claus Roxin, in: FS Roxin, стр. 180 сс; хотя см. также к роксинским дифференциациям между «субстанциальным» определением понятия деяния и его определением, ориентированным на «нормативный вектор персонального вменения» В. Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen, 1971, стр. 31.

<sup>1421</sup> Ibid., 8/66.

<sup>1422</sup> Ibid., 8/67.

<sup>1423</sup> Ibid., 8/68 с.

<sup>1424</sup> Ibid., 8/64.

### 8.3. Базисный и консолидирующий элемент

Несложно понять, что налицо абстрактное «деяние», и эта абстрактность на примере функций базисного элемента и консолидирующего элемента – отнюдь не убывает. В силу того что «формы проявления» деликтного поведения, «включающиеся» (?) первым свойством (базисный элемент) «деяния», «релевантны только на последующих оценочных ступенях», и атрибутируются понятию деяния как «существительному» в рамках следующей функции (консолидирующий элемент) понятия, понятием деяния они ни в коей мере не охватываются<sup>1425</sup>. Таким образом, вне понятия остаётся не только суждение о неправде и виновности, а невольно все входящие в них «виды деликтного поведения» в их целостности. С чем мы здесь вследствие этого имеем дело, есть не промежуточно аморфное определение «деяния» и последующая конкретизация его «вида и стиля» как умысла и неосторожности, как действия и бездействия<sup>1426</sup>, а то, что здесь «впоследствии» предшествует уголовно-правовым оценкам, именно и создаёт весь облик понятия деяния в соответствии с любым подобным *modus procedendi*. Это общий недуг всех генеральных понятий деяния.

## § 9. Трактат догматика

Как видим, учение о деянии, которое в начале стремится быть максимально абстрагированным от позитивного права и от права в общем, в конце предъявляет претензию на «субстанциально адекватное» понятие и имеет амбицию быть «функционально исправным» в концептуально невидимой для него системе преступления.

### Раздел Д

## ФУНКЦИОНАЛЬНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ

### Глава XII

## НЕГАТИВИЗМ

### § 1. Предотвратимое непродотвращение в роли гаранта

#### 1.1. Герцберг

Хотя созданное Р. Д. Герцбергом<sup>1427</sup> негативное понятие деяния, прежде всего, противостоит финализму, – в соответствии с чем «финальность в уголовном праве как таковая вообще *иррелевантна*», – однако то, что общее между рассматриваемым понятием как *предотвратимым непродотвраще-*

---

<sup>1425</sup> Ibid., 8/50 с, 53 сс.

<sup>1426</sup> Ibid., 8/51.

<sup>1427</sup> R. D. Herzberg, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, Berlin, New York, 1972, стр. 172 сс, 179 сс, 183 сс и *passim*.

нием в роли гаранта с финалистскими догмами, состоит не только в конститутивном значении предотвратимости, а также и оно должно восприниматься «в отрыве от состава деяния». Впрочем, именно в этом месте, в частности на примере развитой впоследствии Г. Якобсом негативной модели деяния, являющейся здесь основным предметом исследования, налицо принципиальное преобразование: якобсская версия негативного учения о деянии в качестве интегральных частей деяния представляет как неправду, так и вину, возвращаясь тем самым к гегелианскому взаимоотношению между понятиями деяния и преступления.

### 1.2. Якобс

Тем не менее здесь в первую очередь определяющий акцент в самой формуле Герцберга редуцирован к предотвратимому непредотвращению. С одной стороны, постольку, поскольку «ссылка на роль гаранта не покрывает релевантное в уголовно-правовом отношении деяние, в частности ни настоящее и ни эквивалентные действию бездействия»; с другой стороны, постольку, поскольку, помимо данного момента, содержание роли гаранта, согласно рассматриваемой точке зрения, ничем другим не наполняется. Как будет показано ниже, в отношении первого аспекта позже имеем дело с иной ситуацией. Конкретизированное в рассматриваемых пределах негативное деяние, в свою очередь, представлено как *индивидуально предотвратимая детерминация результата* или как *предотвратимость несходства последствий*<sup>1428</sup>.

## § 2. Нормативный контакт (Социальный анализ смысла)

### 2.1. Деяние как коммуникативно релевантное отношение

Указанная конкретизация ещё отнюдь не исчерпывает сущность проблемы. Геллен<sup>1429</sup>, рассуждая о человеке как о «деятельном субъекте», в этом смысле исходит из человека как «выражающего позицию существа», в то время как Вельцель, как известно, рассматривает деяние в качестве «выражения смысла». Наряду с этим налицо стремление Якобса обратить исходный взор на теорию социологических систем Н. Лумана и представленное в ней понятие коммуникации<sup>1430</sup>.

<sup>1428</sup> G. Jakobs, *Strafrecht*, AT, 2. Auflage, 6/27, 32.

<sup>1429</sup> A. Gehlen, *Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt*, 1. Aufl., Berlin, 1940, стр. 20, 37 и *passim*.

<sup>1430</sup> N. Luhmann: *Wie ist Bewußtsein an Kommunikation beteiligt?*, in: ders., *Soziologische Aufklärung*, Bd. 6, *Die Soziologie und der Mensch*, Opladen, 1995, стр. 38 и *passim*; *Rechtssoziologie*, Bd. 1, Reinbek, 1972, *passim*; см. также G. Meggle, *Grundbegriffe der Kommunikation*, 2. Auflage, Berlin, New York, 1997, стр. 279 *cc*.

Деяние как «коммуникативно релевантное отношение» или как «социальное выражение смысла»<sup>1431</sup>, таким образом, в учении о деянии Якобса направлено на субституцию «монологически-индивидуалистского»<sup>1432</sup> или «инструментального» масштаба «коммуникативно релевантной схемой анализа (толкования)».

### 2.2. Личность как участник «коммуникации»

Действующий как личность не может определяться как «психофизическая система», а только как «участник коммуникации, конституированный обязанностями и свободами», т. е. как «сторона нормативного контакта», в частности в том понимании, в каком от него «ожидается выполнение нормы»<sup>1433</sup>.

Общественно-теоретически конституированное понятие деяния – нормативное понятие деяния<sup>1434</sup>.

### 2.3. One-way «коммуникация»

Следует заметить, что у Якобса в действительности дело касается не коммуникации как таковой, ибо в передаче мысли и поиске переданной мысли данное понятие не исчерпывается. Здесь налицо т. н. односторонняя или one-way коммуникация, которая коммуникацией не является (наиболее типичными примерами предстают письмо или лекция как таковая)<sup>1435</sup>.

Наряду с этим, если бы дело касалось всего лишь различий между монологизированным и интеракционным восприятием коммуникации, ситуация могла бы быть далека от обречённости. *Так как правоотношение и коммуникация – это два разных вида интеракции.*

## § 3. Эффициентность нормативности

### 3.1. Гарант

Согласно негативному понятию деяния, сущность действия и бездействия кроется «не в факте телесной активности, с одной стороны, и в факте от-

<sup>1431</sup> G. Jakobs: Der strafrechtliche Handlungsbegriff, München, 1992, стр. 30; Handlungssteuerung und Antriebssteuerung. Zu Hans Welzels Verbrechensbegriff, in: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, Heidelberg, 2003, стр. 957.

<sup>1432</sup> M. C. Meliá, Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Sozialadäquanz, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1995, стр. 179 сс., 183 сс.

<sup>1433</sup> G. Jakobs: Schuldprinzip, стр. 25 сс; Handlungssteuerung, стр. 956; Norm, 1. Aufl., стр. 82, 88; Individuum und Person, стр. 259; Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, Opladen, 1996, стр. 31.

<sup>1434</sup> G. Jakobs, Handlungssteuerung, стр. 956; см. наряду с этим к критике «чисто нормативной позиции» ders., Norm, 1. Aufl., стр. 51.

<sup>1435</sup> P. Watzlawick, J. Beavin, D. Jackson, H. v. Weber, Menschliche Kommunikation. Formen, Störungen, Paradoxien, Bern, 1990, стр. 40 сс.

сутствия телесной активности – с другой, а в чём-то ненатуралистически-фактическом, в частности в отнесении последствий к человеку (...). В обоих случаях дело касается адрессации гарантам, не природы»<sup>1436</sup>, т. е. «компетентности» как «*нормативного* начала», ориентированного на «негативный» или «позитивный» статус действующего<sup>1437</sup>, так как «облик общества» кристаллизуется «не в натурализах или общественно чуждых структурах, а в институциях»<sup>1438</sup>. Эта методика в первую очередь ставит своей целью переоценку «действия» как ключевого понятия в учении об уголовно-правовом вменении, согласно которому совершённый путём бездействия деликт как «исключение» всегда нуждается в «более интенсивной легитимации»<sup>1439</sup>.

Верно, однако мы глубоко сомневаемся в научной искренности данного постулата со стороны Якобса, ибо основа его понятия о деянии негативная, и здесь слова явно расходятся с фактами: при негативном начале «более интенсивной легитимации» в действительности теперь уже нуждается действие. С тем же самым «преимуществом» в силу той же самой причины имеем дело и с точки зрения соотношения умысла и неосторожности, с гораздо более далеко идущими последствиями: здесь уже по существу приходится доказывать умысел как исключение, тогда как неосторожность – это правило в негативном аспекте. Другими словами, негативный минимум ввиду своей негативности наделён искажённой, зеркальной реальностью, со всеми типичными отклонениями: умышленное убийство путём действия как непредотвращение. Дело в том, что немецкая уголовно-правовая догматика уже долгие десятилетия отчаянно приспособляется к позитивистским видам поведения.

Так, например, то же умышленное действие при всём желании не есть «предотвратимость разницы последствий», так как уголовное право дифференцирует<sup>1440</sup>, в частности между инициативной агрессией и предотвратимой ошибкой<sup>1441</sup>. То же самое касается и роли гаранта, потому как и здесь следует дифференцировать, а именно между заботливостью гаранта и невмешательством чужого.

---

<sup>1436</sup> G. Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 32 с; ср. ders., Tun und Unterlassen, стр. 36 с.

<sup>1437</sup> Что ни в коем случае не может отождествляться с разграничением самого действия и бездействия: Jakobs, Tun und Unterlassen, стр. 35 с и passim; ср. G. Husserl, Negatives Sollen im bürgerlichen Recht, Breslau, 1931, стр. 37.

<sup>1438</sup> Jakobs, Tun und Unterlassen, стр. 43.

<sup>1439</sup> Ibid., стр. 13, 42.

<sup>1440</sup> Ср. C. Roxin, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band I, 3. Auflage, München, 1997, 8/46.

<sup>1441</sup> И иначе преступление, как справедливо указывает G. Stratenwerth, Strafrecht AT I, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000, стр. 79, перевоплотится в «продукт чистой абстракции».



### 3.2. Институты

В отличие от этого весьма актуально выделение институций – *которые, однако, в свою очередь, никогда не могут быть мыслимы как только пре-юридические эмпиризмы, а, прежде всего, также должны восприниматься как истинно правовые конструкты* – в качестве направляющего начала. Поскольку, как правило, возможна и противоположная ситуация<sup>1442</sup>, при которой рассматриваемая проблема оказывается перед традиционной дифференциацией т. н. деликтов обязанности и господства. По Якобсу, дело касается соответственно «деликтов в силу институциональной компетентности» и «деликтов в силу организационной компетентности», где в первом случае «функционирование элементарных институций в соответствии с порядком» как специфический предмет нормативного ожидания сопоставляется в том же качестве с «сохранением-в-порядке собственной сферы организации» во втором случае<sup>1443</sup>.

Однако: «деликт обязанности» или в той же мере: «деликт в силу институциональной компетентности», вообще, является тавтологическим олицетворением того, что здесь как «деяние» вытекает из *общей* модальности социума.

### 3.3. Субъект правоотношения

В противоположность учению Якобса следует заметить, что решающим в истинно социальном аспекте является перманентность генерального статуса: *субъект правоотношения или институционально компетентный партнёр интеракции*, что указывает на то, что направляющей, истинно социально всеобъемлющей институцией является именно *сама институция «правовой организованности общества»*<sup>1444</sup>.

### 3.4. «Истинные» требования

Исходной в актуальном контексте, прежде всего, является несостоятельность радикального «гражданско-либерального» начала, исчерпывающего юридически релевантную перспективу по своей сущности в запретах, т. е. не допускающего юридически «*истинных*» требований<sup>1445</sup>. Эта гипотеза, вытекающая главным образом из воззрений Канта, так же как из философии права Гегеля, в конечном итоге отождествляет размежевание совершённых действием деликтов и совершённых бездействием деликтов с размежеванием права и морали<sup>1446</sup>.

<sup>1442</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 31 с.

<sup>1443</sup> Jakobs: Strafrecht AT, 1/7; Tun und Unterlassen, стр. 19 сс, 29 с и passim.

<sup>1444</sup> Ibidem.

<sup>1445</sup> Jakobs, Tun und Unterlassen, стр. 12 с.

<sup>1446</sup> Ibid., стр. 13.

Что касается, в свою очередь, «принципа солидарности» в общем из перспективы данных общественно конституированных определяющих рамок, он (в своей позитивности как «особое правовое основание») также недоказуем в виде традиционного критерия дифференциации: и из запретов вытекают обязанности солидарности, равно как и требования не всегда воспринимаемы в призме солидарности<sup>1447</sup>.

### 3.5. Синаллагма Якобса

Последовательное дистанцирование определяющей перспективы от инструментальных критериев приводит Якобса<sup>1448</sup> к *синаллагме свободы поведения и ответственности за последствия*<sup>1449</sup>. Обязанность «сохранять сферу организации в безопасном порядке» распространяется как на плоскость «телесных предметов» (так было издревле: *ita utere tuo ut alienum non laedas*), так и на плоскость «применения прав» (и так полагалось издревле: *obligatio est iuris vinculum*), в обоих случаях, между прочим, в том понимании, в каком личность в силу организационной компетентности должен выполнить обязанность в соответствии с запретом или требованием<sup>1450</sup>.

Таким образом, окончательная маргинализация инструментально сформированного негативного аспекта обуславливает оригинальное определение содержания «изначальной ответственности», в соответствии с чем владелец организационной сферы должен платить «цену за свободу», а именно «сохранять собственную сферу свободной организации в безопасном для других личностей состоянии», собственно, «в любом виде» – «не предпринимая ничего» или как раз также «деятельностью», «активностью»<sup>1451</sup>.

### 3.6. Статус

Якобс: «Особенности позитивного статуса в отношении особенностей негативного статуса не имеют ничего общего с размежеванием действия и бездействия»<sup>1452</sup>. Убиквитарность психофизических «видов поведения» в пределах теоретически определяющей общей картины в то же время не проявляет абсолютную зависимость от убиквитарности конкретной «формы» самой «нормы»; а в соответствии с этим, прежде всего, «фактически вредное действие» в случае либерального понимания не всегда может быть мысли-

<sup>1447</sup> Подробнее *ibid.*, стр. 20, 22, 25 и *passim*.

<sup>1448</sup> *Ibid.*, стр. 20 сс, 31 с; см. к «ожиданию конформности» как к противоположному свободе поведения феномену, а именно «в рамках строго определённых ролей гражданина» *ders.*, *Schuldprinzip*, стр. 29.

<sup>1449</sup> Ср., м. п., с понятием «выбирающего субъекта» («choosing subject»): P. Ramsay, *The Responsible Subject as Citizen: Criminal Law, Democracy and the Welfare State*, in: *Modern Law Review*, Oxford, 2006, стр. 33 и *passim*.

<sup>1450</sup> *Ibid.*, стр. 20 с.

<sup>1451</sup> *Ibid.*, стр. 13, 21, 42.

<sup>1452</sup> *Ibid.*, стр. 35 с.

мо как нарушение запрета посягательства (например, в случае запрета аборта); так же как бездействие противоречит запрету или в том же случае требованию, оно может быть именно эквивалентным в вышеуказанном понимании как в «примарном», так и в «секундарном» аспекте, что по меньшей мере наглядно выделяется на примере ингерентности<sup>1453</sup>.

### 3.7. Генерализация

Иначе, чем это имеет место при инструментальных масштабах, будь это масштабы радбрухской модальности как продукт чисто каузалистической методологии или специфицированные Арм. Кауфманом в соответствии с формальными коэффициентами психомеханики, всякая дуализация *понятия* деяния в отношении действия и бездействия, как ещё для гегелианцев, совершенно чужда и для концепции Якобса<sup>1454</sup>.

## § 4. «Расколдованность»

### 4.1. Обладаемость мира

По Якобсу, современные концепции вины своей предпосылкой предполагают «расколдованность мира» в понимании М. Вебера, т. е. «обладаемость мира» «вычислением», что, по утверждению того же боннского криминалиста, предоставляет возможность внесения в принцип вины телеологического момента.

В отличие от виновной ответственности в вышепредставленном понимании, в «мире» ответственности за последствия, который ещё не «расколдован», вопрос ставится только о «попадании в катастрофу» или «роковом бедствии», так как «трещина в системе мира» не может устраняться иначе как в соответствии с «собственными правилами» «естественно-мифического»<sup>1455</sup>.

То, что здесь в своей общности решающе, – это «движущая сторона» и «сторона знания» как «условия выполнения нормы» или «когнитивная эффективность», сведённая к «психической способности обнаружить и выполнить актуальную норму»<sup>1456</sup>, которые в то же время и вне коренного различия между виновной ответственностью и ответственностью за результат общественно специфицируемы. Однако что служит конкретной причиной этому, в частности в отношении когнитивной стороны?

### 4.2. Калькуляция

В противоположность всё ещё не «расколдованному миру» как «рациональной корреляции», согласно Якобсу, «в системе расколдованного мира

---

<sup>1453</sup> Ibid., стр. 15, 39 и passim.

<sup>1454</sup> Ibid., стр. 16 сс.

<sup>1455</sup> Ibid., стр. 11, 19, 22 и passim; ders., Handlungsbegriff, стр. 18.

<sup>1456</sup> Ibid., стр. 9.

уже не могут вызываться вредные трещины, так как её облик и без того случаен и познание смысла делает невозможным»<sup>1457</sup>. Таким образом, если вследствие «расколдования» познаётся «незыблемость» законов природы (таких, как, например, «законов логики, математики»), в соответствии с такой картиной мира решающей является именно «безошибочная калькуляция» и, соответственно, «совпадение планирования и осуществления», от чего, в свою очередь, становится зависимой «коммуникативная определённость» поведения<sup>1458</sup>.

#### 4.3. Знание нормы

Без обязанности знания нормы здесь мы бы имели дело с умышленным делинквентом только психологически, и поскольку Якобс (категорически) не исходит из такой обязанности, умысел у него здесь по существу – именно психологизированное понятие со всеми вытекающими отсюда сложностями обоснования.

Исходя из вышесказанного, следует выделить следующие моменты: 1) *error iuris nocet ≠ ignorantia iuris nocet*; 2) вразрез с теорией вины: умысел – не заблуждение, заблуждение – неосторожность; 3) *умышленное незнание нормы не исключает умысел* (обязанность знания нормы) и, наконец, 4) уголовное право с учётом современного состояния метафизических познаний не вправе исходить ни из «заколдованного», ни из «расколдованного» мира, а исключительно из собственного *обладаемого сегмента* действительности.

#### 4.4. Психологизация

Фактически возможная дифференциация между «ошибкой в строгом смысле» (как «дефицитом знания, негативно оценённым самим ошибающимся») и «безразличием» (как незнанием без такой «негативной оценки»)<sup>1459</sup> не представляет собой общественно ничего специфического для сферы незнания нормы, scil. в том отрезке, где различия между обоими случаями ошибки в плоскости предотвратимости истинно социально поддаются развитию. Однако если позитивное право (ч. 1 §16 УК ФРГ) при ошибке в составе преступления (деяния) обходит стороной данную конкретизацию, исключая при этом в случае «безразличия» умысел, т. е. и в этом аспекте исходя из неосторожности как из «ошибки», это можно расценивать как следствие лишь дальнейшей психологизации понятия умысла, в частности как следствие перемещения акцента на психический факт незнания как на исходную

<sup>1457</sup> Ibid., стр. 13, 22.

<sup>1458</sup> Ibid., стр. 13 с; cp. ders., Handlungsbegriff, стр. 27 с.

<sup>1459</sup> Ibidem.

степень, и результат здесь общественно-теоретически как раз не может быть приемлем<sup>1460</sup>.

#### 4.5. Индивидуальность и объективный масштаб

Предотвратимый умысел в его негативности – это технический критерий, процессуально-технический, который наподобие метода правила и исключения при квалификации преступления может быть весьма практикабельным, но вопрос в том, зачем Якобс такой сугубо технический подход пытается представить в качестве теории? Тот же вопрос напрашивается ввиду его чрезмерной угодливости догматике в сфере неправды: «роли», «статусы», «компетентность» и многое другое – всё это для того, чтобы доказывать всю дидактику финалистского умысла, т. е. доказывать естественный умысел блуждающего в неизбежной фактической или юридической ошибке субъекта как уголовно-правовой умысел? Традиционный аргумент, согласно которому при отсутствии умысла и неосторожности в неправде не удаётся отличить друг от друга состав преступления умышленного убийства и состав преступления неосторожного убийства, может и должен контраргументироваться уголовно-правовой реальностью, согласно которой во всех вышеуказанных случаях блуждающего субъекта умысла в уголовно-правовом понимании не существует.

«Метаролевое» значение «коммуникативно релевантной» предотвратимой ошибки не создаёт препятствий в том отношении, чтобы в «расколдованном» мире ответственность ограничивалась «запланированным предотвратимым», т. е. не распространялась «на связанные с ним, но, в свою очередь, индивидуально непредвидимые последствия»<sup>1461</sup>.

#### 4.6. Доктрина *versari in re illicita*

Взглянем окружающей нас действительности прямее в глаза: доктрина *versari in re illicita*, берущая своё начало в каноническом праве Средневековья и согласно которой лицо, вторгшееся в сферу недозволенного, в ответе за любое, в том числе объективно непредвидимое последствие своего деяния<sup>1462</sup>, с одной стороны, является официальной уголовно-правовой доктриной англо-американской правовой семьи, но с другой – принципиально отвергается континентальной уголовно-правовой доктриной, хотя не всегда последовательно, в том числе на примере немецкого уголовного права («отворивший дверь зла в ответе за каждое вступившее зло» [т. е. если бригада скорой медицинской помощи, вызванная делинквентом, вследствие ДТП не достигает места происшествия, последствия этого также вменяются

<sup>1460</sup> Ibid., стр. 20.

<sup>1461</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 21 с.

<sup>1462</sup> Подробнее С. Waldkirch, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht, Tübingen, 2018, стр. 405 с.

делинквенту]). Мы далеки от мысли, что рассматриваемые общества «расколдованы» в значительно разной степени или значительно по-разному, исходя из чего «расколдованность» как масштаб здесь по существу ни о чём и не свидетельствует.

Мы не видим веских причин отступить от континентальной догмы: уголовное право *не вправе* вменять случайные последствия, которые гражданское право *должно* вменять. Более того: уголовное право никогда не вменяло и никогда не сможет вменять даже все предвиденные или предвидимые последствия преступления: их в каждом отдельном случае больше, чем волос на парике средневекового инквизитора.

#### 4.7. Покушение

На то, что «расколдование» мира для обоснования последующего случая «ошибки» – покушения предлагает, акцентированный Якобсом аспект и в этот раз не исчерпывает суть проблемы. Уголовно релевантный баланс между вредом и виной на сегодняшний день он отображается только в рамках интерперсонального учения о деянии<sup>1463</sup>, не интересующегося, однако, обратной стороной действительности – обычное дело: теории уголовного права нередко приходится расколдовывать уголовно-правовую доктрину, заколдованную философией уголовного права. В этом отношении интерперсонализм – заклятый враг негативизма.

#### 4.8. Объективное вменение и мотивационная способность

То, что главным образом обосновывает интеракционную релевантность мотивационной способности и тем самым виновное вменение как вменение волевой ошибки вообще делает возможным, есть истинно уголовно-правовое понятие *свободы воли*, которая не во всех аспектах может субституироваться понятием «свободы самораспоряжения»<sup>1464</sup>.

Наряду с этим следует обратить внимание на то обстоятельство, что у «расколдованного» мира, *и поныне блуждающего в потьмах* детерминистских и индетерминистских концепций (темнее не бывает!), не всегда имелось уголовно-правовое понятие свободы воли.

#### 4.9. Атеизм или вольтеровский утилитаризм?

Теперь же мы достигли того интервала, где следует предложить ответ на основной в актуальной сфере вопрос. Если теория «расколдования» не безотказна, а преследуется осечкой за осечкой, это вовсе не может расцениваться как нечаянность. Противопоставляя космосу как рациональной системе

<sup>1463</sup> L.-G. Kutalia, Theorie der allgemeinen Kontinuität, in: I Schwarzmeerjuristentage. Strafrecht, (Hrsg. H. Nakeri), 2010, стр. 127.

<sup>1464</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 35.

«контингентный облик мира», этим исключается отнюдь не только магическое самосознание общества, а принципиально ничего не желаем знать о никем не опровергнутой той или иной вере общества, не исключаяющей, в свою очередь, вычисляемость релевантных в уголовно-правовом отношении последствий. И раскол тем глубже: секуляризированное государство или лаицистическое уголовное право своей предпосылкой не имеет атеистическую модель общественного восприятия мира – существующая действительность.

Вкратце: «расколдованное» если не в шиллеревском, то по крайней мере в веберовском смысле общество – это, замечая открытым текстом, даже не искренне атеистическое, а циничное общество, склонное обычно к инструментализации самого религиозного мировоззрения в вольтеровском понимании.

## § 5. Действие нормы

### 5.1. Пределы правоотношения

«Распространённое суждение, словно субъект своим деянием сам же ставит себя вне порядка» для Якобса неприемлем. «Было бы это так, – отмечает он, – реакция против него как правовая реакция уже вообще была бы невозможной»<sup>1465</sup>. Однако дело в том, что из *нормативного* понятия деяния, которым является негативное понятие деяния Якобса, такая картина как раз не результирует и результировать не может.

### 5.2. Симуляция: интеракционная коммуникация

Например, теория психологического принуждения Фейербаха и норма – симулированная как «уголовно-правовая» норма – в качестве единственного предмета «коммуникативно релевантной позиции» субъекта направлены на идентичный результат: в обоих случаях деликтное поведение может рассматриваться только как отрицание уголовно-правового отношения. Констатация того в последнем случае, что определяющим является не «проект нормы» делинквента, а нарушенная норма, указывает на уголовно-правовое отношение *не в силу* осуществлённого деяния, *а вопреки* осуществлённому деянию. В лучшем случае дело касается только формальной связи, так как никто другой, кроме субъекта уголовного права, не может – в рамках указанной симуляции – нарушить актуальную норму.

## § 6. «Полная теория»

### 6.1. Формально-концептуальная корреляция

Не существует «общего» понятия деяния *до* общества или *метасоциального* «специфически уголовно-правового» понятия.

---

<sup>1465</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 27 и passim.

### 6.2. Неправда как вспомогательное понятие

Понятие деяния, по Якобсу, должно включать «полную теорию уголовного права», тогда как с суждением о неправде «связаны последствия мнимосистематического вида, например, для упорядочения соучастия или применения чрезвычайных прав» или, другими словами, «уголовное право не реагирует на неправду»<sup>1466</sup>. Однако охватывают ли неправда и вина всю программу уголовного права? Конечно же, нет: К уголовно-правовой программе относится *наказание*, в частности в существенно более широком смысле, нежели только как необходимый для структуры деликта дидактический конструктор.

## § 7. Интерперсонализм против негативизма

### 7.1. Деяние как только «виновное» поведение?

Иными словами, намеченная Якобсом цель – перемещение исходного акцента от дидактики на теорию – в его же концепции последовательно осуществляться не может. Загрузить «полную программу уголовного права» способно *только понятие деяния, простирающееся до наказания*, в частности «простирающееся» не в смысле программы, определяющегося не заранее или автономно сформированными компонентами преступления.

### 7.2. «Теория» и «дидактика»

Если внимательнее присмотреться, здесь, прежде всего, исключается интеракционное протекание общества и что остаётся, есть односторонне-«коммуникативные» состояния, в то время как налицо всего лишь апостериорное атрибуирование деликтного поведения наказанием. Однако, с другой стороны, необъяснимым остаётся не только общество как конструкция, ибо *конструирование* общества происходит именно не иначе как юридически, а в той же мере, например, (вновь) значение общественной схемы анализа мира.

### 7.3. Наказуемость

Не вина определяет, что есть деяние *в своей экстенсивности* в уголовно-правовом понимании, а только *наказуемость в своей теоретической оригинальности и комплексности*<sup>1467</sup>.

Исходя из пределов институционально компетентной интеракции, из перспективы уголовно-правового понятия деяния это, прежде всего, означает,

<sup>1466</sup> Ibid., стр. 42.

<sup>1467</sup> Относительно рассматриваемого систематического ареала уголовно-правового понятия деяния хотя встречаются алогические намёки в нормативном учении о деянии Якобса («виновная ответственность как компонент деяния» [Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 13]), но они там по весьма понятным причинам нереализуемы.



что истинно социально дело не может ограничиваться «объективацией *непризнания действия нормы*»<sup>1468</sup>. Просто «действовать» (= быть *признанными*<sup>1469</sup>) в том же контексте следует и целому ряду преправовых норм, и социальные (включая правовые) правила поведения, в свою очередь, изредка включаются идентичной системой норм. Однако почему и как в таких случаях «непризнанием нормы» дело должно касаться «*специфически уголовно-правового эффекта*»<sup>1470</sup>, если в уголовно-правовом отношении решающим является не просто отграничение социальной точки зрения от натурализмов, а спецификация в рамках общественно релевантного, было бы неясно.

#### 7.4. Гражданское и полицейское право

О «невредимости регулируемого в гражданско- и полицейско-правовом порядке мира интересов»<sup>1471</sup> только тогда может идти речь, если, прежде всего, вообще вступаем в гражданско- и полицейско-правовое отношение. Однако без интеракционного ожидания (и ожидания ожидания), что безопасность интересов обеспечена, здесь нельзя ни войти в правоотношение, ни продолжить его. Институционализация этого ожидания в виде нормы, в свою очередь, не производится в обход правоотношения как институционально компетентной интеракции. Невзирая на то, что (подвержение-сомнению-действия-нормы или вызванный в сфере интересов вред) рассматривается в отдельном случае в качестве стержневого момента, т. е. дело касается «уголовно-правового» контекста или нет, указанные общие пределы при восприятии юридически релевантного безальтернативны. Вне этого понимания немислимо ни гражданско-правовое, ни полицейско-правовое понятие деяния, т. е. если в последнем случае абстрагируемся от интеракционно релевантных гарантий, то упразднение действия нормы необратимо, что свидетельствует об отрицании гражданско- и полицейско-правового отношения, если при этом не довольствоваться той или иной пустой, оторванной от социальной действительности абстракцией.

Иными словами, как гражданское право, так и полицейское право должно в равной мере заботиться о том, чтобы соответствующая норма действовала. Эта цель сохранения действия нормы, соответственно, в любом случае кладётся в основу *каждой* правовой ответственности. Обеспечение генеральной непрерывности институциональной компетенции, таким образом, не составляет эксклюзивную задачу уголовного права, а дело всегда касается только структурных различий. Однако уже в самом уголовном праве в зависимости от того, с обществом какого состояния имеем дело, струк-

<sup>1468</sup> Хотя, на наш взгляд, вряд ли может быть приемлема следующая критика: Ch. Dedes, *Die Sinndeutung der Handlung*, in: *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin, 2001, стр. 187 сс.

<sup>1469</sup> Jakobs, *Strafrecht AT*, 1/9.

<sup>1470</sup> Jakobs, *Handlungsbegriff*, стр. 36.

<sup>1471</sup> *Ibid.*, стр. 42.

тура институциональной непрерывности проявляется по-разному. С тем моментом, с другой стороны, связано и то, что конституированное виной современное уголовное право – хотя не конституированное виной уголовное право как таковое – зависит от большего, чем от простого уместения своего понятия деяния в общеюридически актуальную картину системы интеракции, в частности от системно-специфически исчерпывающего определения его сущности интеракционными масштабами.

### 7.5. Перманентность интеракции

Другими словами: согласно яacobсской констелляции, для уголовного права гражданского общества превентивное сохранение действия нормы предстаёт именно как *ultima ratio*. В отличие от этого истинно социально решающее значение придаётся *перманентности* интеракции и применению интеракционных особенностей, которые значительно должны выходить за рамки «символической интеракции»<sup>1472</sup> в яacobском понимании: не то, что субъект не признаёт действие нормы по объективному масштабу<sup>1473</sup>, следует рассматривать как центральный предмет обвинения, а то обстоятельство, что он игнорирует наказуемость противоречия норме и, прежде всего, метаинструментальные последствия (= надобность наказания), возникающие по объективному масштабу вследствие нарушения нормы для функционирования общества (кстати, и санкция – часть нормы).

### 7.6. Социологизмы

Одна из главных особенностей интеракции состоит в том, что она ведёт к следующему познанию: *в плоскости общественно релевантного нет принципиально идентичных акций с принципиально неидентичными реакциями*, так как ни один партнёр интеракции не может здесь агировать без отношения к реакции (в данном случае – к наказуемости) и тем самым без её отображения в своей акции, а каждая уголовно-правовая акция по своему полному содержанию может определяться только как *системный продукт интеракции*.

Таким образом, если бы дело не касалось дидактики, где Якобс присоединение вины к понятию деяния связывает с тем, что уголовное право не реагирует на неправду, а касалось бы по меньшей мере интерактивной коммуникации и её реляционного аспекта, в частности в противоположность информативно ориентированным моделям коммуникации<sup>1474</sup>, содержание «выражения смысла» не могло бы сводиться к «непризнанию действия нор-

<sup>1472</sup> Jakobs, Norm, 2. Aufl., 1999, стр. 98 cc; ders., Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 88.

<sup>1473</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 34.

<sup>1474</sup> См.: K. Merten, Kommunikation. Eine Begriffs- und Prozeßanalyse, Opladen, 1977, стр. 93 c; G. Meggle, Grundbegriffe der Kommunikation, 2. Auflage, Berlin, New York, 1997, стр. 264 cc.

мы». В таком случае не «коммуникация» является решающей (здесь: плоскость нормативного разочарования), а «коммуникация о коммуникации» (в том же контексте: тематизация наказуемости), т. е. не содержательный аспект коммуникации, а аспект отношения (реляционный аспект) коммуникации, так как «(...) каждая коммуникация имеет аспект содержания и отношения, в таком виде, что последний определяет первое и в силу этого является метакоммуникацией»<sup>1475</sup>. Ничего не меняется вместе с тем в пользу нормативного подхода и, следовательно, против всё ещё молчаливо подразумеваемого функционального начала с учётом апелляционного аспекта коммуникации<sup>1476</sup>, т. е. с учётом того, чего пытаются достичь «участник коммуникации» «выражением смысла».

Иными словами, в гражданском обществе не существует прямой логической связи между (виновным) дезавуированием действия нормы и наказанием, ибо как уголовно-правовое отношение вообще не может исчерпываться деликтным поведением, оно здесь так же не может возникать вследствие деликтного поведения, а может лишь истинно социально развиваться, т. е. специфически продолжиться. Однако ввиду чего дело касается развития или совершенно генерально: продолжения, а не просто инициирования, об этом подход, *унилатерально-апостериорно* тематизирующий наказуемость, лишь внешне атрибутирующий им понятие преступления, ничего не свидетельствует. Односторонне-«коммуникативные» позиции, другими словами, представляют собой *социологизмы*, и здесь направляющий вектор так же не может кристаллизовываться во всяких социологизмах, как это имело место в случае натурализмов. Полноценное распознавание специфически уголовно-правового в интеракционной программе – задача интерперсонального или функционального понятия деяния. С точки зрения тем более принципиального различия, в частности между коммуникацией как правами и обязанностями существенно ненаделяемой интеракцией и правоотношением как институционально компетентной интеракцией следует выделить следующее: «*выражения смысла*», «*позиции (отношения)*» или «*обмен мнениями*» в мире свободного выражения мысли не могут быть предметом наказания.

## § 8. «Функциональное» понятие вины

### 8.1. Вина как «дери́ват общей превенции»

Понятие вины, по Якобсу, указывает «как минимальное содержание, что субъекту вменяется; этим установлено, что дело касается не только исследования причинности. Однако к чему подходят причинно и к чему – нормативно, об этом понятие вины молчит; оно является формальным понятием и не определяет даже того, что, следовательно, следует воспринимать как

<sup>1475</sup> Watzlawick et al., *Menschliche Kommunikation*, стр. 56.

<sup>1476</sup> См. *ibidem*.

существующее данное и что отделяется от субъекта как эвентуально его (ошибочное) достижение. *Только цель придаёт понятию вины содержание*<sup>1477</sup>, которая, в свою очередь, кристаллизуется в позитивной общей превенции, в частности «в смысле обеспечения тех ожиданий, в устойчивости к разочарованию которых порядок нуждается для самосохранения», т. е. в смысле «поддержания общего признания нормы», с точки зрения «подтверждения доверия к адекватности нормы»<sup>1478</sup>.

Таким образом, понятие вины «должно конструироваться функционально, т. е. как понятие, создающее потенциал упорядочения по определённому принципу упорядочения (в соответствии с надобностями цели наказания) для общества определённой конституции»<sup>1479</sup>. На эту цель, развивающуюся в качестве конститутивного признака понятия, вина не оказывает лимитирующего влияния (она здесь как «дериват общей превенции» ограничивает «необходимое для специальной превенции наказание» как цель, расположенную вне понятия), и «вина, в которую вошла цель, конституирует наказание», в частности не специально «для устранения вины», а в смысле «поддержания порядка» или «практицирования преданности праву»<sup>1480</sup>.

### 8.2. Конкретика дисфункциональности

Однако дело касается следующей дисфункциональной общей картины: развитое до примыкания смысла к норме нормативное понятие деяния никогда не может представить в виде собственного качества «функциональное» понятие вины, имеющее своей предпосылкой надобность наказания.

### 8.3. Негативная коллективная вина

С другой стороны: «функциональная» вина Якобса – это *негативная коллективная вина*, которую он позитивно не признаёт. Понятие вины, в которое а) (лимитирующе) вносится цель общей превенции и которое б) ограничивается от цели специальной превенции (цель специальной превенции «вне понятия вины»), равно как в) в таком виде *конституирует* наказание, по своей сути есть не индивидуальная вина, а именно негативированная коллективная вина. Непоследовательный смысл данного понятия: каждый может делинквировать сколько угодно, если все законопослушны. Иначе говоря, внимание здесь фокусируется на *всех за пределами деликта, кроме делинквента в пределах деликта*. Например, предупреждению тоталитарных режимов это вряд ли может служить, скорее, наоборот: налицо парадигма тоталитарного мышления.

<sup>1477</sup> Jakobs, Schuld und Prävention, стр. 14.

<sup>1478</sup> Ibid., стр. 24, 32; ders.: Strafrecht AT, 1/4 cc, 17/22; Schuldprinzip, стр. 25.

<sup>1479</sup> Jakobs, Strafrecht AT, 17/22.

<sup>1480</sup> Ibid., 17/18 (сн. 45); ders., Schuld und Prävention, стр. 32 с.

## § 9. Формально разумная личность

### 9.1. Формализация личности

«Действительной личностью» в рамках учения Якобса понимается «участник коммуникации», поведение которого проявляется как «соответствующее норме»<sup>1481</sup>. Вменяется «*формальной личности*»<sup>1482</sup>, понятой как «пригодное для личности, но нереализованное существо»<sup>1483</sup>.

### 9.2. Промежуточная контраргументация

Прежде всего, следует выделить, что деяние не может приводить ни к формализации персональности субъекта, ни к её лишению. Было бы это иначе, то каждый субъект вследствие каждого (уголовно-правового) деяния, характеризуя генерально, был бы свободен от обязанностей (так как и формальная персональность в якобском смысле – не что иное, как феномен, конституированный именно нарушением обязанности). Так, например: если бы действительность личности не была возможной после нарушения обязанности, то лицо, создающее опасность здоровью или жизни другого лица в дорожно-транспортном движении, не могло бы с интеракционно релевантной точки зрения выполнить обязанность в соответствии с §323 (в) УК ФРГ (неоказание помощи)<sup>1484</sup>. Ибо чьё поведение выражается в соответствии с требованиями нормы, как раз и есть действительная личность.

Тем не менее не это здесь главное, т. е. не выполнение обязанности (или возможность выполнения обязанности), а наоборот: в указанном или любом другом случае «только-формальная» личность по той же причине – т. е. в силу того, что конституируется нарушением обязанности и поэтому не может быть мыслима в качестве адресата обязанности – и вообще не могла бы делинквировать.

### 9.3. Перманентность против формализации

Прежде всего, в рассматриваемом случае не придаётся приоритетное значение истинно социальной перспективе. Так как фокус перспективы формируется именно тем, что нарушение обязанности порождает дальнейшую обязанность, которая должна выполняться со стороны нарушителя нормы (не был бы делинквент обязан отбывать наказание, не наказывался бы за побег [ст. 313 УК РФ]), т. е. разочарование нормативного ожидания конституирует последующее интеракционно релевантное ожидание, которое, в свою очередь, формируется и поддерживается не, скажем так, односторонне-утилитарно, а которое интеракционно ожидается самим разочарователем. Что в

<sup>1481</sup> Ibid., стр. 99.

<sup>1482</sup> В то же время с отсутствием материальной персональности нормативное учение, м. п., связывает возможность необходимой обороны: *ibid.*, стр. 102.

<sup>1483</sup> Ibid., стр. 82 сс.

<sup>1484</sup> Подробнее Lackner/Kühl, StGB, § 323 (в/8); см. также BGHSt 21, 50/55.

соответствии с этим проявляется в деликтном поведении, есть не «упрямый индивид», «не предоставляющий личности возможность долгосрочной действительности»<sup>1485</sup>, а именно действительность личности в её бесконечности, которая в качестве субъекта деяния конституируется не нарушением обязанности как таковым, а – вытекающей отсюда – обязанностью ответственности. То же, что, другими словами, формирует личность как адресата наказания, создаёт первооснову её восприятия как субъекта деяния.

## § 10. Превентивный «функционализм»

### 10.1. Действительность общества

*Качество*, что «участник коммуникации» не может быть ориентиром для «формального смысла» отображается уже и нормативной плоскостью как таковой<sup>1486</sup>, так как в противном случае нарушение нормы не могло бы быть разочарованием, из самой нормы невозможно было бы производить ожидание<sup>1487</sup>.

Однако то, что дело не может исчерпываться в смысле *превентивно предполагаемой* «коммуникации», выделяется уже и тем, что в этой ситуации каждое будущее деяние концептуализировалось бы не как «коммуникативно релевантное выражение смысла», а только как *контрпревентивная* «позиция» «участника коммуникации». Данный раскол понятия деяния, в свою очередь, не подтверждает действительность общества, а ставит её именно под сомнение. Чем обусловлена вся несоразмерность?

### 10.2. Социология конфликта

Уголовное право не представляет собой внешний инструментарий, а является составной частью интеракционной системы. Если назначение наказания исчерпывается в том, чтобы исключить социально ошибочный смысл деликтного поведения как ориентир, то это свидетельствует о том, что *само* разочарование социально не нейтрализовывается. Это по своему существу всего лишь социология конфликта. *Урегулирование социального конфликта* и *тем самым* подтверждение действительности общества, в отличие от этого, возможно только наказанием *как устранением вины*, не как превенцией.

### 10.3. Обвинительный вердикт

«Противоречие противоречию норме» (якобсская вариация гегелевской «негации негации») вместе с тем не может опираться<sup>1488</sup> в качестве исходного

<sup>1485</sup> Ibid., стр. 82.

<sup>1486</sup> Ср. E. Schmidhäuser, Über Strafe und Generalprävention, in: Festschrift für Ernst Amadeus Wolff, Berlin, Heidelberg, New York, 1998, стр. 448.

<sup>1487</sup> Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 42 и passim.

<sup>1488</sup> Так, однако, Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 91.

момента на устранение «вреда действию нормы», а именно односторонне-«коммуникативно» (причём, между прочим: нарушающий норму должен мочь приобщиться<sup>1489</sup> к «значению» [«принуждения наказания»] или «ответу на деяние»<sup>1490</sup>), ограничиваясь постулированием того, что дезавуированная делинквентом норма действует<sup>1491</sup>. В силу этой причины впоследствии вопрос об «упрочении противоречия» как о «цели наказания» вообще встаёт на повестку дня. Таковую односторонность «утверждения», направленную против «проекта мира» делинквента, как уже индицировалось, проявляет вменение каждой вины<sup>1492</sup>, в частности в той мере, что здесь и в случае исключённого или упразднённого наказания ничего не меняется. Однако чего в этой плоскости не достаёт – это интеракционно решающий облик «противоречия», направленного против дезавуирования (действия) нормы.

#### 10.4. Потрясение правовой действительности

Иными словами, дело отнюдь не касается общества затаившихся в ожидании правонарушений «участников коммуникации», где решающим был бы лишь «эффективный разрыв связи», а партнёры интеракции *функционально способного, способного к перманентности* общества сами же представляют собой тех, для кого нарушение нормы как раз неприемлемо, и та особенность, которая здесь выделяется, есть ожидание устранения вины. Не разочарование в делинквенте порождало бы в этом контексте надобность «исключения связи», а *разочарование указанного ожидания со стороны общества*. В отличие от деликтного поведения в отношении личности делинквента эта неадекватность общества потрясает его действительность, только вследствие этого превращается сам делинквент наряду со всеми остальными партнёрами интеракции в «недействительную личность»<sup>1493</sup>, так как акция, воспринимаемая в своей основе интеракционно, не анализируется идентично, в истинно социальном виде. Всякое исключение «солидарности» с правонарушителем здесь служит формальному поддержанию «общества», в котором отправной точкой уже является превентивный топос «управления».

#### 10.5. Растерянные индивиды

Познания, агломерированные – за исключением момента управления мелком подразумеваемой «угрозы наказания» – в отношении понятия нормы,

<sup>1489</sup> Выделяется ли тем самым вновь чистая провизорность (Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 82) «формальной персональности», возникающей из односторонней «коммуникации», т. е. проявляется ли понятие «формально разумной личности» только как вспомогательное понятие – отдельный вопрос.

<sup>1490</sup> Ibid., стр. 88.

<sup>1491</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 91.

<sup>1492</sup> Ср. Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 105.

<sup>1493</sup> Ibid., стр. 82 cc, 99 cc; ders., Individuum und Person, стр. 259 и passim.

здесь в каждом случае нарушения нормы, влекущего наказание, смешиваются, в частности необратимо с учётом «последующих эффектов», так как дело уже касается «личностей», которые постоянно в направлении «преданности норме» более и менее эффективно управляются позитивной общей превенцией. Соответственно, в этом контексте проявляются более «растертые индивиды», нежели «компетентные личности», т. е. концепт не отображает истинно социальную действительность.

Таким образом, общественно-теоретическое ядро теории личности Якобса выделяется как преимущественно абстрактное, которое только в том аспекте может быть истинно социально применимо, в котором наказание ещё ничего не привносит в социальность.

#### 10.6. *Норма ≠ императив, наказание ≠ превенция*

В отличие от этого максимально последовательно развитый истинно социальный подход должен подтверждать, что личности со стороны общества не управляются *ни нормой, ни наказанием*. Следовательно, *решающей никогда не является только норма, а решающим в той же мере всегда предстаёт и наказание как институционализированное ожидание*.

#### 10.7. *«Отрицание» отрицания*

С учётом этого, было бы, по Якобсу, в отношении «содержательного аспекта» решающим то обстоятельство, в соответствии с которым «противоречие, направленное против противоречия норме» следовало бы воспринимать в контексте дифференциации между упрекающим вменением *как квазиреакционным провизориумом* и наказанием как (интеракционной) реакцией, т. е. в центральной сфере, где нет необходимости денатурации *уголовно релевантного*, от указанной «цели наказания» осталось бы мало чего заметного. Это, в свою очередь, свидетельствует о том, что «значение наказания» в якобсском понимании хотя проявляет формальные параллели, прежде всего, с понятием наказания Гегеля<sup>1494</sup> как с вышеуказанным «отрицанием отрицания», но по существу в противоположность ему исходным в данном случае является превентивная ориентированность наказания.

#### 10.8. *Виртуальное общество*

Общество, в котором не достигается устранение вины, не есть функционирующее или в лучшем случае есть временно недееспособное общество; а то, в котором это достижимо, но которое в своей действительности желает пробираться дистанцированиями от нарушения нормы, как ни подходить, не осмысляет себя в качестве истинно социальной конструкции, так как *она отрицает интеракцию в сфере уголовно релевантного*. Индикатор действительности общества, таким образом, кристаллизуется в том, регулирует

<sup>1494</sup> Hegel, Grundlinien, § 97.



ли оно социальный конфликт и если регулирует, насколько, но не в мнимой перманентности превенции<sup>1495</sup>. То, что здесь непрерывно продолжается, есть *всего лишь проект общества, но не само общество*.

### § 11. Пас Шюнемана

Неудивительно, что формальная продолговатость «функциональной» вины напрямую дезинтегрирует систему, потому как функциональная вина не вмещается в нормативное деяние. В силу чего, в свою очередь, функционирует общество и в случае нарушения нормы или не приходится исключать делинквента отсюда; соответственно, что подхватывает уголовно-правовое отношение в его непрерывности после делинквирования и более того: в силу делинквирования или почему вообще дело касается *уголовно-правового отношения* и многое другое – это проблемы, решение которых на основе односторонне-«коммуникативного» «выражения смысла», т. е. на основе социологизмов не удаётся.

Поскольку, с другой стороны, уголовного права вне общества не существует, так же не существует истинно уголовно-правовой методологии вне истинно социального, что свидетельствует о том, что теория уголовного права не может строиться на общественно чуждых основах. Однако где дело касается замещения натуралистического подхода *социологизированным*, там маргинализировано главное: «Идея права как творческая сила»<sup>1496</sup>.

## Глава XIII

### ИНТЕРПЕРСОНАЛИЗМ

#### А. ФУНКЦИОНАЛЬНОЕ УЧЕНИЕ О ДЕЯНИИ

##### § 1. Прогрессия интерперсональности

###### 1.1. Правовой взгляд

К чему здесь истинно правовая методология ведёт, есть следующее: *нет персональности вне интерперсональности*. Адресат прав и обязанностей является субъектом правоотношения, и его деяние из этой перспективы, прежде всего, представляет собой *строго интерперсональное явление*.

###### 1.2. Специфика правового взгляда

Ввиду этого мы не можем иметь дело только с «объективациями», «выражениями» или «проявлениями» интерперсональности, а деяние в истинно правовом понимании – *прогрессия интерперсональности*. Поскольку дело ка-

---

<sup>1495</sup> Однако см. Roxin, Grundlagenprobleme, стр. 17 с, где налицо попытка открытия «перманентности» (обще-)превентивного уже в концепции Гегеля.

<sup>1496</sup> В. Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, стр. 17.

сается правоотношения как интеракции в общем, развитие налицо, будь это в случае обмана или убийства. Интерперсональность предстаёт как комплексный процесс, и деянием отображается не просто фрагментарно, а имеет место её специфическое генерирование и непрерывная актуализация в собственной перманентности.

## § 2. Бесконечность уголовно-правового отношения

### 2.1. Унитарная комплексность

Деликтным поведением уголовно-правовое отношение *ни формируется, ни завершается*. Оно инициируется возложением на индивида обязанности, формирующей его субъектом отношения и продолжается непрерывно, в том числе применением наказания в случае делинквирования. Уголовный процесс и уголовно-исполнительное право не предстают стадийными звеньями между сегментными сферами материального уголовного права, которое можно было бы обнаружить до осуществлённого факта и после исполненного наказания. Другими словами, назначение и исполнение наказания не дезинтегрируют материально-правовое отношение, а охватываются последним: дело касается *унитарной комплексности* уголовно-правового отношения.

Преступление, что касается последней взаимосвязи, порождает не только специфические обязанности, т. е. оно не приводит только к значительно редуцированному объёму возможностей интеракции, а порождает также специфические права, и это здесь же в плоскости самого материального уголовного права, хотя бы на примере принципов назначения наказания в соответствии с § 46 УК ФРГ. Понятие преступления, таким образом, может осмысляться в обоих аспектах как элемент перманентности материально-правового отношения. Из перспективы истинно правового подхода это не случайность: предпосылка деликтов – правопорядок, и делинквент не может восприниматься в силу осуществлённого поведения вне обязанности в соответствии с естественным состоянием и вне субъективного права в соответствии с тем же состоянием.

### 2.2. Право наказываться

Также не должно изумлять чуть более субтильное проявление того же параллелизма, при котором ошибочно действующий владеет не только интерсубъективно кодированной обязанностью привлекаться к уголовной ответственности, а также может – хотя настолько же не «должен» – владеть и тем же субъективным правом.<sup>1497</sup> Так, например, это наглядно проявляется в плоскости освобождения от наказания: то, что здесь, скажем, кладётся в ос-

<sup>1497</sup> В то же время о взаимоотношении автономности и интерсубъективности см. T. Avri-geanu, *Pericol social, vinovăție personală și imputare penală*, București, 2010, стр. 110 сс.

нову субъективного права каждого помилованного отказаться от помилования, иначе и не могло бы постигаться.

### § 3. Функциональное понятие деяния

#### 3.1. Ожидание ожидания

Если присмотреться внимательнее, обнаруживается и главное, в частности то, что непрерывность уголовно-правового отношения берёт своё начало именно в правоотношении как в интеракции. В качестве субъекта интеракции интерагируют как до актуального поведения и в его пределах, так и впоследствии. Прежде всего, интеракция не протекает вне рамок, где акция детерминирует реакцию. Хотя решающая дифференциация начинается не детерминацией реакции, а гораздо глубже. От субъекта должно ожидаться, что он в случае разочарования нормативного ожидания ожидает уголовно-правовую реакцию. Игнорирование ожидания *этого* ожидания, а не только дезавуирование нормы придаёт детерминации реакции релевантное для понятия деяния значение: плоскость *истинно функциональной* концепции.

#### 3.2. Игнорирование наказуемости

Здесь дело не касается включения или исключения философских начал: каждая наука – философия, а если *игнорирование наказания* для понятия деяния иррелевантно, то связь между нарушением нормы и наказанием была бы всегда лишь внешней, сугубо утилитарной, а именно наказание и не могло бы быть пригодным в качестве функционального масштаба<sup>1498</sup>. Наказуемость, соответственно, предстаёт образцом интеракционных ориентиров, инкорпорирующим само правило поведения. Учёт наказуемости есть та модальность, которой в уголовном праве осуществляется выполнение нормы. Запрещённым может быть одно и то же поведение множеством нормативных систем, однако только его наказуемостью познаётся, что пребываем в сфере уголовно релевантного. Так, например, трафаретное право<sup>1499</sup> не может указывать на наказуемое деяние только как на запрещённое (злоупотребление аварийным люком или тормозом), это было бы грубым нарушением принципа *nulla poena*. Уголовно запрещённое или требуемое называется именно наказуемым. Интерферентность ожидания и ожидания ожидания, в свою очередь, является необходимой предпосылкой интеракции. Без учёта этого остаётся место лишь для квазисоциальных инструментализаций: например, неизбежное незнание уголовного закона как барьер для вменения оставалось бы просто метаправовой абстракцией, и при виртуальном сознании неправды угрожаемая сама по себе *poena forensis* в истин-

<sup>1498</sup> Противоположное этому направление: Zoll, Rechtsnorm und Strafvorschrift, in: FS C. Roxin, стр. 94 с; также Stratenwerth, Strafrecht AT I, 4. Aufl., стр. 4 сс.

<sup>1499</sup> Kutalia, Lagma, т. XXV.

но правовом отношении так же ничего бы не выражала, как вероятная роена *naturalis* в обоих случаях ошибки.

#### § 4. Вина – злоупотребление правовым доверием

##### 4.1. Диминуация доверия

Интерперсональность – конкретный ареал, где развивается специфически уголовно-правовое. Однако кем не движет само желание спецификации, колеблется переходить Рубикон. Деликт не является артефактом ни индивида, ни личности (в противном случае мог бы делинквировать каждый индивид и могла бы делинквировать каждая личность), а субъекта уголовно-правового отношения. Только из этой перспективы может идти речь о дискурсивном и полноценном применении интеракционных масштабов в уголовном праве. И до результатов рукой подать. Что за несоответствием норме как правилу поведения следует, это самой диспозицией нормы никогда не отображается, в отличие от игнорирования санкции нормы, подключающей преступление к непрерывному течению уголовно-правового отношения.

В наказуемости, соответственно, локализован общий знаменатель интеракции и перманентности. А исходя из этого, с релевантной для понятия деяния точки зрения, уголовно-правового отношения не существует ни из перспективы материально-правового отношения *ante factum*, которое могло бы быть завершено деянием, ни из перспективы формально-правового отношения *post factum*, которое могло бы быть инициировано деянием, а как *генеральная перманентность материально-правового отношения*. Прежде всего, этим выделяется то, что преступление и вместе с тем вина – *это злоупотребление правовым доверием, не исчерпывающее правовое доверие*. Иначе ответ на деяние не мог бы выражаться в уважении к делинквенту в гегелевском понимании, а исчерпывался бы ничем не прикрытой превенцией.

##### 4.2. Риск и лень

При этом: необходимое для функционирования общества правовое доверие может злоупотребляться как умышленно, так и вследствие *риска (самонадеянность/легкомыслие)* или *лени (небрежность)*. Самонадеянно (легкомысленно) интерагирующий как *рискантный делинквент* и небрежно интерагирующий как *ленивый делинквент* тем более не самоувольняются из правоотношения, а лишь перестраиваются в другую, более тесную полосу уголовно-правового отношения – в полосу наказания, по современному состоянию, как правило, временно.

##### 4.3. Судья-психолог

Особое внимание, в свою очередь, необходимо обратить на следующий момент: немеморизация или демеморизация обязанности не всегда может быть

следствием противоправной лени, но также и, например, правомерного переутомления. Ввиду чрезмерной сложности безупречного решения проявляющейся здесь всей проблематики дело не может ограничиваться судебно-психологическими экспертизами со стороны. Иными словами, исключение лени для обоснования небрежности должно производиться не судьёй-юристом в рамках психологической экспертизы, а *судьёй-психологом*. Разобраться в тонкостях уголовно-правовой нормы для психолога не должно составлять особого труда, разобратся ответственно в тонкостях психики для юриста *невозможно*.

## § 5. Вина как *causa poenalis*

### 5.1. Исключение

Интерперсональное понятие деяния – это *простирающееся до наказания понятие деяния*<sup>1500</sup>. Так как если акция не детерминирует реакцию, интеракция не имела место. В соответствии с этим понятие преступления не достигает интеракционно релевантной кульминации до тех пор, пока актуальное поведение не конституирует регулятивное правомочие государства на применение наказания, т. е. где уголовное право порой оказывается без всяких функций лицом к лицу с рассматриваемой акцией.

Не преступление располагается по своей сути вне уголовно-правового отношения, а акция, не достигающая полной функционально релевантной степени деяния. Вне этого понятия, скажем, с точки зрения функциональной метастабильности, не существует ни вины в качестве конститутивного признака понятия, ни неправды. Так, например, индемнитет депутата в соответствии с ч. 1 ст. 46 Конституции / §36 УК ФРГ может внешне оставаться нейтральным из перспективы как неправды, так и виновности,<sup>1501</sup> однако он в рамках гетерархической системы преступления не оставляет неприкосновенным ни один из обоих признаков<sup>1502</sup>. Другими словами, понятию деяния имманентно развитие.

### 5.2. Правило

На первый взгляд, самый острый вопрос, могущий вытекать отсюда о когерентности понятий преступления и наказания, т. е. что должно представлять собой виновное поведение в интеракционной программе уголовного права, которое в силу исключаящего наказания обстоятельства не влечёт реакцию, по существу риторичен: *виновное поведение, не повлёкшее нака-*

<sup>1500</sup> Не просто до преинтеракционно воспринимаемой вины, как это, например, имеет место у Якобса *Handlungsbegriff*, стр. 44, так как уголовное право не реагирует на каждую вину.

<sup>1501</sup> Bloy, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, 1976, стр. 73.

<sup>1502</sup> Kutalia, Das heterarchische Verbrechenssystem, стр. 3 с.

знание, есть деяние *resp.* преступление (только) как исключение и есть в силу того, что оно, как правило, влечёт наказание.

## Б. ТЕОРИЯ ПЕРМАНЕНТНОСТИ

### § 1. Осуществление уголовного права

#### 1.1. Кодировка санкции

Уголовное право никогда не ставит своей целью наказание преступника за деликтное поведение, а предотвращение преступления. Главный критерий дифференциации наказаний и предварительной индивидуализации составляет именно превенция. Несмотря на это, данная отрасль права не в состоянии обеспечить непреступную всеобъемлющую безопасность, даже в условиях наличия жестоких или особо жестоких видов наказания (телесное наказание, смертная казнь, членовредительные реакции и др.).

Исходя из этого, логически ставится вопрос, как, прежде всего, осуществляется материальное уголовное право и что кодировано в санкции материального уголовного права: наказуемость или наказание?

В первом случае центральная цель уголовного права состоит именно в обеспечении индивидуальной безопасности, и здесь формально-логическая связь между материальным и процессуальным правом вообще разорвана, материальное уголовное право в соответствии с данной целью осуществляется до тех пор, пока санкция в своей виртуальности превентивно эффективна и описываемая в диспозиции нормы юридически нетерпимая девиация (убийство, телесное повреждение, изнасилование или иное) локализовывается вне объективной действительности.

В другом случае, т. е. когда в предусмотренном уголовным законом наказании кодировано собственно само наказание, определяющая цель деградирует: исходным моментом на сей раз предстаёт только *обеспечение* системной безопасности, причём сфера реализации материального уголовного права значительно расширяется, её действительность становится зависимой от осуществления уголовного процесса и уголовно-исполнительного права. *De lege lata* налицо, разумеется, всегда последняя ситуация.

Обратим взор на то, с какими концепциями имеем дело в рассматриваемом контексте – в основном – в современной теории уголовного права. Вследствие соответствующего анализа обнаружим, что наличествуют три основных направления, состоящих из пяти оригинальных концепций.

#### 1.2. Стадиальность

Доминирующей считается учение К. Роксина о стадийном или (трёх-)ступенчатом осуществлении уголовного права, согласно которому над материальным уголовным правом иерархически надстраивается уголовно-про-

цессуальное право, а за этим последним также иерархически следует уголовно-исполнительное право.

В этом направлении более или менее преобладает дидактически-техническое начало, и следует заметить, что оно в этом отношении выделяется особой аттрактивностью, инчуть не меньшей, чем, например, трёхпризначное понятие преступления. Соответственно, данное направление можно рассматривать как *дидактическое направление* осуществления уголовного права.

Поскольку последующие две ступени без первой предшествующей ступени лишены действительности, значительное внимание привлекает теоретическая дискуссия в рамках этого же направления о том, уголовный процесс и уголовно-исполнительное право должны рассматриваться как вспомогательные приложения к материальному уголовному праву (господствующая точка зрения) или как самобытные ступени (к чему сегодня уже склоняются и некоторые ведущие теоретики).

### 1.2. Элиминация

Второе основное направление – за исключением классического подхода П. И. А. Фейербаха – может характеризоваться как *позитивистское направление*. Конкретно же все три включаемые этим направлением концепции объединяет то, что деликтное поведение в той или иной форме выводит делинквента за пределы правоотношения с государством. У Фейербаха краеугольным камнем рассматриваемой гипотезы предстаёт его же *теория негативной общей превенции*. Он призывает государство таким образом формировать санкцию уголовно-правовой нормы, чтобы субъект воздержался от совершения преступления.

Исходя из этого, где угроза наказания порождает превентивно эффективное устрашение, правоотношение между субъектом и государством в фейербахском, отвлечённом понимании считается наличествующим, и наоборот: каждый факт совершения преступления выходит за пределы ограничиваемой негативной превенцией сферы, ввиду чего Фейербах в пользу своей теории наказания субъекта преступления выводит за пределы «правового» отношения с государством.

Следует заметить, что Фейербах избегает попытки обоснования рассматриваемого положения на примере позитивного права. Во всяком случае, в его творчестве не встречаются воззрения, существенно обосновывающие данный подход. В силу этого его гипотеза, можно сказать, гипотезой и осталась.

В отличие от этого *учение о процессуальной элиминации* Г. И. Начкебия основывается на объективно неопровержимых позитивистских доказательствах. Указывая на то, что лицо, совершившее преступление, «в силу и пределах» своего деяния не имеет ни уголовно-правовой обязанности (явиться с повинной), ни уголовно-правового права (скрыться от следствия), он заклю-

чает, что здесь не может быть представлен субъект уголовно-правового отношения, а совершение преступления конкретно выводит лицо за рамки (уголовно-)правового отношения с государством.

На позитивное право ссылается и *т. н. уголовное право врага* Г. Якобса, стремясь к деперсонализации делинквирующего. В отличие от концепции Начкебиа, в данном случае имеется в виду не отдельно взятое преступление, а только notorious делинквирование. Следует заметить, что постулированная Якобсом деперсонализация лишена эссенциальной убедительности, так как она а) стремясь к элиминации лишь субъективного права, оставляет неприкосновенной обязанность и б) феномен субъективного права и правовое понятие врага не являются взаимоисключающими категориями.

### *1.3. Перманентность*

Третье основное направление формируется созданной нами *теорией перманентности* (2010), согласно которой материальное уголовное право отнюдь не только угрожает наказанием, а *назначение и исполнение наказания – это также осуществление материального уголовного права*.

Материальное уголовное право не осуществляется там, где субъект преступления в силу уголовно-процессуальных или уголовно-исполнительных нарушений не наказывается, но наоборот: Уголовный кодекс устанавливает, а не «описывает» наказание. Другими словами, он не описывает, наблюдает или надзирает над внешним процессом, а создаёт соответствующую реальность. Рассматриваемый процесс включает как генерированные обязанности, так и специфицированные права.

Наряду с этим концепция непрерывности – существенно метадидактическая, метапозитивистская концепция, не обходящая стороной ни одну, ни другую сферу, однако страхующая себя как от возможных интрадидактических, так и от возможных интрапозитивистских противоречий.

Что касается стратегии прагматического развития материального уголовного права, ключ к нему лежит в иной плоскости, нежели это диктуется современной догматикой. Между прочим, не больше философии, как к этому стремится господствующее российское уголовно-правовое учение, не больше социологии, к чему, в свою очередь, устремлена западная уголовно-правовая доктрина, а больше криминологии, которая ближе к делу.



## § 2. Уголовно-правовая пирамида Роксина (Стадиальное осуществление уголовного права)

### 2.1. Материальность материального права

В рамках учения о стадиальном осуществлении уголовного права материальное уголовное право искренне сводится к законодательному проекту преступления и угрозе наказания<sup>1503</sup>.

### 2.2. Платформа элиминации

Когда дело касается иерархической (стадиальной) точки зрения, всякая аргументация в пользу делинквирования в пределах правоотношения тщетна, ибо каждая такая аргументация в подобном контексте всегда лишь абстрактна: сущность стадиального осуществления уголовного права состоит именно в том, что совершение преступления должно транслоцировать вменяемого субъекта из материально-правового в процессуально-правовое отношение, однако «делинквент», пока дело не доходит до участия в уголовном процессе, свободен и бесправен в отношении совершённого деяния – альфа и омега учения о процессуальной элиминации.

В действительности совершением преступления лицо не покидает материально-правовую плоскость и *таким образом* оказывается когда-либо в сфере исполнения наказания как в финальной точке осуществления уголовного права по иерархическим стандартам, а в соответствии с принципом качественного генерирования обязанностей материально-правовой аспект длится непрерывно *ad infinitum*: *теория уголовного права – это теория перманентности*.

### 2.3. Уголовное право – учение о превенции

Уголовное право главным образом не является ни учением о структуре преступления в роксинском понимании, ни учением о вменении в яковбском смысле, а *учением о превенции*.

Помимо этого, положение, согласно которому уголовное право осуществляется в виде трёх *основных* ступеней, теоретически ошибочно: *как правило*, уголовное право осуществляется *эксклюзивно* в виде материального уголовного права и только в исключительных случаях проявляется в виде уголовно-исполнительного и/или уголовно-процессуального-права. Хотя статистически преступление – атрибут повседневности, однако, с точки зрения математики уголовного права, коэффициент правомерности, никак не пересекающийся с формальным уголовным правом, обычно несоразмерно выше. Другими словами, соотношение количества осуждённых с законопослушными гражданами принципиально расшатывает трёхступенчатую систему осуществления уголовного права. Важнейшая функциональная заслуга уго-

---

<sup>1503</sup> Прямо об этом только ზ. ნაკყეობა, სისხლის სამართლის საგანბი, თბილისი, 1997, სტრ. 184.

ловного права состоит именно в том, что правомерность является правилом общественной жизни, а деликтное поведение – всего лишь исключением из данного правила.

И, наконец, уголовное право полноценно осуществляется только там, где не имеет место осуществление уголовно-исполнительного права и/или уголовно-процессуального права, т. е. в пределах обеспечиваемой материальным уголовным правом «негативной» общей превенции.

### § 3. Концепции элиминации

#### 3.1. Абстрактная элиминация

В рамках концепции абстрактной элиминации институционально компетентный субъект не делинквирует. Статус делинквента как делинквента принципиально неприемлем. Одним из самых наглядных примеров этому в классической уголовно-правовой доктрине служит теория психологического принуждения или угрозы наказания как негативной общей превенции П. И. А. Фейербаха<sup>1504</sup> с вытекающими отсюда теоретическими последствиями. Рассматриваемая теория наказания, *воспринимающая отчётливее любой другой концепции истинную функциональную природу уголовного права*, в актуальном здесь контексте, к сожалению, изначально радикализована в своих основополагающих положениях. Как отмечалось выше, в случае делинквирования Фейербах, делая выбор в пользу своей теории наказания, выводит субъекта преступления за рамки правового отношения с государством<sup>1505</sup>, потому как делинквент в доктрине негативной общей превенции – однозначно инородное тело.

В этом же ракурсе противостоит, прежде всего, *примарная* общая превенция Фейербаха в своей априорности *секундарной* (специально-)превентивной концепции Листа в её апостериорности, разветвляющейся ныне на специальнопревентивное (Роксин) и общепревентивное (Якобс) направления; – или же, нужно признаться, с той же остротой любой ретроспективной (устраняющей вину) теории. Соответственно, оплошность Фейербаха состоит не в том, что он упустил главное, а в том, что умалил значение второстепенных моментов.

#### 3.2. Процессуальная элиминация

Согласно учению о процессуальной элиминации, созданной во второй половине 90-х годов в грузинской теории уголовного права Г. И. Начкебия, деликтное поведение юридически выводит субъекта из отношения с государством, потому как тот, кто совершил преступление, «в силу и пределах

<sup>1504</sup> P. J. A. v. Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil I, Erfurt, 1799, стр. 42 и passim.

<sup>1505</sup> Ibidem.

этого преступления в уголовно-правовом отношении ни обязан (он не обязан явиться с повинной в полицию, раскаяться и т. д.)» и «ни правомочен (не правомочен скрыться, так как это приостановило бы действие срока давности привлечения к уголовной ответственности)». Согласно выводу, вытекающему отсюда, «лицо, не являющееся юридически ни обязанным, ни правомочным, разумеется, не есть субъект правоотношения»<sup>1506</sup>.

Аргумент, приводимый против этого учения, что если правоотношение прерывается, то в силу чего имеет место в рамках уголовного процесса указание на соответствующую норму материального уголовного права (например, О. К. Гамкрелидзе), вполне понятен, однако ничего не меняет в том контексте, что в рассматриваемом отрезке осуществления уголовного права правоотношение между адресатом нормы и государством не фиксируется. Если, с одной стороны, признаётся стадийный подход, а с другой – существующие позитивно-правовые реалии воспринимаются так, как их представляет законодатель, следует признать и подобный дисконтинуитет. Дело в том, что концепция стадийного осуществления уголовного права сферу компетенции материального уголовного права, как было показано, ограничивает лишь угрозой наказания. А совершение преступления фактическую действительность угрозы наказания упраздняет; что происходит контрафактно, это в рамках стадийного подхода регулируется уже формальным правом. В силу этого, судя по последствиям, как по Фейербаху, так и по Роксину и по Начкебия, любое делинквирование целиком исчерпывает содержание сконструированного на угрозе наказания материального уголовного права.

В то же время между роксинской или яacobсской исходной позицией и подходом Начкебия налицо коренное различие, всецело исключающее существенный параллелизм. В первом случае стержнем теоретических конструкций предстаёт секундарная превенция Листа (что, естественно, противоречит в концепции стадийного осуществления уголовного права фундаментальному облику материального сегмента), а во втором – примарная превенция Фейербаха. Ввиду этого, на наш взгляд, прозрачная парадоксальность, почему, например, российская уголовно-правовая догматика преимущественно ведёт речь об уголовно-правовом отношении в силу совершённого преступления, а не в силу предотвращения преступления<sup>1507</sup>, так как степень влияния Листа (правда, за исключением проблематики системы преступления) на российскую теорию уголовного права традиционно гораздо выше, нежели Фейербаха. Что касается самой немецкой догматики, где представлена та же загадочность с идентичной принципиальностью, сле-

<sup>1506</sup> გ. ნაჭყეზია, სისხლის სამართლის საგანბი, თბილისი, 1997, სტრ. 184.

<sup>1507</sup> См. გ. ნაჭყეზია, ქმედების დაწმარულად კვალიფიკაციის ზოგადი თეორია, თბილისი, 2010, სტრ. 104 სს.

дует полагать, что и здесь определяющим является фактор влияния Листа, в этот раз уже исходя из трёхпризначного понятия преступления.

Вернёмся, однако, к существенному аспекту вопроса. «Обязанность адресата уголовно-правовой нормы», пишет Начкебиа, «действовать правомерно является в силу предотвращения преступлений элементом уголовно-правового отношения. Естественно полагать, что противоправность деяния – не что иное, как нарушение обязанности правомерного деяния, т. е. в силу и пределах этого деяния лицо выходит за пределы отношения с государством. А это означает, что совершение преступления<sup>1508</sup> – отрицание идеи государства. *Это же, в свою очередь, указывает на общественную опасность преступления, так как преступление оставляет общество без государства*»<sup>1509</sup>.

Каждое конкретное преступление несомненно представляется в качестве триумфа гоббского естественного состояния над государством, ибо коренное различие не может сводиться к регламентации наказания. Более того, например, при убийстве даже из самой оптимистической уголовно-правовой перспективы зло необратимо подавляет добро. Однако если здесь налицо противоположная крайность в отношении абсолютизации уголовно-правового отношения в силу преступления, то каков действительный облик уголовного права?

Прежде всего, следует учесть, что принципы *ultra posse* и *ad impossibilia* распространяются отнюдь не только на гражданина, а в той же мере на любое государство. Следовательно, норма уголовного права читается дуалистически и вытекающая из этого обязанность государства также дуалистическая: государство обязано 1) (*предупредить* =) *устрашить потенциального делинквента* и 2) *наказать преступника*, в предусмотренных уголовным законом случаях. Подобное оптимальное отображение диалектической уголовно-правовой действительности состоит в том, что (*материальное*) уголовное право *de lege ferenda* осуществляется в пределах эффективности угрозы наказания, а *de lege lata* – вследствие присуждения и исполнения наказания.

Если в отличие от этого в санкции уголовно-правовой нормы находить только угрозу наказания (Фейербах), которая – главное, или только наказание (Лист), которое – не главное, всегда окажемся соответственно перед вышепредставленной одной или другой крайностью. Немногими словами, угроза наказания продиктована отнюдь не только заботой о потенциальной жертве, а представляет собой также и заботу о потенциальном делинквенте. Ина-

---

<sup>1508</sup> См. к терминологическому скептицизму к понятию «совершения преступления» *ibid.*, *passim*.

<sup>1509</sup> *Ibid.*, стр. 108.

че практическая ценность nulla роена и не поддаётся существенной идентификации.

### 3.3. Эклектическая деперсонализация

В метаинструментальном яacobсском понятии личности, построенном на постулированном Гегелем принципе «разумности» личности как адресата наказания, актуальный в данном контексте вопрос о том, «участник коммуникации» «остаётся личностью» как делинквет или «в виде реакции на деяние лишается персональности»<sup>1510</sup>, предстаёт в качестве предмета весьма масштабной проблематизации. Результат: *«формально разумная личность»*.

Проанализируем понятие «формальной личности» Яacobса. Предпосылки: 1) личность конституируется обязанностью; 2) деликт не вписывается в пределы обязанности. Выводы: 1) делинквет не «формальная личность», а антипод личности; 2) «формальная личность» – алогизм.

Теперь от социологии права Яacobса обратим взор к философии права Гегеля, т. е. от общества – к государству, от участника коммуникации – к субъекту правоотношения. Субъект уголовно-правового отношения в качестве адресата угрозы наказания (или формулируя в духе Гегеля: пенального предупреждения) также конституируется обязанностью не грабить и не бесчинствовать. Однако:

Во-первых, убивший одного не вправе убивать другого, т. е. убийца как был адресатом обязанности не убивать, так и после убийства остаётся адресатом обязанности не убивать – обязанность в уголовном праве не одноразовая, а *многоразовая*, согласно чему покинуть пределы, выйти за пределы, оказаться и пребывать за пределами и т. д. уголовно-правовой обязанности *генерально* вследствие одного или даже нескольких деяний логически немислимо.

Во-вторых, *в пределах деликта* субъект выходит за пределы обязанности, однако не за пределы уголовно-правового отношения: причина, в силу которой субъект и в пределах самого деликта остаётся субъектом уголовно-правового отношения – того же материально-правового отношения, не менее очевидна и заключается, в свою очередь, в том, что норма уголовного права состоит не только из гипотезы и диспозиции, а также *из санкции*, генерирующей наряду с деянием первоначальную обязанность, т. е. норма уголовного права содержит не одну, а *две* концептуальные обязанности: вести себя определённым образом (диспозиция) и претерпевать принуждение за противное (санкция). Как от самого себя, от уголовно-правового отношения, таким образом, так же никуда не деться.

<sup>1510</sup> Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 100, 102.

Тем не менее здесь дело не только в «формальной личности», а Якобс наряду с ней пытается сконструировать также понятие «врага», которое в интересующем нас контексте в основном является аналогом понятия особо опасного рецидивиста. Концепция «уголовного права врага», которую мы в следующей части настоящей монографии обстоятельно исследуем, деперсонализирует ноторического делинквента в отношении прав, но не обязанностей, причём обязанности сохраняются не в смысле нормативных ожиданий, а сугубо формально с целью легитимации права государства на наказание. При этом «враг» как «враг» лишается не только статуса субъекта уголовно-правового отношения, но и статуса гражданина.

Концепция полна противоречий, и Якобсу не удаётся перевести количество в качество. Опасен не только террорист, но и каждый, кто потребляет алкоголь или страдает определёнными видами психических заболеваний. Однако «уголовное право врага» не содержит сколько-нибудь убедительного разъяснения, в силу которого было бы возможно, например, лишить душевнобольного француза французского гражданства.

#### § 4. Материально-правовая перманентность

##### 4.1. Институционально компетентная интеракция

Каузализм или финализм отнюдь не в силу того обрекается на крушение, что здесь онтологически ничего не выделяется, и в этом отношении безусловно следует согласиться с Арт. Кауфманом; однако дело в том, что ни каузализму, ни финальному учению о деянии не удаётся проблематизировать феномен ре(-)акции или «не-ре(-)акции». Так, например, ведь наказание – «реакция на деяние человека», только в натуралистической плоскости, где агитруют каузально или финально, не происходит *реагирование* наказанием, т. е. здесь по меньшей мере «каузально» или «финально» *не интерагируют*<sup>1511</sup>. Соответственно, в повестку дня может ставиться только социальное толкование смысла: *партнёры интеракции не могут не взаимодействовать*<sup>1512</sup>.

Тем не менее если и в этом понимании прямо или косвенно руководствоваться онтологизированной методикой, ускользает суть: где дело ещё не касается «права или неправды, заслуги или вины»<sup>1513</sup>, основополагающее начало не зависит от реакции или «не-реакции», а в лучшем случае налицо только вышепредставленные линейности, которыми плоскость интеракции именно не достигается. А деяние resp. преступление как простая, какими бы то ни было «содержаниями значения» насыщенная «акция», опре-

<sup>1511</sup> См. наряду с этим *ibid.*, стр. 54 с.

<sup>1512</sup> P. Watzlawick, J. Beavin, D. Jackson, *Menschliche Kommunikation. Formen, Störungen, Paradoxien*, Bern, 1990, стр. 51.

<sup>1513</sup> *Ibid.*, стр. 37.

деляющая основа которой не охватывается интеракцией, отклонено от оси социального аспекта.

#### 4.2. Социальная индивидуальность

Ввиду этого отличается, между прочим, «социальная индивидуальность», представляющая в любом случае атрибутом «человеческой персональности»<sup>1514</sup>, от «чистой я-индивидуальности» главным образом не онтологически, так сказать, «со-бытием с другими»<sup>1515</sup> и т. д., а имеет своей предпосылкой человека как партнёра интеракции, формирующегося в силу соответствующих прав и обязанностей<sup>1516</sup> в качестве субъекта различных социальных отношений. Если внимательно присмотреться, это, прежде всего, свидетельствует о том, что личности постоянно существуют как субъекты правоотношения<sup>1517</sup>, причём деяние не может восприниматься как кибернетический инпут системы уголовного права («общее деяние» в традиционном смысле) resp. преступление как аутпут системы уголовного права («системно-специфически атрибуированное деяние»): а в обоих случаях дело касается перманентности правоотношения, характеризующей партнёра интеракции до совершения деликта, равно как после и в силу деликта как субъекта правоотношения.

#### 4.3. Гражданско- и полицейско-правовая специфика

Таким образом, реферальная система «уголовное право» случаи «не-реакции» иначе, чем, например, гражданское или полицейское право, представляет лишь предметом инцидентной заинтересованности<sup>1518</sup>; они возможны здесь только в виде *исключений*, которые уже в силу этого ничего дистинктивно уголовно-правового в понятие деяния не привносят. Однако вследствие этого в уголовном праве без того, чтобы суметь отказаться от дефинитивности интеракции, дело не зависит и от многого другого: осуществление или неосуществление прав, выполнение или невыполнение обязанностей как таковое происходит именно вне пределов *уголовно-правового* отношения. Противное возможно только там, где субъект должен в уголовно-правовом порядке привлекаться к ответственности.

Другими словами, указанный ориентир ограничивается корреляцией осуществлённого деяния и институциональной перманентности, которая, в свою

<sup>1514</sup> Ibid., стр. 63.

<sup>1515</sup> Ibidem.

<sup>1516</sup> Ср. в рассматриваемом контексте G. Jakobs: Handlungssteuerung und Antriebssteuerung, стр. 956; Norm, 1. Aufl., стр. 59 cc; Individuum und Person, стр. 257 с.

<sup>1517</sup> Ср. P. González-Rivero, Strafrechtliche Zurechnung bei Defektszuständen. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Zurechnungslehre, Berlin, 2001, стр. 139 с (личность как «правоотношения»).

<sup>1518</sup> См. также, м. п., нормативно конституированные различия: G. Jakobs, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, München, 1992, стр. 37 с, 42.

очередь, является необходимым параметром общества. И если это в данном модусе или также в данной мере в плоскость гражданско-правовых или полицейско-правовых представлений не экстраполируется, причиной этому вряд ли можно считать то, что в последнем случае, в отличие от первого, дело не касается общества как системы интеракции: интеракция в правоотношении не имеет противоположного облика, так как *правоотношение – институционально компетентная интеракция*.

## § 5. Полноделиктное вменение

### 5.1. Наказуемая измена праву

Кант: «Вменение (imputatio) в моральном значении есть вывод, вследствие которого кто-либо рассматривается как вызывающий действие (causa libera), называемое соответственно преступлением (factum) и предусматриваемое законами»<sup>1519</sup>, т. е. «вывод, что кто-либо каким-либо образом проявляет <добро или зло>»<sup>1520</sup>. Однако до тех пор, пока шкала вменения воспринимается преинтеракционно, задача вменения ограничивается констатацией того, что всего лишь отчасти выполнены предпосылки, ведущие в рамках отношения к специфике, в соответствии с которой становится необходимым развитие отношения в пределах его непрерывности посредством применения наказания. О целостности такой необходимости господствующая доктрина хранит молчание, чем, правда, коренная идея извлечения функции вменения на цель наказания не попирается. Вопрос лишь в том, извлекаемое из цели наказания в этой мере назначение вменения – при котором всецело вменённое поведение в отношении ещё ничего не порождает – может ли быть теоретически в достаточной степени приемлемым, т. е. следует ли в этом конкретном ракурсе абстрактифицировать корреляцию преступления и наказания или же, наоборот – представлять их в качестве континуума в уголовно-правовом отношении, а именно вне всякой абсолютной теории наказания.

### 5.2. Качитативное генерирование обязанности

В качестве делинквента в исчерпывающем смысле актуален только тот, *кто не может выводиться в отношении своего деяния за пределы уголовно-правового отношения*, что не имеет место ни при оправдании соответствующего составу преступления (деяния) поведения или относительно противоправности при экскульпации и ни при ненаказуемости виновного поведения.

<sup>1519</sup> I. Kant, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Berlin, 1870, стр. 227; ср. ders., Kritik der praktischen Vernunft, стр. 57; к субъекту вменения как к личности ders., Metaphysik, стр. 329.

<sup>1520</sup> H. Matt, Kausalität aus Freiheit. Eine rechtsphilosophische Grundlegung zum Bewirken durch Tun und Unterlassen im (Straf-)Recht, Baden-Baden, 1994, стр. 116 сс.



*Игнорирование наказуемости как дистинктивно уголовно-правовой масштаб свидетельствует о том, что норма в релевантной с точки зрения понятия преступления призме не выполняет независимую от наказания функцию. Разочарование нормативного ожидания вместе с тем конституирует лишь дальнейшее нормативное ожидание<sup>1521</sup>: вменение осуществляется не в смысле нарушения обязанности, а в смысле генерирования обязанности.*

Исходя из вышеотмеченного, понятие преступления отнюдь не может характеризоваться всецело только тем, что дистанцирование субъекта от своего поведения только нормативно не удаётся, а лишь тем, что он от него функционально недистанцируем. *Завершено уголовно-правовое вменение там, где оно выражает следующее: действительность системы зависит от наказания.*

### 5.3. Гегелианское учение о вменении

Были бы у гегелианцев представлены истинно функциональные начала, учение о вменении гегелианской школы здесь ничем восполнять и не следовало бы, так как «вменение представляет собой вывод, что поведение – деяние; следовательно, вменение не является внешним дополнением деяния, а включается им же; до куда, соответственно, достигает понятие деяния, до туда же достигает и понятие вменения, и где прекращается деяние, там прекращается и понятие вменения»<sup>1522</sup>.

В формальном аспекте эта концепция находит своё место и в функциональной системе уголовного права. Более того: она здесь иначе и не может выглядеть. Однако от этой внешней конгруэнтности не зависит основополагающий подход, а от уголовно-правового содержания, так же как от объёма, актуальных понятий в пределах вышеуказанной корреляции: понятия вменения и деяния должны «достигать» до понятия наказания, т. е. должны «прекращаться» не там, где отсутствует право (государства) на наказание как признак перманентности уголовно-правового отношения. В противном случае актуальная с точки зрения понятия деяния специфика уголовно релевантного поведения определяется нарушенной нормой, но не направленной против нарушения реакцией одновременно, и это как раз ещё не формирует решающую в уголовно-правовом отношении позицию.

<sup>1521</sup> Иначе обстоит дело, разумеется, в отношении «уголовного права врага», стремящегося к деперсонализации «принципиальных противников» таким образом, что не в состоянии отказаться от обязанностей.

<sup>1522</sup> J. F. H. Abegg, System der Criminal-Rechts-Wissenschaft als Grundlage zu historisch-dogmatischen Vorlesungen, Königsberg, 1826, стр. XXXVI.

## § 6. Деликтно актуальное вменение

### 6.1. Гипотетическое преступление

Преступление есть не то, что вменяется субъекту просто пассажино-амбивалентно resp. виртуально, а с целью наказания в силу закона<sup>1523</sup>, и наряду с этим дело касается большего, чем сущей формы, в частности дело касается сердцевины уголовно-правового отношения: деликт не представляет собой изменение натуралистического или социологистического внешнего мира, *а преступление по своей сути есть трансформация уголовно-правового отношения в рамках перманентности.*

### 6.2. Конститутивность наказуемости

Преступление как виртуально вменяемое поведение указывает на то, что материально-правовая связь исчерпывается уже между законодательным *проектом* преступления и *угрозой* наказания, но остаётся невоспринятой между преступлением и наказанием, ибо определённое в таком виде понятие бросает тень на систематическое значение наказания, основывая свою теоретическую сущность в лучшем случае на абстрактно понятую наказуемость.

В контексте перманентности в противоположность этому дело касается функционального определения наказуемости в своём качестве конститутивного признака понятия преступления: наказуемо, соответственно, не то, что абстрактно, виртуально и т. д. ведёт к уголовно-правовой ответственности, а она существует *лишь в смысле наказуемости, охватываемой материально-правовой комплексностью*, т. е. в смысле ставшего необратимым права государства на наказание. Ввиду этого решающе уголовно-правовое отношение и в своей актуальности, в своей действительности, а не только в плане будущего развития, скажем, из перспективы упразднённой или истёкшей «экстрауголовно-правовой» охраны (например, в случае обеспечиваемой иммунитетом охраны от уголовного преследования) или в свете развития, ставшей уже уголовно-правовой историей (например, в случае истечения сроков давности привлечения к уголовной ответственности). Если имеет место имитация отношения по поводу осуществлённого противоправного поведения, – т. е. если субъект не может преследоваться в рамках судебного разбирательства, – то это отнюдь не только процессуально-правовая (resp. трансгредиентная в материально-правовом отношении) имитация, а, прежде всего, имитирование материально-правового отношения.

Таким образом, виртуальная вменяемость противоправного поведения задачу уголовного права в релевантном из перспективы понятия преступления аспекте ограничивает определением того, что касается именно только виртуальности наказуемости. Само наказание в таком случае ведь отнюдь не представляет собой признак перманентности, а недостоверно профили-

<sup>1523</sup> Ср. С. А. Пашин, Понимание преступления, 2000, стр. 87.

рованный феномен, ставший действительным *praeter legem*. Следовательно, непрерывность отношения здесь выступает в качестве системно чуждого процесса; оно протекает совершенно вслепую, что касается функции наказания, и в силу этого совершением преступления может завершаться.

Функциональное понятие преступления формируется в рамках учения о вменении, направляющего интеракционный процесс в русло *комплексности* материально-правового отношения. Соответственно, в рамках функционального вменения материальное уголовное право не является унилатеральной реферальной системой, представляющей себе вменяемое в качестве контурных штрихов, а программа вменения, порождающая право на наказание, конструирует предмет материально-правового отношения, где система в своей регулятивной функции оказывается лицом к лицу с осуществлённым деянием.

### 6.3. Нет наказания без исполнения

Вменение как феномен, инкорпорируемый перманентностью уголовно-правового отношения *resp.* подтверждающий действительность этого же отношения, является основанием для констатации того, что понятие преступления не исчерпывается ни в неполном, ни в виртуальном предмете наказания. Хотя интеракционное уголовное право *отнюдь* не довольствуется селективной интегральностью наказуемости в деликте, т. е. теоретически руководящая общая картина в конечном итоге не может ограничиваться и вышеразвитым соотношением материального и формального права. В контексте перманентности функциональное обобщение свидетельствует о следующем: не только присуждение наказания, но в той же мере и исполнение наказания осуществляется *строго в пределах и с целью генеральной перманентности материально-правового отношения*. Наказание существует только, если исполняется; вне исполнения у наказания нет действительности. Понятие наказания, в свою очередь, представляет собой материально-правовое понятие, в силу чего исполнение наказания неизбежно охватывается материально-правовой перманентностью.

Следовательно, распростёртое до исполнения наказания поведение выполняет децизивную с точки зрения понятия преступления функцию, прежде всего, пока сохраняется актуальность вменения. В противном случае упраздняется право на наказание, и отношение в силу деликтного поведения исключается. Так, например, субъект преступления, согласно §§ 79 сс УК ФРГ (истечение сроков давности исполнения [обвинительного приговора]), рано или поздно выводится из уголовно-правового отношения, так как сроки давности касаются не изолированно взятого притязания на уголовно-правовую реакцию, результирующего из вменения, а истечение сроков актуальности уголовно-правового вменения обуславливает истечение сроков актуальности осуществлённого поведения как преступления в функциональ-

но руководящем ракурсе, т. е. упраздняется уже конституированное право на наказание как признак перманентности уголовно-правового отношения. Также не может осмысляться вне актуальной с точки зрения корреляции уголовно-правового вменения и генеральной перманентности уголовно-правового отношения назначение помилования, выказывающей ложность вменения resp. апостериорную неадекватность вменённого как предмета наказания.

Исключение исполнения может с неактуальностью вменения не коррелировать, однако отсюда никогда не следует, словно деяние включено в генеральную перманентность уголовно-правового отношения. В случае защиты от исполнения наказания, гарантируемой экстерриториальностью, где, в отличие от истечения сроков давности, наказание как таковое остаётся необходимым, интеракция не имеет место. Чего, соответственно, принципиально касается дело, есть детерминация наказания, не только абстрактного права на него. При защите иммунитетом в той же плоскости хотя не исключается релевантная с точки зрения понятия преступления функциональная переходность, однако здесь и в этот раз такой переход не наличествует, что поведение до соответствующего развития относит к сфере исключений. Понятие, другими словами, должно включать весь процесс уголовно-правового отношения, в рамках которого *исполнением наказания ничего не доводится до конца*<sup>1524</sup>, а лишь *проявляется перманентность материально-правового отношения*: наказание здесь – спасательный круг вины.

## В. НАКАЗАНИЕ

– I –

### РЕТРОСПЕКТИВНОСТЬ

#### («АБСОЛЮТНЫЕ» ТЕОРИИ НАКАЗАНИЯ)

##### § 1. Принцип талиона по Канту

###### *1.1. Преступление как рафинированное зло*

Кант признаётся главным представителем «абсолютной» теории наказания<sup>1525</sup>. Он, удаляя превентивную или любую другую «утилитарную» скорлупу с наказания,<sup>1526</sup> воспринимает его как *требование справедливости*<sup>1527</sup>.

<sup>1524</sup> Если не предаваться «сущему позитивизму» (см.: Н. Jung, Strafvollzug im Vergleich, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, München, 2001, стр. 317; J.-M. Jehle, Strafvollzug und Empirie, in: Festschrift für Alexander Böhm, Berlin, New York, 1999, стр. 242 с).

<sup>1525</sup> А. Mosbacher, Kants präventive Straftheorie, in: ARSP (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy), Vol. 90, No. 2 (2004), стр. 210.

<sup>1526</sup> В отличие, например, от Платона или Сенеки, считающими необоснованным для государства Рим идею возмездия (А. Montenbruck, Deutsche Straftheorie. Ein Lehrbuch, 2. ergänzte Auflage, Open Access der Freien Universität Berlin, 2017/18, стр. 30).

Следует заметить, что воззрение Канта, прежде всего, принципиально несовместимо с «современным экономическим анализом преступления и наказания»<sup>1528</sup>, можно сказать, налицо противоположные крайности. Однако в рассматриваемом контексте главное другое. В вышецитированном «примере острова» у Канта представлен *jus talionis* в прямом теологическом понимании: убийство – смертная казнь, т. е. таким образом, каким принцип талиона встречается в ветхом завете: око за око, зуб за зуб. Необходимо указать, что кантовскую попытку позитивации этой теологической догмы<sup>1529</sup> – косвенную попытку, учитывая кантовскую дифференциацию легальности и моральности, – мы здесь не намерены противопоставлять ни с виктимным поведением, ни с каким-либо другим придаточным или относящимся к сфере исключений аспектом; более того, между философско-правовой теологией Канта и современной телеологией системы преступления и вышеуказанный диссонанс однозначно второстепенен. Наказание здесь составляет предмет интереса в качестве реакции на преступление как на рафинированную неправду (*рафинированное зло*). Если ядро этого фундаментального подхода верно, то всё остальное – вопрос уголовно-правовой дидактики.

### 1.2. Теоретическая устойчивость

1) «Пример острова» превращает каждое дело публичного обвинения в дело частного обвинения; 2) при отказе от преследования со стороны потерпевшего смертника следует освободить (публичного интереса вне общества не существует); 3) если распадающееся общество тем не менее желает карать, оно злоупотребляет публичностью; и, наконец, 4) философствовать на уголовно-правовую тематику без особой строгости *не рекомендуется*, в том числе ни Канту, ни Гегелю.

### 1.3. Око преступника = око жертвы?

Вступивший в 1532 году в силу первый (общий: материально-формальный) немецкий Уголовный кодекс «Каролина» наряду с телесными наказаниями различал восемь видов смертной казни<sup>1530</sup>: сожжение, удушение, четвер-

<sup>1527</sup> Ibidem.

<sup>1528</sup> В. Sharon Byrd, Kant's Theory of Punishment: Deterrence in Its Threat, Retribution in Its Execution, in: Law and Philosophy, Vol. 8, No. 2 (Aug., 1989), стр. 151.

<sup>1529</sup> Позитивированной она, разумеется, была и раньше, в частности в древнеизраильском праве (см. для сравнения М. J. Fish, An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment, In: Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 28, No. 1[2008], стр. 57 cc).

<sup>1530</sup> Заслуживает внимания селективное упразднение этого вида наказания в римском праве: «Уголовный кодекс претерпел важное изменение. Смертная казнь упразднилась в отношении римлян или, по крайней мере, уже не применялась (...). Хотя это изменение не действовало при экстраординарных обстоятельствах, в условиях которых, например, имело место объявление преступника врагом государства. Смертная казнь также сохранилась в отношении неримлян и рабов» (G. Hugo [Revue par F. Poncelet], Histoire du Droit Romain, Bruxelles, 1840, стр. 253). Разумеется, смертная казнь здесь не может признаваться

тование, колесование, повешение, утопление, посадение на кол и погребение заживо. Обоснование принципа талиона в архаичном смысле в современном уголовном праве, не признающем ни смертную казнь, ни членовредительные наказания, естественно, не представляется мыслимым. Однако взглядом на онтологически зримые пропорции формулы талиона: око *преступника* за око *жертвы*. Мы здесь уголовно-правового равновесия не замечаем, так как уголовное право является *не ретрибутивным*, а *карающим* механизмом, в то время как в принципе талиона недостижим уже и ретрибутивный баланс.

С точки зрения математики уголовного-права, во-первых, око делинквента  $\neq$  око жертвы, вследствие чего можно условно рассуждать о преимуществе гегелевского восприятия талиона в отношении кантовского восприятия талиона. Во-вторых, рассмотрим любой деликт господства, например, телесное повреждение вследствие злостного хулиганства. Причинённое жертве телесное повреждение только там и настолько может быть эквивалентным причинённому делинквенту тому же повреждению, где и насколько исходным моментом является не правовое добро, не интерес, подлежащий правовой охране, а злой умысел, и это субъективизм, особо не отличающийся от средневекового канонического субъективизма. Наконец, *безгрешное око всегда перевесит на весах справедливости виновное око*, – как с точки зрения метафизики морали и/или права, так и в плоскости позитивно-правовой действительности. Что касается ссылки Канта на теологию, он также заблуждается, ибо следует учитывать, что там злоумышленник предупреждается не только о потере ока за око, но и о чём-то совершенно другом в виде ада.

Схоластичность кантианских весов Фемиды, однако, и без того очевидна: у убивающего двоих жизнь одна – там два ока, тут четыре. Это, возможно, онтологически так и происходит, но уголовному праву со своими ограниченными рамками индивидуализации или даже вне этих рамок осуществление подобного правосудия объективно не под силу.

#### *1.4. Punitur quia peccatum est*

Налицо непреодолимое системное противоречие: современное уголовное право различает ориентированную на деяние и ориентированную на субъекта (деяния) систематику<sup>1531</sup>, делая ставку на первую теоретическую композицию; исходным моментом ретрибуционного подхода, в свою очередь, является именно деяние, исходным моментом превентивного подхода – имен-

---

упразднённой, в отличие от средневекового грузинского уголовного права – из перспективы прецедентного права.

<sup>1531</sup> См. S. Hähnchen: Rechtsgeschichte. 4. Aufl., 2012, стр. 386, A. Grünwald, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, 2010, стр. 41.

но субъект деяния<sup>1532</sup>. То, насколько логично доминирование ориентированных на субъекта теорий наказания в ориентированной на деяние уголовно-правовой догматике, – контрадикторность, заставляющая глубоко задуматься. С существенно иной ситуацией имеем дело в сфере правосудия, где, например, степень опасности личности преступника «только в малейшем количестве случаев» отягчает наказание, причём доминирующая доктрина правосудия считает это недопустимым<sup>1533</sup>.

### 1.5. Критическое естество

Сопоставим друг с другом ключевые позиции Канта как флагмана абсолютной теории и Фейербаха как главного представителя релятивной теории, т. е. радикальный ретроспективизм и радикальный проспективизм<sup>1534</sup>.

1) а) С точки зрения философии права, Кант пытается *исключить триумф зла* («наказание есть средство устранения преступления [в каждом его владении государственной безопасностью]») <sup>1535</sup>, тогда как Фейербах стремится к *триумфу добра*, что не одно и то же. Торжествует – и распространяется *гесп.* разнуздано – зло, являющееся безнаказанным злом.<sup>1536</sup> А преступление как предмет наказания в отличие от этого – обузданная неправда, не упразднённое (необратимый вред), не ниспровергнутое (уголовное право *здесь* обеспечить фиаско зла вообще не в силе; более того, в условиях необратимого вреда даже покаянное и/или прощённое зло не может характери-

<sup>1532</sup> Ср. D. Hogger, Kants Straftheorie in «Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre», 2014, *passim*, хотя в определённой степени с иной дифференциацией, основываясь на классификацию О. Хёфе (1999) и Р. Шмица (2001): под концепциями наказания, ориентированными на деяние, здесь подразумеваются теории возмездия *гесп.* собственно ретрибуции, однако ориентированные на субъекта концепции наказания представлены как теории ресоциализации, выделяя при этом, с одной стороны, и третье направление в виде ориентированных на результат концепций наказания, подразумевающих превентивные теории, и, представляя, с другой стороны, смешанные модели наказания, включающие дифференцированное акцентирование тех же ориентиров.

<sup>1533</sup> E. Borja Jiménez, Peligrosidad criminal e individualización judicial de la pena, *Revista Nuevo Foro Penal*, Vol. 12, No. 87, Julio-Diciembre 2016, Universidad EAFIT, Medellín, стр. 120 с и *passim*; ср. законодательную действительность на примере Конституции ФРГ А. Montenbruck, *Deutsche Straftheorie, Ein Lehrbuch*. 3., erheblich erweiterte Auflage, Berlin, 2018, стр. 30.

<sup>1534</sup> См. также к дифференциации абсолютных и релятивных теорий соответственно как теорий *справедливости* (как самоцели) и (превентивно-) *прагматичных* теорий *ibid.*, стр. 30 сс.

<sup>1535</sup> I. Kant, *Werke in zwölf Bänden*, Bd. VIII, *Metaphysik der Sitten. Rechtslehre*, Wiesbaden, 1956, стр. 487. Ближе к понятию Канта С. Roxin, *Wandlungen der Strafzwecklehre*, in: *Festschrift für Heinz Müller-Dietz*, München, 2001, стр. 701.

<sup>1536</sup> Наличествует ли здесь, в свою очередь, противоречие между ветхозаветным принципом талиона и новозаветным принципом прощения? Нет. Однако конкретизация этого выходит за рамки ограниченных категориальных возможностей уголовного права.

зоваться как ниспровергнутое зло), но, выражаясь по-гегелиански, отвергнутое зло.

б) Что касается всеопережающей генеральной превенции Фейербаха, её основная цель состоит в упреждении экстериоризации вредного поведения. В правовом понимании это и есть триумф добра. Хотя о тех отдельных случаях, где превентивный барьер преодолевается и налицо объективированное преступление, негативная общая превенция безмолвствует<sup>1537</sup>.

2) С точки зрения теории уголовного права, по Канту, главная цель уголовного права состоит в *наказании делинквента* (затаившееся уголовное право), а по Фейербаху – в *предотвращении преступления*, со всеми вытекающими отсюда последствиями, включая разнородные моделирования оси наказания. Тогда как в последнем случае руководящий взор сфокусирован на подавлении деликтного устремления, в первом случае он легко может оставлять деструктивное пространство также для выявления зла. Однако выявление зла за счёт превенции зла задачей уголовного права, тем более как этического минимума, расцениваться не может.<sup>1538</sup>

## § 2. Принцип талиона по Гегелю

### 2.1. Отрицание отрицания

Согласно Гегелю, наказание – это отрицание отрицания, причём преступление и наказание рассматриваются как два противоположных зла<sup>1539</sup>. В то время как у Канта исходный момент состоит в *посягательстве на правовое добро*, у Гегеля основной акцент, как видим, переносится на *отношение к норме* – предмет фундаментальной дискуссии современного уголовного права. Точнее, определяющий акцент *перемещается от результата на дея-*

<sup>1537</sup> Точнее, Фейербах в этом случае рассуждает о ретрибутивности (см., E. Schmidt, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, Göttingen, 1995, 2. Nachdruck der 3. Aufl., стр. 241) и, как ни странно, только о ретрибутивности (а не, скажем, о вторичной общей превенции [категорически, см. *ibidem*]), что является очередным наглядным подтверждением тому, что Фейербах – самый здравомыслящий конструктор понятия наказания.

<sup>1538</sup> Вместе с тем, в отличие от метафизики Канта, онтологические законы в рассматриваемом ракурсе могут быть сконструированы и иначе: лицо наказывается не потому, что осуществило запретное поведение, а потому, что осуществило зло. И это не в смысле затаившегося уголовного права, цель которого состоит в выявлении зла и/или наказании делинквента, ни с указанием, например, на яacobскую синаллагму свободы поведения и ответственности за последствия (G. Jakobs, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, стр. 20 сс, 31 с), а по меньшей мере в смысле морального субъекта (*homo moralis*), в отношении которого, с точки зрения предикатной логики, «запрещённое» заменялось бы «плохим». В рамках такой метафизики морали, в отличие от кантианской, акция не влечёт, а *включает* реакцию (моральное переживание в аристотелевском понимании).

<sup>1539</sup> G. W. F. Hegel, Sämtliche Werke, Bd. VII, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 3. Auflage, Stuttgart, 1952, § 97.



ние. Одновременно с этим наказание, по Гегелю, призвано «восстановить право» посредством «устранения правонарушения»<sup>1540</sup>, т. е., уточняя его же словами, призвано опрокинуть «закон» (альтернативное «право»), «формирующееся преступлением»<sup>1541</sup>. А где «не упраздняется» преступление, там преступление «действует»<sup>1542</sup>.

Соответственно, уголовно-правовая реакция в философии права Гегеля противопоставляется отсутствию нормы как «норме», что указывает на то, что действительность нормы, в свою очередь, может зависеть не от дееспособности социума в общем, а уже от способности отдельного субъекта к правомерной самомотивации. В рамках ретроспективного подхода, где перманентность скрыта, подобная фрагментация правопорядка, можно сказать, совершенно естественна.

Как отмечает Г. Якобс, «индивид не слеп к самому себе»<sup>1543</sup>. Однако при этом, прежде всего, отсутствие нормы как «норма» на примере деликтного поведения недоказуемо. Например, кража не может рассматриваться в качестве отказа от охраны имущества (о том, кто тайно похищает чужую вещь, нельзя сказать, словно он *тем самым* не желает, чтобы его право на собственность оставалось гарантированным) как искренний призыв к естественному состоянию, также не может неосторожное причинение смерти рассматриваться как отказ от охраны жизни хотя бы в силу той же указанной причины и т. д.

## 2.2. Объективное и субъективное вменение

Испокон веков поныне предмет наказания всегда выступает в качестве предмета неисчерпаемой полемики, в различных видах, но с весьма аналогичным содержанием. В то время как архаичная правовая мысль достаточным основанием уголовной ответственности рассматривала, между прочим, только вред (объективное вменение – ответственность за результат), в средневековом каноническом праве уголовная ответственность уже конституируется злым умыслом вне зависимости от того, проявляется ли он во внешней опасности или вреде (субъективное вменение – ответственность за отношение).

В современном уголовном праве следы этих обеих крайностей наглядно сохранились, местами безусловно, местами дискутабельно. В первом случае – на примере уголовной ответственности юридических лиц; а во втором случае в качестве подобного рудимента можно считать французскую абсолютизацию наказуемости покушения как безуспешного делинквирования с начала XIX века.

<sup>1540</sup> Hegel, Rechtsphilosophie, § 99.

<sup>1541</sup> Ibidem.

<sup>1542</sup> Ibidem.

<sup>1543</sup> G. Jakobs, Das Schuldprinzip, стр. 21 с.

### 2.3. Ориентация на деликт, ориентация на делинквента

В традиционной догматике предметом кардинальной дискуссии предстают основополагающие различия между программами ориентированного на деяние уголовного права и ориентированного на субъекта деяния уголовного права. Экстремальным проявлением последнего подхода можно считать традиционное центральноевропейское уголовное право, убеждённо оперирующее таким понятием, как «враг народа» (Венгрия)<sup>1544</sup>, как с точки зрения конституирования ответственности, так и с точки зрения определения вида и степени наказания. Ныне данный подход преодолён в пользу первой опции.

Однако лишь концептуально, так как в современной систематике пережитки противостояния такого типа, помимо вышеуказанных, нередко встречаются и в отношении ориентированной на субъекта *resp.* секундарно-превентивной доктрины наказания. К подобным рудиментам в рамках эволюции уголовно-правовой мысли, прежде всего, относится догматическое значение рецидива или института судимости. Наряду с этим с ориентированным на делинквента уголовным правом имеем дело и во всех остальных случаях, где только имеет место оперирование понятием общественной опасности личности субъекта преступления, ничего не говоря о формальных проявлениях той же программы (например, в контексте определения систематического места вменения [Х. Х. Леш, ФРГ], иерархическое соотношение вины и противоправности [российская модель преступления] и др.). Следует заметить, что ныне *основой этого предстаёт секундарно-превентивный утилитаризм.*

### 2.4. Кант или Гегель: интерес или норма?

Когнитивный талион Канта и оценочный талион Гегеля характеризуются по отношению друг к другу как слабостями, так и преимуществами. Внешняя конгруэнтность зачастую, точнее, в большинстве случаев – мнимая конгруэнтность, так как, во-первых, вряд ли может быть приемлемо идентичное обращение с умышленным и неосторожным делинквентом; во-вторых, при резком виктимном поведении или при иной, наказуемой провокации преступления, где не может иметь место реагирование в отношении жертвы, всякая внешняя пропорциональность морально нетерпима; и, наконец, между деянием и правовыми последствиями деяния на основе натуралистической симметрии не может формироваться понятие недопустимой жестокости, исключаящее в современном уголовном праве смертную казнь, членовредительство, попирающее честь и достоинство реагирование и т. д.

<sup>1544</sup> A. Sinn, W. Gropp, F. Nagy (Hg.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, in: ZEIS, 2011, т. 1, стр. 118.

Всё это свидетельствует в пользу рационального resp. смыслового принципа талиона. В то же время перестановка акцента с правового добра на отношение к норме породила опасность абстрактификации индивидуального интереса, неприемлемость чего в уголовном праве наглядно выделял ещё Беккариа. Подлежащий реальной охране интерес и *прикрытое действием нормы* субъективное право или свобода – разные явления.

#### 2.5. Позитивная виктимология

Нормативное пространство отличается безмерной эластичностью, и вследствие этого конкретный интерес в этой плоскости может вообще удалиться из поля зрения<sup>1545</sup>. Следствием этой методологии является современная теоретическая, законодательная или практическая реальность, в соответствии с которой *уголовно-правовая подотчётность государства перед жертвой преступления исчерпывается финансированием наказания*. Более того, штраф как вид наказания уплачивается не в пользу жертвы, а в пользу казны<sup>1546</sup>. Вкратце, главное – наказание преступника, а не всесторонняя реабилитация жертвы в рамках *позитивной виктимологии*, что явно выходит из русла правового здравомыслия. О гражданско-правовых институтах возмещения морального вреда в пределах рассматриваемого сравнения можно не промолвить ни слова, ввиду крайней невесомости. А происходит это там, где акцент от нарушенного – повреждённого или уничтоженного – индивидуального интереса переходит на отношение к норме.

#### 2.6. *Cogitationis poenam nemo patitur*

В отличие от дуализированного современного уголовного права мы в равной степени дистанцируемся от приоритизации как объективистского, так и субъективистского начала. Субъект преступления является субъектом правоотношения, и эксклюзивной сферой проявления деликтного поведения также является правоотношение *in виде нарушенного субъективного права и нарушенной обязанности*. В то же время, во-первых, материально нарушение обязанности в условиях отсутствия объективно идентифицируемого посягательства на субъективное право ничего не означает (например, ненаказуемое негодное, нереальное покушение). Во-вторых, процессуально исходным также предстаёт этот последний момент. Однако третий и главный, до сих пор безакцентный момент: адресату обязанности в силу нарушения обязанности *присуждается наказание*, т. е. в правовом понимании причиняется «тот же» вред, какой вред он вызвал нарушением субъективного права. Ввиду этого: осторожнее!

<sup>1545</sup> Например, как это имеет место у Якобса: G. Jakobs, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 1. Auflage, Berlin, 1997, 2. Auflage, Berlin, 1999.

<sup>1546</sup> Что рационально в исключительном случае может быть допустимо, в частности там, где это для жертвы неприемлемо.

Соответственно, теоретического детерминанта неэквивалентного акцентирования в системе преступления объективного и субъективного аспектов resp. нарушения субъективного права и нарушения обязанности не существует. Правда, *actus reus non facit reum nisi mens sit rea*, однако, исходя из всего вышеотмеченного, позиции Гегеля всё-таки отчётливо противостоит один из основополагающих принципов современной правовой доктрины из Дигест Юстиниана (48.19.18): *cogitationis poenam nemo patitur*.<sup>1547</sup>



*Сущее*: посягательство на правовое добро →← противоречие норме,  
*должное*: нарушение субъективного права ↔ нарушение обязанности.<sup>1548</sup>

### § 3. Неогегелианское устранение вины

#### 3.1. Биндинг

Гегелианской школы уголовного права в том смысле, в каком она имело место в современной самому Гегелю эпохе в творчестве Ю. Ф. Г. Абега и К. Р. Кёстлина, ныне не существует. Неогегелианские концепции по существу возможно признать лишь частично гегелианскими направлениями, основанными на различных отдельных коренных аспектах. Степень их пересечения с философией права Гегеля гораздо ниже, чем в разделённой на два крыла – параллельно с (современной тогда) социологической школой Листа – традиционной немецкой догматике доктрины Биндинга<sup>1549</sup> как главного представителя (тогдашней) классической школы, который собственно в уголовном праве может и по сей день считаться самым принципиальным ретрибутивистом.

В современном Биндингу немецком уголовном праве выделяются четыре основных объекта наказания: жизнь, свобода, честь и имущество<sup>1550</sup>. В то же время само наказание для Биндинга «есть лишение в правах или правовых добрах, налагаемое государством на делинквента в силу права за его необратимое, виновное правонарушение, чтобы сохранить авторитет нарушенного права»<sup>1551</sup>.

<sup>1547</sup> Ср. L.-G. Kutalia, *Handlungslehre. Strafrechtliche Konzeption*, Göttingen, 2011, стр. 146.

<sup>1548</sup> Рекомендация немецкой догматике: *status quo ante*: Erfolgsstrafrecht →← Schuldstrafrecht; Tatstrafrecht →← Täterstrafrecht; *Sein*: Rechtsgutsverletzung →← Normwiderspruch; *Sollen*: Rechtsverletzung ↔ Pflichtverletzung.

<sup>1549</sup> K. Binding, *Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmäßige Handlung und die Arten des Delikts. Vier Bände*, Leipzig, 1872–1920; Neudruck, Aalen, 1965.

<sup>1550</sup> K. Binding, *Grundriss des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 6. Aufl., Leipzig, 1902, § 90/I cc.

<sup>1551</sup> *Ibid.*, стр. 226.

Имеем ли дело с Гегелем или Биндингом, с одной стороны, или с Г. Якобсом – с другой: в первом случае с точки зрения устранения вины, во втором – с точки зрения общепреventивной стабилизации системы, в обоих случаях налицо логически уязвимые конструкции. Прежде всего, вопрос о сохранении «авторитета права» возникает *не там, где норму подводит гражданин, а там, где норму подводит государство*, т. е. не тогда, когда нарушается диспозиция нормы, а тогда, когда нарушается санкция нормы. *Нарушением правила поведения* действительность правопорядка ещё отнюдь не подвергается сомнению, а сомнительным правопорядок становится там и тогда, где и когда это правонарушение не влечёт *системно предусмотренной реакции*. В силу этого интуитивное положение Гегеля (интуитивное постольку, поскольку аргументативно и он на том же этапе исходит из «необходимости восстановления»), согласно которому «нарушение права как права ничтожно в самом себе»,<sup>1552</sup> корректно.

Таким образом, дело касается не только нормы, но и в той же степени наказания как институционализированного ожидания. Личности истинно юридически организованного общества имеют ожидание наказания в той же мере, – *scil.* всегда уже изначально *resp.* с инкорпорированием самого делинквента, – в какой для них неприемлемо нарушение нормы. Вместе с тем наказание как ожидание не иначе, чем норма, институционализировано только как интеракционно релевантное ожидание, и в плоскости интеракции формальная конфронтация в отношении конфронтации с нормой ещё ни о чём не свидетельствует. – Всякое противодействие вне наказания как устранения вины является именно формальным, для «упрочения» которого государство может не утруждать себя.

Партнёрам интеракции, которые, прежде всего, интегрируются в рамках общества только потому, что оно предполагает действие нормы, а не дезавуирование нормы, – таким партнёрам интеракции общество или государство «для продления своей действительности» никогда не может проповедовать, что верна норма, а не нарушение нормы. При первобытно-общинном строе (кстати, вопреки господствующему воззрению отнюдь не исключаящем феномен права) общество в понимании Г. Якобса, при современном строе государство (в своей действительности) длится истинно юридически, где имеет место ожидаемая активация обязанностей, ориентированных на нарушение обязанности, т. е. где «уничтожением вины» имеет место более, чем только внешнее устранение ошибки.

<sup>1552</sup> Ср. G. Jakobs, Norm, 1. Aufl., стр. 108; подробнее к «устранению преступления» у Гегеля *ders.*, Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2. Aufl., Berlin, New York, 1991, 1/21; ср. C. Roxin, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin, New York, 1973, стр. 18.

## 3.2. Боннская школа

С весьма значительной ситуацией имеем дело, с точки зрения гегелианских подходов, в современной догматике, в частности на примере боннской школы уголовного права, с одной стороны, в виде концепции Г. Якобса, с другой – Х. Х. Леша. В отличие от Биндинга, чья доктрина в обоих основных аспектах корреспондирует с гегелианской систематикой в виде тождественности понятий деяния и преступления – с одной и в виде аксиологической ретроспективности наказания, с другой стороны, у Якобса это имеет место только в первом фундаментальном аспекте. А решающим в данном контексте является не то, чтобы дело касалось «уголовно релевантного поведения», как это встречается на примере до сих господствующего т. н. общего понятия деяния Листа, а то, чтобы понятие деяния отображало *полную специфику уголовно-правовой релевантности*<sup>1553</sup>, т. е. чтобы субстанциально включало как неправду, так и вину – т. н. специфически уголовно-правовое resp. гегелианское или биндингское понятие деяния.

Помимо этого, если в рамках аргументации Канта субъект преступления преимущественно воспринимался как психофизическая система, у Гегеля он, так же как у Якобса, представляет собой конституированную (правами и) обязанностями правовую личность. Отсюда же происходит и крылатое сравнение Гегеля по поводу того, что наказание является выражением уважения в отношении преступника, так как наказание признаёт преступника в качестве (мы бы дополнили: специфически) разумного – следовательно, не просто психически или физически устрашаемого психофизического – существа.

Тем не менее именно в отношении наказания вырисовывается существенная несовместимость подхода Якобса с гегелианской концепцией. Хотя самому Якобсу это представляется иначе. Тогда как исходный момент Гегеля состоит в возмездии, построенном на гносеологических критериях, Якобс исходит из приоритетности постделиктной общей превенции. Несмотря на это, он и в отношении понятия наказания основной акцент переносит не на различия между своим понятием и концепцией гегелианцев, а, как мы уже отмечали, на параллели, scil. в смысле «ретрибутивного-восстановления-права» (в первом) и «общепревентивной-стабилизации-нормы» (во втором случае) resp. в смысле нейтрализации правового конфликта<sup>1554</sup>. Однако дело в том, что различия существенные, а параллели – формальные.

Леш, будучи одним из ведущих представителей боннской школы уголовного права, так же как современной немецкой догматики в общем, является первым, кто после уже *векового господства* превентивной точки зрения в уголовном праве, превенции вновь – не колеблясь – противопоставляет ре-

<sup>1553</sup> G. Jakobs, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, стр. 13, 42 и passim.

<sup>1554</sup> Jakobs, *Norm*, 1. Aufl., стр. 108.

трибуционизм. В этом отношении нам, прежде всего, хотелось бы привести его небезызвестное положение, одинаково направленное против доминирования как превичной и вторичной, так и общей и специальной превенции: «Превентивные теории наказания с принципом вины несовместимы. И в противоположность господствующей сегодня позиции вообще спорно, достижимо ли на основе превентивных целей наказания конструирование функциональной системы преступления, так как между ориентированной на деяние виной и превентивным наказанием функциональной связи как раз не существует. Согласно действующей концепции, ориентированной на вину деяния, наказание – ретроспективная *реакция*, *ответ* на сконтурированное составом деяния *осуществлённое* деяние. Что касается этого *осуществлённого* деяния, когда наказание приводится в действие, всякий вид превенции, а именно всякое *предотвращение* и всякая *охрана* уже слишком несвоевременны. С учётом констатируемой вследствие этого «беспомощности» и «оцепенения» превентивного «наказания» моменты *этого* деяния также не могут определяться превентивными подходами»<sup>1555</sup>.

Следует заметить, что здесь имеет место лишь индицирование интеракционного устранения вины, потому как это посредством голой ретроспективности так же недостижимо, как в случае проспективных концепций.

По существу с очередной односторонностью имеем дело в рассматриваемой плоскости современной догматики, между прочим, у М. Павлика, которым наказание воспринимается как «распоряжение преступником для восстановления нарушенного им правоотношения». В отношении «восстановления», следовательно, как отмечалось выше, уже в соответствии с выделенным Гегелем признаком дело касается не проспективного, как это подразумевается у Павлика, или в той же мере – не ретроспективного, в частности в понимании Гегеля, а предметом концептуализации предстаёт следующее: «здесь и сейчас».

Хотя и изолированно взятое измерение отнюдь не приводит к теоретически актуальному перевоплощению. Настоящее в самом себе и как таковое не представляет собой феномен, разделяющий или объединяющий преступление и наказание, а как акция, так и реакция истинно юридически имеет определяющее значение именно только как *многомерное* явление. Настоящее, воспринимаемое в призме перманентности, и, скажем, наличествующее само по себе, никогда не есть одно и то же. Ввиду этого, переводя взор на уголовно-правовое отношение, отнюдь не инцидентно, что указанный, исходящий из последней позиции момент, подобно моментам, исходящим из изолированно проспективного и изолированно ретроспективного аспекта, симулирует прерывистость уголовно-правового отношения, т. е. *его* настоя-

<sup>1555</sup> Lesch, Verbrechensbegriff, стр. 170 с.

щее – resp. действительность – в отношении осуществлённого деяния ускользает и на этом этапе, т. е. тем отчётливее нуждается в решении.

– II –

**ПРОСПЕКТИВНОСТЬ**  
**(ПРЕВЕНТИВНЫЕ ТЕОРИИ НАКАЗАНИЯ)**

**§ 3. Примарная негативная общая превенция Фейербаха**

*1.1. Значение всеопережающей превенции*

Теория психологического принуждения П. И. А. Фейербаха<sup>1556</sup> по сути составляет предмет безосновательной критики. Прежде всего, приоритетное утверждение того, словно уголовное право формируется в обществе с тем намерением, чтобы наказывать лицо за уже совершённое преступление – репрессивно или с целью последующей специальной или общей превенции, есть алогизм. Это несовместимо с уголовным правом ни дефиниционно, ни категориально.

Да, в своё время введение института палача считалось важным достоянием уголовно-правовой мысли (так как одним махом отнюдь не каждый мог обезглавить осуждённого), и в приведённом Кенни примере моряки, заведя после кораблекрушения незнакомый берег, также восторженно воспринимали воздвигнутую там виселицу как признак цивилизованности. Тем не менее утверждение того, что упорядочение наказания важнее, чем предотвращение наказания, мягко говоря, – неточность.

Таким образом, устранение вины или вторичная превенция как центральная дилемма современного уголовного права является проблемой второстепенной важности, *а главное – всеопережающая общая превенция.*

Распространённую в отношении рассматриваемой теории аргументацию, с точки зрения уголовно-правовой техники, можно разделить на три основных направления:

*1.2. Прогнозируемость социальной среды*

а) Мнение о том, словно убеждённость большинства делинквентов в избежании наказания свидетельствует о неэффективности общей превенции, неубедительно. Во-первых, достаточно упразднить угрозу наказания, чтобы преступление из исключения социального бытия перевоплотилось в правило социального бытия. Процентное соотношение делинквентов к законопослушным членам общества – в условиях общей превенции угрозы наказания – свидетельствует именно о том, что феномен делинквирования не вы-

---

<sup>1556</sup> P. J. A. v. Feuerbach, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil I, Erfurt, 1799, стр. 42 и passim.



ходит за грань исключения (обычно<sup>1557</sup> никто не живёт в страхе по поводу того, что станет жертвой преступления, т. е. имеем дело с прогнозируемо обитаемой социальной средой вследствие генеральной превенции). Во-вторых, локализация преступления в качестве исключения посредством угрозы наказания отображает *значительную* эффективность общей превенции. Помимо этого, какое количество делинквентов в условиях данного процентного соотношения надеется, что деяние останется латентным (в результате правильного планирования преступления, использования благоприятной для делинквирования ситуации и т. д.), это уже не может иметь решающего значения.

### 1.3. Деликт как исключение

б) Фейербах является автором реформированного баварийского Уголовного кодекса от 1813 года, и кто же ещё, если не он, прекрасно понимает, что уголовный закон может быть нарушен. Однако, как было показано в первом пункте этой же аргументации, он нарушается только в исключительных случаях. В силу этого вышеприведённый аргумент Леша как один из центральных аргументов, направленных против данной теории, согласно которому здесь и этим теория общей превенции Фейербаха капитулирует, также лишён убедительности. Гораздо более того: как отмечалось выше, в случае делинквирования Фейербах не исходит ни из секундарной общей превенции, ни из специальной превенции, а *исключительно из ретрибутивного момента*. Правда, этот аспект не может считаться интегрированным в теорию психологического принуждения, но совершенно интегрируем: как не выходящий за рамки исключения компонент. Соответственно, заблуждается не Фейербах, а Леш, ибо наказание не может расцениваться только как противопоставляемый суду Линча институт.

### 1.4. Сущность

в) Согласно Фейербаху, санкция должна конструироваться таким образом, чтобы сдержать потенциального делинквента от делинквирования. Теория психологического принуждения как негативная общепреventивная конструкция, таким образом, строится на моменте устрашения, вследствие чего адресат санкции как психосоматическая система, как индивид, а не как конституированная правами и обязанностями личность в правовом понимании вряд ли может осмысляться как субъект уголовно-правового отношения. Однако напрашивается вопрос: возможно ли в силу данной номинальности отрицание теории?

<sup>1557</sup> Хотя следует выделить ахиллесову пяту уголовного права – латентное хулиганство, с которым современное уголовное право «не может» эффективно справиться. Для выявления и подавления (пресечения) подобной опасности нам представляется целесообразным создание *преventивного права* (1.3<sup>1</sup>) как самостоятельной отрасли права.

Помимо этого, маргинализация всего психического или психосоматического как натурализмов в уголовно-правовом контексте догматически нежелательна. Наглядное следствие на примере уголовной ответственности юридических лиц – *что* как адресат наказания.

Приведём отвлечённый астрономический пример: допустим, в нашем же созвездии обитают две различные цивилизации, одна из которых научилась удалять из памяти тягостные воспоминания, а другая – замедлять время с целью предотвращения вредных последствий. В какой из них предпочли бы Вы явиться на свет? Уголовное право создаёт мир<sup>1558</sup> resp. порядок, на который посягает отдельное преступление и который, как правило, сохраняется применением наказания. Не следует забывать, что естественное состояние в гоббсском смысле есть война всех против всех. В силу этого словно приведённые против примарной генеральной превенции Фейербаха аргументы наподобие того, что совершённое преступление свидетельствует о несостоятельности рассматриваемой концепции, откровенно выражаясь, спекулятивны, и нам хотелось бы заметить прямо, что в немецком уголовном праве все последующие теории наказания, за исключением интерперсональной теории наказания, разумеется, построены на этой плодотворной спекуляции. На самом же деле, как явствует из всего вышеизложенного, никто не вникал в суть уголовного права глубже, чем Фейербах.

#### § 4. *Секундарная негативная специальная превенция* Листа

##### *4.1. Марбургская программа*

Ф. Э. ф. Лист с начала прошлого столетия поныне – самый влиятельный теоретик континентального уголовного права. Созданное им трёхступенчатое понятие преступления *mutatis mutandis* всё ещё является господствующей моделью преступления. Наряду с этим и по сей день в отношении понятия наказания господствует выделенная им секундарная превенция, scil. в виде специальной превенции Роксина и позитивной общей превенции Якобса. Сам Лист в своей широко известной «Марбургской программе» (1882) стремился к выделению определяющего значения специальной превенции, преимущественно в негативном ракурсе, – негативность здесь понята не просто в виде вторичности, а в виде квазисоциального подхода – несмотря на то что речь идёт об основоположнике классической социологической школы в уголовном праве – к субъекту преступления<sup>1559</sup>. Следует заметить, что тем самым Лист сделал весьма отважный, но весьма неоправданный шаг.

Обратим внимание на догматические реалии того времени. С одной стороны, доминирует ретрибутивная концепция гегелианцев и Биндинга, с дру-

<sup>1558</sup> Подробнее Kutalia, Lagma, т. IX-X, XXXIV.

<sup>1559</sup> F. E. v. Liszt, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: 3 ZStW 1, стр. 33-34 и passim, 1883 ("Marburger Programm").

гой – параллельно также доминирует теория психологического принуждения гесп. примарная (негативная) общая превенция Фейербаха. Понятно, что эти оба течения более или менее характеризуются своеобразными недостатками, однако что предлагает сам Лист взамен?

#### *4.2. Опровержение*

а) Видя сущность наказания в индивидуальной превенции, он пренебрегает моментом удовлетворения интереса потерпевшего наказанием, что является серьёзным недостатком;

б) Основания для того, чтобы наказывать лицо в силу несуществующего, несовершённого преступления гесп. с целью предотвращения возможного деликта в будущем, теоретически не имеется и не может иметься;

в) Там, где отвергается преступление как основание ответственности, отвергается также и субъект преступления как ответственная сущность. Например, этот последний момент, в свою очередь, делает несовместимым в творчестве Роксина его персональное учение о деянии, основанное на концепции Арт. Кауфмана, и его специально превентивную теорию наказания, исходящую, в свою очередь, из постулированной Листом секундарной превенции.

#### *4.3. Классификация делинквентов и наказаний*

Делинквента как адресата наказания и, соответственно, само наказание Лист делит на три основных типа: 1) случайный преступник, подлежащий обузданию посредством «temento» гесп. сдерживанию разоблачением, 2) исправимый преступник, в отношении которого должно применяться лишение свободы, и 3) неисправимый ноторический преступник, который должен находиться в «уголовно-правовом заточении» бессрочно<sup>1560</sup>.

Разумеется, в то же время Лист не только не игнорирует криминологический аспект, а эффективно исследует причины преступления, стремясь к их максимально возможному искоренению, прежде всего, нейтрализацией социальных детерминантов преступления. Другими словами, изначальный общепревентивный вакуум, возникающий в результате отрицания теории Фейербаха, здесь в известной степени заполняется криминологическими компонентами. Следует заметить, что в этом контексте листская ссылка на аспект социальности – вне всяких баталий против общей превенции – и сегодня не менее актуальна, точнее, должна быть не менее актуальной в современной уголовно-правовой догматике.

---

<sup>1560</sup> Ibid., стр. 36 сс, 39 с.

#### 4.4. *Смысл и цель наказания*

Однако то, что имеет место у Листа относительно тематизации социального аспекта на постделиктном этапе, есть обычный тоталитаризм: пренебрежение жертвой преступления и субъектом *преступления*, деликт как повод<sup>1561</sup>, а не причина уголовно-правовой реакции и многое другое – всё это тоталитарные социологизмы, обосновывать которые уголовное право не может и не должно. Вкратце, социологическая школа Листа, вступая в конфронтацию с классической школой Биндинга, возвращается на щите. Это противостояние, замечая на языке современного уголовного права, есть противостояние между *смыслом* наказания и *целью* наказания. На примере коллизии концепций Биндинга и Фейербаха, как было показано, терпит поражение смысл в отношении цели, а на примере конкуренции позиций Листа и Биндинга, как видим, капитулирует цель перед смыслом.

На наш взгляд, исходящие отсюда теоретические последствия очевидны: ни одна концепция не справляется с уголовно-правовой действительностью. Однако уточним: «Согласно Листу, цель наказания состояла только в социальной функции. Для Листа существовало исключительно профилактическое и конституированное целью наказание»<sup>1562</sup>. – *Это отрицание наказания в пользу превентивных мер.*

### § 5. *Секундарная позитивная общая превенция Якобса*

#### 5.1. *Примарность и секундарность*

Главное различие между общей превенцией Фейербаха и общей превенцией Якобса состоит соответственно не в негативности и позитивности (это всего лишь нюансы правовой глоссономии), а в *антеделиктности и постделиктности* – грандиозное различие, плотно завуалированное давно сбившейся с пути современной догматикой.

#### 5.2. *Зигзаги дезориентации*

Обратим внимание на то, как выглядят теоретические особенности уголовной ответственности по современному состоянию. Как известно, основное противостояние – уже не одно десятилетие – имеет место между мюнхенской школой уголовного права, возглавляемой Роксиным, и боннской школой уголовного права, возглавляемой Якобсом. В то же время Роксин в одном из изданий своего капитального дидактического труда прямо указывает на то, что (секундарная) общая превенция явно лидирует,<sup>1563</sup> но оставля-

<sup>1561</sup> Lesch, Verbrechensbegriff, passim.

<sup>1562</sup> Ch. Kassekert, Strafrecht im Dritten Reich, in: Das Strafrecht vor neuen Herausforderungen, Bd. 21, Berlin, 2009, стр. 168.

<sup>1563</sup> Так, например, в подтверждение признанию Роксина в ч. 2 ст. 39 УК РФ (Цель наказания) постулируется именно позитивная общая превенция Якобса: «Цель наказания осу-

ет надежду на кардинальные перемены в пользу специальной превенции<sup>1564</sup>. Несмотря на масштабность этого противостояния, напрашивается вопрос: та ли эта плоскость вообще, в которой может достигаться существенное решение вопроса?

Следует заметить, что «общее» и «специальное» здесь, так сказать, – дезориентирующие факторы, ещё более дезориентирующим, в свою очередь, является вышеуказанная интраобщепревентивная конфронтация между «негативным» и «позитивным». Это отнюдь не та война, которую в своё время объявило специально превентивное понятие наказания концепции Фейербаха, где общая превенция черпала начало из своего естественного первоисточника – из непосредственной угрозы наказания. Нежелательная трансформация реализовалась в два этапа: сначала Лист оторвал в основополагающем аспекте превенцию от своего естественного истока *resp.* от общей превенции, а затем Якобс общую превенцию – от своего естественного первоисточника *resp.* от непосредственной угрозы наказания, вследствие чего различие между отправными точками общей и специальной превенции практически нивелировалось, в пользу специальной превенции. Ввиду этого теории наказания Роксина и Якобса оба проистекают как раз из специально превентивной теории наказания Листа, а то, что при этом налицо разветвление на общепревентивную и специально превентивную теории наказания, в центральном аспекте проблематики есть не что иное, как чисто формальный раскол.

### 5.3. Пёс

В отношении Гегеля следует заметить следующее:

Во-первых, устрашение наказуемостью *resp.* угроза наказания также выражает уважение к адресату угрозы, *scil.* именно как к ответственному существу (угроза наказания объективируется в виде уголовной *ответственности*). Запугивая пса дубинкой, как на это ссылается Гегель в приведённом им примере, имеет место как раз угроза наказания (читать, например, УК существо не умеет), и что самое главное: пёс реагирует адекватно – *ответственное* существо. Чем выражается угроза наказания – дубинкой или статьёй уголовного закона, это касается формы (и нам здесь сложно проследить унижение чести или умаление достоинства пса, ибо человек также не умеет содержательно лаять), но никак не содержания и сущности проблемы, т. е. существо *разумное*. Чего нельзя сказать, например, о «формально разумной личности» Якобса.

---

ществляется воздействием на осуждённого и других лиц, чтобы они прониклись чувством охраны правопорядка и ответственности перед законом».

<sup>1564</sup> C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, 3. Aufl., München, 1997.

Во-вторых, неусловно разумному и *моральному* существу наказанием никто не угрожает, его в лучшем случае инструктируют. А единственная отрасль права, которой это под силу, есть не уголовное, а рекомендательное право<sup>1565</sup>.

## § 6. Секундарная позитивная специальная превенция Якобса

### 6.1. Рестрикция сущности

В смешанной теории наказания Арт. Кауфмана, которая впоследствии была положена в основу решений Федерального Конституционного Суда ФРГ (с 1977 года поныне), – хотя в пользу ретрибутивности за исключением особо тяжких преступлений (Арт. Кауфман), – полагается, «(...) что только в силу вины оправдана реализация наказанием необходимой охраны правовых интересов для социума, однако только такими наказаниями, исполнение которых преимущественно ориентировано на ресоциализацию преступников»<sup>1566</sup>. Следует заметить, что *материально ретрибутивное и формально телеологическое наказание* встречается даже у Канта, требующего сначала конституирование виновной ответственности и из перспективы уже конституированной виновной ответственности считавшего возможным суждения как о специально, так и об общепревентивной пользе наказания. Секундарная превенция, ресоциализация и т. д. как рестриктивирующие *gesp.* лимитирующие моменты однозначно актуальны, однако рестрикция сущности и сущность – ведь не одно и то же.

### 6.2. Зал судебного заседания

Тематизированная под предлогом лимитации репрессии «превентивная необходимость санкции», как было показано выше, у Роксина вдруг превращается в параллельное с виной *основание* уголовной ответственности – параллели персонализма. Выделение специальной, а не общей превенции на постделиктном этапе в рассматриваемом аспекте, разумеется, можно считать куда меньшей оплошностью. Однако, та же индивидуальная превенция – конститутивно ли это? Заглянем в зал судебного заседания. Изнасилование, убийство, геноцид, разбой, пытки. Что здесь может конкурировать с виной?

Цель наказания не может выходить за рамки устранения вины. Усматривать телеологию уголовно-правовой репрессии в ресоциализации, постделиктной общей или специальной превенции и т. п. – это поправление интересов потерпевшего в виде издевательства, а не просто прогулки вокруг да около сути наказания. Борьба с намерениями королевской кобры свистуна, вызывающего, прежде всего, сочувствие, за счёт общепревентивных абстрагирований от материальной вины или индивидуально превентивно раздвигать пределы деликта не только алогично, но и аморально.

<sup>1565</sup> Kutalia, Lagma, т. LIX.

<sup>1566</sup> Arth. Kaufmann, Schuldprinzip, стр. 276.

– III –

**ПЕРМАНЕНТНОСТЬ**  
**(ИНТЕРПЕРСОНАЛЬНАЯ ТЕОРИЯ НАКАЗАНИЯ)**

**§ 7. Наказание как признак перманентности**

*7.1. Генезис уголовного права*

*Не наказание за будущее преступление, а превенция будущего преступления порождает уголовное право.*

*7.2. Уважение санкции*

Делинквируют в отдельных случаях. Однако если отодвинуть в сторону уголовное право, окажется, что *число уважающих уголовно-правовую санкцию значительно превышает число уважающих уголовно-правовое правило поведения*<sup>1567</sup>. *Ex ante* превенция – всё, и она в общем эффективна, претерпевает фиаско только в исключительных случаях; *ex post* в понятии наказания превентивный аспект отнюдь не сглаживается, но центральная нагрузка уже приходится на устранение вины.

*7.3. Психотронное наказание*

Затаившееся уголовное право по меньшей мере функциональным уголовным правом не является. Основная функция интеракционного наказания состоит именно в том, чтобы *исчерпать обусловленный преступлением дефицит доверия*, обеспечивая перманентность отношения. Интерперсональное понятие наказания – комплексное понятие, которое законодательно может быть трудоёмким, но которое должно заменить *психотронное наказание современного уголовного права*.

*7.4. МВД СССР*

Одновременно с этим нам хотелось бы обратить внимание на грузинское уголовное законодательство, а именно в отношении возможности осуждённого сделать выбор между оставшейся частью наказания и общественно полезными работами в монастырях и церквях (2009) – блестящее новшество. С противоположной ситуацией имеем дело, к сожалению, относительно снижения возраста уголовной ответственности от 14 до 12 лет (2007). Статистика, побудившая законодателя к последнему изменению, свидетельствует о вреде, не о причине, которая кроется в совершенно другой плоскости. Это изменение уже упразднено, что совершенно справедливо: посмотрим в глаза потерявшегося птенца, ничего не подозревающего об опасностях, и обнаружим, что природа всего живого не зла, а добра.

---

<sup>1567</sup> Ср. José Luis Díez Ripollés, *Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe*, in: ZStW 113 (2001), стр. 522.

Уголовно-правовая иллюстрация: когда дирекция школы и МВД единогласно решили исключить троих несовершеннолетних из школы за повреждение государственного имущества, последнее слово почему-то было представлено мне, которое состояло из следующих трёх пунктов: 1) Вы не сумели их подобающе воспитать, 2) теперь намерены, чтобы их перевоспитывали другие и 3) Вам самим следует исправлять Ваш промах. Решение внезапно изменилось, и, к моему удивлению, всего через пару дней в СССР появилась указанная нами выше первая и по сей день единственная в мире молодёжная милиция.

*Часть IV*

**РЕФОРМЫ**

**Раздел А**

**ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО**

**Глава XIV**

**DOLUS COMPOSITUS**

**§ 1. Классическая модель умысла**

*1.1. Nullum crimen – nulla poena*

Исходя из принципов Конституции РГ ст. 39, никто не может привлекаться к уголовной ответственности за деяние, не предусмотренное уголовным законом (*nullum crimen sine lege*), так же как за деяние, в осуществлении которого лицо не виновно (*nulla poena sine culpa*). Несмотря на это, ст. 9 УК РГ (Умышленное совершение преступления) систематически применяется вразрез с данными постулатами и, следовательно, вразрез со ст. 39 Конституции. В то же время предмет критики должен составлять не столько волюнтаризм судебной власти, сколько догматический аспект ст. 9, т. е. ответственность за рассматриваемую неадекватность преимущественно должна возлагаться на законодателя, а не на правосудие.

На первый взгляд, логически совершенно неоправдано рассуждать об ответственности законотворческого органа в случае неверного применения закона. Однако логическое мышление порой требует большего, чем это может быть только констатация линейной связи между двумя объектами.

*1.2. Система умысла*

В чём заключается проблематичность представленного нами для рассмотрения вопроса? Первоисточником проблематичности в данном случае предстаёт соотношение интеллектуальных и волевых моментов умышленной вины.



К этому виду вины, как известно, относятся два следующих подвида: прямой и косвенный или эвентуальный умысел. При прямом умисле субъект, желая деликтный результат, предвидит неизбежность его наступления; а при косвенном умисле субъект не желает противоправных последствий и не предвидит неизбежность их реализации, он всего лишь сознательно допускает возможность наступления вредных последствий.

Рассмотрим эту интеллектуально-волюнтативную структуру умысла на приведённом нами выше классическом примере, согласно которому лицо с целью завладения страховой суммой поджигает свой жилой дом, зная с уверенностью, что уничтожение помещения с необходимостью повлечёт гибель находящейся в нём парализованной жертвы преклонного возраста.

Если субъект отнюдь не желает побочных последствий своего деяния (т. е. гибель потерпевшей), несложно заключить, что налицо случай, при котором лицо сознательно допускает противоправный результат, но предвидит не возможность, а необходимость его наступления.

### *1.3. «Общий умысел»*

То, что данный тип субъективного деяния в общем содержит признаки уголовно-правового умысла, бесспорно: сознательное допущение деликтного результата как волевой аспект деяния и предвидение необходимости его наступления как интеллектуальная сторона этого же деяния – моменты, имманентные умышленной вине.

Таким образом, наличие уголовно-правового умысла здесь следует считать совершенной достоверностью.

Однако при квалификации преступления объектом интереса предстаёт не уголовно-правовой умысел в общем, а его конкретный вид. Другими словами, признание деяния умышленным допустимо тогда и только тогда, если в нём в совершенстве выражены признаки прямого или эвентуального умысла и ни в коем случае только на том основании, что оно соответствует генеральному понятию уголовно-правового умысла.

### *1.4. Отсутствие вины*

В рамках действующего законодательства (1-е изд.) во всех тех случаях, когда лицо не желает, но сознательно допускает неизбежность, а не возможность наступления противоправного результата, основание виновности и наказуемости отсутствует.

## § 2. «Дилемма» правосудия

### 2.1. Объективное «желание»

Несложно догадаться, что принятое в сфере правосудия воззрение – не что иное, как спекулятивная схоластика. В то же время также очевидна и та причина, которой это воззрение обусловлено. Несомненно, что адекватная постановка вопроса неотвратимо повлекла бы за собой необходимость его адекватного решения, т. е. непосягаемость на принцип отсутствия преступления вне закона и воздержание от квалификации вышепредставленного общественно опасного деяния в качестве наказуемого.

### 2.2. Законодательная инициатива

И всё-таки: судебная власть обладала правом законодательной инициативы.

## § 3. Проект УК РФ: Формула Хорнабуджели

### 3.1. *Dolus directus intellectualis*

Согласно Б. В. Хорнабуджели, «прямой умысел есть (...) категорическое предвидение общественно нетерпимых, наказуемых последствий (...), несмотря на то, желает ли субъект их осуществления»<sup>1568</sup>. Эту же точку зрения отстаивает и Г. И. Начкебия<sup>1569</sup>. Здесь налицо *dolus directus intellectualis* или интеллектуальный прямой умысел<sup>1570</sup>. Проект УК РФ перенимает данную позицию.

### 3.2. Дезинтеграция системы вины

Реформаторы предлагают не интеллектуально-волюнтаривно прямой, а лишь интеллектуально прямой умысел. Для волевого момента в таком понятии прямого умысла логически не остаётся места. Таким образом, рассматриваемой компликации как теория, так и законодательство грузинского уголовного права приносят в жертву не больше и не меньше, чем классическую интеллектуально-волюнтаривную систему вины. Следует заметить, что проблема действительно сложная, однако не до такой степени. Мы расцениваем подобный подход, прежде всего, как явную недооценку реальных возможностей традиционной интеллектуально-волюнтаривной схемы вины.

<sup>1568</sup> Б. В. Хорнабуджели, Психологическая сторона вины, Тбилиси, 1981, стр. 107.

<sup>1569</sup> გ. ნაჭყებია, პირდაპირი განზრახვისა და სასჯელის ლოგიკური კავშირის ფსიქოლოგიური დასაბუთების პრობლემა, „სახელმწიფო და სამართალი“, თბილისი, 1990, სტრ. 20-29.

<sup>1570</sup> Подробнее А. Makharadze, L.-G. Kutalia, O. Makharadze, *Dolus compositus in the light of continental classicism*, in: *Journal of Advanced Research in Law and Economics*, Volume IX, Winter 7(37), 2018.

## § 4. Новый подвид вины

### 4.1. Реинтеграция системы вины

Оплошностью следует считать не только то, что актуальный для нас вид деяния относится к прямому умыслу, а также уже и саму такую постановку вопроса, в соответствии с которой становится необходимой его унификация с прямым или косвенным умыслом.

Один конкретный подвид вины не должен включать более одного конкретного вида интеллектуально-волевого поведения.<sup>1571</sup>

Интегрируя в том или ином подвиде вины два или более типов субъективного деяния, дифференциация отдельных видов вины на подвиды (или же форм – на субформы) становится абсолютной бессодержательностью: если не конкретная форма поведения, то что иное может служить критерием дифференцирования видов вины на подвиды?

Это, в свою очередь, не означает, что мы склонны, например, разделять мнение В. Зауера, который хотя исходит из того же принципа, но в обход интеллектуально-волевого поведения различает более десяти видов неосторожной вины<sup>1572</sup>.

Иными словами, главным приоритетом для нас является сохранение классической интеллектуально-волевого поведения системы вины, которая технически не позволяет инкорпорацию рассматриваемого вида поведения ни в прямой, ни в косвенный умысел.

### 4.2. Композитный умысел

На наш взгляд, очевидно, что всё вышеуказанное предоставляет возможность лишь для единственного вывода, согласно которому вследствие диффузии прямого и косвенного умысла возникает новый, самостоятельный вид уголовно-правового умысла.

Этот последний с учётом специфики формирования и структурных особенностей может определяться как *dolus compositus* – *композитный или составной умысел*, так как данное понятие формируется не из специфических, характерных исключительно для него структурных элементов, а состоит из интеллектуального признака прямого умысла и волевого признака косвенного умысла.

---

<sup>1571</sup> Это, кстати, касается и косвенного умысла, включающего в виде волевого альтернативных форм поведения «сознательное допущение» последствий и «безразличное отношение» к ним, причём относительно последнего момента следует заметить, что умысел – это не индифферентность, тем более если речь идёт всего лишь о возможности наступления вредных последствий.

<sup>1572</sup> W. Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre, стр. 181.

## § 5. УК РФ

### 5.1. *Dolus directus voluntatis*

Результирует ли с необходимостью из каждой новой корреляции интеллектуальных и волевых моментов новый подвид вины? Например, если в одном случае сложение интеллектуального признака прямого умысла и волевого признака косвенного умысла приводит к третьему, самостоятельному виду умышленной вины, означает ли это, что и вследствие интеграции волевого признака прямого умысла и интеллектуального признака косвенного умысла (неопытный стрелок, атипичное или дефектное оружие, превышение прицельной дальности и т. д.) также возникает четвёртый, самостоятельный вид умышленной вины?

Ч. 2 ст. 25 УК РФ: «Преступление признается совершённым с прямым умыслом, если лицо осознавало общественную опасность своих действий (бездействия), предвидело возможность или неизбежность наступления общественно опасных последствий и желало их наступления»<sup>1573</sup>. Если лицо предвидит возможность наступления вредных последствий и желает их наступления, это означает, что интеллектуально умысел направлен к результату косвенно («предвидение *возможности* наступления»), а волюнтативно – прямо («*желание* наступления»). Ввиду этого российская формула данного вида деяния может определяться как *dolus directus voluntatis* или волюнтативный прямой умысел<sup>1574</sup>, потому как в интеллектуальном аспекте этот вид деяния ничего общего с прямым умыслом иметь не может.

### 5.2. Рецидивная десистематизация

Не менее животрепещущее обстоятельство: переняв данную формулу УК РФ от 1996 (в силе с 1997) года и формулу Хорнабуджели от 1981 года, УК РГ от 1999 (в силе с 2001) года, игнорируя понятие композитного умысла от 1998 года<sup>1575</sup>, предлагает следующую формулировку прямого умысла: «Деяние совершено прямым умыслом, если лицо осознавало противоправность своего деяния, предвидело возможность наступления противоправного результата и желало этот результат, или предвидело неизбежность осуществления такого результата»<sup>1576</sup>. По какой непонятной причине как в российском, так и в грузинском Уголовном кодексе предвидение возможности наступления вредных последствий не только присутствует в содержании прямого умысла, но и опережает там саму неизбежность, – весьма интересный парадокс. Законодателю следует принять во внимание, что здесь во-

<sup>1573</sup> Уголовный кодекс Российской Федерации, Москва, 1996.

<sup>1574</sup> См. А. Makharadze, L.-G. Kutalia, О. Makharadze, *Dolus compositus*.

<sup>1575</sup> ლ.-გ. კუტალია, *Dolus compositus*, ადამიანი და კონსტიტუცია, საქართველოს საკონსტიტუციო სასამართლოს ჟურნალი, 1998, № 3, სტრ. 50 სს.

<sup>1576</sup> საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსი, თბილისი, 2001.

прос далеко не о вкусах, а о научной системе с вытекающими отсюда закономерностями.

### 5.3. Ресистематизация вины

Первое издание настоящей монографии признаёт реальность рассматриваемого вида поведения, однако ограничивает сферу его проявления пределами фактической действительности и в силу догматически отягчающего характера данного вида деяния воздерживается от его уголовно-правового признания. Главный довод первого издания буквально состоит в следующем: желание в уголовно-правовом отношении может быть актуально только в пределах того, что предвиделось лицом конкретно.

Впрочем, переместившись из Университетских стен в стены Верховного Суда (2001), стал напрашиваться вопрос о том, не абстрактны ли сами указанные догматические кавычки. А ныне в результате дискуссий с представителями батумской школы уголовного права, в особенности с А. А. Махарадзе, было решено признать уголовно-правовую актуальность и данного вида поведения, по тому же принципу, что и в первом случае, т. е. не относя его к прямому умыслу и тем самым дезинтегрируя классическую интеллектуально-волюнтативную систему вины, а допуская его в качестве другого вида композитного умысла с сохранением данной системы<sup>1577</sup>.

Оба вида композитного умысла предполагают более мягкую степень наказуемости, чем прямой умысел, и более тяжкую степень наказуемости, чем косвенный умысел. При этом композитный умысел I степени, выражающийся в сознательном допущении *неизбежности* наступления предвиденных последствий, предполагает более строгую степень ответственности, чем композитный умысел II степени, выражающийся в желании *возможности* наступления предвиденных последствий.

Таким образом, оба вида композитного умысла, один из которых состоит из интеллектуального признака прямого умысла и волевого признака косвенного умысла, другой – из волевого признака прямого умысла и интеллектуального признака косвенного умысла, в равной степени противостоят волюнтативному прямому умыслу как УК РФ, так и УК РГ и интеллектуально-волюнтативному прямому умыслу УК РГ – в целях сохранения научно ценной, практически высокоточной интеллектуально-волюнтативной системы вины.

## § 6. Сравнительный анализ

### 6.1. Великобритания

Умышленная вина в том виде, в котором она представлена в нынешнем британском уголовном праве, сформирована вследствие проведённой в Вели-

<sup>1577</sup> См. А. Makharadze, L.-G. Kutalia, O. Makharadze, Dolus compositus.

кобритании во второй половине 80-х годов уголовно-правовой реформы. Хотя умысел и здесь делится на два вида или степени (*purpose, intention*), но у них мало чего общего с прямым и эвентуальным умыслом в классическом понимании.

В первом виде британского понятия умысла описывается лишь волюнтаривный момент, в частности то, что субъект желает и ставит своей целью противоправный результат, тогда как последующая «степень» умысла наряду с волевым элементом включает и два различных интеллектуальных элемента.

Одновременно с этим в сфере умышленной вины вообще не встречается такой волевой признак, как сознательное допущение вредных последствий, так как в обоих случаях легислативный взор британского уголовного права ограничивается желанием субъекта.

Своеобразно понимается и возможность предвидения деликтного результата: преступление лишь тогда считается совершённым умышленно, если субъект предвидел возможность наступления вредных последствий с высокой степенью вероятности, в противном случае данный интеллектуальный момент относится к неосторожности, что указывает на то, что возможность предвидения деликтного результата представлена в двух различных видах.

Как видим, британская система умышленной вины основана на существенно иных соображениях и, следовательно, в рассматриваемом ракурсе не может ставиться вопрос о проведении каких-либо строгих параллелей с ней. В то же время очевидно, что эта последняя непременно нуждается в совершенствовании, о чём нередко указывают и сами британские криминалисты, например, Р. А. Дуфф, который наиболее убедительно доказывает алогичность ограничения первого вида умысла (*purpose*) волюнтаривной категорией<sup>1578</sup>.

## 6.2. Франция

В связи с французской моделью умысла наше внимание главным образом привлекают следующие два обстоятельства: множественность отдельных видов умысла и разногласие французских криминалистов относительно того, должен ли в уголовном законе определяться принцип умышленной вины.

*Intention méchante, intention frauduleuse, intention de nuire, animus injuriandi* – это всего лишь часть тех видов умысла, которые французский законодатель упоминает спонтанно, без всякой системности и иерархической определённости.

Р. Легрос и вместе с ним значительная группа авторов первопричину всей этой неслаженности видят в том, что Уголовный кодекс прямо не опреде-

<sup>1578</sup> R. A. Duff, *Codifying Criminal Fault*, стр. 94-95.

ляет принцип уголовно-правового умысла<sup>1579</sup>. Кодекс действительно молчит о принципе умысла<sup>1580</sup>, однако, в отличие от воззрения Легроса, большинство французских криминалистов исходит из позиции Р. Гриффона, полагавшего, что принцип умысла следовало определить уголовному праву, а не уголовному закону<sup>1581</sup>. На наш взгляд, с точки зрения дифференциации умысла на конкретные виды, решающим фактором является практическое применение указанного принципа, а не то, где он дефинируется – в Уголовном кодексе или в учебнике уголовного права.

В актуальном для нас аспекте можно заметить лишь то, что для французского уголовного права наподобие британского чужд такой вид умысла, при котором субъект сознательно допускает неизбежность наступления деликтного результата или желает возможные последствия своего деяния.

### 6.3. Испания

По существу то же самое касается и испанского уголовного права. Хотя современная уголовно-правовая догматика, всё более подпадающая под влияние немецких уголовно-правовых школ, уделяет значительное внимание проблеме взаимоотношения интеллектуальных и волевых моментов в понятии умысла, в том числе конкретно проблеме желания вредных последствий<sup>1582</sup>, однако в качестве самостоятельного вида уголовно-правового умысла и в этом случае не выделяется сознательное допущение неизбежности наступления нежелательных последствий, равно как желание возможного результата.

### 6.4. ФРГ

Весьма оригинальная ситуация представлена в немецком уголовном праве. Здесь различают два вида прямого умысла: т. н. прямой умысел первой степени и т. н. прямой умысел второй степени. В рамках прямого умысла второй степени «преступник знает или предвидит как необходимое, что он осуществляет предусмотренный законом состав преступления». В особенной части применяется термин «заведомо» („wissentlich“) или «вопреки осознанности» („wider besseres Wissen“), если налицо вторая степень прямого умысла как форма умысла. Наряду с этим «осознанность» дана и тогда, если делинквент предвидел определённые последствия как необходимый и несомненный результат, несмотря на то, желал он наступления этого результата или нет<sup>1583</sup> в смысле доминирования интеллектуального момента над волевым. Аналогичные параллели здесь допустимы и с «необходимой промежуточной целью» прямого умысла первой степени.

<sup>1579</sup> R. Legros, L'élément moral dans les infractions, Paris, 1952, стр. 83.

<sup>1580</sup> См. Code Pénal Français, Ed. Dalloz, 1994-96, Art. 121-3.

<sup>1581</sup> R. Griffon, De l'intention en droit pénal, Paris, 1911, стр. 20.

<sup>1582</sup> См. J. A. Oneca, Derecho penal, 2ª ed., Madrid, 1986, см. 230.

<sup>1583</sup> W. Joecks, StGB (Studienkommentar), München, 1999, стр. 52.

Как несложно догадаться, немецкому уголовному праву, с точки зрения сохранения классической интеллектуально-волеустремительной схемы вины, не удалось прийти к более эффективному решению рассматриваемой проблемы, чем это представлено в грузинском или российском уголовном законодательстве: система отсутствует и здесь.

## **§ 7. Неоклассическая система вины**

### *7.1. Принцип систематизации*

Прежде всего: ввиду того что в классической системе вины речь идёт об интеллектуально-волеустремительной схеме, в пределах данной конструкции и сферы её применения умысел и неосторожность могут рассматриваться в качестве форм или видов вины.

*Наряду с этим: каждая субформа вины должна содержать не менее, но и не более 1 волеустремительного и 1 интеллектуального признака.*

#### **Умысел**

*Прямой умысел* – стремление к неизбежному вреду.

*Косвенный умысел* – инструментализация возможного вреда.

#### **Композитный умысел**

*Композитный умысел I ст.* – инструментализация неизбежного вреда.

*Композитный умысел II ст.* – стремление к возможному вреду.

#### **Неосторожность**

*Легкомыслие*<sup>1584</sup> – неубедительное исключение вреда.

*Небрежность* – неисключение исключаемого вреда.

## **Глава XV**

### **ЛЕГИСЛАТИВНЫЙ АСПЕКТ ВИНЫ**

#### **§ 1. Действующее законодательство**

##### *1.1. Дона*

Как отмечалось выше, ещё выдающийся немецкий криминалист А. Г. ц. Дона со всей принципиальностью упрекал современного ему законодателя в том, что уголовный закон упоминал всего лишь умысел и неосторожность (да и то без определения), а о вине хранил молчание.

Замечание Дона совершенно справедливо, так как если в Уголовном кодексе гражданину как субъекту уголовно-правового отношения не определя-

---

<sup>1584</sup> Признавая правоту российских реформаторов: «самонадеянность» как таковая лишена специфики материальной виновности.



ется значение вины и не только вины, а также других основных признаков преступления, можем получить столько определений этих понятий, сколько насчитывается адресатов норм, что, разумеется, никак не способствует предсказуемости уголовно-правовых отношений.

### *1.2. Отсутствие дефиниции*

На наш взгляд, отсутствием определения понятия вины в Уголовном кодексе, прежде всего, отвергается практическое значение понятия вины и вина целиком сводится к уголовно-правовому понятию, ценному всего лишь теоретически. Иная оценка абсолютного пренебрежения (уголовно-правовым) понятием вины в Уголовном кодексе вряд ли может представляться возможной. И это с учётом того, что на вину в уголовном праве приходится главнейшая практическая нагрузка.

## **§ 2. Проект УК**

### *2.1. Каузальность и вина*

Если допускать, что в Уголовном кодексе причинная связь, помимо того, что должна ранжироваться в её факультативности непосредственно рядом с виной в её конститутивности, подлежит легислативному дефинированию, то перед нами следующее противоречие: недопустимо, чтобы понятие вины в отличие от понятия причинной связи не дефинировалось, как это встречается в проекте УК. Здесь несомненно имеем дело с развёрнутой спонтанностью, так как в случае присутствия конкретного критерия имело бы место либо одновременное дефинирование обоих понятий, либо одновременное недефинирование.

### *2.2. Умысел и неосторожность*

Главным предметом критики нам представляется не то, что в законопроекте прямо не демонстрируется отношение умысла и неосторожности к вине, а то, что, судя по законопроекту, вообще неясно, каково отношение этих первых двух понятий к последнему понятию.

### *2.3. Доктринальная специфика*

Трансформация понятий «умышленное преступление» и «неосторожное преступление» в проекте УК создаёт весьма благоприятные условия как для выявления отношения умысла и неосторожности к вине как таковой, так и с точки зрения надлежащего отображения в уголовном законе доктринальной специфики понятия вины. Ведь должно быть понятно, об Уголовном кодексе какой конкретной страны с какой уголовно-правовой доктриной идёт по сути речь.

#### 2.4. Коллективная вина

Прежде всего, *что-то* не может быть виновно. Метакаузально, по крайней мере. Здесь особо следует заострить внимание на том обстоятельстве, что психологический облик или даже психологический аспект вины – незыблемая гарантия индивидуальной вины (*психологически коллективной вины не существует, ибо не существует коллективной психики*), чего нельзя сказать о нормативистской, чисто оценочной модели вины финалистов или об общепреентивно «функциональной» вине.

С другой стороны, нет разницы между наказанием юридического лица и наказанием церковного колокола, лишившего жизни человека и приговорённого Россией XIX века к уничтожению, впоследствии, однако, помилованного и преселённого в Сибирь.

Помимо этого, при необходимости, например, ликвидации юридического лица в действительности наказывается, конечно же, не юридическое лицо, а собственник юридического лица, где и можно дифференцировать: индивидуальная вина – наказание, опасность – превентивные меры, вред – гражданско-правовое возмещение, называя всё своими именами.

И, наконец, разумеется, в уголовном праве исходным моментом является охрана правового добра (интереса). В этом отношении претензий к институту уголовной ответственности юридических лиц не может быть. Более того, ответственность юридических лиц создаёт весьма благоприятные условия для квантитативной оптимизации штрафа в виде денежного взыскания, однако напрашивается вопрос – насколько справедливой оптимизации, потому как *отрицание идеи индивидуальной вины своей необходимой предпосылкой предполагает наказание и невиновных лиц*. В силу этого принцип индивидуализации Беккариа технически неопровержим.

#### 2.5. Гипотетический результативный деликт

Гипотетический результативный деликт наряду с теоретической характеризуется и практической актуальностью, и, следовательно, уклонение в уголовном законе от стандартизации ключевых моментов в рассматриваемом отношении не может быть существенно оправдано.

#### 2.6. Законодательное понятие вины

Нам представляется необходимым перенять опыт российского уголовного законодательства, где в совершенстве осознаётся необходимость определения понятия вины в уголовном законе. При этом то, насколько приемлемо

само содержание представленной в УК РФ дефиниции понятия вины<sup>1585</sup>, – принципиально иной вопрос.

## Глава XVI

### БОНН VS. БОНН: «УГОЛОВНОЕ ПРАВО ВРАГА»

#### § 1. Враги «*extra muros*»

##### 1.1. «Неличность» враг

Кто, в понимании Канта, как «источник постоянной угрозы» не может быть ограничен пределами «общезаконного состояния»<sup>1586</sup>, «не желает или не может» осмыслить себя в качестве «компетентной личности»<sup>1587</sup> (точнее: «не отвечает минимальной когнитивной гарантии [персонального поведения]», «решительно отвернувшись от права», т. е. «принципиально отвергает легитимность правопорядка» и т. д.<sup>1588</sup>), в отношении него как «опасного индивида», по Якобсу, возможно лишь применение «физически эффективных» мер, что указывает на то, что «противостоять» ему наказанием как «компетентной личности как таковой» не удаётся<sup>1589</sup>. Наряду с этим «принципиальный девиант» или «принципиальный противник» иначе, чем «компетентный гражданин», не должен быть ни в коей мере «правомочен» экстернализировать свои поведения, а его следует «далеко заблаговременно застигнуть»<sup>1590</sup>. В частности дело касается *ab initio* «некомпетентного» адресата обязанностей среди прочего как субъекта преступления, воспринимаемого как «правовая неличность» или «бесправный индивид»<sup>1591</sup>.

##### 1.2. «Свобода и безопасность»

Иными словами, для уголовного права, которое в основном в ожидании деяний, на сей раз не остаётся ни малейшего пространства, государство, *ad litteram*, ни с какой точки зрения не должно «реагировать», а само – непосредственно «агировать» в целях предупреждения всякой акции со стороны «принципиального противника».

<sup>1585</sup> Уголовный Кодекс Российской Федерации, Москва, 1997, ст. 24.

<sup>1586</sup> См. Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, стр. 90 сс.

<sup>1587</sup> *Ibid.*, стр. 88 с.

<sup>1588</sup> Jakobs: *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, стр. 92 с и *passim*; *Feindstrafrecht*, стр. 291 сс; ср. ders., *Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung*, in: U. Neumann et al. (Hrsg.), *Verantwortung in Recht und Moral*, 2000, стр. 67 сс.

<sup>1589</sup> Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, стр. 88 с.

<sup>1590</sup> *Ibid.*, стр. 90, 92 с; ders., *Feindstrafrecht*, стр. 293.

<sup>1591</sup> Jakobs: *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, стр. 88 с, 93; *Terroristen als Personen im Recht?*, стр. 837 с и *passim*; *Staatliche Strafe*, стр. 43; ders., *Feindstrafrecht*, стр. 292 и *passim*.

## § 2. Конфликтоспособность правового государства

### 2.1. «Необходимая оборона»

Понятие необходимой обороны отнюдь не может расцениваться как «многозначительный пример» в пользу контекста «уголовного права врага», как это настоятельно выделяется Якобсом<sup>1592</sup>: не существует необходимой обороны против «бесправного» нападающего<sup>1593</sup>.

### 2.2. ?

Концепция в труде характеризуется как ультрафашизм.

### 2.3. «Позитивизм»

Несмотря на дескриптивные амбиции «уголовного права врага»<sup>1594</sup>, налицо юридически организованное общество, но не естественное состояние. Склоняется ли общество в отношении деликтного поведения как такового к естественному состоянию или же сокращается путём исключения делинквента, результат один и тот же: обходим стороной то, что называется конфликтоспособным обществом, и конфликтоспособность – конститутивный признак истинно юридически сконструированного общества.

## § 3. Последствия

### 3.1. Проблемы идентичности

От войны естественного состояния «уголовное право врага» пытается переключиться на государственное предотвращение опасностей. В то же время поиск собственной идентичности производится по резко контрастным направлениям: от совершенно справедливого скептицизма, доказуемо ли «уголовное право врага» как право вообще и от попытки извлечь его из, прежде всего, с точки зрения правового государства несуществующего<sup>1595</sup> вакуума, чем оно как право как раз отвергается, до готовности к цессии оснастить его уголовно-материальными и уголовно-процессуальными гарантиями, имманентными правовому государству, чтобы «сделать его сносным из перспективы правового государства», и, наконец, до признания в качестве самого права в смысле того же правового государства, а именно с той точки зрения, что «уголовное право врага», в свою очередь, должно ограничивать государство в процессе борьбы с государственными опасностями<sup>1596</sup>. Однако, с другой стороны, с этой последней точки зрения, прежде всего, вряд ли мож-

<sup>1592</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 292, 297.

<sup>1593</sup> См. *ibid.*, стр. 292 с.

<sup>1594</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 289.

<sup>1595</sup> Что означает то, что состояние, в котором не обладают никакими гарантиями правового государства, неидентифицируемо ни в одном правовом государстве.

<sup>1596</sup> Jakobs: Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft, стр. 51; Feindstrafrecht, стр. 290, 294, 296; Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 90.

но пренебречь тем, что право никогда не существует «по меньшей мере», а всегда более, чем «только для управляемого правилом и в силу этого не спонтанно-аффективного поведения»<sup>1597</sup>, потому как всё зависит именно от правил.

Правовое государство или право остаётся всеобъемлющим требованием, владея и для самых острых вызовов *собственными* институтами<sup>1598</sup>, к числу которых, между прочим, относится и институт необходимой обороны. Из пробелов в призме правового государства, прямо говоря, из пустыни в данном контексте, которую предлагает «уголовное право врага», в отличие от этого словно может результировать абсолютно всё, кроме субъективного права.

### 3.2. «Правовая охрана врага»

А если «уголовное право врага» предъявляет претензию на то, что представляет собой право, ограничивая государство, его органы и граждан в борьбе против «врагов», нормативно-логически предпосылкой этого предстаёт то, что «враг» наделён правом требовать этого от государства, его органов и граждан. «Уголовное права врага», которое ограничивает и которое в этом должно проявляться как право, должно, соответственно, обеспечивать правовую охрану, однако эта «правовая охрана» так же не может касаться гражданина, ибо гражданина охраняет не «уголовное право врага» как самого «врага», ибо он, чтобы напрямую не исключить его понятия, остаётся «бесправным».

### 3.3. *In hostem omnia licita?*

Отвергая собственно правовое обращение с субъектом, т. е. именно «деперсонализируя», вся проблематика – по оптимальным расчётам – перемещается в плоскость *нагой* инструментальной соразмерности, и здесь уже всякие старания обнаружить запрет пыток тщетны: «Согласно Якобсу, могут существовать прагматичные причины для отрицания пыток – например, чтобы излишне не раздражать «врага». В отличие от этого правовой *запрет* в рамках уголовного права врага уже не имеет места»<sup>1599</sup>. Более того: «вражеско-уголовно-правовая» «оптимизация» права на безопасность также не исключает убийство на основании подозрения – «болота»<sup>1600</sup>, с тем отличием, однако, что позитивно-юридически их не существует («дескриптивно ос-

<sup>1597</sup> Ibid., стр. 88.

<sup>1598</sup> Иначе К. Viquez, Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?, in: Política Criminal, 3/2007, стр. 11 с.

<sup>1599</sup> Bielefeldt, Folterverbot, стр. 10.

<sup>1600</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 290.

мысленное»<sup>1601</sup> «уголовное право врага»?) и не может существовать в условиях правового государства.

#### § 4. «Деперсонализация» в мире vs. персонализация на войне

##### 4.1. «Подавление опасности»

Хотя в противоположность «конституированию действия нормы» его «сохранение» не может представляться инородным телом в понятии наказания, однако решающе не это, а то, что *инструментализация* делинквента не может достигаться ни во «вражеско-уголовно-правовом» отношении в целях «конституирования действия нормы», ни с точки зрения «уголовного права гражданина» в целях «сохранения действия нормы».

##### 4.2. Гражданская война

То, что «в состоянии осуществлённого действия права именно в функционирующем обществе»<sup>1602</sup> дело касается не только «основных случаев деликта», а в той же мере и «принципиальных девиаций», не просто от «виртуального», а от «действительно действующего» порядка, и что тем самым и «сохранение действия нормы» подразумевается параллельно, отнюдь не является немыслимым<sup>1603</sup>, так же как и то, что правопорядок, например, «*должен* предпринять против террориста, если желает самосохраниться», именуется это «умеренной войной»<sup>1604</sup> или нет, так же не представляет собой войну в естественном состоянии, как, например, *гражданскую* войну, которая из «вражеско-уголовно-правовой» перспективы вообще необъяснима, чем лишний раз обнаруживается беспрецедентная опасность данной концепции.

##### 4.3. Военный преступник

Разумеется, в эпохе международной борьбы с терроризмом, когда террористы иной раз заручаются открытой государственной поддержкой и пользуются такой же открытой защитой, порой может промелькнуть и мысль о том, что «понятия «война» и «уголовный процесс» смешаны друг с другом», однако это ничего не меняет с той точки зрения, что в естественном состоянии не существует субъективного права на безопасность и кто борется против террористов как против «принципиальных противников», борется не за обретение этого права, а предъявляет его, которое, между прочим, может быть *легитимным*<sup>1605</sup> только *юридически*, а не, скажем, в силу естественного состояния. В качестве *войны* это противоборство, в свою очередь, мо-

<sup>1601</sup> Ibid., стр. 290, 297.

<sup>1602</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 94 с.

<sup>1603</sup> Ср. Sinn, Moderne Verbrechenverfolgung, стр. 113 с и passim.

<sup>1604</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 92.

<sup>1605</sup> Ibidem.

жет только *in extremis* олицетворять легитимное решение<sup>1606</sup>, но никогда против «бесправных врагов»: их в современном понимании нет ни в одной войне, и, помимо этого: определённые нормативные ожидания, касающиеся врагов в любой войне, формируются и поддерживаются не – *sit venia verbo* – в том смысле, что их никто к сведению принимать не станет. В *этом* виде формируется впоследствии в международном уголовном праве<sup>1607</sup> и понятие военного преступника – чуждый во всех его проявлениях для естественного состояния феномен.

#### 4.4. Сущность преступления

С тенденцией, в частности с юридико-теоретически необратимой тенденцией, которая там временно выделяется, исходная идея «уголовного права врага» вряд ли может гармонизироваться, скорее, дело касается именно взаимонесовместимых начал в виде персональности врага как исходного момента на войне, где и есть истинно юридическое место данному понятию, в первом случае и поиска «врагов» как «(правовых) неличностей» в социальном мире – во втором. С другой стороны, будь это в отношении террористов или нарушителей прав человека, где неизбежно, чтобы «*сначала* велась война»<sup>1608</sup>, понятие врага также не может осмысляться в качестве самоцели, которая замещала бы здесь понятие субъекта процесса<sup>1609</sup>; дело в действительности может касаться лишь максимально эфемерных промежуточных решений без собственного значения, свидетельствующих о том, что террорист как террорист, равно как нарушитель права человека как нарушитель права человека должен рассматриваться не как враг, а как делинквент<sup>1610</sup>. Хотя словом во «вражеско-уголовно-правовом» отношении прокламируется предотвращение противного<sup>1611</sup>, во всяком случае, очевидно, что для «уголовного права врага» как для «превентивного права» сущность понятия преступления остаётся непознаваемой.

<sup>1606</sup> Ср. W. S. Heinz / J.-M. Arend, *The International Fight against Terrorism and the Protection of Human Rights. With Recommendations to the German Government and Parliament*, 2005, стр. 30 с и *passim*.

<sup>1607</sup> См. к рассматриваемой концепции в контексте международного уголовного права P. L. V. de Quiroga, *Cicero: Bellum Iustum and the Enemy Criminal Law*, in: M. Bergsmo, E. J. Buis (Editors), *Philosophical Foundations in International Criminal Law: Correlating Thinkers*, Brussels, 2018, стр. 3 сс.

<sup>1608</sup> Jakobs, *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, стр. 95.

<sup>1609</sup> Aponte, *Krieg und Politik*, стр. 302.

<sup>1610</sup> Heinz/Arend, *The International Fight against Terrorism*, стр. 9, 30 с.

<sup>1611</sup> Jakobs: *Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht*, стр. 92; *Feindstrafrecht*, стр. 294.

## § 5. Именем безопасности?

### 5.1. Философия

Действительно сводим ли понятие гражданина к понятию «врага» с определёнными ссылками на договорно-теоретические тезисы из философии в большей степени Гобсса и Канта и в меньшей степени Руссо и Фихте<sup>1612</sup> или отвергаем в ином виде в рассматриваемом контексте среди прочего как «разумного эгоиста» в кантовском смысле<sup>1613</sup>, т. е. исходим просто из понятия «несоциализируемого субъекта» в понимании Монтескье<sup>1614</sup>, может представляться другой проблемой<sup>1615</sup>. Однако это отнюдь не так, невзирая на то, подразумевается ли данное понятие «принципиально уничижительно»<sup>1616</sup> или применяется только как *terminus technicus*<sup>1617</sup>. Прежде всего, «вражеско-уголовно-правовая» точка зрения направлена против исходного положения теории наказания Гегеля<sup>1618</sup> – теории наказания, к конструктивной проблематизации которой Якобс сам же стремится в любом другом отношении<sup>1619</sup>. – Если, следовательно, «реакция» «уголовного права врага» касается не «личности», а «психофизической системы» и не только в случае «актуального преступника» (в квантитативном аспекте «вражеско-уголовно-правовой» «принципиальной девиации»), а в той же мере и в случае «потенциального преступника» должна осуществляться вообще до всякого преступления (в квалитативном контексте того же аспекта), то это именно те особен-

<sup>1612</sup> Jakobs: Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 89 сс; Feindstrafrecht, стр. 289, 292 с; см. также к понятию «врага правового добра» ders., Kriminalisierung im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung, стр. 753 с; критически, прежде всего, в отношении якобской ссылки на Канта: J. Arnold, Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen, in: Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 8-9/2006, стр. 305 с; Bung, Feindstrafrecht, стр. 69 с; Bielefeldt, Folterverbot, стр. 9.

<sup>1613</sup> Детально R. Saage, Eigentum, Staat und Gesellschaft bei Immanuel Kant, 2. Aufl., Baden-Baden, 1994, стр. 134 с.

<sup>1614</sup> Ch.-L. Montesquieu, De l'esprit des lois, Paris, 1977, стр. 96.

<sup>1615</sup> См. к понятию «конструированного врага» Aronte: Krieg und Politik, стр. 300; Feind oder Bürger?, стр. 145 сс; критичнее в том же отношении Malek, Feindstrafrecht, стр. 317.

<sup>1616</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 88.

<sup>1617</sup> Хотя что не означает того, словно в уголовном праве в том же контексте нет его никаких следов. Тем не менее из инструментальных корреляций, в которых, например, проявляется момент «враждебного отношения воли» (см. K. Lackner / K. Kühl, StGB, 22. Aufl., München, § 211/6 с), вряд ли можно уловить истинно правовое, скорее, наоборот.

<sup>1618</sup> Ср. B. Haffke, Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?, in: Kritische Justiz, 2005 (Н. 1), стр. 22.

<sup>1619</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 26 сс; однако см. ders., Rezension: Benno Zabel: Schuldtypisierung als Begriffsanalyse. Tiefenstrukturen moderner Praxisformen und deren strafrechtliche Transformation, Berlin, 2007, Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 5/2007, стр. 232.



ности, которые Якобс в других случаях совершенно справедливо относит не к правопорядку, а к «самому тоталитарному порядку»<sup>1620</sup>.

### 5.2. Права человека

Таким образом, общество, понимающее себя в *status belli* с «опасным индивидом», было бы само же не менее опасным, и актуальный для нас случай является наглядной иллюстрацией этого, учитывая, что во «вражеско-уголовно-правовом» отношении речь идёт о «деперсонализации» (и) в её крайнем проявлении. Ибо в обществе, которое смогло бы перевоплотить граждан в «опасных индивидов», не встречались бы права человека, т. е. дело уже по определению не может касаться отлучения любого лица и тем самым его восприятия вне прав человека в правовом государстве, а вопрос о стигматизации в качестве незаконного «врага» может ставиться лишь за счёт эрозии понятия прав человека, потому как они – права именно *любого*, неотъемлемы<sup>1621</sup>. Соответственно, если «уголовное право врага» наставляет, что «статус гражданина не должен представлять собой ничего нелишяемого»<sup>1622</sup>, это с нашим временем никак не может корреспондировать, так как в эре прав человека статус гражданина – именно «нечто нелишяемое». Это, в свою очередь, приподнимает завесу особой смутности над тем, почему ориентированное на деперсонализацию в виде правила или исключения «уголовное право врага» рассматривает права человека как «т. н. права человека»<sup>1623</sup>.

### 5.3. Делинквент

В концепции «уголовного права врага» каждый делинквент – более или менее – перевоплощается во «врага», что здесь, правда, не может быть предметом дальнейшей конкретизации.

### 5.4. Велосипедист

Предпосылкой понятия врага является понятие войны, и где мир правового государства именем безопасности заменяет война, прежде всего, пренебрегается тем, что *в любой перманентности мира больше безопасности, чем в любой перманентности «самой умеренной» войны*. «Вражеско-уголовно-правовое» восприятие общества, т. е. «общество» как квазисоциальная конструкция, «выдворяющая»<sup>1624</sup> и «воюющая», в корне обречено, так как об-

<sup>1620</sup> Jakobs, Schuldprinzip, стр. 26.

<sup>1621</sup> Детально Bielefeldt, Folterverbot, стр. 5 и passim.

<sup>1622</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 89.

<sup>1623</sup> Ibidem.

<sup>1624</sup> И даже если это называлось бы «самоувольнением»: Jakobs: Feindstrafrecht, стр. 293 и passim; Personalidad y exclusión en derecho penal, in: ders., Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad, 2004, стр. 66 с; однако см. и к отрицанию «элиминирующей» позиции вообще ders., Norm, 1. Aufl., стр. 101 с.

*щество* – это превенция войны, вернее, никогда не меньше, чем превенция войны. Вытекающее из «вражеско-уголовно-правовых» постулатов «социальное» мировоззрение: мир как «поле брани» может, в крайнем случае, наличествовать лишь в условиях противоправных порядков.

Инцидентное ядро всей корреляции конкретизируется уже в очередном сегменте «вражеско-уголовно-правовых» противоречий. Хотя оговаривается, что «уголовное право врага» следует воспринимать как «нечто для длительного применения» непригодное, однако безотносительно к вышеуказанной точке зрения, почему в таком случае дело касается не «прескриптивности», а всего лишь того, чтобы «описать» *давно функционирующее* – ! – (что, в свою очередь, означает, что оно непригодно именно для любого применения, а, скажем, не то, словно здесь налицо позитивно-юридически перманентно ведомая война), и хотя обещает «уголовное право врага» «диктат мира», но без гарантий того, что не будут существовать террористы или «ноторически безсветные велосипедисты»<sup>1625</sup>, которых оно стремится держать под прицелом.

#### 5.5. УПК

Таким образом, речь о «вражеско-уголовно-правовом» применении позитивного права однозначно исключается, в том числе на примере процессуально-правовых компонентов<sup>1626</sup>. Поскольку если тем, что в исключительных случаях обвиняемому, согласно §§ 31 сс Вводного закона к Закону о суде, с целью предотвращения различных видов опасностей для третьего лица не предоставляется возможность контакта с защитником, вряд ли кто-либо сможет резюмировать, что государство ведёт войну против заключённого под стражу или по меньшей мере дело касается военнопленного, то понятие «врага» *уже* в силу этого не является менее абстрактным, и ведь заключение обвиняемого под стражу в соответствии с §§ 112, 112 а УПК ФРГ также не может рассматриваться как уничтожающий арест. Однако осуществление (уголовного) права и война никогда не предстают антитетичными понятиями только с момента задержания, а являются таковыми изначально.

Та же ситуация представлена и в отношении материально-правовых последствий, между прочим, в случае создания террористических объединений в соответствии с ч. 6 § 129 а УК ФРГ. Правда, этот и не один другой момент отнюдь не свидетельствуют о том, что позитивно-правовой контекст как таковой не мог бы выглядеть иначе, только это и вместе с тем всякая «разгрузка»<sup>1627</sup> «уголовного права гражданина» «уголовным правом врага» именно никак не породила бы картину, распознаваемую истинно социально или из перспективы правового государства. В первом смысле не с меньшей наг-

<sup>1625</sup> Jakobs: Feindstrafrecht, стр. 290, 292, 294; Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 92.

<sup>1626</sup> Ibid., стр. 93; обстоятельно в данном контексте ders., Feindstrafrecht, стр. 296.

<sup>1627</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 94.

лядностью, чем во втором, что обусловлено тем, что «элиминация из общества» по определению несовместима с истинно социальной точкой зрения.

### 5.6. Субъект

«Уголовное право врага» может иметь свой виртуальный предмет – «подавление опасности» (или, как акцентируется, «борьбу против опасности»), оно как таковое, между прочим, может ограничивать и государство в «борьбе против опасности» и т. д.<sup>1628</sup>; однако: кто не является «личностью в праве», не может осмысляться и в качестве субъекта «уголовного права врага», и где нет субъекта, там не может быть и «уголовного права врага».

Что «уголовным правом врага» тем самым, прежде всего, остаётся непознанным, есть феномен ошибочно действующей личности: *не существует вреда (действию нормы) без предшествующей опасности.*

## § 6. Диалектика реального бытия

### 6.1. Личность и индивид

«Вечно аномичное поведение» или «ноторическое разочарование нормативного ожидания», согласно «уголовному праву врага», выявляет «фактическую опасность»<sup>1629</sup>, исключаящую «персональность» действующего. Тем не менее без определённой модификации прежний тезис Якобса об «ожидаемости преданности норме другими»<sup>1630</sup> с этим несовместим<sup>1631</sup>. Но главное здесь не это, а основное мерило лежит в совершенно другой плоскости.

### 6.2. Монотропная и политропная преступность

«Общество» (не государство?) «не освобождает и упрямого преступника от обязанности не совершать преступления»<sup>1632</sup>. Напрашивается вопрос, в силу чего здесь вообще должно касаться дело «обязанностей» и «деликтов»<sup>1633</sup>, когда преступник рассматривается как «некомпетентный»? Ответ на это, т. е. на то, почему следует сохранять обязанности делинквента «неприкосновенными» в условиях, в которых «не существует когнитивного ожидания выполнения обязанности», согласно этой концепции, гласит не иначе как следующим образом: «Иначе он в силу отсутствия обязанности не был бы

<sup>1628</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 293 с.

<sup>1629</sup> Ibid., стр. 90 сс; ders., Feindstrafrecht, стр. 292.

<sup>1630</sup> Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 91.

<sup>1631</sup> Детально Llinares, Persona o enemigo, стр. 141 сс.

<sup>1632</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 294.

<sup>1633</sup> Что не менее неприемлемо и для такого уголовного права, как французское, которое, с одной стороны, «идеологически никогда не отвергало меры социальной обороны», а с другой – «дегуманизировано» ввиду уголовной ответственности юридических лиц (см. в обоих аспектах J.-F. Dreuille, Le droit pénal de l'ennemi: éléments pour une discussion, Jurisprudence. Revue critique, Université de Savoie, 2012, стр. 157 с и passim).

преступником»<sup>1634</sup>. Хотя налицо носитель обязанностей, но не «компетентный» носитель обязанностей, и именно так же хотя дано преступление, но дан не «ординарный случай преступления»<sup>1635</sup>. Обязанность и деликт, в отличие от персональности и действия нормы, соответственно, во «вражеско-уголовно-правовом» понимании, так сказать, бесконечно релятивируемые параметры. Однако очевидно, что это квадратура круга, и поиск решения не может ориентироваться на абстрактные отношения в смысле чистой имманентности.

«Уголовное право врага» по своей сути и здесь противится истинно социальной постановке вопроса, так как «коммуникативная неспособность» «принципиального ренегата» логически необоснуема<sup>1636</sup>. Причина, в силу которой здесь возможна<sup>1637</sup> не только «возможность (...) надёжного вменения», но и в той же мере «возможность (...) ожидания обеспечивающего ориентира выполнения нормы»<sup>1638</sup>, состоит в следующем: *человек – социальное существо*. Если тезис верен – если нет, то на чём основывается общество в своей исконности? –, здесь понятие «минимальной когнитивной гарантии персонального поведения», ориентированное на «деперсонализацию», не может быть перспективной конструкцией, потому как в таком случае «минимальная гарантия» в отношении любого «упрямого преступника» более или менее презумируемо, и это, в свою очередь, свидетельствует о том, что «уголовное право врага» не может корреспондировать ни с какой бы то ни было истинно социальной точкой зрения. Отсюда, прежде всего, следует то, что субъект монотропной преступности и субъект вытекающей из «антисоциального настроения в общем» политропной преступности не может восприниматься соответственно в качестве «парциального врага» и «тотального врага»<sup>1639</sup>.

### 6.3. Дисконтинуитет

«Формальная личность», «недействительная личность», «неличность» и т. д. в том или ином виде основаны на истинно социально чуждом дисконтинуитете. Соответственно, яacobское понятие личности по своей сути рассчитано на тончайшую гармонию «нормативно конформных проектов мира», в отличие от чего с диалектикой реального бытия оно кардинально несовместимо.

<sup>1634</sup> Ibid., стр. 293.

<sup>1635</sup> Ibid., стр. 292 и passim.

<sup>1636</sup> Ср. Sinn, *Moderne Verbrechenverfolgung*, стр. 114.

<sup>1637</sup> См. также Bung, *Zurechnen-Können*, стр. 320 с.

<sup>1638</sup> Jakobs, *Feindstrafrecht*, стр. 297.

<sup>1639</sup> Ibid., стр. 293 с.

6.4. *Hostis*

На примере «*inimicus*» «уголовного права врага», прежде всего, дело не касается ни субъекта превентивной меры уголовного права, сдерживаемого от правонарушений, ни военнопленного в соответствии с военным правом, который, в свою очередь, должен сдерживаться уже от того, на что он как враг, правда, «правомочен». Наряду с этим «компромисс», словно дело не касается «чужого» (например, как «*hostis*»)<sup>1640</sup>, где речь об «эксмитированном из общества», – напрасная слеза.

6.5. «Смешанные типы»: *цугцванг*

Если присмотреться с большей точностью к тому, с чем контекстуально имеем дело<sup>1641</sup>, т. е. сколь неприметно перевоплощается «виновный враг» в «виновную личность», которая уже уголовно ответственна, непросто разобраться в том, по какой конкретной причине следует и дальше держаться за избыточное понятие «врага».

Это, в свою очередь, со всей ясностью указывает на то, что в отношении «смешанных типов»<sup>1642</sup> налицо преимущественно сухой *цугцванг*. Если исходить из того, что против преступника, который «не соучаствует в «общезаконном состоянии»», следует действовать «превентивно *наряду* с наказанием»<sup>1643</sup>, это с сущностью<sup>1644</sup> «уголовного права врага» радикально расходится, никак не оттеняя его основополагающие представления. Однако от них рассматриваемая концепция не отказывается, а прибегает к дуализации: против «врага» следует действовать не только «*наряду* с наказанием», а также превентивно «*до* преступления»<sup>1645</sup>. В частности с этой последней точки зрения дело касается неидентифицируемых в уголовно-правовом отношении «опасностей», в то время как с учётом поляризованных «вражеско-уголовно-правовых» релятиваций остаётся открытым, какой гордический узел стремится развязать «уголовное право врага», и презумпция невиновности, если не иметь в виду сугубо технически редуцированный вид данного принципа, значительно расшатывается<sup>1646</sup>. То же самое иллюстративно: между запертым на ночь домом<sup>1647</sup> и охотой за потенциальными преступниками проходит грань, дифференцирующая право на безопасность с точки зрения правового и неправового государства.

<sup>1640</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 294.

<sup>1641</sup> Ср. A. Hannachi, La théorie du droit pénal de l'ennemi, 2015, <http://hannachiahlemlaw.canalblog.com/archives/2015/06/07/32178015.html>, I/B, согласно которой «враг в этой концепции наказывается за свою опасность, а не за свою виновность».

<sup>1642</sup> Ibid., стр. 293.

<sup>1643</sup> Ibid., стр. 294.

<sup>1644</sup> См. Jakobs, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, стр. 90.

<sup>1645</sup> Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 294.

<sup>1646</sup> Bielefeldt, Folterverbot, стр. 10.

<sup>1647</sup> Ibidem.

## 6.6. «Бесправный адресат обязанностей»

«Бесправный носитель обязанностей» как *центральная особенность «уголовного права врага»*<sup>1648</sup> теоретически не может консолидироваться<sup>1649</sup>. Это точнее свидетельствует о том, что «неличность» или «враг», между прочим, – слишком искусственное понятие.

## 6.7. Вещное право

В свободолобивом обществе к праву на безопасность никогда не подойти сугубо инструментально. Где «субъект» «уголовного права врага» именуется «бесправным индивидом», по определению недопустима речь о том, что «уголовное право врага» в борьбе с «врагами» истинно юридически ограничивает. Если оно стремиться к ограничениям в отношении «природы», то попирается неприкосновенность достоинства личности, и, помимо этого, «борьба против опасностей» здесь с переключением на понятие «бесправной неличности» ничего общего даже *in abstracto* не имеет.

Таким образом, «деперсонализация» в «уголовном праве врага» производится не только именем «безопасности», а вследствие чуть более глубокого наблюдения выделяется также как самоцель. Субъект зачастую смешивается с предметами вещного права, т. е. «общество», для которого допустима элиминация, именно не приводит к *правопорядку*, и, что в последующем аспекте не менее важно, презумпция невиновности из перспективы правового государства – незаменимый принцип.

Другими словами: *«уголовное право врага» в конечном итоге менее противостоит «принципиальным противникам» свободного общества, а проявляется именно как контрпродуктивная конструкция: отвергает идею правового государства как правового государства, в частности необратимо.* Соответственно, ориентированный на «деперсонализацию» проект мира никак не может вселять надежду на лучшее. Хотя не менее существенно и то, что в правовом государстве любая другая версия «уголовного права врага» *ex aequo* неприктицируема.

<sup>1648</sup> См. Jakobs, Feindstrafrecht, стр. 293.

<sup>1649</sup> Ср. Bung, Zurechnen-Können, стр. 320.

**Раздел Б**  
**ПРАВОСУДИЕ**

*См. Библиографическое приложение №3*

**Раздел В**  
**ТЕОРИЯ**

**Глава XVII**  
**ГЕТЕРАРХИЧЕСКАЯ СИСТЕМА ПРЕСТУПЛЕНИЯ**

– I –

**ИДЕОЛОГИЧЕСКИЙ ВЕРТИКАЛИЗМ**

**§ 1. «Вина»**

*1.1. Двухпризная модель преступления*

Основными компонентами понятия преступления в данном случае наряду с составом преступления, включающим вину<sup>1650</sup>, представлены противоправность и общественная опасность (деяния). Однако эта последняя составляющая изредка выносилась из пределов состава, относясь<sup>1651</sup> к его объективной стороне<sup>1652</sup>. В силу этого данная система преступления двухпризная<sup>1653</sup>. Если учитывать, что рассматриваемая модель иерархична, тут же напрашивается вопрос, что может представляться в качестве первоисточника такого структурирования: теория, практика или идеология в виде специфической метаюридической доктрины.

*1.2. Теория, практика, идеология?*

Например, ввиду основополагающего принципа уголовного права *cogitationis poenam nemo patitur* «вина» в условиях дозволенности не может быть теоретически продиктована. Тем более не может диктоваться здесь её наличие практически, ибо такая «вина» не влечёт ни уголовную ответственность, ни превентивные меры в рамках той же программы. Таким образом, крае-

---

<sup>1650</sup> А. И. Рарог, Субъективная сторона и квалификация преступлений, М., 2001, *passim*.

<sup>1651</sup> В. Н. Кудрявцев, Объективная сторона преступления, М., 1960; А. А. Пионтковский, Курс советского уголовного права: Преступление. В 6-ти томах: Часть общая. Том 2, М., 1970, *passim*.

<sup>1652</sup> К которой, например, традиционно относится и понятие субъекта преступления. См. к проблематике конституированного субъектом (деяния) уголовного права в рассматриваемой правовой семье на примере Венгрии А. Sinn et al. (Hg.), *Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht*, in: ZEIS, 2011, т. 1, стр. 118 *cc* и *passim*.

<sup>1653</sup> Она так и именуется, только в двух признаках обычно подразумеваются общественная опасность и противоправность на основе законодательной реальности, что является отдельным вопросом.

угольный камень этой структуры следует искать в иной плоскости, и в этом отношении проблематично отнюдь не только однозначно противоречивая корреляция вины и противоправности, а в той же мере актуально также и отношение к противоправности общественной опасности деяния.

## § 2. Идеология

### 2.1. Правовой нигилизм

Из западных систем понятие общественной опасности, между прочим, фигурировало в немецком уголовном праве и поныне фигурирует в австрийском уголовном праве<sup>1654</sup> (что касается американской доктрины, там это с давних пор олицетворяет аксиоматичный момент<sup>1655</sup> с судебными акцентами<sup>1656</sup>), хотя с иной содержательной и систематической нагрузкой. А здесь, замечая для полной ясности, имеем дело со следующей ситуацией: *налицо маргинализация понятия противоправности*, с одной стороны, и *педалирование понятия общественной опасности* – с другой. Как известно, речь идёт об идеологии, которая открыто и/или скрыто боролась с феноменом права. С учётом крайнего правового нигилизма в двухпризначном понятии преступления выделяется как система, так и структура и формально-логические отношения, что в своей совокупности невидимо ни теоретически, ни практически.

### 2.2. Материальный и формальный признак преступления

Очередной эклатантной иллюстрацией тому, что здесь источник иерархичности двухступенчатого понятия преступления иначе не идентифицируем, служит взаимоотношение состава преступления и противоправности, причём это первое независимо от последнего рассматривается *единственным* основанием уголовной ответственности<sup>1657</sup>.

По современному состоянию в некоторых случаях понятие состава преступления вообще отвергается<sup>1658</sup>, так же как и понятие общественной опасности<sup>1659</sup>. Хотя официальная доктрина *resp.* действующий УК РФ (1997) последнее понятие не отвергает<sup>1660</sup> – что касается первого, оно и до того не явля-

<sup>1654</sup> Н. Fuchs, I. Zerbes, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, Grundlagen und die Lehre von der Straftat, 10. Aufl., Wien, 2018.

<sup>1655</sup> R. Perkins, Criminal Law, N. Y., 1969, стр. 9. см. также в компаративистских аспектах Уголовное законодательство зарубежных стран / Под. ред. И. Д. Козочкина, М., 2001.

<sup>1656</sup> People v. McAdams, 299 N. Y. S. 603 (1937), in: Bassiouni M. Cherif, Substantive criminal law, Springfield, 1978, стр. 75.

<sup>1657</sup> К понятию наказания А. И. Чучаев, Цели наказания в советском уголовном праве, М., 1989; С. В. Полубинская, Цель уголовного наказания, М., 1990.

<sup>1658</sup> А. П. Козлов, Понятие преступления, 2004.

<sup>1659</sup> С. А. Пашин, Понимание преступления, 2000.

<sup>1660</sup> К догматико-дидактической концептуализации Н. В. Артеменко и др.; под ред. А. И. Чучаева, Н. А. Нырковой, Уголовное право России. Общая часть. Учебник, Ростов н/Д, 2009.



лось законодательным понятием – и, в свою очередь, наряду с противоправностью вновь выделяет в качестве конститутивного признака понятия (ч. 1 ст. 14), комплементируя двумя новыми конститутивными признаками в виде виновности и наказуемости.<sup>1661</sup> В то же время, согласно господствующему учению, в качестве центральных признаков рассматриваются первые две компоненты, так как понятие преступления воспринимается как материально-формально определённое: (по-прежнему) под материальным признаком подразумевается общественная опасность, под формальным – противоправность.

### 2.3. Степень вредности

Основным критерием, определяющим, с традиционной точки зрения, деяние как общественно опасное<sup>1662</sup>, выступает степень вредности.<sup>1663</sup> Согласно данной позиции, деяние может быть противоправным, но «в силу малозначительности», не представляет общественной опасности (ч. 2 вышеуказанной статьи) и, следовательно, не является преступлением. Наряду с этим в соответствии с самой степенью общественной опасности производится не только основная градация преступлений по тяжести или же, например, основное разграничение уголовно-правового и административно-правового нарушения<sup>1664</sup>, а также, в отличие от представленной в Уголовном кодексе позиции, согласно известному тезису Шаргородского, именно степень общественной опасности превращает общественно опасное деяние в противоправное.

### 2.4. Формальная противоправность

Что касается самой законодательной формулировки: «Не является преступлением действие (бездействие), хотя формально и содержащее признаки какого-либо деяния, предусмотренного настоящим Кодексом, но в силу малозначительности не представляющее общественной опасности», отсюда вытекает понятие *формальной противоправности*. Однако таким понятием здесь российская уголовно-правовая догматика не оперирует, возможно, по терминологическим соображениям в силу того, что противоправность рассматривается как формальный признак преступления.

<sup>1661</sup> Детальный анализ И. Я. Гонтарь, Преступление и состав преступления как явления и понятия в уголовном праве: Вопросы теории и правотворчества, Владивосток, 1997.

<sup>1662</sup> В актуальном с точки зрения «причинения и опасности причинения вреда правовому интересу» см. флагмана рассматриваемой уголовно-правовой догматики: А. А. Пионтковский, Учение о преступлении по советскому уголовному праву, М., 1961, стр. 29.

<sup>1663</sup> См. наряду с этим в ракурсе дифференциации «характера» и «степени» общественной опасности Постановление Верховного Суда РФ от 11 июня 1999 г. № 40 «О практике назначения судами уголовного наказания».

<sup>1664</sup> Хотя не в унисон, местами общественная опасность рассматривается только как признак преступления, в том числе у такого авторитетного автора, как Н. Д. Дурманов, Понятие преступления, М., 1948.

### 2.5. Правовая институционализация

*Социальная институционализация не есть правовая институционализация.*

Помимо этого, понятие общественной опасности здесь лишено и технической стабильности, так как общество не является неделимой единицей и на примере специальных составов оно не может воспринимать его сегменты.

## § 3. Неправда

### 3.1. Категориальная несовместимость

Следует заметить, что двухступенчатая систематика не тематизирует понятие неправды, которое, в свою очередь, широко и активно применялось в дореволюционной российской догматике. Неправда в рассматриваемом периоде включала исключительно объективное поведение<sup>1665</sup>, тогда и сегодня – это чётко отграниченная от вины конструкция. В силу этого, она ни с точки зрения господствующих правовых традиций и ни аксиологически или гносеологически не могла в двухступенчатой системе преступления ни включать состав преступления, ни включаться составом преступления. Не могла включать постольку, поскольку состав преступления инкорпорирует вину, а не могла включаться (его объективной стороной) постольку, поскольку состав преступления не охватывал противоправность. Естественно, неправда иногда характеризуется и как эквивалентное противоправности понятие, однако, несмотря на это, она там и в этом смысле никогда не находила своего места.

## § 4. Коэффициент правовой полезности

### 3.1. «Иерархичность»

То, что идеологический вертикализм обходит стороной коррелятивную гармонию признаваемых им же материально-правовых понятий и категорий,<sup>1666</sup>

<sup>1665</sup> Н. И. Неклюдов, Уголовное право, 1875, стр. 3 с.: «(...) Неправда может состоять только во внешнем (...) действии. Сфера мыслей и веры относится к плоскости совести, разума и логики, и отклонение от этой сферы может рассматриваться не как неправда, а как деяние, противоречащее законам логики, совести и разума». Следует обратить внимание на следующее обстоятельство: здесь применяется термин «неправда», на 3-й, 10-й страницах и *passim* там же – «безправие». В большинстве других трудов (напр., и в переводе труда Листа: Ф. Лист, Задачи уголовного права, СПб., 1895, стр. 205 и *passim*), так же как в современном господствующем учении, применяется первый термин. Точнее, понимается, второй. „Unrecht“ на самом деле означает не «неправду», а безправие, *ad litteram*: неправо. В свою очередь, и грузинская версия («უბრტყობა» – «неправда»), видимо, происходит от русской вариации.

<sup>1666</sup> В. С. Прохоров, Уголовное право. Общая часть, М., 1969.

равно как пренебрегает процессуальным<sup>1667</sup> вертикализмом,<sup>1668</sup> понятно (хотя психологическая модель вины, на которую опирается данная система<sup>1669</sup>, иерархически между виной и противоправностью оставляет возможность для значительного лавирования<sup>1670</sup> – она абстрагирована от вытекающей из запрета обязанности). Однако зачастую дело касается внутренней противоречивости. Так, например, он не может обеспечить адекватную локализацию оправдывающих обстоятельств. Необходимая оборона как исключаящее противоправность обстоятельство, признающаяся общественно полезным поведением, – ибо, согласно господствующей доктрине, «компенсация вызванного вреда осуществляется противоположным, общественно полезным результатом деяния», – выходит за пределы состава преступления и, следовательно, устанавливается в условиях уже установленной общественной опасности деяния. Разумеется, неустранимость этого диссонанса не нуждается в дополнительной трактовке.

Существует ли в рамках данной проблематики возможность прагматичного вывода? Да, существует.

### 3.2. Левая щека

Формальная сторона: на наш взгляд, «общественно полезный» следует заменить на термин «юридически полезный», так как конкретное поведение и его последствия могут быть общественно полезными (например, морально, этически, религиозно), но могут не быть юридически полезными и наоборот. Другими словами, общественно полезное на примере той же необходимой обороны порой, возможно, есть именно подставление другой щеки, вследствие чего было бы целесообразнее, чтобы позитивное право выразилось от своего же собственного, узкого и ограниченного имени.

### 3.3. КПП

Существенная сторона: желательно, чтобы уголовное право обладало понятием *коэффициента правовой полезности*. Так, например, согласно то-

<sup>1667</sup> См. к процессуальным особенностям материального уголовного права актуальной эпохи Г. Т. Ткешелидзе, Судебная практика и уголовный закон, Тбилиси, 1975.

<sup>1668</sup> В. Н. Кудрявцев, Общая теория квалификации преступлений, М., 1972.

<sup>1669</sup> Б. С. Утевский, Вина в советском уголовном праве, М., 1950; Б. В. Хорнабуджели, Психологическая сторона вины, Тбилиси, 1981, который – впервые – противоречивое содержание традиционного понятия прямого умысла, как было показано выше, преодолел приоритизацией интеллектуального момента; в сравнительном контексте Н. В. Лясс, Проблемы вины и уголовной ответственности в современных буржуазных теориях, Ленинград, 1947; ср. თ. წერეთელი, თანამედროვე ბურჟუაზიულ კრიმინალისტთა მოძღვრება ბრალზე და მისი კრიტიკა, „საბჭოთა სამართალი“, თბ., 1974, №6; к особенностям неосторожности В. Г. Макашвили, Уголовная ответственность за неосторожность, М., 1957.

<sup>1670</sup> Ср. М. Г. Угрехелидзе, Диалектика объективного и субъективного в трудах Т. В. Церетели; Уг.-правовые исследования, Тбилиси, 1987.

гдашнему и современному законодательству, отражённое незаконно хранимым оружием нападение не исключает уголовной ответственности за данный состав, т. е. за необходимую оборону лицо, естественно, не привлекается к ответственности, но за недозволенное хранение огнестрельного оружия наказывается. В случае применения понятия коэффициента полезности данная погрешность легко устранима, по той же – обратной – причине, по какой при отказе от преступления незыблем «золотой мост». Будь это крайняя необходимость в обоих теоретических смыслах (т. е. как оправдывающее или экскульпирующее обстоятельство), правомерный риск или другое, понятие указанного коэффициента самовытекает из специфической природы современного уголовного права.

## § 5. Гол Пашина

### 5.1. Правовая реальность

И, наконец, как отмечалось выше, в то время как новейшая континентальная догматика всё более углубляется в субтильные социологические и философские нюансы, с включением или исключением формальной логики и социальной психологии, появляется понятие преступления, которое на основе всего лишь одной пары процессуальных деталей лидирует в пространстве и во времени. С. А. Пашин: «Преступление – это признанное судом в соответствии с материальным или (? – автор) процессуальным правом нарушение, когда суд считает целесообразным применить в отношении нарушителя специфические меры ответственности, допустимые только в условиях признания лица преступником»<sup>1671</sup>. Констатируя в первой своей части очевидную, тем не менее концептуально до того никем не открытую правовую действительность, данное определение содержит во второй своей части и другой не менее важный момент: истинно функциональную – или по меньшей мере близкую к истинно функциональной – корреляцию понятий преступления и наказания.

Это, с научной точки зрения, более чем странно. Дело в том, что обоснование как первой, так и второй половины данной дефиниции в рамках теории уголовного права того времени, совпадающей с первым изданием настоящей монографии, не представляется возможным. В связи с этим напрашиваются два риторических вопроса: во-первых, как представлялась русскому криминалисту доказуемой первая часть своей дефиниции на фоне континентально господствующей стадийной доктрины осуществления уголовного права и, во-вторых, центральная загадка: чем могло объясняться присутствие в определении истинно функциональной корреляции между преступлением и наказанием на фоне и по сей день всеобщей неприемлемой абсолютной теории наказания? Как бы то ни было, определение Пашина по

<sup>1671</sup> С. А. Пашин, Понимание преступления, Москва, 2000, стр. 87.

своему содержанию намного превосходит все известные в уголовном праве дефиниции понятия преступления.

### 5.2. Теоретическая неуязвимость

Что касается общепрограммной плоскости, оно здесь лишь незначительно уступает теоретической дальнобойности интерперсонализма. Гипотетически где угодно, но по реальным результатам интерперсональное учение о деянии и теория перманентности, созданию которых я посвятил без малого одно десятилетие, всего на шаг опережает представленную здесь программу – систематической интегральностью исполненного наказания. Однако в рассматриваемом случае речь не о теориях и учениях, а о конкретном определении, причём ни интерперсонализм, ни теория перманентности и ни гетерархическая система преступления с данной дефиницией по существу не коллидирует, более того: как ни странно, без теории перманентности (первая часть определения) и интерперсонализма (вторая часть определения) у рассматриваемой дефиниции нет теоретической действительности, и наоборот: интерперсонализм – в соответствующей совокупности с гетерархической системой преступления – и непрерывность уголовно-правового отношения как раз и делают суть данного определения догматически неуязвимой.

Тем не менее вышепредставленная конструкция может действительно напоминать неприемлемость абсолютного (в строгом смысле) наказания или возможно рассуждать также об опасностях процессуализации материального права и многое другое, но *переломный прогресс*, во всяком случае, налицо, не просто технически, а во всём доктринальном величии.

– II –

## ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ ВЕРТИКАЛИЗМ

### § 1. Истоки

#### 1.1. «Содержание» деяния

По Листу, дело касается негативной ссылки на абстрактную волю, отграничивающей понятие деяния как таковое от произвольных видов поведения, где всё «содержание» следует искать в самом каузальном процессе.

#### 1.2. Вина вне деяния

Хотя то, что в конституированном виной уголовном праве «толкование причинности деяния»<sup>1672</sup> без «толкования» воли создаёт только фрагментарное представление о том, с *каким*<sup>1673</sup> «деянием» имеем дело, свидетель-

---

<sup>1672</sup> E. v. Beling, Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre, in: ders., Sammelband, 1931, стр. 2.

<sup>1673</sup> Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, стр. 12 с.

ствуется о том, что каузальное понятие деяния изначально зависимо от структурно-технических релятиваций. Ибо вне причинности как исходного ориентира, скажем, с точки зрения расширения или переноса натуралистического акцента, для данной конструкции деяния не остаётся маневренного пространства. Соответственно, Лист в понятии деяния отрицает всякую субстанциальность воли и здесь не проявляется ни умысел, ни неосторожность, которые как психологизмы конституируют в рассматриваемом случае вину как «простое отношение к внешнему значению деяния».

Это деление «волевой причинности» и «содержания воли»<sup>1674</sup> resp. «объективной» стороны деяния и «субъективных» элементов<sup>1675</sup>, в свою очередь, ничего не присовокупляет к теоретическому познанию о том, что есть преступление, а дело тем самым касается только того, где могут располагаться в системе преступления натуралистический результат, умысел или неосторожность и т. д. Таким образом, чисто субстанциально ничего и не теряется, и каузальное учение о деянии, так же как психологическое учение о вине, непрестанно усердствует субстанциально аккомодироваться. Насколько это удаётся – ещё отнюдь не решающий вопрос, а решающим на сей раз является именно то, не принесена ли в необратимую жертву между тем приоритетность теоретического дидактике.

## § 2. Смена догматики: Лист vs. Биндинг

### 2.1. Внешнее и внутреннее

Наряду с вышеуказанным констелляция натуралистических особенностей – очередной совершенно второстепенный момент. Утверждение Листа, что «большая нагрузка должна приходиться на внутреннее отношение преступника, чем на внешний результат преступления»<sup>1676</sup>, в рассматриваемом контексте несомненно свидетельствует о резком диссонансе, так как исходящая отсюда перспектива деликтного поведения вряд ли может приводиться в соответствие с первоосновой каузального понятия деяния.

### 2.2. Вытеснение гегелианской схемы

Натуралистическая формула деяния внедряет больше, чем только формальный «отрыв» деяния от вины и тем самым стремится всецело вытеснить геге-

---

<sup>1674</sup> Ibidem.

<sup>1675</sup> Н. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, in: ders., Abhandlungen, стр. 120; хотя не с любой точки зрения, так сказать, идентично: см. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, стр. 64, 180; ср. R. Thierfelder, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, 1932, стр. 39 сс.

<sup>1676</sup> F. v. Liszt, Nach welchen Grundsätzen ist die Revision des Strafgesetzbuchs in Aussicht zu nehmen?, in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, т. 2, 1970, стр. 377; ср. позицию Листа с теорией Ахенбаха: E. A. Donna, Schuldfrage und Prävention, in: GS Zipf, Heidelberg, 1999, стр. 208 с.

лианское понятие деяния<sup>1677</sup>, точнее, уголовно-правовое понятие деяния Биндинга и всю его систему преступления. Иными словами, конкретизированная на основе причинности неправда включает ещё «бессодержательное»<sup>1678</sup> поведение, и о том, воспринимает ли уголовно-правовое вменение субъекта деяния вообще как личность<sup>1679</sup>, каузальное понятие деяния, соответственно, должно безмолвствовать. У Радбруха встречается утверждение, что «только сейчас осуществилось последовательное отграничение контекста причинности от контекста вины, *imputatio facti* от *imputatio juris*, не только до телесного движения, но и до воли»<sup>1680</sup>. Однако в чём состоит здесь основная причина раскола объективной и субъективной стороны?

### 2.3. Постулаты Белинга

С точки зрения строения деликта, по Белингу, «деление преступления на внешнюю и внутреннюю стороны» ведёт к «группированию»<sup>1681</sup> элементов преступления, причём, согласно «постулату правильной связи»<sup>1682</sup>, «они должны таким образом корреспондировать друг с другом, чтобы предстать двумя половинами одного целого»<sup>1683</sup>. «Сгруппированные» в таком виде и «правильно взаимосвязанные» элементы деликта здесь могут быть «логически расположены»<sup>1684</sup> так, чтобы выделялись – результируемые в плоскости квалификации преступления<sup>1685</sup> – качественные различия между объективной стороной и субъективными элементами, поскольку «право есть упорядочение внешнего в общественном бытии и внутреннее учитывает только посредственно в связи с внешним»<sup>1686</sup>.

### 2.4. Социальность?

Имеем ли дело только с внешним, которое непосредственно регулируется правом в сфере общественно релевантного или всё-таки представлены равные «половины целого», конкретизация этого в этом месте может и не быть предметом особого интереса. Ибо только на основе «детерминации результата» или также обнажённых психических фактов, подразумевающихся в

<sup>1677</sup> Детальнее G. Jakobs, *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992, стр. 7.

<sup>1678</sup> E. Beling: *Die Lehre vom Tatbestand*, 1930, стр. 5; *Die Lehre vom Verbrechen*, стр. 197, 201.

<sup>1679</sup> H. Otto, *Kausalität und Zurechnung*, in: FS E. A. Wolff, Berlin, Heidelberg, New York, 1998, стр. 395.

<sup>1680</sup> G. Radbruch, *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem*, 1904, стр. 130 с; см. к радбрухскому понятию воли *ibid.*, стр. 132 сс.

<sup>1681</sup> Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, стр. 76.

<sup>1682</sup> *Ibid.*, стр. 61.

<sup>1683</sup> *Ibid.*, стр. 81; Beling, *Grundzüge*, 11. Aufl., стр. 140 с.

<sup>1684</sup> Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, стр. 52, 77 с и *passim*.

<sup>1685</sup> См. Beling, *Die Lehre vom Tatbestand*, стр. 21.

<sup>1686</sup> *Ibid.*, стр. 22; ср. O. Schumacher, *Um das Wesen der Strafrechtsschuld. Eine Auseinandersetzung mit modernen Schuldgedanken*, 1927, стр. 59.

представленном контексте, решение проблемы не может достигаться, а вопрос, адресуемый каузалистическому постулированию, должен заключаться именно в том, в силу чего должно наличествовать *общественно* релевантное во всяких внешних или внутренних видах натурализмов вообще. Косвенно озвученная амбиция, – в особенности если учитывать, что дело касается учения о деянии основоположника тогдашней социологической школы уголовного права, – словно каузальное понятие деяния не является отвлечённой от общественного контекста конструкцией, а приоритизирует именно «общественно» решающее «внешнее», была бы, таким образом, ни чем иным, как непосредственным метабазисом, так как природа и общество – не одно и то же, и право, в свою очередь, регулирует не психофизическое как таковое. Помимо этого, субъект только физически в социуме, а психически социум в субъекте (включая правовые связи, необходимые, например, для обоснования бездействия), что, в свою очередь, никак не противоречит представленной нами выше корреляции персонального и интерперсонального.

### § 3. Теоретические последствия

#### 3.1. Классификаторские стандарты

Дидактические метаморфозы хотя в состоянии – что касается конкретных отношений уже в наличествующей уголовно-правовой программе – многое подвергнуть более или менее интенсивному стимулированию, однако они никогда не пополняют понятие стимулирующей или вовсе преобразующей саму программу концепцией, так как это за рамки дидактического *gesp.* структурно-технического именно не выходит.

#### 3.2. Некаузальные составы

По Белингу, «каждое поведение человека, разумеется, может порождать тысячи каузальных цепей; однако это отнюдь не приводит к соответствующему составу деяния результату наказуемого поведения»<sup>1687</sup>. Соответственно, он данную позицию связывает с «глубоким заблуждением», «словно причинность распространяется на всё уголовное право, словно не существует некаузальных составов (...)»<sup>1688</sup>.

#### 3.3. «Отсутствие состава»

Несмотря на это, в конечном итоге Белинг в отношении покушения (так же как в отношении [наказуемых] подстрекательских и пособнических деяний

<sup>1687</sup> E. Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, стр. 204.

<sup>1688</sup> *Ibid.*, стр. 30; подробнее *ibid.*, стр. 14, 31, 210 с, 217; однако см. к отрицанию вообще белингской интеграции причинности в соответствии составу деяния (преступления) H. Tarnowski, *Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechenbegriffs*, Berlin und Leipzig, 1927, стр. 75 с.



resp. «несамостоятельных типов деликта»<sup>1689</sup>) исходит из «отсутствия состава деяния»<sup>1690</sup>, ввиду чего он («для того чтобы охватить и эти «соответствующие форме проявления» деяния») предлагает следующий выход: «Вместо «соответствия составу деяния» в качестве признака преступления должна выступить «направленность к составу деяния»»<sup>1691</sup>.

Что касается, в свою очередь, учения об «отсутствии состава деяния», его главным представителем обычно считается А. Г. ц. Дона<sup>1692</sup>, однако оно главным образом берёт своё начало именно от «объективной теории покушения», вытекающего из листско-белингского понятия преступления<sup>1693</sup>, тогда как Дона своё понятие покушения основывает на «смешанную» resp. «субъективно-объективную» теорию покушения<sup>1694</sup>.

#### 3.4. Неадекватная причинность

В то же время Лист и Белинг в отношении проблемы каузальности и в ином аспекте развивают фундаментально различные воззрения. В то время как Лист руководствуется основанной М. ф. Бури<sup>1695</sup> теорией эквивалентности, у Белинга она эксплицитно отвергается<sup>1696</sup>. Он в своём учении о преступлении исходит из теории адекватности, однако развивает её таким образом, что эта концепция как концепция о причинности вообще отвергается<sup>1697</sup>. Хотя, прежде всего, отдельный вопрос, что в уголовном праве действительно не существует деяния без определённого нормативно-логического «эффекта», однако это указывает лишь на то, что натуралистично-фактически уголовно-правовая действительность неэксплицируема.

<sup>1689</sup> Ср. в отношении понятия покушения с понятием «несамостоятельного состава деяния» K. Sauermann, Der Versuch als „delictum sui generis“, Breslau, 1927, стр. 10 сс.

<sup>1690</sup> E. v. Beling, Die Lehre vom Tatbestand, стр. 7 с, 17 сс.

<sup>1691</sup> Ibid., стр. 18; E. v. Beling, Grundzüge des Strafrechts, 11. Aufl., 1930, стр. 24, 28, 56 сс; обстоятельно к белингской корреляции преступления и покушения W. Class, Grenzen des Tatbestandes. Versuch eines Abrisses der Tatbestandstheorie, 1. [einzig] Teil: Die Lehre vom Tatbestand, Aalen, 1977, стр. 59 сс.

<sup>1692</sup> См. G. Fischer, Das unvollendete Verbrechen, стр. 11.

<sup>1693</sup> Ibid.; ср. B. Lehmann, Die Bestrafung des Versuchs nach deutschem und amerikanischem Recht, Bonn, 1962, стр. 48; ср. с систематическим аспектом проблемы покушения вне традиционного трёхпризначного понятия преступления I. Baumgarten, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. Kriminalistische Studie, Stuttgart, 1888.

<sup>1694</sup> См. O. A. Germann, Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs, стр. 45.

<sup>1695</sup> M. v. Buri, Über Kausalität und deren Verantwortung, Leipzig, 1873, passim.

<sup>1696</sup> См. K. Engisch, Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, стр. 39.

<sup>1697</sup> W. Bürgi, Die Lehre von der adäquaten Verursachung und ihre Bedeutung in der schweizerischen Rechtsprechung, Bern, 1927, стр. 72; см. к проблеме причины в современном уголовном праве I. Puppe, Strafrecht AT im Spiegel der Rechtsordnung, т. I, Die Lehre vom Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld, Baden-Baden, 2002, стр. 69 сс.

## § 4. Система

### 4.1. «Масштаб» системы

То, что каузальное понятие деяния в качестве «масштаба» неправды, ничего не говоря о системе преступления в целом, не может быть эффективным<sup>1698</sup>, с учётом всего вышеизложенного очевидно.

### 4.2. Наука и законодательство

Утверждение Листа относительно того, что «формирование общего понятия преступления – преимущественно миссия науки, а не законодателя»<sup>1699</sup>, есть абсолютная истина. Тем не менее в рамках исходящего отсюда, по каузалистам, «трёхступенчатого»<sup>1700</sup> понятия<sup>1701</sup> преступления, делящегося, как известно, на соответствие составу деяния (преступления), противоправность и вину и являющегося по сей день, т. е. спустя более столетия, в своём внешнем проявлении господствующей моделью структурирования деликта, дело менее касается того, что зависит теоретически от самого понятия.

### 4.3. Форсированная вертикализация

Главное внимание здесь уделяется, например, как это имеет место в учении о преступлении Белинга, «правильной группировке», «правильному расположению» и «правильной связи» элементов преступления<sup>1702</sup>, наряду с чем Радбрух принципиально исключает их рассмотрение как «параллельных признаков деяния»<sup>1703</sup>, исходя из положения, что «признак, подлежащий осмыслению в отношении другого признака, может осмысляться только после этого признака»<sup>1704</sup>.

Если присмотреться рачительно, этот тезис, прежде всего, представляет собой упрёк против белинговской дуалистической корреляции между признаками преступления: хотя дело касается именно «вертикального расположения»<sup>1705</sup>, но то, что при этом главным образом подразумевается, есть дидактически форсированная «вертикализация» иначе «автономно» идентифици-

---

<sup>1698</sup> Ср. Arth. Kaufmann: Schuld und Strafe, стр. 41; Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, 1961, стр. 183.

<sup>1699</sup> F. v. Liszt, Die Forderungen der Kriminalpolitik und der Vorentwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuches, in: ders., Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, n. 2, стр. 115.

<sup>1700</sup> Строго говоря, данное тройное деление черпает своё начало уже у И. Г. Г. Лудена (см. E. v. Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, стр. 137).

<sup>1701</sup> F. v. Liszt, Lehrbuch, 5. Aufl., стр. 119 с.

<sup>1702</sup> E. Beling, Die Lehre vom Verbrechen, стр. 76 сс.

<sup>1703</sup> G. Radbruch, Zur Systematik der Verbrechenlehre, стр. 162.

<sup>1704</sup> Ibidem.

<sup>1705</sup> E. Beling: Die Lehre vom Verbrechen, стр. 77 с и passim; Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre, стр. 2 с; Grundzüge des Strafrechts, 4. Aufl., 1912, стр. 24 сс.

руемых признаков<sup>1706</sup>. Где и как должны располагаться, в свою очередь, отдельные компоненты конститутивных признаков преступления, как было показано, составляет важнейшую проблему в рамках натуралистического деления объективной и субъективной стороны. Тот же акцент приходится на выработку устойчивого коррелятивного конструкта оправдывающих и экскульпирующих обстоятельств.

Если между тем теория по отношению к дидактике структурирования деликта масштабно отстывает, напрашивается вопрос, не могло ли быть здесь всё и по-другому. Скорее всего, нет, так как вне рассматриваемого приоритета каузальное понятие деяния – неуместная конструкция.

## § 5. Понятие

### 5.1. Зависимость от позитивизма

В рамках структурно-технического функционализма, представленного в рассматриваемом случае, система преступления олицетворяет *систему натурализм*<sup>1707</sup> – профилированную сугубо внешними отношениями неправду и психологическую вину с каузальным понятием деяния во главе, которую, соответственно, следует вписать в позитивистскую абстракцию<sup>1708</sup>.

## § 5. Понятие

### Конкретия «деяния»

Главное то, что программа уголовного права, лейтмотивом которой предстаёт каузализм, заменяет приоритетность теоретического приоритетностью классификаторского. Общий знаменатель кристаллизуется в систематической конкретии натуралистического «деяния», в соответствии с чем центральная глава каузального учения, с точки зрения дидактики квалификации деяния преступлением, исчерпывается в поиске «практикабельной» структуры преступления.

## § 6. Традиционная адаптация

### 6.1. Этапы адаптации

Структурные трансформации, осуществлённые в классической системе преступления с момента её формирования поныне, можно разделить на *девять*

---

<sup>1706</sup> E. Beling: Die Lehre vom Verbrechen, стр. 27, 141, 144 сс и passim; Die Lehre vom Tatbestand, стр. 2, 19; Unschuld, стр. 45; Grundzüge, 11. Aufl., стр. 13 сс.

<sup>1707</sup> См. также А. Merkel, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, Stuttgart, 1912, стр. 17 сс и passim.

<sup>1708</sup> См. наряду с этим к «общественной опасности» и «противокультурности» как к «метаправовым моментам» E. Beling: Die Lehre vom Verbrechen, стр. 32 сс; Grundzüge, 11. Aufl., стр. 13.

*основных этапов*: шесть – традиционно-догматических, три – современных. Эти изменения касаются как сферы неправды, так и сферы вины.

#### 6.2. Субъективные элементы неправды

А. Хеглер, М. Э. Майер и И. Наглер вносят в неправду рассмотренные выше проблематичные<sup>1709</sup> субъективные элементы, что известно под названием учения о субъективных элементах неправды, развитого из рядов каузалистов Э. Мецгером<sup>1710</sup>. Это, разумеется, не конститутивные признаки неправды, а лишь периодически проявляющиеся факультативные показатели<sup>1711</sup>.

#### 6.3. Дезинтеграция «комплексной» вины

Тогда как первая метаморфоза была вызвана позитивистским натиском, в случае последующего изменения налицо главным образом теоретический соблазн: А. Г. ц. Дона<sup>1712</sup> дезинтегрирует «комплексное» понятие вины, включая оттуда объект оценки (умысел и неосторожность). Тем самым Дона, согласно вышепредставленному анализу Т. В. Церетели, делит преступление на объект оценки и оценку объекта, относя к первой половине объективный (действие и бездействие) и субъективный состав (умысел и неосторожность), ко второй – противоправность и вину, без конкретизации, однако, места психического отношения в системе преступления<sup>1713</sup>.

#### 6.4. *Dolus malus* вне системы

Во-первых, финалисты молниеносно перевоплощают чисто оценочное понятие вины Дона из «противоречащего обязанности воли»<sup>1714</sup> в «упрёк»; во-вторых, с целью интеграции в состав преступления (деяния) «бесприютно оставшихся» компонентов злой умысел также молниеносно перевоплощается в естественный умысел,<sup>1715</sup> *dolus malus* из системы бесследно исчезает. То, что без этого последнего понятия процесс квалификации деяния преступ-

<sup>1709</sup> См. К. Engisch, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik an der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, in: FS Rittler, 1957, стр. 169; Н.-Р. Horn, Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit, 1962, стр. 91; см. также концептуальную критику позиции Мецгера Н.-Н. Jescheck, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, in: FS Schmidt, 1961, стр. 145; ср. Arm. Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, 1954, стр. 83.

<sup>1710</sup> E. Mezger, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, in: FS Traeger, 1926, стр. 195, 198, 206 с; E. Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1950, стр. 80 сс, 248.

<sup>1711</sup> См. выше к возможности альтернативной реструктуризации системы, м. п., в виде дифференциации между общими и особенными оправдывающими обстоятельствами.

<sup>1712</sup> A. G. z. Dohna, Verbrechenslehre, стр. 22, 28, 38 с, 42.

<sup>1713</sup> თ. წერეთელი, თანამედროვე ბურჟუაზიულ კრიმინალისტთა მოძღვრება ბრალზე, стр. 9 с.

<sup>1714</sup> A. G. z. Dohna, Verbrechenslehre, стр. 38 и passim.

<sup>1715</sup> См. также в финальной системе к взаимоотношению неправды и вины как к корреляции противоположности деяния и противоположности отношения, по В. Галласу, *ibid.*, стр. 2, 4.

лением сталкивается с очередными непреодолимыми противоречиями, это немецкой догматикой признаётся лишь позже.

6.5. Юридико-социальный состав

В концепции Э. ф. Бубнофа предметом особой критики выделяется социальное понятие деяния как «общее понятие деяния» в отношении «его абстрактности» *resp.* «отсутствия конкретного содержания»<sup>1716</sup>. Если, точнее, «*социальное понятие деяния* понимается в свете объёмной общности, оно свидетельствует в общем о том, что в сфере уголовно-правовой оценки релевантно только человеческое «деяние», т. е. социально значимое поведение, чем оно лишено *систематической ценности*»<sup>1717</sup>, а «социально релевантное поведение в этот раз эквивалентно с уголовно-релевантным *resp.* соответствующим составу деяния поведением»<sup>1718</sup>.

С другой стороны, переход от номинальной синонимности формально-правовых (Tat) и (общих, преправовых, но «натурализированных») материально-правовых (деяние) понятий к их полной технической параллельности и субстанциальной тождественности олицетворяет откровенное признание того, что трёхпризначное понятие преступления по своей сути есть *формальное resp. процессуальное понятие преступления*.<sup>1719</sup>

6.6. Юридико-социальный состав

Вследствие формирования финализма в системе преступления вскоре возникает резкое противостояние двух принципиально разносферных теорий: теории умысла и теории вины. Согласно первой, сознание неправды – неотъемлемый компонент понятия умысла, что финальное понятие естественного умысла, разумеется, не может вместить и предпосылкой чего, в свою очередь, предстаёт злой умысел. А согласно теории вины, сознание неправды относится к сфере вины, и этим структурно-технический аспект системы преступления в условиях финализма как минимум избегает критической противоречивости. Следует заметить, что финальная версия теории вины<sup>1720</sup> в начальном отрезке довольно убедительно справляется с теорией умысла<sup>1721</sup>, в частности с точки зрения несовместимости последней с финальным

<sup>1716</sup> E. v. Bubnoff, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes, стр. 151.

<sup>1717</sup> Ibid., стр. 152.

<sup>1718</sup> Ibidem.

<sup>1719</sup> См. вместе с тем к вопросу (более) интенсивной тематизации положений конституционного права наряду с процессуальными аспектами в теории преступления E. M. Sánchez Herrera, La teoría del delito en un sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio, Revista Derecho Penal №7, abr.-jun./2004, passim.

<sup>1720</sup> Детально G. Schewe, Bewußtsein und Vorsatz, 1967, стр. 22 сс.

<sup>1721</sup> K. Binding: Normen, т. III, 1965, стр. 139; Die Schuld im deutschen Strafrecht, 1919, стр. 132; критически к предмету дискуссии между теориями умысла и вины Arth. Kaufmann, Schuld und Strafe, стр. 144.

понятием умысла, чего нельзя сказать об определении систематического места виртуального сознания неправды<sup>1722</sup>.

#### 6.7. Формула Галласа

Компромиссный выход, на котором догматика по сей день сходится, связан с подходом Галласа<sup>1723</sup>, в частности в сфере вины возвращается *dolus malus*, включающий сознание неправды, а в сфере неправды естественный умысел финализма остаётся нетронутым. Следует подчеркнуть, что созданная Галласом *двойная функция умысла* в рамках этого «неоклассического» финализма смогла сохранить устойчивость системы.

### § 7. Современная адаптация

#### 7.1. Гегелианская интервенция

Постепенно к трёхпризначному понятию преступления в той или иной форме начинает аккомодироваться гегелианское понятие преступления (Jakobs,<sup>1724</sup> Lesch,<sup>1725</sup> Kutalia<sup>1726</sup>) resp. модель преступления, на основе отрицания которой именно и возникла в своё время эта первая конструкция. В этот раз более или менее абстрактному resp. расположенному до или в составе преступления деянию противостоит максимально наделённое уголовно-правовым содержанием понятие деяния, которое у первых двух авторов простирается до вины, а у нас – до наказания. Словом, уголовно-правовое деяние есть *преступление*, как бы ни понималось это последнее понятие.

#### 7.2. Синонимы Леша

По Х.-Х. Лешу, *деяние, неправда, вина и преступление* – синонимы<sup>1727</sup>.

#### 7.3. Четырёхпризначное понятие преступления

И, наконец, мы бы выделили инициативу Х.-Г. Йешека / Т. Вейгенда<sup>1728</sup> называть листское понятие преступления не трёх-, а четырёхпризначным понятием, причём ни с каким структурным изменением не имеем дело, а деяние просто выделяется как четвёртый resp. первый признак понятия преступления. Да, в рассматриваемой схеме и деяние – ступень. Однако здесь отправной точкой по-прежнему фигурирует процессуальный аспект, а по существу этим, с одной стороны, штурмуется суть схемы атрибуирования и,

<sup>1722</sup> Ср. G. Jakobs, *Strafrecht AT*, 17/10 cc; C. Roxin, *Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik*, in: FS Ernst-Joachim Lampe, Berlin, 2003, стр. 425.

<sup>1723</sup> См. Н.-Н. Jescheck, *Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik*, in: ders., *Beiträge zum Strafrecht*, стр. 14 с.

<sup>1724</sup> G. Jakobs: *Strafrecht, AT*, 1991; *Der strafrechtliche Handlungsbegriff*, 1992.

<sup>1725</sup> Н. Н. Lesch, *Der Verbrechensbegriff*, 1999.

<sup>1726</sup> L.-G. Kutalia, *Handlungslehre*, 2011.

<sup>1727</sup> Н.-Н. Lesch, *Verbrechensbegriff*, passim.

<sup>1728</sup> Н.-Н. Jescheck / Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts AT*, 5. Aufl., Berlin, 2017, стр. 198.

с другой стороны, и без того умалённое теоретическое значение деяния тем более умаляется.<sup>1729</sup>

– III –

## ПОЛИЦЕНТРИЗМ

### § 1. Автоцентрированное «деяние»

#### 1.1. Сегменты

Из перспективы вельцелевской критики «единого деяния» гегелианцев и Биндинга «недостаток учения о едином деянии был бы не настолько сокрушительным, если бы части, на которые разделилось деяние, вместе взятые представляли собой действительное деяние. Однако именно в этом заключается главная ошибка: *части*, на которые расчленилось деяние, не верны, форма дифференциации ошибочна, – однако ошибочность не в том, что вообще «дифференцировалось». Поскольку без идейного деления субстанциальных моментов – назовём мы их «сторонами», «моментами» или «элементами», терминология здесь ничего не решает, – без этого идейного деления предмет познания для дискурсивного человеческого познания невозможен»<sup>1730</sup>.

Хотя если понятие деяния в общем распространяется на всю систему преступления, то деяние и без того лишь настолько может быть «единым», насколько понятие преступления, но не как объект абстрактного приспособления для «последующих» признаков преступления, как это преимущественно встречается поныне с момента субституирования понятия деяния гегелианской школы натуралистическими концепциями. В свою очередь, именно это последнее натуралистически-абстрактное «единство» не отличается ни в коем случае теоретической эффективностью, а направлено на такое структурирование системы преступления, которое применимо только в рамках формальной квалификации деяния преступлением.

#### 1.2. Целостность

В системе преступления, предлагающей системно-специфически профилированный взор на материальность понятия деяния можно, в отличие от этого, исходить только из компонентов, релевантных с точки зрения неправды дея-

<sup>1729</sup> В контексте этого же перечня см. также сопровождающую структурную специфику в виде современного двойственного систематического расположения крайней необходимости (оправдание / экскульпация) со спектром свойственных этому автору наводящих на глубокие размышления аргументов მ. ტურავა, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, 8-ე გამოცემა, თბილისი, 2010, სტრ. 243 სს.

<sup>1730</sup> H. Welzel, Studien zum System des Strafrechts, სტრ. 120.

ния и вины<sup>1731</sup>: *уголовно-правовое деяние в актуальной с точки зрения понятия преступления «целостности» не есть ни соответствующее составу преступления, ни противоправное и ни виновное. В любом противоположном случае имеем дело по меньшей мере с плеоназмами.*

## § 2. Принцип вертикальности

### 2.1. Конкуренция вины и преступления

Согласно основателю трёхпризначной системы преступления Листу, «преступление намечает задачу применить к конкретному составу деяния конкретную правовую норму»<sup>1732</sup> и далее: «Эта задача естественно делится на три части. Сначала следует установить состав деяния (...). После этого необходимо найти применяемую норму и истолковать её (...). Наконец, третья часть технико-юридической задачи состоит в применении правовой нормы в отношении состава деяния, субсумировании состава деяния под закон, выводе (...): «обвиняемый виновен»»<sup>1733</sup>.

Сложно не заметить, что таким образом понятие преступления может рассматриваться вообще только как формальное понятие: если, с одной стороны, преступление намечает задачу «применить к конкретному составу деяния конкретную правовую норму», а, с другой стороны, «применение правовой нормы в отношении состава деяния» – признак сферы вины, то понятие преступления функционально коллидирует с понятием вины и тем самым лишается всякой качественно специфицируемой ценности.

### 2.2. Теория и дидактика ответственности

С учётом вышеизложенного понятия преступления и вины относятся к идентичной «функциональной» плоскости, что, в свою очередь, отчётливо исключает теоретически исправное отношение рассматриваемых признаков с понятием преступления<sup>1734</sup>: преступление как система всех функционально релевантных моментов здесь фигурирует исключительно как *чисто дидактический конструктор*. Однако переоценка чего, прежде всего, желательна – это уже в основе противоречивая квазистабильная структура систематически релевантного поведения. Функциональная дифференциация понятий пре-

<sup>1731</sup> Причём, м. п., догматически уже с каких пор привычная дифференциация релевантных с точки зрения неправды и вины интеллектуально-волевых элементов (см. Lackner/Kühl, StGB, 15/34), дополняемая «внешними» показателями в плоскости неправды, истинно теоретически ни о чём не свидетельствует.

<sup>1732</sup> F. v. Liszt, *Das Verbrechen als sozial-pathologische Erscheinung*, стр. 231.

<sup>1733</sup> Ibid.; F. v. Liszt, *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 5. Aufl., стр. 119 с.

<sup>1734</sup> Наряду с этим для истинно теоретического структурирования системы преступления иррелевантно, меняется ли в отношении назначения наказания подобная констелляция признаков преступления (Lackner, StGB, § 46/23), так как систематическая функция преступления не может ограничиваться определением вида и размера наказания (глубже к вопросу в целом W. Frisch, *Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff*, стр. 238).



ступления и вины, другими словами, затрудняется уже в силу того, что признаки преступления ни в одном понятии с его топогенными компонентами не коррелируют, а надстраиваются – чисто внешне – на структурно-технически ориентированное «деяние». От принципа вертикальности, который там постулирован основной тенденцией<sup>1735</sup>, в сфере квалификации преступления вряд ли можно отказаться. Однако тест на «техничко-юридическую» эффективность и призма теоретичности не являются тождественными знаменателями. Если, в отличие от этого, дело касается неправды и вины в рамках понятия деяния, выделяется, между прочим, возможность конкретизации функциональных взаимоотношений между преступлением и виной, а именно вследствие метадидактической дифференциации понятия и конститутивного признака понятия, при которой уголовная ответственность может основываться только на деянии в целом.

### § 3. Плоскость гетерархичности

#### 3.1. Полицентризм

То, что систематически не может существовать ни соответствующего неправде и ни виновного «деяния», а рассуждать можно только о соответствующей неправде составной части и виновной составной части, указывает, следовательно, на специфическую задачу уголовно-правового понятия деяния, формирующего *преступление* в своей комплексности как *генеричное* основание ответственности в уголовном праве. Перспектива вертикально расположенных признаков преступления есть перспектива структурно-технического функционализма, и в рамках институционально компетентной интеракции, точнее, в призме генеральной перманентности уголовно-правового отношения она, несмотря на любые старания, ничего в себе не воплощает.

То, что в противоположность этому вытекает из истинно функциональной концепции, есть исключительно *гетерархическая resp. полицентрическая система преступления*, которая лишь там обретает действительность, где имеем дело с интеракционным – *так как* налицо институционально компетентная интеракция (= правоотношение): интерперсональным – определением. Такая система преступления, например, в условиях деяния как структурного элемента изначально недоказуема, скажем, и тогда, если отвергать всякую зависимость вины от неправды, ибо оно в своей абстрактности – специфический показатель системы, структурно-технические функции которо-

<sup>1735</sup> Точнее, «структурно-техническим понятием деяния» как «дидактически полезной начальной ступенью деликта»: G. Jakobs, Handlungsbegriff, стр. 13, где он предстаёт недвусмысленным предметом (критического) анализа, однако инициированный рассматриваемым понятием сам иерархический *modus procedendi* только как дидактически определяющая формула остаётся непознанным.

го могут лишь исключать всякую возможность паритетных корреляций в рамках системы<sup>1736</sup>, в её целостности.

### 3.2. Специфика

Таким образом, дело, прежде всего, касается того, что направление определяется не элементами, а понятием преступления. Окончательная ясность при этом не достигается на основе гипотезы, по которой деяние не относится к формалистским взаимосвязям как структурный элемент системы, так же как ядро полноценной теории, которая должна быть представлена учением о деянии, не ограничивается количеством инкорпорированных деликтов компонентов в смысле сублимированного схематизма<sup>1737</sup>, а решающе, какого учения или какой полноценной теории в этом контексте касается дело.

### 3.3. Функционализм

Тот факт, что гетерархическая система преступления вырисовывается только по следам функционального понятия деяния, следовательно, может быть чем угодно, но не случайностью. Истинно функциональная плоскость есть плоскость интеракции, и уголовно-правовое понятие деяния не завершается в данном контексте до тех пор, пока не происходит реализация «виновного поведения» в качестве предмета наказания. Вне деяния в теоретически исчерпывающем смысле в соответствии с этой ситуацией наряду с неправдой может уже и вина осмысляться вне абсолютной теории наказания, т. е. её полный, актуальный для понятия деяния облик также не может, исходя из этого, относиться в качестве дефинитивной единицы к сфере тавтологического. Однако если в этом контексте в случае дефицитной вины всё-таки следует говорить о деянии<sup>1738</sup>, в то время как «противоправным деянием» как таковым и здесь ничего не достигается, это всего лишь различия ниже актуальной степени. Ибо отношение к понятию преступления в его теоретически решающей полноценности иначе, чем в соответствии с той или иной преинтеракционно конципированной моделью, в обоих случаях идентично.

Гетерархическая панорама, выходящая за рамки всякой формально-функциональной позиции классификаторских конструкций, в свою очередь, не исключает и листско-белингско-радбрухский принцип вертикальности; а в последнем случае дело касается *вспомогательного* принципа, проявляющегося в качестве дидактического атрибута квалификации деяния преступлением. Таким образом, определяющее различие не в структуре, а в перспек-

<sup>1736</sup> См. W. Maihofer, *Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem*, стр. 7 сс; ср. C. Roxin, *Strafrecht AT I*, 8/50 с, 53 сс, 66.

<sup>1737</sup> Как это, по-видимому, на этом уровне у G. Jakobs, *Handlungsbegriff*, стр. 41 сс, *Strafrecht AT*, 17/19 всё-таки имеет место.

<sup>1738</sup> Scil. ни в какой мере в смысле дидактически продиктованной абстрактной дистинкции, а в виде интеракционно конституированного исключения.

тиве, из которой воспринимается система преступления: процессуально-технически или истинно теоретически. Чего в соответствии с этим в отношении гетерархической системы преступления касается дело, есть также не расширение одностороннего отношения признаков преступления во взаимоотношение как таковое, а именно перенос главного акцента от элементов преступления *resp.* структуры преступления на понятие преступления – шаг, реализуемый только *в интеракционно сформированной программе уголовного права*, порождающей полноценную теорию уголовно релевантного поведения в рамках перманентности уголовно-правового отношения.

#### 3.4. Вредная вина

Ничего не имеем против таких базисных условностей, как правовое добро или противоправность и многое другое, включая, если угодно, даже вину, однако позвольте спросить: если во всей системе преступления, будь это российская или немецкая модель, нигде не фигурирует ни право и ни обязанность, кто делинквирует, и кто наказывает? А в действительности субъект преступления – субъект уголовно-правового отношения, и эксклюзивная сфера (проявления) деликтного поведения – правоотношение, *в виде нарушенного субъективного права и нарушенной обязанности*.

В то же время, как отмечалось выше, теоретического детерминанта неэквивалентного акцентирования в системе преступления (объективного и субъективного аспектов *resp.*) дезавуирования субъективного права и дезавуирования обязанности не существует: адресат обязанности в силу нарушения обязанности *наказывается*, рикошетом за *вред*, вызываемый нарушением субъективного права.

Таким образом, преступление истинно теоретически характеризуется *двумя* центральными конститутивными признаками – нарушением субъективного права (вред) и нарушением обязанности (вина), в призме противоправности и наказуемости. В соответствии с этим, в свою очередь, уголовно-правовая *resp.* противоправная и наказуемая вина – это *вредная вина* (*causa liberae potestatis*), исключая, таким образом, прежде всего, субъективистски конфигурированную «опасную вину» современного уголовного права.

#### 3.5. Детектор зла

Что же касается средневекового канонического субъективизма, здесь прямо следует заметить, что уголовное право – это не *детектор зла*. Такая отрасль права даже в обозримом будущем вполне может быть сконструирована в целях оптимизации превенции, но с наказанием она несовместима.

## **Глава XVIII**

### **ГРАДАЦИЯ ВИНЫ НА ЛАГМЕ**

#### **§1. ПРОЦЕНТНАЯ ШКАЛА ВИНЫ**

Умысел и неосторожность – это **Проценты вины**.

**Прямой умысел** – 100% вины

**Композитный умысел I ст.** – 95% вины

**Композитный умысел II ст.** – 85% вины

**Косвенный умысел** – 75% вины

**Легкомыслие** – 50% вины

**Небрежность** – 25% вины

Шкала отображает вину  
без смягчающих и отягчающих обстоятельств

#### **§2. ИНСТРУКЦИЯ ПО ПРИМЕНЕНИЮ**

##### **Смягчение вины**

напр., 90% вины при прямом умысле

##### **Отягчение вины**

напр., 105% вины при прямом умысле

# **SUMMARY**

**L.-G. G. Kutalia**

**GUILT IN CRIMINAL LAW**

*Second Edition*

EASPH MARY

Moscow Saint Petersburg London New York 2020

*Graduation of Mens Rea on Sagma*

**- I -**

**PERCENTAGE SCALE OF GUILT**

Dolus and culpa are **guilt percents**.

Dolus directus – **100%** of guilt

1<sup>st</sup> degree dolus compositus – **95%** of guilt

2<sup>nd</sup> degree dolus compositus – **85%** of guilt

Dolus indirectus – **75%** of guilt

Culpa lata – **50%** of guilt

Culpa levis – **25%** of guilt

*Scale displays guilt*

*without mitigating and aggravating circumstances*

**- II -**

**IMPLEMENTATION GUIDANCE**

**Guilt Mitigation**

E. g. 90% of guilt in case of dolus directus

**Guilt Aggravation**

E. g. 105% of guilt in case of dolus directus

## **БИБЛИОГРАФИЯ**

1. *გამყრელიძე, ოთარ*, სისხლისსამართლებრივი კანონმდებლობის სრულყოფისათვის, „მართლმსაჯულების მაცნე“, თბილისი, 1995, №1.
2. *გამყრელიძე, ოთარ*, სისხლის სამართლის კოდექსის პროექტი, „პარლამენტის უწყებები“, თბილისი, 1996, №11.
3. *ვაჩეიშვილი, ალექსანდრე*, ნარკვევები ქართული სამართლის ისტორიიდან, ტ. II, თბილისი, 1948.
4. *კუტალია, ლაშა-მიორგი*, ნორმის უცოდინრობა სისხლის სამართალში (ნორმის ცოდნის ვალდებულების ცნება), „მართლმსაჯულების მაცნე“, თბილისი, 1999, №1-2.
5. *ლეკვეიშვილი, მზია*, სისხლის სამართალი (განსაკუთრებული ნაწილი), თბილისი, 1996.
6. *ნადარეიშვილი, გიორგი* (რედ.), ქართული სამართლის ისტორიის საკითხები, თბილისი, 1973.
7. *ნაჭყებია, გურამ*, ქმედების დანაშაულად კვალიფიკაციის ზოგადი თეორია, თბილისი, 2010.
8. *ნაჭყებია, გურამ*, პირდაპირი განზრახვისა და სასჯელის ლოგიკური კავშირის ფსიქოლოგიური დასაბუთების პრობლემა, „სახელმწიფო და სამართალი“, თბილისი, 1990, №10.
9. *ნაჭყებია, გურამ*, სამოქალაქო სამართალი და სისხლის სამართალი (შედარებითი ანალიზი), სერგო ჯორბენაძის საიუბილეო კრებული, თბილისი, 1996.
10. *ნაჭყებია, გურამ*, სისხლის სამართლის საგანი, თბილისი, 1997.
11. საქართველოს რესპუბლიკის სისხლის სამართლის კოდექსი, თბილისი, 1992.
12. საქართველოს სისხლის სამართლის კოდექსის პროექტი, „საქართველოს იუსტიციის სამინისტროს ბიულეტენი“, თბილისი, 1997, №4.
13. *ტურავა, მერაბ*, სისხლის სამართალი, ზოგადი ნაწილის მიმოხილვა, 8-ე გამოცემა, თბილისი, 2010.
14. *ტყეშელაძე, გიორგი*, თ. წერეთელი. მეცნიერული კვლევის პროგრამა, „სახელმწიფო და სამართალი“, თბილისი, 1990, №5.
15. *უგრეხელიძე, მინდია*, ბრალი საფრთხის დელიქტებში, თბილისი, 1982.
16. *ფურცხვანიძე, ბესან*, საბჭოთა სისხლის სამართალი. ზოგადი ნაწილი, თბილისი, 1971.
17. *წერეთელი, თინათინ*, თანამედროვე ბურჟუაზიულ კრიმინალისტთა მოძღვრება ბრალზე და მისი კრიტიკა, „საბჭოთა სამართალი“, თბილისი, 1974, №6.
18. *წერეთელი, თინათინ* / *ტყეშელაძე, გიორგი*, მოძღვრება დანაშაულზე, თბილისი, 1969.
19. *წერეთელი, თინათინ* / *ტყეშელაძე, გიორგი* (რედ.), საქართველოს სსრ სისხლის სამართლის კოდექსის კომენტარები, თბილისი, 1976.
20. *ჰეგელი, გეორგ, ვილჰელმ, ფრიდრიხ*, გონის ფილოსოფია, თბილისი, 1984.
21. *Аристотель*, Сочинения, Москва, 1984, т. 4.
22. *Беккариа, Чезаре*, О преступлениях и наказаниях, Санкт-Петербург, 1878.
23. *Владимиров, Л. Е.*, Уголовный законодатель как воспитатель народа, Москва, 1903.
24. *Гарро, Р.*, Современные задачи уголовной репрессии, Киев, 1902.
25. *Гонтарь, Игорь Яковлевич*, Преступление и состав преступления как явления и понятия в уголовном праве: Вопросы теории и правотворчества, Владивосток, 1997.
26. *Джевонс, Уильям Стэнли*, Трактат о логике, Санкт-Петербург, 1881.



27. *Дурманов, Николай Дмитриевич*, Понятие преступления, Москва, 1948.
28. *Жижиленко, Александр Александрович*, Наказание. Его понятие и отличие от других правоохранительных средств, Петроградъ, 1914.
29. *Кенни, Кортни Стэнхоуп*, Основы уголовного права, Москва, 1949.
30. *Козочкин, Иван Данилович* (ред.), Уголовное законодательство зарубежных стран, Москва, 2001.
31. *Кудрявцев, Владимир Николаевич*, Общая теория квалификации преступлений, Москва, 1972.
32. *Кудрявцев, Владимир Николаевич*, Объективная сторона преступления, Москва, 1960.
33. *Кузнецова, Нинель Фёдоровна*, Новое уголовное право России. Общая Часть, Москва, 1996.
34. *Кычанов, Евгений Иванович*, Основы средневекового китайского права (VII – XIII вв.), Москва, 1986.
35. *Левенсон, Павел Яковлевич*, Беккариа и Бентам, Санкт-Петербург, 1893.
36. *Левицкий, Георгий Алексеевич*, Русские и западноевропейские учёные XIX и начала XX вв. об уголовном законе, преступлении и наказании, Хрестоматия, Санкт-Петербург, 2004.
37. *Лист, Франц фон*, Задачи уголовного права, Санкт-Петербург, 1895.
38. *Лист, Франц фон*, Учебник уголовного права. Общая часть, Москва, 1903.
39. *Лясс, Наталья Валентиновна*, Проблемы вины и уголовной ответственности в современных буржуазных теориях, Ленинград, 1947.
40. *Макашвили, Владимир Георгиевич*, Уголовная ответственность за неосторожность, Москва, 1975.
41. *Минто, Вильям*, Дедуктивная и индуктивная логика, Москва, 1905.
42. *Мокринский, Степан Петрович*, Наказание, его цели и предположения, Ч. 1-3, Москва, 1902-1905.
43. *Неклюдов, Н. И.*, Общая часть уголовного права, Санкт-Петербург, 1875.
44. *Немировский, Э. Я.*, Основные начала уголовного права, Одесса, 1917.
45. *Пашин, Сергей, Анатольевич*, Понимание преступления, Москва, 2000.
46. *Пионтковский, Андрей Андреевич*, Курс советского уголовного права: Преступление. В 6-ти томах: Часть общая. Том 2, Москва, 1970.
47. *Пионтковский, Андрей Андреевич*, Учение о преступлении по советскому уголовному праву, Москва, 1961.
48. *Полубинская, Светлана Вениаминовна*, Цель уголовного наказания, Москва, 1990.
49. Постановление Верховного Суда РФ от 11 июня 1999 г. № 40 «О практике назначения судами уголовного наказания».
50. *Прохоров, Вадим Семёнович*, Уголовное право. Общая часть, Москва, 1969.
51. *Рарог, Алексей Иванович*, Субъективная сторона и квалификация преступлений, Москва, 2001.
52. *Таганцев, Николай Степанович*, Курс русского уголовного права, Санкт-Петербург, 1874.
53. *Таганцевъ, Н. С.*, Уголовное уложение 22 марта 1903 г., Санкт-Петербург, 1904.
54. *Ткешелиадзе, Георгий Терентьевич*, Судебная практика и уголовный закон, Тбилиси, 1975.

55. Уголовный Кодекс Российской Федерации, Москва, 1997.
56. *Угрехелидзе, Миндия Гурамович*, Диалектика объективного и субъективного в трудах Т. В. Церетели; Уг.-правовые исследования, Тбилиси, 1987.
57. Уголовный кодекс Российской Федерации, Москва, 1997.
58. *Утевский, Борис Самойлович*, Вина в советском уголовном праве, Москва, 1950.
59. *Хорнабужджели, Бежан Виссарионович*, Психологическая сторона вины, Тбилиси, 1981.
60. *Чучаев, Александр Иванович*, Цели наказания в советском уголовном праве, Москва, 1989.
61. *Чучаев, Александр Иванович, Ныркова, Наталья Анатольевна* (ред.), Уголовное право России. Общая часть. Учебник, Ростов-на-Дону, 2009.
62. *Шершеневич, Габриэль Феликсович*, История философии права, С.-Петербург, 1907.
63. *Ферри, Ф. Э.*, Уголовная социология, Ч. I-II, Санкт-Петербург, 1910-1912, Часть I.
64. *Abegg, Julius Friedrich Heinrich*, System der Criminal-Rechts-Wissenschaft als Grundlage zu historisch-dogmatischen Vorlesungen, Königsberg, 1826.
65. *Allfeld, Phillip*, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil, 9. Auflage, Leipzig, 1934.
66. *Aponte, Alejandro*, Feind oder Bürger? Günther Jakobs und das Dilemma eines feindlichen Strafrechts, in: Thomas Uwer (Hrsg.), Bitte bewahren Sie Ruhe: Leben im Feindrechtsstaat, Berlin, 2006.
67. *Aponte, Alejandro*, Krieg und Politik – Das politische Feindstrafrecht im Alltag, in: Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 8-9/2006.
68. *Aquin, Thomas von*, Summa theologica, Berlin, 1887.
69. *Allfeld, Philipp*, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Allg. Teil, 9. Aufl., Leipzig, 1934.
70. *Alwart, Heiner*, Zurechnen und Verurteilen, Stuttgart, München, Hannover, Berlin, Weimar, Dresden, 1998.
71. *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Berlin, 1979, Bd. III.
72. *Arnold, Jörg*, Entwicklungslinien des Feindstrafrechts in 5 Thesen, in: Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 8-9/2006.
73. *Ashworth, Andrew*, Principles of Criminal Law, 3<sup>rd</sup> ed., Oxford, 1999.
74. *Avrigeanu, Tudor*, Pericol social, vinovăție personală și imputare penală, București, 2010.
75. *Bamberger, Heinz Georg*, Versuch beim Unterlassungsdelikt, Bonn, 1978.
76. *Bar, Carl Ludwig von*, Gesetz und Schuld im Strafrecht. Fragen des geltenden deutschen Strafrechts und seiner Reform, Band II: Die Schuld nach dem Strafgesetze, Berlin, 1907.
77. *Bassiouni, M. Cherif*, Substantive criminal law, Springfield, 1978.
78. *Baumann, Jürgen*, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Bielefeld, 1961.
79. *Baumgarten, Arthur*, Der Aufbau der Verbrechenslehre, Tübingen, 1930.
80. *Baumgarten, Izidor*, Die Lehre vom Versuche der Verbrechen. Kriminalistische Studie, Stuttgart, 1888.
81. *Beling, Ernst von*, Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre, in: ders., Sammelband, 1931.
82. *Beling, Ernst von*, Die Lehre vom Tatbestand, Tübingen, 1930.
83. *Beling, Ernst*, Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen, 1906.
84. *Beling, Ernst von*, Grundzüge des Strafrechts, Tübingen, 1930.

85. *Beling, Ernst*, Unschuld, Schuld und Schuldstufen, Leipzig, 1910.
86. *Bielefeldt, Heiner*, Das Folterverbot im Rechtsstaat, Berlin, 2004.
87. *Binding, Karl Ludwig Lorenz*, Das Problem der Strafe in der heutigen Wissenschaft, Wien, 1877.
88. *Binding, Karl Ludwig Lorenz*, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts, Bd. I, Normen und Strafgesetze, 3. Auflage, Leipzig, 1916.
89. *Binding, Karl Ludwig Lorenz*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. II, Schuld und Vorsatz, Hälfte I, Zurechnungsfähigkeit, Schuld, 3. Auflage, Leipzig, 1916.
90. *Binding, Karl Ludwig Lorenz*, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. III, Der Irrtum, Aalen, 1965.
91. *Binding, Karl Ludwig Lorenz*, Die Normen und ihre Übertretung. Eine Untersuchung über die rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts. Vier Bände, Leipzig, 1872–1920; Neudruck, Aalen, 1965.
92. *Binding, Karl Ludwig Lorenz*, Die Schuld im deutschen Strafrecht, Leipzig, 1919.
93. *Binding, Karl Ludwig Lorenz*, Grundriss des Deutschen Strafrechts. Allgemeiner Teil, 6. Auflage, Leipzig, 1902.
94. *Bloy, René*, Die dogmatische Bedeutung der Strafausschließungs- und Strafaufhebungsgründe, Berlin, 1976.
95. *Borja Jiménez, Emiliano*, Peligrosidad criminal e individualización judicial de la pena, Revista Nuevo Foro Penal, Vol. 12, No. 87, Julio-Diciembre 2016, Universidad EAFIT, Medellín.
96. *Broglio, Rolf Paul*, Der strafrechtliche Notstand im Lichte der Strafrechtsreform, Bonn, 1927.
97. *Brouhot, Henri*, De l'influence du résultat illicite sur la pénalité, Paris, 1905.
98. *Brown, S.*, Criminal Law Review, London, 1985, №3.
99. *Bubnoff, Eckhart von*, Die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes von Feuerbach bis Liszt unter besonderer Berücksichtigung der Hegelschule, Heidelberg, 1966.
100. *Buermeyer, Ulf*, Grundrechtsschutz in Deutschland und Europa: Das BVerfG hebt die Umsetzung des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl auf, in: Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 8/2005.
101. *Bung, Jochen*, Feindstrafrecht als Theorie der Normgeltung und der Person, in: Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 2/2006.
102. *Bung, Jochen*, Zurechnen-Können, Erwarten-Dürfen und Vorsorgen-Müssen – Eine Erwiderung auf Günther Jakobs, in: Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 8-9/2006.
103. *Bunster, Álvaro*, Zum strafrechtlichen Handlungsbegriff von Claus Roxin, in: Festschrift für Claus Roxin, Berlin, 2001.
104. *Buri, Maximilian von*, Über Kausalität und deren Verantwortung, Leipzig, 1873.
105. *Bürgi, Wolf*, Die Lehre von der adäquaten Verursachung und ihre Bedeutung in der schweizerischen Rechtsprechung, Bern, 1927.
106. *Burkhardt, Björn*, Düsseldorfer Thesen, in: Thesen zum Kongreß „Neuro2004: Hirnforschung, Willensfreiheit und Strafrecht“, Wissenschaftszentrum Nordrhein-Westfalen, November 2004.
107. *Busch, Richard*, Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre, Tübingen, 1949.
108. *Byrd, B. Sharon*, Kant's Theory of Punishment: Deterrence in Its Threat, Retribution in Its Execution, in: Law and Philosophy, Vol. 8, No. 2 (Aug., 1989).

109. *Class, Wilhelm*, Grenzen des Tatbestandes (Versuch eines Abrisses der Tatbestandstheorie, 1. [einzig] Teil: Die Lehre vom Tatbestand), Aalen, 1977.
110. *Clerc, François / Steck, Eduard*, Grundzüge des schweizerischen Strafrechts. Allgemeiner Teil, Basel, 1943.
111. Code Pénal Français, Paris, 1994-95.
112. *Cordini, Nicolás Santiago*, Transnational Criminal Law: Towards a Regional Legal Theory of Criminal Law. Polít. crim. [online], 2018, vol. 13, n. 26, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000201140>.
113. *Cornil, Georges*, Droit Romain, Bruxelles, 1921.
114. *Crespo, Eduardo Demétrio*, Das „Feindstrafrecht“ darf nicht sein! Zur Unzulässigkeit des sogenannten „Feindstrafrechts“ und dem Gedanken der Sicherheit unter besonderer Berücksichtigung der wissenschaftlichen Diskussion und Tendenzen in Spanien, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 9/2006.
115. *Díez Ripollés, José Luis*, Symbolisches Strafrecht und die Wirkungen der Strafe, in: ZStW 113 (2001).
116. *Dedes, Christos*, Die Sinndeutung der Handlung, in: Festschrift für Claus Roxin, Berlin, 2001.
117. *Dohna, Alexander Graf zu*, Der Aufbau der Verbrechenslehre, Bonn, 1950.
118. *Donini, Massimo*, Das Strafrecht und der „Feind“, in: Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen – Kleine Schriften, т. 11, 2007.
119. *Donna, Eduardo Alberto*, Schuldfrage und Prävention, in: Gedächtnisschrift für Heinz Zipf, Heidelberg, 1999.
120. *Dreuille, Jean-François*, Le droit pénal de l’ennemi: éléments pour une discussion, Jurisprudence. Revue critique, Université de Savoie, 2012.
121. *Dubber, Markus Dirk*, Foundational Texts in Modern Criminal Law, Oxford, 2014.
122. *Duff, Robin Antony*, Codifying Criminal Fault: Conceptual Problems and Presuppositions, in: Criminal Law and Justice, London, 1987.
123. *Engisch, Karl*, Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik an der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen, Festschrift für Theodor Rittler, Aalen, 1957.
124. *Engisch, Karl*, Der Arzt im Strafrecht, in: Monatsschrift für Kriminalbiologie und Strafrechtsreform, München-Berlin, 1939, Heft 9.
125. *Engisch, Karl*, Der finale Handlungsbegriff, in: Probleme der Strafrechtserneuerung; Festschrift für Eduard Kohlrausch, Berlin, 1944.
126. *Engisch, Karl*, Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände, Tübingen, 1931.
127. *Engisch, Karl*, Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart, Berlin, 1965.
128. *Engisch, Karl*, Vom Weltbild des Juristen, Heidelberg, 1950.
129. Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (BGHSt), BRD, Bände: 21, 24.
130. *Eser, Albin*, Sozialadäquanz: eine überflüssige oder unverzichtbare Rechtsfigur?, in: Festschrift für Claus Roxin, Berlin, 2001.
131. *Feuerbach, Paul Johann Anselm*, Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil I, Erfurt, 1799.

132. **Feuerbach, Paul Johann Anselm**, Revision der Grundsätze und Grunbegriffe des positiven peinlichen Rechts, Teil II, Chemnitz, 1800.
133. **Fiedler, Herbert**, Vorhaben und Versuch im Strafrecht (Über ein Handlungsmodell der strafrechtlichen Versuchslehre), Baden-Baden, 1967.
134. **Finger, August**, Der Versuch und der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, in: Festschrift für Karl Ludwig Lorenz Binding, Band I, Leipzig, 1911.
135. **Fish, Morris J.**, An Eye for an Eye: Proportionality as a Moral Principle of Punishment, In: Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 28, No. 1(2008).
136. **Fischer, Gero**, Das unvollendete Verbrechen im deutschen und französischen Recht, München, 1970.
137. **Frank, Reinhard**, Kommentar über das Großherzoglich Hessische StGB, Teil I, 1842.
138. **Frank, Reinhard**, Über den Aufbau des Schuldbegriffs, in: Festschrift für die juristische Fakultät in Gießen zum Universitäts-Jubiläum, Gießen, 1907.
139. **Frisch, Wolfgang**, Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, München, 2001.
140. **Frister, Helmut**, Schuldprinzip, Verbot der Verdachtsstrafe und Unschuldsvermutung als materielle Grundprinzipien des Strafrechts, Berlin, 1988.
141. **Fuchs, Helmut, Zerbes, Ingeborg**, Strafrecht. Allgemeiner Teil I, Grundlagen und die Lehre von der Straftat, 10. Aufl., Wien, 2018.
142. **Gallas, Wilhelm**, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen, Berlin, 1961.
143. **Gardner, Edward Clinton**, Justice and Christian Ethics, Atlanta, 1995.
144. **Garraud, Pierre**, Précis élémentaire de droit pénal, 4<sup>e</sup> éd., Paris, 1942.
145. **Gehlen, Arnold**, Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt, 1. Auflage, Berlin, 1940.
146. **Geisler, Claudius**, Zur Vereinbarkeit objektiver Bedingungen der Strafbarkeit mit dem Schuldprinzip. Zugleich ein Beitrag zum Freiheitsbegriff des modernen Schuldstrafrechts, Berlin, 1998.
147. **Gemmingen, Hans Dieter Freiherr von**, Die Rechtswidrigkeit des Versuchs, Breslau-Neukirch, 1932.
148. **Geppert, Klaus**, Wechselwirkungen zwischen materiellem Strafrecht und Strafprozeßrecht, in: Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002.
149. **Germann, Oscar Adolf**, Das Verbrechen im neuen Strafrecht, Zürich, 1942.
150. **Germann, Oscar Adolf**, Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs, Zürich, Aargau, 1914.
151. **Girard, Paul-Frédéric**, Droit Romain, 6<sup>e</sup> éd., Paris, 1937.
152. **Giudicelli-Delage, Geneviève**, Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi, dans: Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2010/1 (№1).
153. **Goldschmidt, James**, Der Notstand, ein Schuldproblem, Wien, 1913.
154. **González Cussac, José Luis**, „Feindstrafrecht“, Die Wiedergeburt des autoritären Denkens im Schoße des Rechtsstaates, in: Rechtsgeschichte und Rechtsgeschehen – Kleine Schriften, Band 15, 2007.
155. **González-Rivero, Pilar**, Strafrechtliche Zurechnung bei Defektszuständen. Zugleich ein Beitrag, zur allgemeinen Zurechnungslehre, Berlin, 2001.
156. **Gordon, Gerald Henry**, The Criminal Law of Scotland, Edinburgh, 1967.

157. **Grasnick, Walter**, Luhmann ante portas. Systemtheoretische Überlegungen zur Hauptverhandlung im Strafverfahren, in: Festschrift für Lutz Meyer-Gossner, München, 2001.
158. **Greco, Luis**, Über das sogenannte Feindstrafrecht, in: Goldammer's Archiv für Strafrecht, Heft 2/2006.
159. **Griffon, René**, De l'intention en droit pénal, Paris, 1911.
160. **Gropp, Walter**, Strafrecht. Allgemeiner Teil, 3. Auflage, Berlin, Heidelberg, New York, 2005.
161. **Grünwald, Anette**, Das vorsätzliche Tötungsdelikt, Tübingen, 2010.
162. **Gunn, John**, Psychiatric Aspects of Imprisonment, New York, San Francisco, 1978.
163. **Haftner, Ernst**, Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts. Allg. Teil, 2. Aufl., Bern, 1946.
164. **Haffke, Bernhard**, Vom Rechtsstaat zum Sicherheitsstaat?, in: Kritische Justiz, 2005 (H. 1).
165. **Hähnchen, Susanne**, Rechtsgeschichte (Von der Römischen Antike bis zur Neuzeit), 4. Aufl., Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2012.
166. **Hall, Karl Alfred**, Fahrlässigkeit im Vorsatz, Bonn, 1959.
167. **Hamm, Rainer**, Feindstrafrecht – Bürgerstrafrecht – Feindstrafrecht, in: Neue Lust auf Strafen. Schriftenreihe des Instituts für Konfliktforschung, Band 27, 2005.
168. **Hannachi, Ahlem**, La théorie du droit pénal de l'ennemi, 2015, <http://hannachiahlemlaw.canal-blog.com/archives/2015/06/07/32178015.html>, I/B.
169. **Hardwig, Werner**, Die Zurechnung. Ein Zentralproblem des Strafrechts, Hamburg, 1957.
170. **Hart, Herbert Lionel Adolphus**, Intention and Punishment, in: Punishment and Responsibility, London, 1968.
171. **Hartmann, Nicolai**, Neue Wege der Ontologie, Berlin, 1942.
172. **Hartmann, Nicolai**, Teleologisches Denken, Berlin, 1951.
173. **Hassemer, Winfried**, Sicherheit durch Strafrecht, in: Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 4/2006.
174. **Hassemer, Winfried**, Strafrecht, Prävention, Vergeltung, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 7/2006.
175. **Hegel, Georg Wilhelm Friedrich**, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Sämtliche Werke, Bd. VII, 3. Auflage, Stuttgart, 1952.
176. **Heger, Martin / Petzsche, Anneke**, Das «Feindstrafrecht», Berlin, 2013, <https://heger.rewi.hu-berlin.de/doc/ap/HandoutF-StR.pdf>.
177. **Hippel, Reinhard von**, Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Versuchslehre, Berlin, 1966.
178. **Heinrich, Bernd**, Die strafrechtliche Handlung, Vorlesung, Arbeitsblatt Nr. 8, [www.jura.uni-tuebingen.de](http://www.jura.uni-tuebingen.de).
179. **Heinz, Wolfgang S. / Arend, Jan-Michael**, The International Fight against Terrorism and the Protection of Human Rights. With Recommendations to the German Government and Parliament, 2005.
180. **Henkel, Heinrich**, Der Notstand nach gegenwärtigem und künftigem Recht, München, 1931.
181. **Herzberg, Rolf Dietrich**, Die Unterlassung im Strafrecht und das Garantenprinzip, Berlin, New York, 1972.



182. **Hirschberg, Rudolf**, Schuld begriff und adäquate Kausalität. Eine Untersuchung über das Zurechnungsproblem, 1928.
183. **Hogger, Dennis**, Kants Straftheorie in «Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre», München, 2014.
184. **Hohmann, Ralf**, Personalität und strafrechtliche Zurechnung. Die Konstitution des strafrechtlichen Handlungsbegriffs auf der Grundlage der Hegelschen Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main, Berlin, Bern, New York, Paris, Wien, 1993.
185. **Hold-Ferneck, Alexander**, Der Versuch. Eine rechtsphilosophische Betrachtung zum Deutschen Strafgesetzentwurf, Leipzig, 1922.
186. **Honig, Richard Martin**, Kausalität und objektive Zurechnung, in: Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. I, Tübingen, 1930.
187. **Hooper, Anthony**, Haris's Criminal Law, 21. ed., London, 1968.
188. **Horn, Hans-Rudolf**, Untersuchungen zur Struktur der Rechtswidrigkeit, Berlin, 1962.
189. **Hörnle, Tatjana**, Deskriptive und normative Dimensionen des Begriffs „Feindstrafrecht“, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht, Heft 2/2006
190. **Hörnle, Tatjana**, Straftheorien, in: Enzyklopädie zur Rechtsphilosophie, IVR (Deutsche Sektion) und Deutsche Gesellschaft für Philosophie, 2011.
191. **Hughes, Graham**, Concept of Crime, in: Encyclopedia of Crime and Justice, London, 1983, vol. I.
192. **Hugo, Gustav** (Revue par F. Poncelet), Histoire du Droit Romain, Bruxelles, 1840.
193. **Husserl, Gerhart**, Negatives Sollen im bürgerlichen Recht, Breslau, 1931.
194. **Isenschmid, Moritz**, Die Bestrafung des Versuches und ihre rechtsphilosophische Begründung, Freiburg, 1943.
195. **Jakobs, Günther**, Bemerkungen zur objektiven Zurechnung, in: Festschrift für Hans Joachim Hirsch, Berlin, New York, 1999.
196. **Jakobs, Günther**, Bürgerstrafrecht und Feindstrafrecht, in: Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 3/2004.
197. **Jakobs, Günther**, Das Schuldprinzip, Opladen, 1993.
198. **Jakobs, Günther**, Das Selbstverständnis der Strafrechtswissenschaft vor den Herausforderungen der Gegenwart, Kommentar, in: Albin Eser, Winfried Hassemer, Björn Burkhardt (Herausgeber), Die deutsche Strafrechtswissenschaft vor der Jahrtausendwende. Rückbesinnung und Ausblick, München, 2000.
199. **Jakobs, Günther**, Das Strafrecht zwischen Funktionalismus und „alteuropäischem“ Prinzipiendenken. Oder: Verabschiedung des „alteuropäischen“ Strafrechts?, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 107, 1995.
200. **Jakobs, Günther**, Der strafrechtliche Handlungsbegriff, München, 1992.
201. **Jakobs, Günther**, Die strafrechtliche Zurechnung von Tun und Unterlassen, Opladen, 1996.
202. **Jakobs, Günther**, Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad, Madrid, 2004.
203. **Jakobs, Günther**, Gleichgültigkeit als dolus indirectus, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 114, 2002.

204. **Jakobs, Günther**, Feindstrafrecht? – Eine Untersuchung zu den Bedingungen von Rechtlichkeit, in: Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 8-9/2006.
205. **Jakobs, Günther**, Handlungssteuerung und Antriebssteuerung. Zu Hans Welzels Verbrechensbegriff, in: Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber, Heidelberg, 2003.
206. **Jakobs, Günther**, Individuum und Person – Strafrechtliche Zurechnung und die Ergebnisse moderner Hirnforschung, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 117, 2005.
207. **Jakobs, Günther**, Kriminalisierung im Vorfeld der Rechtsgutsverletzung, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 97, 1985.
208. **Jakobs, Günther**, Norm, Person, Gesellschaft. Vorüberlegungen zu einer Rechtsphilosophie, 1. Auflage, Berlin, 1997, 2. Auflage, Berlin, 1999.
209. **Jakobs, Günther**, Rezension: Benno Zabel: Schuldtypisierung als Begriffsanalyse. Tiefenstrukturen moderner Praxisformen und deren strafrechtliche Transformation, Berlin, 2007, Höchstrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 5/2007.
210. **Jakobs, Günther**, Schuld und Prävention, Mohr, Tübingen, 1976.
211. **Jakobs, Günther**, Staatliche Strafe: Bedeutung und Zweck, Paderborn, 2004.
212. **Jakobs, Günther**, Strafbarkeit juristischer Personen?, in: Festschrift für Klaus Lüderssen, Baden-Baden, 2002.
213. **Jakobs, Günther**, Strafrecht, Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre. Lehrbuch, 2. Auflage, Berlin, New York, 1991.
214. **Jakobs, Günther**, Strafrechtliche Zurechnung und die Bedingungen der Normgeltung, in: Ulfrid Neumann und Lorenz Schulz (Herausgeber), Verantwortung in Recht und Moral, 2000.
215. **Jakobs, Günther**, Studien zum fahrlässigen Erfolgsdelikt, Berlin, 1972.
216. **Jakobs, Günther**, Tätervorstellung und objektive Zurechnung, in: Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989.
217. **Jakobs, Günther**, Terroristen als Personen im Recht?, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 117, Heft 4, 2005.
218. **Jakobs, Günther**, Zur gegenwärtigen Straftheorie, in: Klaus-Michael Kodalle (Herausgeber), Strafe muß sein! Muß Strafe sein?, Würzburg, 1998.
219. **Jakobs, Günther / Meliá, Manuel Cancio**, Derecho penal del enemigo, 1ª edición, Madrid, 2003; 2ª edición, Madrid, 2006.
220. **Jehle, Jörg-Martin**, Strafvollzug und Empirie, in: Festschrift für Alexander Böhm, Berlin, New York, 1999.
221. **Jescheck, Hans-Heinrich**, Das Schuldprinzip als Grundlage und Grenze der Strafbarkeit im Deutschen und Spanischen Recht, in: ders., Beiträge zum Strafrecht (1980-1998), Berlin, 1998.
222. **Jescheck, Hans-Heinrich**, Grundfragen der Dogmatik und Kriminalpolitik, in: ders., Beiträge zum Strafrecht (1980-1998), Berlin, 1998.
223. **Jescheck, Hans-Heinrich / Weigend, Thomas**, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Berlin, 2017.
224. **Joecks, Wolfgang**, StGB (Studienkommentar), München, 1999.
225. **Jung, Heike**, Strafvollzug im Vergleich, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, München, 2001.



226. **Kahlo, Michael**, Die Handlungsform der Unterlassung als Kriminaldelikt. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung zur Theorie des personalen Handelns, Frankfurt am Main, 2001.
227. **Kaiafa-Gbandi, Maria**, Aktuelle Strafrechtsentwicklung in der EU und rechtsstaatliche Defizite, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 11/2006.
228. **Kant, Immanuel**, Kritik der praktischen Vernunft, Berlin, 1869.
229. **Kant, Immanuel**, Kritik der reinen Vernunft, 5. Aufl., Leipzig, 1979.
230. **Kant, Immanuel**, Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Berlin, 1870.
231. **Kant, Immanuel**, Metaphysik der Sitten. Rechtslehre, in: Preußische Akademie der Wissenschaften, Berlin, 1900; Werke in zwölf Bänden, Bd. VIII, Wiesbaden, 1956
232. **Kant, Immanuel**, Rechtslehre. Schriften zur Rechtsphilosophie, Berlin, 1988.
233. **Kantorowicz, Hermann**, Tat und Schuld, Zürich und Leipzig, 1933.
234. **Karding, Hilde**, Die Notpflicht oder Grenzen des strafbefreienden Notstandes, Kiel, 1933.
235. **Karpe, Franc Samuel**, Institutiones philosophic moralis, Pars prima, Philosophia practica, Moscovia, 1815.
236. **Kasseckert, Christian**, Strafrechte im Dritten Reich, in: Das Strafrecht vor neuen Herausforderungen, Bd. 21, Berlin, 2009.
237. **Kaufmann, Armin**, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, Göttingen, 1959.
238. **Kaufmann, Armin**, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie. Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik, Göttingen, 1954.
239. **Kaufmann, Arthur**, Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung, Heidelberg, 1961.
240. **Kaufmann, Arthur**, Schuld und Strafe, Köln, Berlin, Bonn, München, 1956.
241. **Keating, Heather M.**, Fatal and Non-Fatal Offences against the Person under the Draft Criminal Code, in: Criminal law and justice, London, 1987.
242. **Kelsen, Hans**, Hauptprobleme der Strafrechtslehre, 2. Aufl., Tübingen, 1923.
243. **Kienapfel, Diethelm, Höpfel, Frank**, Grundriß des österreichischen Strafrechts. Allgemeiner Teil, 7. Aufl., Wien, 1998.
244. **Klinck, Fabian**, Zum Nachweis der Benachteiligungsabsicht bei fraudatorischen Sklavenfreilassungen – Im Zweifel gegen die Freiheit!, in: Sklaverei und Freilassung im römischen Recht, Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag [Hrsg. Th. Finkenauer], Heidelberg, 2006.
245. **Kohlrausch, Eduard**, Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, Berlin, 1903.
246. **Koriath, Heinz**, Grundlagen strafrechtlicher Zurechnung, Berlin, 1994.
247. **Köhler, August**, Der Notstand im künftigen Strafrecht, Erlangen, 1926.
248. **Köhler, Michael**, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Berlin, Heidelberg, New York, 1997.
249. **Köstlin, Christian Reinhold**, System des deutschen Strafrechts, Abteilung I, Allgemeiner Teil, Tübingen, 1855 (Nachdruck: Aalen, 1978).
250. **Krauss, Detlef**, Schuld im Strafrecht – Zurechnung der Tat oder Abrechnung mit dem Täter?, in: Festschrift für Horst Schüler-Springorum, Köln, Berlin, Bonn, München, 1993.
251. **Kreißig, Heinz**, Geschichte des Hellenismus, Berlin, 1982.
252. **Kutalia, Lasha-Giorgi**, Criminal Law+, Tbilisi, Batumi, 2020, онлайн: [www.nplg.gov.ge](http://www.nplg.gov.ge).
253. **Kutalia, Lasha-Giorgi**, Das heterarchische Verbrechenssystem, Würzburg, 2008.

254. **Kutalia, Lasha-Giorgi**, Death Penalty in Modern Criminal Law, Bulletin of the Georgian Academy of Sciences, vol. 159, №3, 1999.
255. **Kutalia, Lasha-Giorgi**, „Feindstrafrecht“ – Naturzustand vs. Rechtsbeziehung?, Göttingen, 2007.
256. **Kutalia, Lasha-Giorgi**, Handlungslehre. Strafrechtliche Konzeption, Göttingen, 2011, онлайн: [www.nplg.gov.ge](http://www.nplg.gov.ge).
257. **Kutalia, Lasha-Giorgi**, Lagma, Jubilee Edition of Legal Scientific Works, 100 volumes, Georgia, 2018, онлайн: [www.archive.org/details/LAGMA](http://www.archive.org/details/LAGMA).
258. **Kutalia, Lasha-Giorgi**, Theorie der allgemeinen Kontinuität, I Schwarzmeerjuristentage, Strafrecht (Hrsg. H. Hakeri), Samsun, 2010, онлайн: [www.edoc.hu-berlin.de](http://www.edoc.hu-berlin.de).
259. **Kutalia, Lasha-Giorgi, Kutalia, Rusudan**, Life Axioms for Universal Aboilition of Death Penalty and Life Imprisonment, Online version, Tbilisi, 2010, [www.brainguide.de/Life-Axioms](http://www.brainguide.de/Life-Axioms).
260. **Kulow, Artur**, Repetitorium des gesamten Römischen Rechts, Berlin, Stuttgart, Leipzig, 1907.
261. **Kuttner, Stephan Georg**, Kanonische Schuldlehre, Berlin, 1952.
262. **Lackner, Karl / Kühn, Kristian**, StGB mit Erläuterungen, 22. Auflage, München, 1997.
263. **Lampe, Ernst-Joachim**, Willensfreiheit und strafrechtliche Unrechtslehre, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 118, Heft 1, 2006.
264. **Lampe, Ernst-Joachim**, Zur funktionalen Begründung des Verbrechenssystems, in: Festschrift für Claus Roxin, Berlin, 2001.
265. **Langer, Winrich**, Gesetzesanwendung und Straftataufbau, in: Gedächtnisschrift für Dieter Meurer, Berlin, 2002.
266. **Lashely, Karl Spencer**, Brain Mechanism and Intelligence, London, 1929.
267. **Leferenz, Heinz**, Der Entwurf des allgemeinen Teils eines Strafgesetzbuchs in kriminologischer Sicht, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 70, 1958.
268. **Legros, Robert**, L'élément moral dans les infractions, Paris, 1952.
269. **Lehmann, Barbara**, Die Bestrafung des Versuchs nach deutschem und amerikanischem Recht, Bonn, 1962.
270. **Leibniz, Gottfried Wilhelm**, Sämtliche Schriften und Briefe, Berlin, 1923.
271. **Lesch, Heiko Hartmut**, Der Verbrechensbegriff. Grundlinien einer funktionalen Revision, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999.
272. **Liszt, Franz Eduard Ritter von**, Der Zweckgedanke im Strafrecht, in: 3 ZStW 1, 1883 ("Marburger Programm").
273. **Liszt, Franz Eduard Ritter von**, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 2. Auflage, Berlin, Leipzig, 1884, 5. Auflage, Berlin, 1892.
274. **Liszt, Franz Eduard Ritter von**, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, Band 1 (1875-1891), Band 2 (1892-1904), Berlin, 1970.
275. **Liszt, Franz Eduard Ritter von / Schmidt, Eberhard**, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 26. Auflage, Berlin und Leipzig, 1932.
276. **Loening, Richard**, Die Zurechnungslehre Aristoteles, Jena, 1903.
277. **Loening, Richard**, Grundriß zu Vorlesungen über deutsches Strafrecht, Frankfurt am Main, 1885.
278. **Löw, Christine**, Die Erkundigungspflicht beim Verbotsirrtum nach § 17 StGB, Frankfurt am Main, 2002.

279. **Luhmann, Niklas**, Rechtssoziologie, Band 1, Reinbek, 1972.
280. **Luhmann, Niklas**, Soziale Systeme. Grundriß einer allgemeinen Theorie, Frankfurt a. M., 1984.
281. **Luhmann, Niklas**, Soziologische Aufklärung, Band 6, Die Soziologie und der Mensch, Opladen, 1995.
282. **Lumpe, Adolf**, Das Maß der Willensbetätigung im Versuchsstrafrecht, Hamburg, 1938.
283. **Mackelden, Ferdinand**, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, Erster Band, Giessen, 1833.
284. **Maihofer, Werner**, Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem, Tübingen, 1953.
285. **Maihofer, Werner**, Der soziale Handlungsbegriff, Berlin, 1959.
286. **Makharadze, Adam, Kutalia, Lasha-Giorgi, Makharadze, Omar**, Dolus compositus in the light of continental classicism, in: Journal of Advanced Research in Law and Economics, Volume IX, Winter 7(37), 2018.
287. **Malek, Klaus**, Feindstrafrecht – Einige Anmerkungen zur Arbeitsgruppe „Feindstrafrecht – Ein Gespenst geht um im Rechtsstaat“ auf dem 30. Strafverteidigertag 2006, in: Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 8-9/2006.
288. **Matt, Holger**, Kausalität aus Freiheit. Eine rechtsphilosophische Grundlegung zum Bewirken durch Tun und Unterlassen im (Straf-)Recht, Baden-Baden, 1994.
289. **Maurach, Reinhart**, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, Karlsruhe, 1954.
290. **Maurach, Reinhart**, Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil, Karlsruhe, 1956.
291. **Maurach, Reinhart / Schröder, Friedrich-Christian / Maiwald, Manfred**, Strafrecht BT, 10. Auflage, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg, 2009, 2/II/18.
292. **Mayer, Hellmuth**, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Stuttgart und Köln, 1953.
293. **Mayer, Max Ernst**, Der Causalzusammenhang zwischen Handlung und Erfolg im Strafrecht. Eine rechtsphilosophische Untersuchung, Frankfurt am Main, 1967.
294. **Meggle, Georg**, Grundbegriffe der Kommunikation, 2. Auflage, Berlin, New York, 1997.
295. **Meliá, Manuel Cancio**, Feind„strafrecht“?, in: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 117, 2005.
296. **Meliá, Manuel Cancio**, Finale Handlungslehre und objektive Zurechnung. Dogmengeschichtliche Betrachtungen zur Lehre von der Sozialadäquanz, in: Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1995.
297. **Merkel, Adolf / Liepmann, Moritz**, Die Lehre von Verbrechen und Strafe, Stuttgart, 1912.
298. **Merten, Klaus**, Kommunikation. Eine Begriffs- und Prozeßanalyse, Opladen, 1977.
299. **Mezger, Edmund**, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Auflage, Berlin und München, 1950.
300. **Mezger, Edmund**, Vom Sinn der strafrechtlichen Tatbestände, Festschrift für Ludwig Traeger, Berlin, 1926.
301. **Miró-Llinares, Fernando**, Persona o enemigo; Vigencia real o postulada de las normas; Estado de derecho perfecto u óptimo en la práctica. Al hilo de la segunda edición del libro *Derecho penal del enemigo* de Günther Jakobs y Manuel Cancio Meliá, in: Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche, vol. I, № 1, 2006.
302. **Mommsen, Theodor**, Römisches Strafrecht, Graz, 1955.
303. **Montenbruck, Axel**, Deutsche Straftheorie. Ein Lehrbuch, 2. ergänzte Auflage, Open Access der Freien Universität Berlin, 2017/18, 3., erheblich erweiterte Auflage, Berlin, 2018.

304. **Montesquieu, Charles-Louis de Secondat**, De l'esprit des lois, Paris, 1977.
305. **Moos, Reinhard**, Neue Diversionsmaßnahmen im österreichischen Strafrecht, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, München, 2001.
306. **Morris, Herbert**, Guilt, in: Encyclopedia of Crime and Justice, London, 1983, vol. II.
307. **Mosbacher, Andreas**, Kants präventive Straftheorie, in: ARSP (Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie / Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy), Vol. 90, No. 2 (2004).
308. **Nass, Gustav**, Wandlungen des Schuldbegriffs im Laufe des Rechtsdenkens, Berlin, 1963.
309. **Natorp, Hans**, Der Mangel am Tatbestand und seine Strafbarkeit, Breslau, 1921.
310. **Nehlep, Erwin**, Die Erfolgshaftung im Reichsstrafgesetzbuch und in den Entwürfen, Berlin, 1927.
311. **Neumann, Ulfried**, Feindstrafrecht, <https://www.strafverteidigervereinigungen.org/Material/Themen/Feindstrafrecht/neumannFeindstrafrecht.pdf>.
312. **Neumann, Ulfried**, Funktionale Wahrheit im Strafverfahren, in: Festschrift für Arthur Kaufmann, Heidelberg, 1989.
313. **Nowakowski, Friedrich**, Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen, Graz, Wien, Köln, 1955.
314. **Oneca, José Antón**, Derecho penal, 2<sup>a</sup> ed., Madrid, 1986.
315. **Otto, Harro**, Kausalität und Zurechnung, in: Festschrift für Ernst Amadaeus Wolff, Berlin, Heidelberg, New York, 1998.
316. **Pawlik, Michael**, Strafe oder Gefahrenbekämpfung? Die Prinzipien des deutschen Internationalen Strafrechts vor dem Forum der Straftheorie, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 7/2006.
317. **Perkins, Rollin M.**, Criminal Law, New York, 1969.
318. **Perron, Walter**, Überlegungen zum Verhältnis von Strafrecht und Strafprozeßrecht, in: Festschrift für Ernst-Walter Hanack, Berlin, New York, 1999.
319. **Peters, Karl**, Sozialadäquanz und Legalitätsprinzip, in: Festschrift für Hans Welzel, Berlin, New York, 1974.
320. **Platon** (in der Übersetzung von F. D. E. Schleiermacher), Werke, Berlin, 1984.
321. **Puppe, Ingeborg**, Strafrecht. Allgemeiner Teil im Spiegel der Rechtsordnung, Band I, Die Lehre vom Tatbestand, Rechtswidrigkeit, Schuld, Baden-Baden, 2002.
322. **Quiroga, Pedro López Barja de**, Cicero: Bellum Iustum and the Enemy Criminal Law, in: M. Bergsmo, E. J. Buis (Editors), Philosophical Foundations in International Criminal Law: Correlating Thinkers, Brussels, 2018.
323. **Radbruch, Gustav**, Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem, Berlin, 1904.
324. **Radbruch, Gustav**, Die Lehre von der adäquaten Verursachung, Berlin, 1902.
325. **Radbruch, Gustav**, Zur Systematik der Verbrechenslehre, in: Frank-Festgabe, Bd. I, Tübingen, 1930.
326. **Ramsay, Peter**, The Responsible Subject as Citizen: Criminal Law, Democracy and the Welfare State, in: Modern Law Review, Oxford, 2006.
327. **Reichwein, Heinz**, Über die Schuld im Strafrecht. Ein Versuch, ihre immanenten Grundprinzipien darzustellen, Solothurn, 1943.

328. **Rein, Wilhelm**, Das Kriminalrecht der Römer, Aalen, 1962.
329. **Roxin, Claus**, Normativismus, Kriminalpolitik und Empirie in der Strafrechtsdogmatik, in: Festschrift für Ernst-Joachim Lampe, Berlin, 2003.
330. **Roxin, Claus**, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 1. Auflage, München, 1992, 3. Auflage, München, 1997.
331. **Roxin, Claus**, Strafrechtliche Grundlagenprobleme, Berlin, New York, 1973.
332. **Roxin, Claus**, Wandlungen der Strafzwecklehre, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, München, 2001.
333. **Rubinstein, Sergej Leonidovich**, Sein und Bewußtsein, Berlin, 1962.
334. **Rudolphi, Hans-Joachim**, Schuldlehre, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. I, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Frankfurt a. M., 1977.
335. **Rudolphi, Hans-Joachim**, Unrechtsbewußtsein, Verbotsirrtum und Vermeidbarkeit des Verbotsirrtums, Göttingen, 1969.
336. **Saage, Richard**, Eigentum, Staat und Gesellschaft bei Immanuel Kant, 2. Aufl., Baden-Baden, 1994.
337. **Salditt, Franz**, Wechselwirkungen des formellen und materiellen Strafrechts, in: Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002.
338. **Saleilles, Raymond**, Individualisation de la peine, 2<sup>e</sup> éd., Paris, 1909.
339. **Saliger, Frank**, Feindstrafrecht: Kritisches oder totalitäres Strafrechtskonzept?, in: Juristenzeitung, Band 61, Nummern 15-16, August 2006.
340. **Salm, Karl**, Das versuchte Verbrechen. Studien zum Rechtsguts- und Verbrechensbegriff, Karlsruhe, 1957.
341. **Sánchez Herrera, Esiquio Manuel**, La teoría del delito en un sistema de enjuiciamiento criminal acusatorio, Revista Derecho Penal №7, abr.-jun./2004.
342. **Sánchez Lázaro, Fernando Guanarteme**, ADPCP, Vol. LIX, 2006.
343. **Sauer, Dirk**, Das Strafrecht und die Feinde der offenen Gesellschaft, in: Neue Juristische Wochenschrift 24/2005.
344. **Sauer, Wilhelm**, Allgemeine Strafrechtslehre, Berlin, 1955.
345. **Sauer, Wilhelm**, Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung, in: Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag, Bd. I, Tübingen, 1930.
346. **Sauermann, Karl**, Der Versuch als „delictum sui generis“, Breslau, 1927.
347. **Schewe, Günter**, Bewußtsein und Vorsatz, Berlin, 1967.
348. **Schmid, Niklaus**, Strafverfahren und Strafrecht in den Vereinigten Staaten, 2. Aufl., Heidelberg, 1993.
349. **Schmid, Werner**, Über Feuerbachs Lehre vom „Mangel am Tatbestand“, in: Gedächtnisschrift für Horst Schröder, München, 1978.
350. **Schmidhäuser, Eberhard**, Über Strafe und Generalprävention, in: Festschrift für Ernst Amadeus Wolff, Berlin, Heidelberg, New York, 1998.
351. **Schmidt, Eberhard**, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2. Auflage, Göttingen, 1951, 2. Nachdruck der 3. Auflage, Göttingen, 1995.

352. *Schmidt, Erich*, Die Reform des Strafrechts im Rückblick auf Berliner Impulse in der Geschichte der modernen Kriminalpolitik, Tübingen, 1956.
353. *Schmidt, Erich*, Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege, 2. Auflage, Göttingen, 1951.
354. *Schöneburg, Volkmar*, Der verlorene Charme des Rechtsstaates. Oder: was brachten die Mauer-schützenprozesse?, in: WeltTrends. Zeitschrift für internationale Politik und vergleichende Studien, 34/Frühjahr 2002.
355. *Schönke, Adolf / Schröder, Horst*, Strafgesetzbuch. Kommentar, München, 1978.
356. *Schumacher, Oskar*, Um das Wesen der Strafrechtsschuld. Eine Auseinandersetzung mit modernen Schuldgedanken, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1927.
357. *Schünemann, Bernd*, Die deutsche Strafrechtswissenschaft nach der Jahrtausendwende, in: Goldammer's Archiv für Strafrecht, 2001.
358. *Schünemann, Bernd*, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte, Göttingen, 1971.
359. *Schweikert, Heinrich*, Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling, Karlsruhe, 1957.
360. *Sieber, Ulrich*, Die Kollision von materiellem und prozessuellem Strafrecht, in: Festschrift für Claus Roxin, Berlin, 2001.
361. *Siegert, Karl*, Notstand und Putativnotstand, Tübingen, 1931.
362. *Sinn, Arndt*, Moderne Verbrechenverfolgung – auf dem Weg zu einem Feindstrafrecht?, in: Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik, 3/2006,
363. *Sinn, Arndt, Gropp, Walter, Nagy, Ferenc* (Hg.), Grenzen der Vorverlagerung in einem Tatstrafrecht, in: ZEIS, 2011, Bd. 1.
364. *Smith, John Cyril*, Criminal Law Review, London, 1986, №1.
365. *Smith, John Cyril / Hogan, Brian*, Criminal Law, 5<sup>th</sup> ed., London, 1983.
366. *Spendel, Günter*, Zur Unterscheidung von Tun und Unterlassen, in: Festschrift für Eberhard Schmidt, Göttingen, 1961.
367. *Spilgies, Gunnar*, Die Kritik der Hirnforschung an der Willensfreiheit als Chance für eine Neudiskussion im Strafrecht, in: Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht, Heft 2/2005.
368. *Stannard, John Edward*, Subjectivism, Objectivism and the Draft Criminal Code, Law Quarterly Review, volume 101, London, 1985.
369. *Stratenwerth, Günter*, Strafrecht. Allgemeiner Teil I: Die Straftat, 2. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 1976, 4. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 2000.
370. *Strauch, Dieter*, Mittelalterliches Nordisches Recht bis 1500, Berlin, New York, 2011.
371. *Tarnowski, Hans*, Die systematische Bedeutung der adäquaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechenbegriffs, Berlin und Leipzig, 1927.
372. *Theirfelder, Rudolf*, Objektiv gefaßte Schuldmerkmale, Breslau-Neukirch, 1932.
373. *Traeger, Ludwig*, Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht, Marburg, 1913.
374. *Tyan, Emile*, Institutions du Droit Public Musulman, Paris, 1954.
375. *Ulsenheimer, Klaus*, Das Verhältnis zwischen Pflichtwidrigkeit und Erfolg bei den Fahrlässigkeitsdelikten, Bonn, 1965.

376. **Uwer, Thomas** (Hrsg.), Bitte bewahren Sie Ruhe. Leben im Feindrechtsstaat, Schriftenreihe der Strafverteidigervereinigungen, 1. Aufl., 2006.
377. **Viquez, Karolina**, Derecho penal del enemigo ¿Una quimera dogmática o un modelo orientado al futuro?, in: *Política Criminal*, 3/2007.
378. **Waldkirch, Conrad**, Zufall und Zurechnung im Haftungsrecht, Tübingen, 2018.
379. **Watzlawick, Paul / Beavin, Janet / Jackson, Donald**, Menschliche Kommunikation. Formen, Störungen, Paradoxien, Bern, 1990.
380. **Watson, John Broadus**, Behavior – An introduction to comparative psychology, New York, 1914.
381. **Watson, John Broadus**, Behaviorism, New York, 1925.
382. **Weber, Hellmuth von**, Das Notstandsproblem und seine Lösung in den deutschen Strafgesetzentwürfen von 1919 und 1925, Leipzig, 1925.
383. **Weber, Hellmuth von**, Grundriß des deutschen Strafrechts, 2. Aufl., Bonn, 1948.
384. **Weber, Hellmuth von**, Zum Aufbau des Strafrechtssystems, Jena, 1935.
385. **Weigend, Thomas**, Unverzichtbares im Strafverfahrensrecht, in: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, Band 113, 2001.
386. **Welzel, Hans**, Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie, Berlin, New York, 1975.
387. **Welzel, Hans**, Das deutsche Strafrecht, 3. Auflage, Berlin, 1954, 9. Auflage, Berlin, 1965, 11. Auflage, Berlin, 1969.
388. **Welzel, Hans**, Das neue Bild des Strafrechtssystems, Göttingen, 1957.
389. **Welzel, Hans**, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen, 3. Auflage, Berlin, 1944.
390. **Welzel, Hans**, Um die finale Handlungslehre, Tübingen, 1949.
391. **Welzel, Hans**, Zur Dogmatik im Strafrecht, in: *Festschrift für Reinhart Maurach*, Karlsruhe, 1972.
392. **Wilda, Wilhelm Eduard**, Das Strafrecht der Germanen, Halle, 1842.
393. **Wilenmann, Javier**, Contra las prácticas argumentativas de apelación a la “teoría de la pena” en la dogmática penal, *Polít. crim.* Vol. 12, N° 24 (Diciembre 2017), [http://www.politicacriminal.CI/Vol\\_12/n\\_24/Vol12N24A4.pdf](http://www.politicacriminal.CI/Vol_12/n_24/Vol12N24A4.pdf).
394. **Wittgenstein, Ludwig Josef Johann**, *Philosophical Investigations*, London, 1963.
395. **Wolff, Ernst Amadeus**, *Handlungsbegriff*, Leipzig, 1932.
396. **Wolff, Ernst Amadeus**, *Kausalität von Tun und Unterlassen. Eine strafrechtliche Untersuchung*, Heidelberg, 1965.
397. **Wolf, Eric**, *Strafrechtliche Schuldlehre, Teil I*, Mannheim, Berlin, Leipzig, 1928.
398. **Wolff, Karl**, *Verbotenes Verhalten*, Wien und Leipzig, 1923.
399. **Zeller, Eduard Gottlob**, *Grundriß der Geschichte der griechischen Philosophie*, Leipzig, 1883.
400. **Zoll, Andrzej**, *Rechtsnorm und Strafvorschrift*, in: *Festschrift für Claus Roxin*, Berlin, 2001.

# **СОДЕРЖАНИЕ**



<b>ПРЕДИСЛОВИЕ К РУССКОМУ ИЗДАНИЮ</b> .....	5
<b>ПРЕДИСЛОВИЕ</b> .....	7
<b>Часть I</b>	
<b>ГЕНЕЗИС</b> .....	14
<b>Глава I</b>	
<b>ОСНОВНЫЕ ЭТАПЫ ПРЕ- И РАННЕНАУЧНОГО РАЗВИТИЯ ИДЕИ ВИНЫ</b> .....	15
<b>§ 1. Вина как продукт теоретического мышления</b> .....	15
Вина – врождённая идея? .....	15
Ius talionis .....	19
Идея индивидуальной вины .....	23
Теоретическое мышление .....	26
<b>§ 2. Учение Аристотеля о вменении и вине</b> .....	30
Нравственный габитус .....	30
Добровольность («Произвольность») .....	34
Принуждение .....	38
<b>§ 3. Римское право</b> .....	43
Раннее римское право .....	43
Dolus .....	44
Culpa .....	49
Необходимая оборона .....	50
Крайняя необходимость .....	53
Ignorantia iuris nocet .....	54
Коллективная вина .....	55
<b>§ 4. Средневековое право</b> .....	58
Актуальная и преступная воля .....	58
Эвентуальный умысел .....	60
Покушение .....	63
Каноническое право .....	65
Онтология Ф. Аквинского .....	69
Подвиды вины .....	84
Экскурс: уголовно-правовая математика .....	86
Противоправность .....	93
Аффект .....	99
Германское право .....	105
Обвинение .....	121
Соучастие .....	127
Покушение .....	131
Грузинское право .....	143
<b>БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ПРИЛОЖЕНИЕ №1</b> .....	144

<b>Глава II</b>	
<b>ИСТОКИ НАУЧНОГО ИССЛЕДОВАНИЯ УГОЛОВНО-ПРАВОВОЙ ВИНЫ</b> .....	147
<b>§ 1. Принципы Беккариа</b> .....	147
Принцип индивидуальной вины .....	147
Презумпция невиновности .....	161
Иммунитет невиновного .....	171
Телеология .....	176
<b>§ 2. Воззрения Фейербаха и Штюбеля</b> .....	202
Неосторожная вина .....	202
<i>Ignorantia iuris nocet</i> .....	206
<b>§ 3. Учение Таганцева (Абсолютность индивидуальной вины)</b> .....	214
Догматика XIX века .....	214
«Новая немецкая теория» .....	215
Вменяемость и наказуемость юридических лиц .....	216
Система аргументов Таганцева .....	220
<b>§ 4. Теория Кенни о субъективной стороне преступления</b> .....	227
Вина как элемент преступления .....	227
Нравственная и религиозная вина .....	228
Основание уголовно-правовой ответственности .....	235
Психология бездействия .....	240
<i>Ultra posse nemo obligatur</i> .....	243
<i>Mens rea</i> .....	252
<i>Actus reus</i> .....	261
Абсолютная и косвенная ответственность .....	264
Презумпция «невиновности» .....	266
<b>§ 5. Философия уголовного права</b> .....	270
Кант .....	270
Гегель .....	273
Аксиология .....	276
«Судебная вина» .....	276
Уголовно-правовое понятие свободы воли .....	278
Социологическая теория вины .....	279
<b>Часть II</b>	
<b>ТЕОРИИ</b> .....	281
<b>Глава III</b>	
<b>ПСИХОЛОГИЧЕСКАЯ ТЕОРИЯ ВИНЫ</b> .....	282
<b>§ 1. Формально-логический аспект психологической модели вины</b> .....	282
Систематический ракурс .....	282
Догматический ракурс .....	284
<b>§ 2. Вина и элемент общественной опасности</b> .....	286
Традиционный подход .....	286
Новое понимание .....	290
<b>§ 3. Каузальность как факультативный объект психического отношения</b> .....	294
Общий аспект .....	294

Причинность бездействия .....	295
Деликт абстрактной опасности .....	300
<b>§ 4. Психическое отношение к форме осуществления преступления</b> .....	302
Нормативный аспект .....	302
Дескриптивный аспект .....	308
<b>§ 5. Понятие и система вины</b> .....	318
Sui generis? .....	318
Система вины .....	318
<b>Глава IV</b>	
<b>КРИТИКА ПСИХОЛОГИЗМА</b> .....	319
<b>§ 1. Х. Кельзен</b> .....	319
Общеправовая критика .....	319
Догматический ракурс .....	320
Систематический ракурс .....	323
<b>§ 2. Р. Франк</b> .....	326
Логическая неприемлемость .....	326
Структура вины .....	328
Волевая теория и теория представления .....	334
Концепция «незнания» .....	335
Основные понятия вины .....	337
<b>§ 3. Т. В. Церетели</b> .....	339
Вина как основание ответственности .....	339
Двухпризначное понятие преступления .....	343
Психо-нормативное понятие вины .....	347
Экскурс: самооценка .....	351
Паритетность признаков .....	353
Неопсихологизм. Неонормативизм .....	354
<b>§ 4. Б. С. Утевский</b> .....	356
Психологизм – рудимент буржуазной догматики .....	356
Универсальная природа вины .....	361
<b>Глава V</b>	
<b>НОРМАТИВНАЯ ТЕОРИЯ ВИНЫ</b> .....	366
<b>§ 1. Общая характеристика</b> .....	366
Содержание вины .....	366
Сущность вины .....	373
<b>§ 2. Символизм</b> .....	377
Порицание – вина или наказание? .....	377
Инвариантность вины .....	379
Геометрия вины .....	381
<b>§ 3. Теории умысла и вины</b> .....	383
Теория умысла .....	383
Теория вины .....	384
<b>Глава VI</b>	
<b>КРИТИКА НОРМАТИВИЗМА</b> .....	389

<b>§ 1. Н. В. Лясс</b> .....	389
Немецкая догматика .....	389
Австрийская догматика .....	406
<b>§ 2. Г. Якобс</b> .....	418
Отрицание психологизма .....	418
Нормативизм Франка .....	420
Телеологическая система .....	421
Теория разумности .....	424
Финализм .....	428
<b>§ 3. К. Роксин</b> .....	432
Нормативное понятие «ответственности» .....	432
Вина как «возможность альтернативного поведения» .....	438
Вина как «юридически нетерпимое отношение» .....	441
Вина как «ответственность за собственный характер» .....	442
Вина как «неправда вопреки нормативной ожидаемости» .....	446
Экскурс: «функциональное» понятие вины .....	449
 <b>Часть III</b>	
<b>ВИНА В УЧЕНИЯХ О ДЕЯНИИ</b> .....	452
 <b>Раздел А</b>	
<b>ПСИХОЛОГИЧЕСКИЕ НАПРАВЛЕНИЯ</b> .....	453
 <b>Глава VII</b>	
<b>СИМПТОМАТИЗМ</b> .....	453
 <b>§ 1. Немецкое право</b> .....	453
Симптомы вины .....	453
Процессуальный техницизм? .....	454
<b>§ 2. Британское право</b> .....	456
Эпистемологический дуализм .....	456
Виртуальность вины .....	456
<b>§ 3. Вина как психическое отношение</b> .....	458
Атомизм .....	458
Косвенная точность вины .....	458
<b>§ 4. Вина как психическая тенденция (векторное состояние)</b> .....	460
«Промежуточность» тенденции .....	460
Тенденциозность вины: делящийся деликт .....	461
Перманентность векторной вины .....	461
<b>§ 5. Вина как психический процесс</b> .....	463
Продолжаемый деликт .....	463
Интервализация формы, интегральность содержания .....	463
Вина как процесс .....	464
Тенденция vs. процесс .....	465
<b>§ 6. Симптоматизм и бихевиоризм</b> .....	467
Комплексная критика: Л. Витгенштейн .....	467
Умеренный и радикальный бихевиоризм .....	467
«Визуализация» вины .....	468
Метавизуальность деликта .....	469

Пластика наблюдения .....	469
Вербальные и письменные деликты .....	470
<b>§ 7. Советская догматика</b> .....	473
Криминологический симптоматизм .....	473
Объективация воли .....	473
Криминалистический симптоматизм .....	474
<b>§ 8. Субъективизм?</b> .....	476
Дж. Э. Стэннард .....	476
Степень реализации вины .....	476
Догматико-компаративный аспект .....	477
<b>Глава VIII</b>	
<b>КАУЗАЛИЗМ</b> .....	478
<b>§ 1. Введение</b> .....	478
Погасшее светило .....	478
Свет погасшего светила .....	479
<b>§ 2. Ф. ф. Лист</b> .....	480
«Физическая» воля .....	480
Метафизика М. ф. Бури .....	481
Когниция .....	481
Бездействие .....	482
Каузальность .....	483
Двойная логистика неделимости деяния .....	483
«Каузальность» бездействия .....	484
Семантика делений деяния .....	485
Неосторожность .....	485
Вина как воля или психическое отношение? .....	485
Волюнтативная трилемма .....	486
Трёхпризначное понятие преступления .....	488
<b>§ 3. Э. Белинг</b> .....	490
Размежевание деяния и состава .....	490
Обстоятельства, исключают деяние .....	491
Масштаб типичности преступления .....	492
Дескриптивность состава преступления .....	492
Объективная неправда .....	493
Добро и обязанность .....	493
Вина как «психическая ошибочность» .....	494
Вина – «психическое отражение неправды» .....	495
«Дескрипция – оценка – дескрипция» .....	496
Умысел и сознание противоправности .....	497
<b>§ 4. Г. Радбрух</b> .....	498
Критика «негативных признаков состава преступления» .....	498
Онтология .....	499
<b>§ 5. Умеренный каузаллизм: Э. Мецгер</b> .....	501
Факультативно субъективная неправда .....	501
«Простое и сложное воление» .....	501
Суппозиция: субъективные элементы состава преступления .....	503
Исключения Мецгера, правило Листа .....	503

Оправдывающие обстоятельства vs. субъективные элементы неправды .....	504
<b>§ 6. Неокауализм: Ю. Бауман</b> .....	505
Слеминг финализма .....	505
Коллективная воля .....	506
Деяние и результат .....	506
Субъективные элементы неправды .....	507
<b>§ 7. Квалификация преступления</b> .....	509
Метод правила и исключения .....	509
Этап 1. I Ступень I Степени. Фактический вред (опасность) .....	509
Этап 2. I Ступень II Степени. Исключение-конституирование состава деяния .....	510
Этап 3. II Ступень I Степени. Соответствие составу деяния .....	510
Этап 4. II Ступень II Степени. Исключение-конституирование противоправности .....	510
Этап 5. III Ступень I Степени. Противоправность .....	510
Этап 6. III Ступень II Степени. Исключение-конституирование вины .....	511
Этап 7. IV Ступень I Степени. Вина .....	511
Этап 8. IV Ступень II Степени. Исключение-конституирование наказания .....	511
Этап 9. V Ступень I Степени. Наказание .....	511
<b>Раздел Б</b>	
<b>НОРМАТИВНОЕ НАПРАВЛЕНИЕ</b> .....	513
<b>Глава IX</b>	
<b>СОЦИАЛИЗМ</b> .....	513
<b>§ 1. Объективный логос</b> .....	513
Социальный смысл .....	513
Патологии уголовного права .....	514
<b>§ 2. Э. Шмидт</b> .....	515
Пронатурализм .....	515
Мецгер / Шмидт: Вина – фактическое отношение .....	515
Критика фактического: В. Хардвиг .....	516
Вина – гипотеза vs. вина – факт .....	517
«Сравнение» психического с нормативным .....	518
Вина как «взаимосвязь» между поведением и нормой .....	519
<b>§ 3. К. Энгиш</b> .....	521
Объективная финальность .....	521
Каузальность содержания, финальность формы .....	521
Оригинальность .....	522
Правовое государство: индивид против общества .....	522
Социальные последствия .....	522
Уголовно-правовой результат .....	523
Уголовное право ≠ социология .....	524
Критика факультативно субъективной неправды .....	525
Гинеколог мужского пола .....	526
Трещины субъективной неправды .....	526
Коллизия общего и особенного в УК .....	527
Объективно дозволенный деликт? .....	528
<b>§ 4. Х. Майер</b> .....	530
Теория воли .....	530

Формирование и объективация воли .....	531
Объективированная воля .....	532
<b>§ 5. В. Майхофер</b> .....	533
Строгий социализм .....	533
«Объективная обладаемость деяния» .....	534
«Акт духовной деятельности» .....	534
Реинтеграция телесности .....	535
Структура свободы .....	536
<b>§ 6. В. Зауер</b> .....	537
Вина как «социально-этический дефект» .....	537
Лакмус – эвтаназия .....	537
Беспощадное неубиение .....	538
Безжалостное неубиение .....	539
Масштабы вины .....	539
Субъект и личность субъекта .....	540
Воля и психическое отношение .....	541
Признаки вины .....	542
Экскурс: адвербиальный умысел .....	543
Умысел как сознание неправды .....	543
Противоречивость классической композиции вины .....	545
Чистые и смешанные типы вины .....	546
Основы типизации .....	547
Психологизм и нормативизм как крайности .....	547
Хронически-тенденциозная вина .....	548
<b>§ 7. Э. А. Вольф</b> .....	549
Фрагментарный социализм .....	549
Индивидуум и личность .....	549
От «физической» воли до «духовного» деликта .....	550
<b>Раздел В</b>	
<b>НОРМАТИВИСТСКОЕ НАПРАВЛЕНИЕ</b> .....	552
<b>Глава X</b>	
<b>ФИНАЛИЗМ</b> .....	552
<b>§ 1. Философские истоки: критическая онтология Н. Гартмана</b> .....	552
«Сознательная воля» .....	552
Компоненты финальности .....	552
Телос? .....	553
Критика «разумного индивида» .....	554
Подсознательное .....	555
Человек – «неосторожное существо» .....	555
Конститутивность неосторожности в умысле? .....	556
<b>§ 2. Уголовно-правовые истоки: асистемная концепция А. Г. ц. Дона</b> .....	558
Распад «комплексного» понятия вины .....	558
Опровержение натуралистической противоправности .....	558
Бесприютные предпосылки вины .....	559
«Неотвратимость» финализма .....	560
Номинальная иерархия .....	560

Dolus generalis – противоречивость системы .....	561
Общая критика психологизма .....	562
Критика волевой теории .....	562
Субстанциальная контрадикторность с финализмом .....	563
Дуалистическая «закономерность» финализма .....	564
<b>§ 3. Dolus naturalis</b> .....	566
«Персональная» неправда .....	566
Dolus malus .....	567
<b>§ 4. Х. Вельцель</b> .....	569
Вина как упрёк .....	569
Примарность нормативности вины или финальности деяния? .....	569
Онтология – первоисточник финализма .....	570
Противоценность вины .....	571
Отрицание «финальной» модели вины .....	571
Вина как «двойная оценка» (Ю. Бауман) .....	572
Вина – упрёк или основание упрёка? .....	572
Дифференциация упречности и упрёка .....	573
Гипофиз вины .....	573
Вина как объект констатации .....	574
Финальность воли .....	574
«Финальная передетерминация каузальности» .....	575
Спектральный анализ финализма .....	575
<b>§ 5. Г. ф. Вебер</b> .....	577
Телеология деяния .....	577
Негативная вина .....	577
<b>§ 6. Р. Маурах</b> .....	579
Вменяемость и потенциальное сознание неправды .....	579
Конституитивность волюнтативности .....	579
<b>§ 7. Р. Буш</b> .....	580
Финалистская сущность вины .....	580
Должное и возможное .....	580
Основа виртуализации – неосторожность .....	581
Ad impossibilia lex non cogit .....	581
<b>§ 8. В. Ниде</b> .....	583
Финальное деяние в гражданском праве .....	583
Противоценность деяния и результата .....	583
Гражданско-правовые последствия уголовно-правовой неправды .....	583
«Деятельный субъект» .....	584
«Дедуктивность» индуктивного .....	584
<b>§ 9. В. Галлас</b> .....	586
Критика классической схемы преступления .....	586
«Упречность» неправды .....	587
Неправда и вина – противоценность деяния и отношения .....	587
«Признаки отношения» .....	587
Субъективизация вреда .....	588
Финалистский субстрат запрета .....	589
Треугольник Вельцеля .....	590
Квадратура реальности .....	591
Дистанцирование Галласа от финализма .....	592
Финальный умысел .....	592



Экстрафинальный умысел .....	593
Систематика умысла и финальности .....	593
«Финальность» покушения .....	594
Покушение как нефинальное деяние .....	594
Финальность и неправда .....	595
Опровержение финализма: Невменяемость и воля .....	595
<b>§ 10. Неосторожность</b> .....	597
Нефинальность неосторожности .....	597
Управляемость деяния .....	597
Предотвратимость последствий .....	598
Противоценность деяния > противоценность результата? .....	599
Интенционализация неосторожности .....	601
Небрежность .....	602
Стабильность вины, вариабельность неправды .....	603
Каркас вины .....	604
Швейцарский конформизм .....	605
<b>§ 11. Эвентуальный умысел</b> .....	607
Умысел со смещённым центром .....	607
Внефинальный тандем – эвентуальность косвенного .....	608
Нет целенаправленности без целеполагания .....	609
Цель – воля – желание .....	610
<b>§ 12. Свобода воли</b> .....	612
Аксиома свободы .....	612
Финальная управляемость каузальности .....	612
Принцип матрёшки .....	613
<b>§ 13. Бездействие</b> .....	614
Арм. Кауфман .....	614
«Финальный» субстрат бездействия .....	614
Предпосылки дифференциации .....	615
Дифференциация .....	615
Мотивационная способность .....	615
Когнитивный аспект .....	616
Покушение .....	616
«Ненастоящее» бездействие .....	617
«Неосуществлённость финальной активности» .....	617
Прототип: «действие в правовом понимании» (Биндинг) .....	618
Суппозиция: обратные параллели .....	619
<b>§ 14. Плоды</b> .....	620
Комплексная трансформативность .....	620
Систематический субъективизм .....	620
<b>§ 15. Вельцель вне (субъективного) финализма</b> .....	622
Социальная (ин)адекватность .....	622
Биокибернетика .....	623
Предотвратимость .....	624
<b>Раздел Г</b>	
<b>ФОРМАЛЬНО-НОРМАТИВНОЕ НАПРАВЛЕНИЕ</b> .....	625

<b>Глава XI</b>	
<b>ПЕРСОНАЛИЗМ</b> .....	625
<b>А. КЛАССИЧЕСКИЙ ПЕРСОНАЛИЗМ</b> .....	625
<b>§ 1. Композитность персонализма</b> .....	625
Онтология деяния .....	625
Пифагор .....	626
«Ответственное формирование действительности» .....	627
Персональная вина .....	627
Между эклектизмом и синкретизмом .....	628
<b>§ 2. Вина и наказание</b> .....	630
Персональное понятие наказания .....	630
Делинквент как «ответственное» существо .....	630
<b>§ 3. Вина как предмет упрека</b> .....	632
Упрекаемое .....	632
Формальный нормативизм .....	632
<b>§ 4. Содержание вины</b> .....	634
Предмет обвинения .....	634
Состав неправды как элемент состава вины .....	634
<b>§ 5. Неосторожность</b> .....	635
«Гипотетическая» вина .....	635
Аргументация гипотетичности .....	635
Контраргументация: небрежность .....	636
Объективная теория небрежности .....	637
Субъективная теория небрежности .....	638
Субстрат вины и принцип вины .....	639
Влияние догматики .....	640
<b>Б. СОВРЕМЕННЫЙ ПЕРСОНАЛИЗМ</b> .....	641
<b>§ 6. Деяние как проявление личности</b> .....	641
Исключение социализма и позитивизма .....	641
Косуля .....	642
Личность и проявление .....	642
Плоскость интерперсональности .....	644
Систематические виды деяний .....	644
<b>§ 7. Сравнительный аспект</b> .....	646
Х.-Г. Йешек; Э. А. Вольф .....	646
Й. Хрушка .....	646
У. Киндхойзер .....	646
<b>§ 8. «Субстанциально адекватное» понятие деяния</b> .....	648
Функции «деяния» .....	648
Предельный элемент .....	648
Базисный и консолидирующий элемент .....	649
<b>§ 9. Трактат догматика</b> .....	650
<b>Раздел Д</b>	
<b>ФУНКЦИОНАЛЬНЫЕ НАПРАВЛЕНИЯ</b> .....	651

<b>Глава XII</b>	
<b>НЕГАТИВИЗМ</b> .....	651
<b>§ 1. Предотвратимое непродтвращение в роли гаранта</b> .....	651
Герцберг .....	651
Якобс .....	651
<b>§ 2. Нормативный контакт (Социальный анализ смысла)</b> .....	653
Деяние как коммуникативно релевантное отношение .....	653
Личность как участник «коммуникации» .....	654
One-way «коммуникация» .....	656
<b>§ 3. Эффициентность нормативности</b> .....	658
Гарант .....	658
Институции .....	659
Субъект правоотношения .....	660
«Истинные» требования .....	662
Синаллагма Якобса .....	664
Статус .....	666
Генерализация .....	668
<b>§ 4. «Расколдованность»</b> .....	669
Обладаемость мира .....	669
Калькуляция .....	671
Знание нормы .....	674
Психологизация .....	677
Индивидуальность и объективный масштаб .....	679
Доктрина <i>versari in re illicita</i> .....	680
Покушение .....	682
Объективное вменение и мотивационная способность .....	685
Атеизм или вольтеровский утилитаризм? .....	688
<b>§ 5. Действие нормы</b> .....	690
Пределы правоотношения .....	690
Симуляция: интеракционная коммуникация .....	691
<b>§ 6. «Полная теория»: Неогегелианская программа</b> .....	693
Формально-концептуальная корреляция .....	693
Неправда как вспомогательное понятие .....	695
<b>§ 7. Интерперсонализм против негативизма</b> .....	697
Деяние как только «виновное» поведение? .....	697
«Теория» и «дидактика» .....	700
Наказуемость .....	702
Гражданское и полицейское право .....	704
Перманентность интеракции .....	706
Социологизмы .....	708
<b>§ 8. «Функциональное» понятие вины</b> .....	711
Вина как «дериват общей превенции» .....	711
Конкретика дисфункциональности .....	712
Негативная коллективная вина .....	713
<b>§ 9. Формально разумная личность</b> .....	714
Формализация личности .....	714
Промежуточная контраргументация .....	715
Перманентность против формализации .....	717
<b>§ 10. Превентивный «функционализм»</b> .....	720

Действительность общества .....	720
Социология конфликта .....	721
Обвинительный вердикт .....	723
Потрясение правовой действительности .....	725
Растерянные индивиды .....	725
Норма ≠ императив, наказание ≠ превенция .....	727
«Отрицание» отрицания .....	729
Виртуальное общество .....	730
<b>§ 11. Пас Шюнемана</b> .....	732
<b>Глава XIII</b>	
<b>ИНТЕРПЕРСОНАЛИЗМ</b> .....	733
<b>А. ФУНКЦИОНАЛЬНОЕ УЧЕНИЕ О ДЕЯНИИ</b> .....	733
<b>§ 1. Прогрессия интерперсональности</b> .....	733
Правовой взгляд .....	733
Специфика правового взгляда .....	733
<b>§ 2. Бесконечность уголовно-правового отношения</b> .....	735
Унитарная комплексность .....	735
Право наказываться .....	735
<b>§ 3. Функциональное понятие деяния</b> .....	737
Ожидание ожидания .....	737
Игнорирование наказуемости .....	737
<b>§ 4. Вина – злоупотребление правовым доверием</b> .....	739
Диминуация доверия .....	739
Риск и лень .....	739
Судья-психолог .....	740
<b>§ 4. Вина как <i>causa poenālis</i></b> .....	741
Исключение .....	741
Правило .....	741
<b>Б. ТЕОРИЯ ПЕРМАНЕНТНОСТИ</b> .....	742
<b>§ 1. Осуществление уголовного права</b> .....	742
Кодировка санкции .....	742
Стадиальность .....	743
Элиминация .....	743
Перманентность .....	744
<b>§ 2. Уголовно-правовая пирамида Роксина</b> .....	
<b>(Стадиальное осуществление уголовного права)</b> .....	746
Материальность материального права .....	746
Платформа элиминации .....	747
Уголовное право – учение о превенции .....	748
<b>§ 3. Концепции элиминации</b> .....	750
Абстрактная элиминация .....	750
Процессуальная элиминации .....	752
Эклектическая деперсонализация .....	754
<b>§ 4. Материально-правовая перманентность</b> .....	757
Институционально компетентная интеракция .....	757

Социальная индивидуальность .....	757
Гражданско- и полицейско-правовая специфика .....	758
<b>§ 5. Полноделиктное вменение</b> .....	760
Наказуемая измена праву .....	760
Квалитативное генерирование обязанности .....	760
Гегелианское учение о вменении .....	762
<b>§ 6. Деликтно актуальное вменение</b> .....	763
Гипотетическое преступление .....	763
Конститутивность наказуемости .....	765
Нет наказания без исполнения .....	767
 <b>В. НАКАЗАНИЕ</b> .....	 769
 <b>I. РЕТРОСПЕКТИВНОСТЬ</b> <b>(«АБСОЛЮТНЫЕ» ТЕОРИИ НАКАЗАНИЯ)</b> .....	  769
 <b>§ 1. Деликтно актуальное вменение</b> .....	 769
Преступление как рафинированное зло .....	769
Теоретическая устойчивость .....	770
Око преступника = око жертвы? .....	771
Punitur quia peccatum est .....	772
Критическое естество .....	774
<b>§ 2. Принцип талиона по Гегелю</b> .....	776
Отрицание отрицания .....	776
Объективное и субъективное вменение .....	777
Ориентация на деликт, ориентация на делинквента .....	777
Кант или Гегель: интерес или норма? .....	778
Позитивная виктимология .....	779
Cogitationis poenam nemo patitur .....	779
<b>§ 3. Неогегелианское устранение вины</b> .....	781
Биндинг .....	781
Боннская школа .....	782
 <b>II. ПРОСПЕКТИВНОСТЬ</b> <b>(ПРЕВЕНТИВНЫЕ ТЕОРИИ НАКАЗАНИЯ)</b> .....	  786
 <b>§ 4. Примарная негативная общая превенция Фейербаха</b> .....	 786
Значение всеопрежающей превенции .....	786
Прогнозируемость социальной среды .....	787
Деликт как исключение .....	787
Превентивное право .....	787
Сущность .....	788
<b>§ 5. Секундарная негативная специальная превенция Листа</b> .....	789
Марбургская программа .....	789
Опровержение .....	789
Классификация делинквентов и наказаний .....	790
Смысл и цель наказания .....	790
<b>§ 6. Секундарная позитивная общая превенция Якобса</b> .....	792
Примарность и секундарность .....	792

Зигзаги дезориентации .....	792
Пёс .....	793
<b>§ 7. Секундарная позитивная специальная превенция Роксина</b> .....	795
Рестрикция сущности .....	795
Зал судебного заседания .....	795
<b>III. ПЕРМАНЕНТНОСТЬ (ИНТЕРПЕРСОНАЛЬНАЯ ТЕОРИИ НАКАЗАНИЯ)</b> .....	797
<b>§ 8. Наказание как признак перманентности</b> .....	797
Генезис уголовного права .....	797
Уважение санкции .....	798
Психотронное наказание .....	798
МВД СССР .....	799
<b>Часть IV</b>	
<b>РЕФОРМЫ</b> .....	800
<b>Раздел А</b>	
<b>ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО</b> .....	801
<b>Глава XIV</b>	
<b>DOLUS COMPOSITUS</b> .....	801
<b>§ 1. Классическая модель вины</b> .....	801
Nullum crimen – nulla poena .....	801
Система умысла .....	802
«Общий» умысел .....	802
Отсутствие вины .....	803
<b>§ 2. «Дилемма» правосудия</b> .....	805
Объективное «желание» .....	805
Законодательная инициатива .....	806
<b>§ 3. Проект УК РФ: формула Хорнабуджели</b> .....	807
Dolus directus intellectualis .....	807
Дезинтеграция системы вины .....	808
<b>§ 4. Новый подвид вины</b> .....	810
Реинтеграция системы вины .....	810
Композитный умысел .....	810
<b>§ 5. УК РФ</b> .....	812
Dolus directus voluntatis .....	812
Рецидивная десистематизация .....	812
Ресистематизация вины .....	813
<b>§ 6. Сравнительный анализ</b> .....	815
Великобритания .....	815
Франция .....	816
Испания .....	817
ФРГ .....	817
<b>БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ПРИЛОЖЕНИЕ №2</b> .....	818

<b>§ 7. Неоклассическая система вины</b> .....	830
Принцип систематизации .....	830
Умысел .....	830
Композитный умысел .....	830
Неосторожность .....	830
 <b>Глава XV</b>	
<b>ЛЕГИСЛАТИВНЫЙ АСПЕКТ ВИНЫ</b> .....	831
 <b>§ 1. Неоклассическая система вины</b> .....	831
Дона .....	831
Отсутствие дефиниции .....	831
<b>§ 2. Проект УК</b> .....	833
Каузальность и вина .....	833
Умысел и неосторожность .....	835
Доктринальная специфика .....	836
Коллективная вина .....	837
Гипотетический результативный деликт .....	840
Законодательное понятие вины .....	842
 <b>Глава XVI</b>	
<b>БОНН VS. БОНН:</b>	
<b>«УГОЛОВНОЕ ПРАВО ВРАГА»</b> .....	843
 <b>§ 1. Враги «extra muros»</b> .....	843
«Неличность» враг .....	843
«Свобода и безопасность» .....	845
<b>§ 2. Конфликтоспособность правового государства</b> .....	847
«Необходимая оборона» .....	847
? .....	848
«Позитивизм» .....	850
<b>§ 3. Последствия</b> .....	852
Проблемы идентичности .....	852
«Правовая охрана врага» .....	853
In hostem omnia licita? .....	854
<b>§ 4. «Деперсонализация» в мире vs. персонализация на войне</b> .....	856
«Подавление опасности» .....	856
Гражданская война .....	857
Военный преступник .....	858
Сущность преступления .....	859
<b>§ 5. Именем безопасности?</b> .....	860
Философия .....	860
Права человека .....	861
Делинквент .....	861
Велосипедист .....	862
УПК .....	863
Субъект .....	864
<b>§ 6. Диалектика реального бытия</b> .....	866
Личность и индивид .....	866

Монотропная и политропная преступность .....	867
Дисконтинуитет .....	868
Hostis .....	869
«Смешанные типы»: цугцванг .....	870
«Бесправный адресат обязанностей» .....	871
Вещное право .....	872
<b>Раздел Б</b>	
<b>ПРАВОСУДИЕ</b> .....	873
<b>БИБЛИОГРАФИЧЕСКОЕ ПРИЛОЖЕНИЕ №3</b> .....	873
<b>Раздел В</b>	
<b>ТЕОРИЯ</b> .....	879
<b>Глава XVII</b>	
<b>ГЕТЕРАРХИЧЕСКАЯ СИСТЕМА ПРЕСТУПЛЕНИЯ</b> .....	879
<b>I. ИДЕОЛОГИЧЕСКИЙ ВЕРТИКАЛИЗМ</b> .....	879
<b>§ 1. «Вина»</b> .....	879
Двухпризная модель преступления .....	879
Теория, практика, идеология? .....	880
<b>§ 2. Идеология</b> .....	881
Правовой нигилизм .....	881
Материальный и формальный признак преступления .....	882
Степень вредности .....	882
Формальная противоправность .....	883
Правовая институционализация .....	883
<b>§ 3. Неправда</b> .....	885
Категориальная несовместимость .....	885
<b>§ 4. Коэффициент правовой полезности</b> .....	887
«Иерархичность» .....	887
Левая щека .....	888
КПП .....	888
<b>§ 5. Гол Пашина</b> .....	889
Правовая реальность .....	889
Теоретическая неуязвимость .....	890
<b>II. ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ ВЕРТИКАЛИЗМ</b> .....	891
<b>§ 1. Истоки</b> .....	891
«Содержание» деяния .....	891
Вина вне деяния .....	892
<b>§ 2. Смена догматики: Лист vs. Биндинг</b> .....	894
Внешнее и внутреннее .....	894
Вытеснение гегелианской схемы .....	894
Постулаты Белинга .....	895
Социальность? .....	896



<b>§ 3. Теоретические последствия</b> .....	897
Классификаторские стандарты .....	897
Некаузальные составы .....	898
Опасность – превенция, вред – наказание .....	899
Ремарка Белинга .....	900
«Отсутствие состава» .....	900
Неадекватная причинность .....	901
<b>§ 4. Система</b> .....	903
«Масштаб» системы .....	903
Наука и законодательство .....	904
Форсированная вертикализация .....	904
<b>§ 5. Понятие</b> .....	907
Зависимость от позитивизма .....	907
Конкретия «деяния» .....	907
<b>§ 6. Традиционная адаптация</b> .....	909
Этапы адаптации .....	909
1. Субъективные элементы неправды .....	909
2. Дезинтеграция «комплексной» вины .....	910
3. Dolus malus вне системы .....	910
4. Юридиксо-социальный состав .....	911
5. Финализм .....	914
6. Формула Галласа .....	915
<b>§ 7. Современная адаптация</b> .....	916
7. Гегелианская интервенция .....	916
8. Синонимы Леша .....	917
9. Четырёхпризначное понятие преступления .....	918
<b>II. ПОЛИЦЕНТРИЗМ</b> .....	920
<b>§ 1. Автоцентрированное «деяние»</b> .....	920
Сегменты .....	920
Целостность .....	921
<b>§ 2. Принцип вертикальности</b> .....	922
Конкуренция вины и преступления .....	922
Теория и дидактика ответственности .....	923
<b>§ 3. Плоскость гетерархичности</b> .....	925
Полицентризм .....	925
Специфика .....	925
Функционализм .....	927
Вредная вина .....	928
Детектор зла .....	928
<b>Глава XVIII</b>	
<b>ГРАДАЦИЯ ВИНЫ НА ЛАГМЕ</b> .....	929
<b>§ 1. Процентная шкала вины</b> .....	929
Проценты вины .....	929
Прямой умысел .....	929
Композитный умысел I ст. ....	929
Композитный умысел II ст. ....	929

Косвенный умысел .....	929
Легкомыслие .....	929
Небрежность .....	929
<b>§ 2. Инструкция по применению</b> .....	929
Смягчение вины .....	929
Отягчение вины .....	929
<b>СИСТЕМА ВЫВОДОВ</b> .....	930
<b>I. Вина – зло – вина</b> .....	931
<b>II. Вредная вина</b> .....	931
<b>III. Вина и преступление</b> .....	931
<b>IV. Сущность уголовно-правовой вины</b> .....	931
<b>РЕЗЮМЕ</b> .....	932
<b>SUMMARY</b> .....	1169
<b>БИБЛИОГРАФИЯ</b> .....	1171

Лаша-Гиорги Гиоргиевич Куталиа

**ВИНА В МИНИМАЛЬНОМ ПРАВЕ**

Второе (русское) издание

ЕАНИ «Мария»

Москва Санкт-Петербург Лондон Нью-Йорк 2020

Монография, электронная книга, 1208 страниц

Lasha-Giorgi G. Kutalia

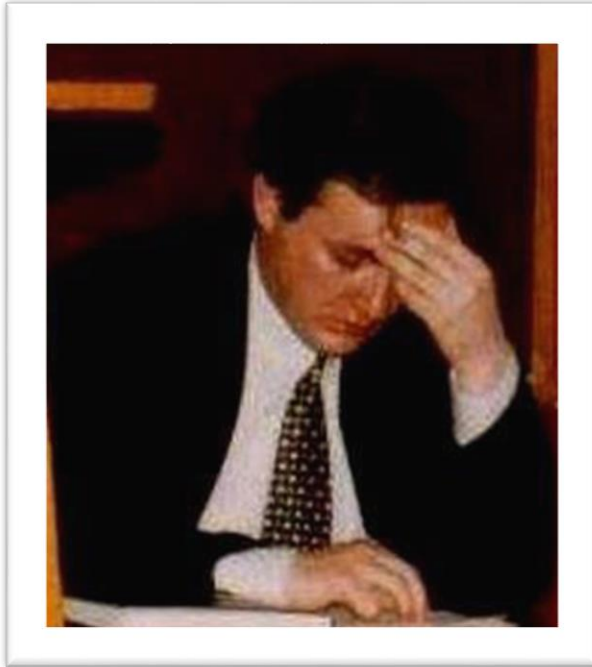
**GUILT IN CRIMINAL LAW**

Second (Russian) Edition

EASPH «Mary»

Moscow Saint Petersburg London New York 2020

Monograph, Electronic Book, 1208 Pages



**Лаша-Гиорги Гиоргиевич Куталиа**

1975 г. Поти

**Автор свыше 1000 научных трудов**

Среднее образование: русское (с отличием)

Высшее образование: русское (с отличием)

**Монографии Monographs**

ბრალი სისხლის სამართალი 2000

Handlungslehre 2011 Lagma 2018

Criminal Law+ 2020 Вина в минимальном праве 2020

**Президент President**

ЕАНИ «Мария» EASPH «Mary»

**Основоположник Creator**

Lagma 2015

Dreptul de Recomandare 2018 Botanical Law 2020