

[Р. А. Ромашов]

**ПРАВО:
НОРМАТИВНОСТЬ
И ДЕВИАНТНОСТЬ**



Либерализация права: от репрессий к милосердию

Роман Ромашов

**Право: нормативность
и девиантность**

«Алетейя»

2018

УДК 340.13
ББК 67.0

Ромашов Р. А.

Право: нормативность и девиантность / Р. А. Ромашов —
«Алетейя», 2018 — (Либерализация права: от репрессий к
милосердию)

ISBN 978-5-907030-61-9

В книге осуществляется многоаспектный анализ права как регулятивно-охранительной системы, сочетающей в своей структурно-содержательной композиции как нормативные, так и девиантные характеристики. Нормативность и девиантность рассматриваются не как правовые антиподы, а как различные теоретические и поведенческие модели, «соуживающиеся» и сочетающиеся в правовой реальности. Норма и девиация не отрицают, а обуславливают друг друга по принципу «единства и борьбы противоположностей». Правовой плюрализм, в первую очередь выражающийся в многообразии типов правопонимания, позволяет говорить о нормативности и девиантности как о факторах, присущих праву на всех стадиях его формирования и функционирования. Книга адресована преподавателям, аспирантам, студентам юридических факультетов вузов, а также всем интересующимся проблемами теории права.

УДК 340.13

ББК 67.0

ISBN 978-5-907030-61-9

© Ромашов Р. А., 2018

© Алетейя, 2018

Содержание

Введение	6
Глава 1. Нормативность и девиантность: категориальный анализ	8
1.1. Понятие социальной нормы	8
1.2. Соотношение казуса и нормы	10
1.3. Нормативное и нормальное поведение	11
1.4. Понятие социальной девиации	12
1.5. Правовой контекст соотношения нормативности и девиантности	15
Глава 2. Дисбаланс права как проявление правовой девиантности	17
2.1. Дисбаланс права	17
2.2. Дисбаланс правовой нормативности и правовой реальности	21
2.3. Право: благо и наказание	26
2.4. Ошибки в нормотворчестве как факторы правового дисбаланса	29
2.5. Дисбаланс наказания и поощрения в современном российском уголовно-исполнительном законодательстве	36
2.6. Дисбаланс городского и государственного права (на примере средневековой Руси)	44
Конец ознакомительного фрагмента.	46

Роман Ромашов

Право: нормативность и девиантность

Рецензенты:

доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации *И. Ю. Козлихин* (Санкт-Петербургский государственный университет)

доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки Российской Федерации, заслуженный юрист Российской Федерации *Ю. Е. Аврутин* (Санкт-Петербургский университет МВД РФ)

© Р. А. Ромашов, 2018

© Издательство «Алетейя» (СПб.), 2018

Введение

Человеку свойственно мыслить полярными категориями. Черное и белое, истинное и ложное, хорошее и плохое, правильное и неправильное... Каждый из нас, оценивая явления и поступки, использует собственную систему критериев, в соответствии с которой делает выводы и принимает решения. «Есть две точки зрения: моя и неправильная» – шутка, но, как известно, «в каждой шутке лишь доля шутки».

Право традиционно рассматривается в качестве нормативной системы. Посредством правовых норм определяются, законодательно закрепляются и внедряются в общественные отношения общезначимые правила возможного и должного поведения, а также определяются общеобязательные запреты. Жить по установленным в праве поведенческим эталонам считается правильным, соответственно, поведение, связанное с несоблюдением или нарушением правовых предписаний, воспринимается как отклоняющееся от правовой нормативности и, следовательно, неправильное.

Право – это один из инструментов социальной организации и социальной власти. При помощи права одни люди пытаются манипулировать другими. При этом в ряде случаев те, кто устанавливает правовые нормы, сами этими нормами либо не руководствуются вообще, либо руководствуются периодически. «Прав тот, у кого больше прав», «Закон что дышло: куда повернул, туда и вышло». В русской правовой традиции изначально уживались две взаимоисключающие тенденции: правовой идеализм и правовой нигилизм. С одной стороны, в русском человеке неискоренима вера в право как «высшую справедливость» и, как следствие, в «стро-гого и вместе с тем доброго государя-отца», способного ответить на любой вопрос и решить любую проблему. С другой стороны, столь же неискоренимо негативное восприятие государственных чиновников, которые, с обывательской точки зрения, поголовно являются «проходимцами и ворами», а также издаваемых ими «бесполезных и вредных» государственных законов и творимого следственного, судебного, тюремного произвола.

Понимание права как объективной реальности, в одинаковой степени неизбежной для простых граждан и представителей политической элиты, непривычно и тем и другим и оттого медленно и неуверенно проникает в индивидуальное, групповое и общественное правосознание. Отказаться от нелюбимого, но привычного тоталитарного мышления, в котором сила государства определяется страхом перед ним, невозможно одномоментно. «По капле выдавливать из себя раба» непросто, а порою и небезопасно. Но процесс адаптации к «новой жизни» идет. Всё больше россиян начинают воспринимать себя в качестве граждан, для которых государство и право нужны тогда, когда полезны. Политическая слепота, основанная на «диктуемой сверху» вере во всемогущество «представителя Бога на земле», уступает место прагматическому восприятию власти как инструмента достижения видимых целей и решения понятных задач. Право, переставая быть «государственным», становится «общим», в равной степени обеспечивая и защищая публичные и частные интересы. В таком понимании нормативность и девиантность выступают не как взаимоисключающие категории, а как «параллельные миры», способные к сосуществованию и переходу из одного состояния в другое.

Правовая нормативность представляет собой упорядоченное состояние правовой реальности, в рамках которой нормативным образом установлено возможное, должное, недопустимое. Правовая девиантность определяется нормативностью и задается ею. Если отсутствует закреплённое правовой нормой предписание, то субъект в своем поведении не сможет отклониться от него. Любое отклонение от линейности есть следствие реализации права на выбор, доказательство реальной, а не декларируемой свободы. Нормативность характеризует правовую статичность, а девиантность – правовую динамику. Развитие права есть процесс перехода

нормативности в девиантность с последующим нормативным закреплением происшедших с правовым бытием изменений.

В предлагаемой монографии нормативность и девиантность рассмотрены в качестве состояний, в равной степени присущих праву и определяющих его действенность и эффективность. Не ставя перед собой целью выстраивание целостной системной концепции понимания и соотношения правовой нормативности и девиантности, я постарался обозначить отдельные проблемные блоки, в рамках которых эти категории представлены наиболее образно. Мне было интересно то, насколько норма отличается от девиации и может ли девиация при определенных условиях становиться нормой.

Существенное внимание в книге уделено вопросам соотношения нормативности и нормальности в правовом и обыденном сознании и поведении. Лично для меня очень важно, чтобы отношение к правовым ценностям, закрепляемым на конституционном уровне, было одновременно и нормативным, и нормальным. Сказать о том, что такое отношение сформировалось на всех уровнях правосознания в современной России, я не могу. Не вижу в этом ничего страшного. Суверенному российскому государству, а значит, и национальному российскому праву всего 25 лет – возраст, когда юность уступает место взрослости, когда складываются предпочтения, определяющие дальнейшую жизнь, когда полученные знания и умения начинают трансформироваться в жизненный опыт и когда надежды и мечты приобретают зримые очертания конкретных проектов. Мы находимся в начале очередного этапа долгого пути – пути, не обозначенного на «дорожных картах» и не описанного в правилах движения. Как показывает опыт прошлых поколений, основной бедой России является государственно-правовая нестабильность – «нормативная девиантность» в ключевых показателях государственного строительства и общественного устройства. Мы говорим о незыблемости национальных традиций и вместе с тем с готовностью обретаем новых кумиров и низвергаем их в бездну, строим и рушим храмы и памятники, переименовываем города и улицы, раз за разом перепиываем национальную историю. Мы отрицаем девиантность как негатив, одновременно придавая отклонениям от установленных норм закономерный характер. Мы хотим добра всему миру, но не стремимся сделать по-настоящему добрыми отношения в своей стране и между самими собой.

Нормативность и девиантность в праве – это формы проявления правовой реальности. В равной степени невозможны ни «всеобщая» норма, ни «повсеместная» девиация. Любое отклонение от закрепленных правовыми предписаниями нормативов является одновременно и девиантностью, поскольку демонстрирует фактическое несовпадение правовой гипотезы с правовой реальностью, и нормативностью, так как отклоняющееся поведение предусмотрено закрепленной на нормативном уровне теоретической моделью субъективного поведения. Нет и не может быть «хорошей» правовой нормы и «плохой» правовой девиации. Национальное право, являясь такой же объективной социальной категорией, как национальная культура и национальный язык, одновременно нормативно и девиантно. Живя в России, нельзя абстрагироваться от российской реальности, а это значит, что следует, по крайней мере, попытаться понять и по возможности встроиться в национальный правовой контекст восприятия нормативности и девиантности.

Глава 1. Нормативность и девиантность: категориальный анализ

1.1. Понятие социальной нормы

Поведение человека в обществе подчиняется определенным правилам поведения – социальным нормам.

Социальные нормы представляют собой определенные образцы, стандарты, модели поведения участников социального общения¹.

Социальные нормы прошли сложный процесс становления, тесно связанный с формированием человеческого общества. Как отмечает В. С. Нерсисянц, появление социальных норм и сознательного нормативного регулирования связано с переходом от животной стадности к человеческому обществу, с процессом социализации отношений, с поведением человека как особого природно-биологического и общественного существа². Историческое развитие, смена различных форм общественной жизни неизбежно сопровождалась существенными изменениями и в системе социального регулирования: отмирали одни и возникали другие виды социальных норм, изменялись соотношение и формы взаимодействия социальных регуляторов (правовых, моральных, религиозных, политических и др.).

В качестве общих признаков социальных норм можно назвать следующие:

- *Социальность*: социальные нормы определяют, каким может или должно быть поведение субъекта с точки зрения интересов общества.

- *Нормативность*: социальные нормы действуют как определенные стандарты поведения, имеют общий характер – сформулированы в виде общей модели поведения; их адресаты определены не поименно, а путем указания типовых признаков (пол, возраст, вменяемость, партийная или религиозная принадлежность и т. п.); они рассчитаны на многократное применение, т. е. вступают в действие всякий раз, когда возникает предусмотренная нормой типовая ситуация.

- *Сочетание объективности и субъективности*: социальные нормы складываются закономерно, исторически, в связи с тем, что общество представляет собой сложный социальный организм и нуждается в регулировании внутренних процессов. В то же время возникновение и конкретное содержание социальных норм связаны с волей и сознательной деятельностью

¹ Н. И. Матузов определяет социальные нормы как «объективно необходимые правила совместного человеческого бытия, указатели границ должного и возможного» (см.: Матузов Н. И. Право в системе социальных норм // Теория государства и права: курс лекций / под ред. Н. И. Матузова и А. В. Малько. М., 2000. С. 323). По мнению И. В. Тимошенко, социальные нормы представляют собой «связанные с волей и сознанием людей общие правила регламентации формы их социального взаимодействия, возникающие в процессе исторического развития и функционирования общества, соответствующие типу культуры и характеру его организации» (Тимошенко И. В. Право в системе социального регулирования // Любашиц В. Я., Мордовцев А. Ю., Тимошенко И. В. Теория государства и права: учебное пособие. Ростов н/Д, 2002. С. 318). В. Н. Кудрявцев считает, что социальная норма – это мера позитивного, общественно полезного поведения, направленного на достижение определенного результата, интереса (см.: Кудрявцев В. Н. Правовое поведение: норма и патология. М., 1982. С. 19). Однако при таком понимании социального регулирования практически невозможно провести различия между социальными и техническими нормами, т. е. дефиниция, сформулированная В. Н. Кудрявцевым, не содержит необходимых отличительных признаков определяемого явления. Важна не общественная полезность (использование технических средств может быть полезным для общества и достигать «определенного результата», а отправление религиозного культа – наоборот, вредным), а сфера проявления – отношения между людьми.

² См.: Нерсисянц В. С. Право и закон. М., 1983. С. 5.

людей. «Они не могут возникнуть, не пройдя, не преломившись через общественное сознание: необходимость тех или иных социальных норм должна быть осознана обществом»³.

• *Культурная обусловленность*: социальные нормы соответствуют характеру социальной организации, уровню развития общества, типу культуры⁴. Они изменяются вслед за изменениями общественных отношений.

Социальные нормы весьма многочисленны и разнообразны, что связано с богатством и неоднородностью общественных отношений. Поэтому классифицировать их можно по различным основаниям.

В зависимости от сфер жизни общества, в которых действуют социальные нормы, они подразделяются на политические, экономические, религиозные и др.; в зависимости от способа образования выделяют спонтанные и директивные нормы; по характеру воздействия на социальную среду – прогрессивные и регрессивные, функционирующие и нефункционирующие; по структуре – простые и сложные и т. д.

Однако наиболее распространенным является подразделение всех норм в зависимости от социальной направленности. С этой точки зрения выделяют:

- правовые нормы;
- моральные нормы;
- религиозные нормы;
- нормы обычаев, традиций;
- семейные нормы;
- корпоративные (нормы организаций и объединений);
- эстетические нормы;
- правила этикета, корректности, приличия, обрядов и ритуалов.

Таким образом, можно констатировать, что в обществе присутствует нормативный плюрализм. При этом, как справедливо заметил И. Ю. Козлихин, «нормативные системы, существующие в обществе, могут носить как комплементарный, так и конкурирующий характер. Но, как правило, если общество не находится в состоянии аномии и хаоса, одна из них является ведущей, той, которая обеспечивает социальную солидарность, т. е. осуществляет интегративную функцию. Таковой может являться не только правовая нормативная система, но и традиционная, моральная, религиозная, идеологическая и т. д.»⁵.

³ Тимошенко И. В. Право в системе социального регулирования. С. 317.

⁴ С этой точки зрения нетрудно заметить различия в содержании и взаимодействии социальных норм в обществах с разным уровнем производственно-технического развития, разными культурными традициями (например, азиатских и европейских).

⁵ Козлихин И. Ю. Позитивизм и естественное право // Государство и право. 2000. № 3. С. 5.

1.2. Соотношение казуса и нормы

Социальная норма является регулятором типичного поведения субъектов социальных отношений. Типичность означает, что правило, сформулированное нормой, носит стабильно повторяющийся характер и воспринимается большинством представителей данного социума в качестве «правильного» для себя и окружающих. При этом в зависимости от обстоятельств правильным может считаться как предоставляемая правилом возможность, так и обязательство или же запрет. Таким образом, основой типичности является повторяемость определенного варианта поведения в деятельности субъекта социальных отношений. Вместе с тем любой поведенческий акт сам по себе представляет единичное (по-своему уникальное) явление и может рассматриваться как отдельно взятый случай – казус. Получается, что типичность есть не что иное, как повторяемость казусов, которые первоначально осуществляются в рамках стихийного (неосознаваемого) процесса жизнедеятельности и лишь впоследствии начинают осмысливаться, повторяться сознательно и закрепляться посредством обобщенного изложения в социальных нормах. Следовательно, казус есть первичный элемент нормы, ее, так сказать, эмпирическое основание. Установление той или иной нормы и придание ей общезначимого характера предполагают изменение соотношения нормы и казуса. Теперь норма и казус (конкретная жизненная ситуация) рассматриваются в качестве двух форм выражения реальности: объективной и субъективной. Объективность нормы заключается в том, что она:

- издается вне зависимости от воли конкретного субъекта, который может в процессе нормотворчества высказывать как позитивное, так и негативное отношение к данному предписанию либо (что, как правило, имеет место) вообще не участвовать в нормотворческой деятельности;
- действует независимо от того, одобряет конкретный субъект закрепленное в норме правило либо относится к нему отрицательно;
- получает реализацию (влечет наступление определенных самой нормой последствий) как в случае исполнения (соблюдения, использования) субъектом нормативного предписания, так и в случае неисполнения либо нарушения этого предписания.

В отличие от нормы казус носит субъективный характер, поскольку в любом случае окончательное решение о том, исполнять ли нормативное предписание или нет, принимает непосредственно субъект. С одной стороны, норма выступает в качестве критерия оценки конкретного казуса. С другой стороны, казус как социальный факт является мерилем социальной востребованности нормы и ее эффективности как средства социального регулирования.

1.3. Нормативное и нормальное поведение

Социальные нормы закрепляют модели типового (должного, возможного и недопустимого) поведения в обществе. Однако окончательное решение о том, придерживаться ли в собственном поведении требований нормативных предписаний или нет, принимает непосредственно субъект, который, в свою очередь, руководствуется в процессе выбора рядом мотивов (личной выгодой, традицией, воспитанием, страхом перед наказанием и др.). Поступки, соответствующие нормативным предписаниям, в совокупности образуют нормативное поведение. Возникает вопрос: всегда ли нормативное поведение воспринимается всеми без исключения членами социума в качестве нормального (соответствующего субъективному видению социальной нормы как правила поведения) *для себя* (курсив мой. – Р. Р.) варианта допустимого и недопустимого поведения? Ответ: естественно, нет.

Во-первых, далеко не все правила, содержащиеся в принятых в том или ином обществе нормах, попросту известны каждому из членов этого общества. Во-вторых, любая норма, устанавливая определенные ограничения и меры ответственности за их нарушения, изначально предполагает, что часть представителей общества с этими границами не согласится и попытается их нарушить. В-третьих, социальные нормы, как уже ранее отмечалось, не являются единой регулятивно-охранительной системой, а образуют множество нормативных подсистем (религиозную, корпоративную, правовую, традиционную и др.), которые нередко вступают в противоречие друг с другом. К примеру, в контексте атеистической политики, проводимой в СССР, находились в явном противоречии две локальные нормативные системы: религиозная и государственно-идеологическая (партийная). Изначально в основу формирования права положено противопоставление двух элементов социума: законопослушных граждан и представителей криминального мира. При этом деятельность последних регламентируется достаточно четко выстроенной нормативной системой – «воровским законом», представляющим антипод юридического закона.

Таким образом, наряду с нормативным поведением существует поведение ненормативное – не предусмотренное соответствующими социальными нормами либо выходящее за установленные в этих нормах рамки поведения. В зависимости от обстоятельств ненормативное поведение может носить как позитивный (совершение геройского поступка – подвига), так и негативный (совершение правонарушения) характер.

Из сказанного выше следует, что отнесение того или иного варианта поведения к нормативному либо ненормативному определяется его соответствием (несоответствием) социальной норме, рассматриваемой в данном социуме в качестве общезначимой. Вместе с тем мы уже отмечали, что окончательное решение по поводу исполнения (соблюдения, использования) той или иной нормы принимает непосредственно субъект, руководствующийся в своей деятельности не только нормой, но и собственным отношением к ней. При этом на уровне субъективного восприятия поведение, оцениваемое как нормальное, может вполне оказаться ненормативным, и наоборот. Так, к примеру, в России для многих владельцев личного автотранспорта вполне естественным является конклюдентное (сигналами фар) предупреждение встречных «коллег» о приближении поста ДПС. Подобный «жест доброй воли», безусловно, не нормативен, однако в силу своей распространенности и типичности воспринимается как нормальное явление российской жизни. В качестве противоположной ситуации можно привести пример с помещением немощных родителей в так называемый «дом престарелых». Действующим российским законодательством такая возможность предусматривается. Однако большинством россиян подобный поступок будет рассматриваться как проявление душевной черствости детей и, соответственно, оцениваться как ненормальное поведение. Как правило, поведение, выходящее за рамки нормативного (нормального), называют отклоняющимся или девиантным.

1.4. Понятие социальной девиации

Девиантное поведение – совершение поступков, которые выходят за рамки предписаний, закрепленных социальными нормами. Многочисленные формы отклоняющегося поведения свидетельствуют о наличии противоречий между частным видением нормального и публичным закреплением нормативного поведения. В подобном понимании отклоняющееся поведение рассматривается как попытка ухода из общества, избавления от повседневных жизненных проблем и невзгод, преодоления состояния неуверенности и напряжения через определенные компенсаторные формы.

Следует подчеркнуть, что отклоняющееся поведение не обязательно носит негативный характер. Оно с равной вероятностью может быть связано со стремлением личности к новым достижениям, попыткой преодолеть консервативное, мешающее двигаться вперед.

К числу основных видов социальных девиаций относят:

1. Культурные и психические отклонения. Достаточно часто культурные отклонения связываются с психическими. Например, сексуальные отклонения, алкоголизм, наркоманию, преступность и многие другие отклонения в социальном поведении связывают с личностной дезорганизацией, иначе говоря, с психическими отклонениями.

2. Индивидуальные и групповые отклонения:

- индивидуальные, когда отдельный индивид отвергает нормы своей субкультуры. В качестве наглядного примера подобного рода девиации может рассматриваться поведение героя романа Ф. М. Достоевского «Преступление и наказание» Родиона Раскольникова, стремящегося подняться над толпой, продемонстрировать собственную исключительность;

- групповое, рассматриваемое как конформное поведение членов девиантной группы по отношению к ее субкультуре (например, члены организованных преступных группировок считают нормальным собственный образ жизни, подчиняющийся определенным правилам – «понятиям», в совокупности образующим неписаный, однако весьма действенный «воровской закон»). В данном случае налицо групповое отклонение от доминирующей культуры, определяемой официальной моралью и действующим законодательством.

3. Социально одобряемые отклонения. Отклоняющееся поведение всегда оценивается с точки зрения культуры, принятой в данном обществе. Следует выделить необходимые качества и способы поведения, которые могут привести к социально одобряемым отклонениям:

Сверхспособности

В средствах массовой информации часто рассказывают о людях, способных совершать невероятные действия. Конечно, многие способности являются выдумкой досужих до псевдосенсаций журналистов, вместе с тем в ряде случаев реальная жизнь демонстрирует уникальные возможности отдельных людей, которые не могут быть объяснены в рамках рациональных представлений, однако на практике существуют. Приведем некоторые примеры.

Экстрасенсорика

Экстрасенсами называют людей, которые отличаются необыкновенной чувствительностью ко всем видам внутренней человеческой энергии. Обладатель такого умения видит ауры, чакры, чувствует нарушения на энергетическом уровне. На обнаруженные изменения экстрасенс способен влиять. При помощи экстрасенсорики можно лечить болезни, реконструировать прошлое, проецировать будущее.

Нечувствительность к холоду и жаре

Знаменитый голландец Вим Хоф, по кличке «Ледяной человек», всю жизнь развивал способность контролировать автономные функции тела. Благодаря применению специальных техник и медитаций он стал мировым рекордсменом во многих категориях. Например, про-

вел несколько часов в ледяной ванне без последствий для тела, взобрался в одних шортах на Эверест. А вот противоположный пример сверхспособности человека: афроамериканец Вилли Джонс, получив тепловой удар при температуре воздуха 32,2 градуса, смог выжить, хотя его тело нагрелось до 46,5 градуса и ему уже было 52 года. Необыкновенную «дружбу» с огнем зафиксировала Книга рекордов Гиннеса. Рег Моррис, профессиональный огнеглотатель, сумел выдохнуть из себя горящее пламя длиной в 9,4 метра, после этого за два часа погасил, засунув в рот, 22 888 факелов. Результаты научных экспериментов показали, что максимальной температурой, с которой человек может контактировать, является 841 градус по Цельсию. Именно до такой величины разогреваются угли и камни, на которых совершаются ритуальные танцы и прогулки босиком.

Абсолютная память

В 1974 году в Бирме Бханданта Висичара прочел наизусть 16 тысяч страниц буддийских текстов. Гу Ян Линь из Китая смогла наизусть запомнить 15 тысяч номеров телефонов города Харбина, а Барбара Мур из Америки за 19 дней спела 1 852 песни. В 1990 году Книга рекордов Гиннеса занесла в свой список Самвела Гарибяна из Еревана, который с первого раза запомнил 960 из 1 000 продиктованных ему незнакомых слов.

Эхолокация

Сверхспособности людей особенно ярко проявляются в результате каких-либо нарушений. Так, для ориентирования в пространстве незрячие индивиды могут воссоздать звук и по эху определить нахождение объектов. Производить звучание можно, щелкая языком или стуча палкой. Примером человека, который обладает такой способностью, является Дэниель Киш. В младенчестве он потерял зрение, но смог компенсировать его отсутствие путем щелканья языком. Став взрослым, он обучил своему способу познания мира около 500 детей. Исследования с помощью магнитно-резонансной томографии показали, что мозг людей, усвоивших эхолокацию, претерпел ряд изменений. Так, зрительная кора приспособляется к обработке эха, дистанции и направления звуковых волн. Такое развитие сверхспособности человека позволяет передвигаться на большие расстояния в любых условиях.

Люди-счетчики

Нередко по телевизору можно увидеть, как человек практически мгновенно может перемножить огромные числа в уме. Проведенные исследования в данной области позволили выдвинуть предположения о том, что причиной сверхспособности является повышенный кровоток в определенной части мозга. Примером человека, способного быстро считать, является Шакунтала Деви из Индии. Женщина на глазах комиссии перемножила два тринадцатизначных числа, взятых наугад, за 28 секунд. А Александр Некрасов из Липецка за 61 секунду смог извлечь корень тысячной степени из числа, состоящего из 547 цифр.

Люди-диагносты

В возрасте 10 лет девочка по имени Наташа Демкина обнаружила у себя дар – видеть сквозь кожу человека. Многочисленные исследования подтвердили ее способность. К ней стали приходить люди для установления диагноза. Наталью прозвали «Девочка с рентгеновскими глазами»⁶.

Героизм

Герои – люди, совершающие подвиги – героические, самоотверженные поступки на грани человеческих возможностей. Героическое поведение отличается от нормального рационального прежде всего тем, что подвиг непосредственным образом связан с самоотречением и самопожертвованием, когда человек сознательно пренебрегает личной безопасностью и комфор-

⁶ См.: Сверхспособности людей. Самые удивительные сверхспособности человека. URL: http://www.syl.ru/article/183443/new_sverhsposobnosti-lyudey-samyie-udivitelnyie-sverhsposobnosti-cheloveka.

том для совершения социально важного поступка. В отечественной героике наиболее известны Александр Невский, Иван Сусанин, Александр Матросов и др.

Удачливость

Среди общей массы людей выделяются так называемые «везунчики» и «неудачники». Жизнь «везунчика» состоит из серии «счастливых случаев» (выигрыш в лотерею, неожиданное наследство, удачный брак по любви и т. п.). При этом сам «везунчик» не прикладывает сколько-нибудь существенных усилий для того, чтобы каким-то образом привлечь удачу, это происходит само собой, естественно. «Неудачник» – прямая противоположность «везунчику». Если он стоит в очереди, то именно ему не хватает товара. Он опаздывает на решающую встречу, у него в чужом городе вытаскивают документы и деньги. Его машина либо постоянно ломается, либо попадает в ДТП и т. д. Повторяемость неудач рождает определенную привычку «быть неудачником», а это, в свою очередь, определяет отношение к подобному типу со стороны окружающих, считающих «неудачника» (лузера) не таким, как все.

4. Социально осуждаемые отклонения (социальные патологии). Наряду с отклоняющимся поведением, к которому общество относится либо одобрительно, либо терпимо, существуют типы отклоняющегося поведения, не одобряемые общественной моралью, однако не являющиеся в данном социуме противозаконными. К примеру, в современной России осуждается поведение, связанное с тунеядством и иждивенчеством молодых трудоспособных людей, зависимостью от алкоголя, систематическими супружескими изменами, отказом взрослых детей от заботы о своих престарелых родителях и т. п.

5. Противоправные отклонения связаны с совершением деяний, признаваемых в данном социуме правонарушениями. В современной России все противоправные девиации подразделяются на не представляющие существенной общественной опасности – проступки – и представляющие общественную опасность – преступления.

1.5. Правовой контекст соотношения нормативности и девиантности

Нормативность является одним из признаков права, характеризующим его в качестве системы норм. Позитивистский (нормативистский) подход, вплоть до недавнего времени господствовавший в отечественной юридической науке, предполагал восприятие права в качестве «возведенной в закон воли господствующего класса»⁷. В таком понимании нормативность права означала, во-первых, сведение права к совокупности формализованных общезначимых и общеобязательных правил поведения (юридических норм), исходящих от государства (точнее – от ассоциируемых с ним представителей господствующего класса) и обеспеченных государственным принуждением; во-вторых – представление о праве как об «установленном свыше» критерии оценки, в соответствии с которым все совершаемые поступки подразделяются на обязательные, допустимые и недопустимые. При этом и в том и в другом случаях нормативность права задавалась и обеспечивалась государством. Именно от государства зависело, какое субъективное деяние рассматривать в качестве соответствующего норме (правомерного), существующего вне системы правового регулирования (юридически нейтрального) либо противоречащего правовым предписаниям (противоправного). Государство посредством правовых норм закрепляло волюнтаристские установки государственных чиновников, придавая им нормативный – общезначимый, общеобязательный характер. При этом поступки, не укладывающиеся в установленные нормативы либо относимые к противоправным, рассматривались в качестве правовых девиаций. Само понятие девиантного поведения рассматривалось преимущественно в негативном аспекте. Считалось, что девиантология (наука об отклоняющемся поведении) является составной частью теории правонарушений (криминологии). В России проблемами девиантологии занимался М. Н. Гернет, изучавший преступность, пьянство, потребление наркотиков, самоубийства, проституцию как социальные феномены в их взаимосвязях⁸. Сам термин «девиантология» введен в широкий научный оборот известным российским юристом Я. И. Гилинским⁹. По мнению ученого, в праве девиантно то, что отнесено законодателем к противоправному, а также то, что не считается нормальным в общественном сознании, хотя может и не подпадать под воздействие правовых санкций. При этом, несмотря на разграничение девиаций на противозаконные и не являющиеся таковыми, общим для всех без исключения отклонений в праве является их социально-негативный характер. Признавая обоснованность такой точки зрения в контексте позитивистского типа правопонимания, на мой взгляд, следует отмечать ее односторонность в контексте современного плюралистического правопонимания.

Если согласиться с тем, что в качестве субъектов правотворчества наряду с государством могут выступать и другие субъекты (международное сообщество, институты гражданского общества, отдельные субъекты права, такие, к примеру, как Президент, судьи Конституционного Суда и др.), то вполне можно допустить, что положения, закрепляемые в качестве нормативных одними субъектами, будут рассматриваться в качестве отклоняющихся (девиантных) другими участниками процесса правового регулирования. Так, к примеру, действующая Конституция Российской Федерации в ст. 15 закрепляет принцип приоритета норм международного права по отношению к федеральному законодательству. В ст. 46 говорится о том, что

⁷ См.: Марксистская теория права. URL: <http://www.grandars.ru/college/pravovedenie/marksistskaya-teoriya-prava.html> (дата обращения: 20.01.2017).

⁸ См.: Девиантология. URL: <http://knowledge.su/ci/deviantologiya> (дата обращения: 20.01.2017).

⁹ См.: Гилинский Я. И. Девиантология: социология преступности, наркотизма, проституции, самоубийств и других «отклонений». СПб., 2004.

каждый «вправе в соответствии с международными договорами Российской Федерации обращаться в межгосударственные органы по защите прав и свобод человека, если исчерпаны все имеющиеся внутригосударственные средства правовой защиты». Ст. 53 гласит, что «каждый имеет право на возмещение государством вреда, причиненного незаконными действиями (или бездействием) органов государственной власти или их должностных лиц». Казалось бы, в рамках правовой нормативности Российская Федерация обязана выполнять решения международных судов. Однако на внутригосударственном уровне устанавливается порядок, в соответствии с которым все решения международных судов подразделяются на исполнимые и неисполнимые. При этом оценку этих решений на предмет их исполнимости осуществляет Конституционный Суд Российской Федерации. В соответствии со сформировавшейся позицией, «Конвенция о защите прав и свобод человека или, к примеру, основанные на ней правовые позиции ЕСПЧ подлежат реализации только при условии высшей юридической силы – Конституции РФ»¹⁰. В том случае, если Конституционный Суд примет решение о несоответствии вынесенного ЕСПЧ решения Российской Конституции, то это решение не подлежит исполнению. Так, 19 января Конституционный Суд России счел «невозможным» для российских властей выплачивать бывшим акционерам ЮКОСа компенсацию в размере 1,8 млрд евро, которую им присудил Европейский суд по правам человека за нарушение их прав на судебную защиту и справедливое судебное разбирательство на родине. «Россия вправе отступить от наложенных на нее обязанностей, если это единственный способ не нарушить Конституцию РФ», – заявил глава Конституционного Суда Валерий Зорькин во время оглашения решения¹¹. Получается, что государственный судебный орган может признать отклоняющимся, не соответствующим конституционным положениям решение международного органа правосудия.

Говорить о правовой девиации можно и в том случае, когда мы сравниваем материальное и процессуальное право, а также правовое поведение в разных государствах. К примеру, в США в девяти штатах прошли региональные референдумы, на которых обсуждался вопрос о легализации торговли и употребления марихуаны. По данным Time, в штатах Массачусетс и Калифорния жители одобрили использование наркотика в «развлекательных» целях гражданами старше 21 года¹². В России распространение любых видов наркотиков рассматривается как преступление. То же самое можно сказать о праве на эвтаназию и ряде других поведенческих актов, по-разному оцениваемых в различных национальных правовых системах.

¹⁰ См.: Козлова Н. Свой закон главнее. URL: <https://rg.ru/2015/07/15/sud.html> (дата обращения: 20.01.2017).

¹¹ «Ничего никому не должны»: Конституционный суд постановил не исполнять решение Европейского суда по делу акционеров ЮКОСа. URL: <https://www.novayagazeta.ru/articles/2017/01/20/71224-nichego-nikomu-ne-dolzhny> (дата обращения: 04.02.2017).

¹² Легализация марихуаны в США становится примером для других стран. URL: <http://vz.ru/society/2016/11/9/842758.html> (дата обращения: 04.02.2017).

Глава 2. Дисбаланс права как проявление правовой девиантности

2.1. Дисбаланс права

Традиционно право воспринимается в качестве единой целостной нормативной системы, при помощи которой в государственно организованном обществе определяются, получают свое формально-юридическое закрепление и реализуются общезначимые правила поведения – правовые нормы. Вместе с тем в современной юридической науке такое видение права подвергается существенной коррекции, что обуславливает состояние дисбаланса как в теории правового понимания, так и в юридической практике правотворчества и правореализации.

Дисбаланс – нарушение баланса/равновесия – представляется свойством любой системы, формирующейся и развивающейся под воздействием нескольких противоположных тенденций: сохранения – разрушения (автаркии); централизации – децентрализации; симметричности – асимметричности; баланса – дисбаланса. Баланс элементов системы является следствием преодоления дисбаланса и одновременно его предпосылкой.

В системе права тенденции дисбаланса могут проявляться в следующих основных коммуникационных сферах:

- традиционное – новационное право;
- международное – национальное право;
- публичное – частное право.

Мы намеренно не включили в приведенный перечень дисбаланс системы права и системы законодательства, поскольку применительно к заявленной теме считаем законодательство одной из юридических форм выражения правовых предписаний и в таком понимании несопоставимым с правом как целостным понятием.

Дисбаланс права представляет собой объективное условие существования и трансформации правовой среды, которое в зависимости от обстоятельств может оказывать на систему права как разрушительное (деструктивное), так и созидательное (конструктивное) воздействие.

В рамках этого раздела будут показаны особенности проявления дисбаланса в названных правовых средах с тем, чтобы в дальнейшем высказать предложения по их оптимизации.

Традиционное и новационное право

Право является продуктом целенаправленной государственной деятельности и вместе с тем результатом социально-культурного развития общества, формой общественной традиции, столь же устойчивой и подверженной изменениям, как национальный язык. Изменение государственных форм облекается в правовые акты и, в свою очередь, влечет изменения в инструментах и механизмах правового регулирования. Эволюционные трансформации государства влекут последовательные, опирающиеся на предшествующий опыт и традиции изменения в правовой области. Напротив, революционные катаклизмы, в рамках которых происходит ломка традиционных общественных и государственных укладов, предопределяют отказ от ранее существовавших и признанных в «новых условиях» устаревшими или, более того, вредоносными правовыми положениями и принципов.

Дисбаланс традиционного и новационного права присутствует как в эволюционных, так и в революционных преобразованиях. При этом наиболее ярко он проявляется в так называемые переходные периоды, когда традиционное право уже утрачивает свое фактическое регулятивно-охранительное значение, а новационное право еще не обрело своей реальной юридиче-

ской функциональности. Естественно, что наиболее остро дисбаланс такого рода проявляется в революционной обстановке. Период между «старым» и «новым» государственным строем характеризуется обстановкой социально-правовой аномии, называемой некоторыми учеными правовым хаосом¹³. В условиях правового хаоса право как система публичного регулирования, основанная на системе общепринятых и общепринимаемых правил и гарантий, фактически не работает, уступая верховную роль «праву сильного». Стабилизация социально-политической обстановки, связанная с выстраиванием «вертикали власти», сопровождается усилением позиций новационного права, которое со временем приобретает качества сбалансированной правовой системы, обеспечивающей сохранение и развитие нового государственного и общественного строя, который со временем начинает восприниматься в качестве традиционного и постоянного, что, в свою очередь, может послужить предпосылкой возникновения дисбаланса между устоявшимися общественно-правовыми отношениями и возникающими в их недрах политико-правовыми новациями.

Международное и национальное право

Соотношение международного и национального права, как правило, рассматривается в двух аспектах:

- национальное право является производной частью международного;
- национальное и международное право являются самостоятельными правовыми системами.

В рамках первого аспекта международное право довлеет над национальным, соответственно, национальные (государственные) интересы выступают в качестве вторичных (менее значимых) по сравнению с интересами международного сообщества, поскольку в основу последних положены «общечеловеческие» ценности. В этом случае дисбаланс связан с гипертрофированным значением международного права, положения и принципы которого в ряде случаев начинают насильственно навязываться странам, отнесенным к числу государств-«изгоев». Наглядный пример проявления такого дисбаланса – международно-правовая политика «развитых» стран, включая Российскую Федерацию, по отношению к Сирии.

Рассмотрение национального и международного права в качестве автаркичных образований предполагает разграничение национальных и международных интересов. При этом включение норм международного права в национальную правовую систему и признание его приоритета по отношению к национальному законодательству происходят не в любом случае, а лишь тогда, когда международные нормы и стандарты не противоречат публичным интересам государства. В связи с таким подходом в современной России следует говорить о дисбалансе конституционных положений, закрепляющих приоритетное положение международного права в правовой системе России без каких бы то ни было оговорок и современной правоприменительной практики, основывающейся на первоочередном значении именно национальных интересов Российской Федерации. Следствием выявленного дисбаланса является открытая критика со стороны ряда руководителей страны самого принципа верховенства международного права. В частности, в своем опубликованном докладе Председатель СК России Александр Бастрыкин предложил исключить из Конституции положение «о безусловном приоритете норм международного права над национальным законодательством», поскольку «указанное положение работает против интересов России». Следовательно, его изъятие из конституционного текста «укрепит независимость Российской Федерации в правовой сфере, вернет ее к лучшим традициям отечественного судопроизводства»¹⁴.

Публичное и частное право

¹³ См.: Ромашов Р. А. Конфликтология: учебное пособие. СПб., 2006. С. 98; Ромашов Р. А., Ветютнев Ю. Ю., Тонков Е. Н. Право – языки масштаб свободы: монография. СПб.: Алетейя, 2015. С. 222.

¹⁴ Цит. по ст.: Ромашов Р. А. Дисбаланс права // Вестник Саратовской государственной юридической академии. 2015. № 5 (106). С. 93.

Утвердившееся в качестве аксиоматического для романо-германской правовой семьи деление права на публичное и частное противоречит как объективным законам логики (*право* как единое целое не может быть сведено к отдельным его частям: публичному и частному праву (курсив мой. – Р. Р.)), так и общетеоретическому определению права как системы *общеизвестных и общеобязательных* правил поведения. Более корректным представляется выделение в праве как в целостной системе сфер публично-правового и частноправового регулирования, дифференциация которых осуществляется по характеру юридически значимого интереса, реализуемого в процессе правового регулирования, и по методу правового воздействия на соответствующие общественные отношения. Соответственно, говоря о дисбалансе в контексте соотношения публичного и частного права, мы в первую очередь имеем в виду дисбаланс интересов субъектов, выступающих в качестве носителей того или иного правового статуса.

В отечественной теоретико-правовой науке традиционно государство рассматривается в качестве субъекта, творящего право, обеспечивающего его реализацию всеми участниками общественных отношений, а также закрепляющего перечень правонарушений и меры ответственности за них. Подобный подход основан на патримониальной концепции государства, в рамках которой последнее (государство) есть не что иное, как социо-территориальное владение государя. При этом в качестве «политического тела» государя (собственно субъекта властной деятельности) может выступать как индивид (монарх, диктатор, партийный лидер), так и коллективное лицо (представительный орган, диктатура, хунта и т. п.). Соответственно, субъективному интересу индивидуального либо коллективного «государя» придается публичный характер, а сам «государь» воспринимается в качестве центра публичности и носителя государственного суверенитета.

Политико-правовая система патримониального типа основана на отношениях субординации, в качестве субъектов которых, с одной стороны, выступают государство (в лице аппарата государственной власти), играющее роль повелителя, издающего руководящие предписания, и общество как субъект исполнения этих предписаний. В рамках подобного рода отношений тот, кто обладает властью, – тот обладает всем, что можно посредством властной деятельности получить. Прежде всего это касается отношений, связанных с собственностью. Получается, что стремление к власти есть стремление к обладанию собственностью. При этом механизм овладения собственностью построен на принципе ее экспроприационного перераспределения от подвластных к властителям. В подобных условиях фискальный аппарат государства носит ярко выраженный принудительно-карательный характер.

В патримониальном государстве субъективный интерес лица, обладающего публичной политической властью, приобретает публичный характер. При этом зачастую возникает дисбаланс между субъективным публичным интересом и субъективным частным интересом. В качестве наиболее образного примера такого дисбаланса может быть приведена проблема, сложившаяся в сфере комплектования российской армии. Руководство вооруженных сил заявляет о недостатке квалифицированных военных кадров и настаивает на отмене отсрочек от воинской службы, предполагающей призыв в армию студентов и выпускников гражданских вузов. В качестве аргумента, как правило, приводится конституционное положение об обязательной военной службе граждан Российской Федерации (ч. 2 ст. 59), являющейся, по мнению отечественного генералитета, формой «отдания» гражданского долга и осуществления гражданской обязанности по защите Отечества (то есть государства). Однако если рассматривать воинскую службу, осуществляемую в мирное время, как вид трудовой деятельности (аналогичный военной службе по контракту), то возникает логичный вопрос о соотносимости данных заявлений с положениями ст. 37, определяющей, что «Труд свободен. Каждый имеет право свободно распоряжаться своими способностями к труду... Принудительный труд запрещен». С точки зрения гражданско-правовых и трудовых отношений непонятно, почему за одну и ту же работу солдат срочной службы и воин-контрактник получают разную зарплату, почему в первом слу-

чае привлечение к службе носит принудительный характер. Ссылки на необходимость защиты Отечества малоубедительны, поскольку данный долг возникает у граждан в условиях военного времени, когда всей стране угрожает реальная опасность. В мирное время задача армии сводится к подготовке и переподготовке военных специалистов, а также содержанию кадровых подразделений, способных при введении военного положения в кратчайшие сроки развернуться в полноформатные вооруженные силы. В приведенном примере достаточно отчетливо прослеживается коллизия субъективного интереса высшего военного руководства, лоббируемого федеральными политиками и приобретающего в силу своего законодательного оформления публичный характер, и субъективного интереса частного характера, носителями которого являются призывники, а также их родные и близкие. Последние пытаются по мере сил оказывать противодействие государству в его стремлении реализовать соответствующие властные установки. Причем, не имея возможности легального противостояния с государством, носители частных интересов зачастую прибегают к средствам криминального характера.

Обобщая сказанное, можно сделать вывод о том, что в условиях патримониальных политико-правовых систем в качестве публичного интереса рассматривается субъективный интерес лиц, осуществляющих публичную политическую власть (либо имеющих реальные возможности влияния на процессы принятия властных решений). В подобном понимании право как возведенная в закон воля государства существует исключительно как публичная система. Сфера частноправового регулирования определяется на публично-правовом уровне. Государство обладает практически неограниченными полномочиями по вмешательству в сферу частных интересов. Коллизии, возникающие между публичными и частными интересами, рассматриваются в пользу публичных, а противоречие частного интереса публичному рассматривается как правонарушение.

Политическая система либертарного типа, формирующаяся в условиях социального правового государства, предполагает сочетание субординационных (власти-подчинения) и координационных отношений. При этом для второй группы отношений характерна качественно иная по сравнению с патримониальной системой расстановка субъектов. Система «государство – субъект-властитель – общество – субъект-подданный» сменяется системой, в которой государство и общество выступают в качестве равноправных и равнообязанных партнеров. В системе подобного рода, строящейся по типу акционерного общества, государство уподобляется управленцу, избираемому из числа акционеров и подотчетному в своей деятельности собранию акционеров. Для того чтобы подобная система стала реальностью, прежде всего необходимо, чтобы отношения собственности стали первичными по отношению к властеотношениям. Иными словами, для того чтобы получить властные полномочия, необходимо прежде состояться в качестве собственника. Соответственно, качественным образом меняется понимание права. Продолжая носить публичный характер, право перестает быть инструментом реализации власти одних представителей социума над другими. Принцип равенства перед правом и законом предполагает равнообязанность по отношению к правовым предписаниям как со стороны представительных органов государственной власти, так и со стороны общества, делегировавшего этим органам свои полномочия по управлению общественными отношениями. Особенно важно в данном случае то, что управленческие отношения между партнерами предполагают равенство их субъективных интересов. В данном случае утрачивает смысл спор о приоритете публичных и частных составляющих права, поскольку именно с достижением основанного на компромиссе интересов баланса публичных и частных интересов, в конечном счете, связывается эффективность деятельности всего механизма правового регулирования.

2.2. Дисбаланс правовой нормативности и правовой реальности

Как уже отмечалось ранее, нормативность есть признак права и его имманентное свойство. Норма права представляет первоэлемент – атом правовой материи¹⁵ и вместе с тем моделирует право в целом. Право есть совокупность правовых норм. Структура нормы права – гипотеза, диспозиция, санкция – по сути своей есть не что иное, как трехчленная модель права системы социального регулирования.

В основе любого регулирования лежит общность определенным образом выраженных и гарантированных правил, закрепляющих стандарты возможного, должного, недопустимого поведения в обществе. При этом, как правило, каким бы по своему содержанию оно ни было гуманным или, напротив, жестоким, оно будет восприниматься членами общества в качестве значимого и обязательного только при наличии двух обстоятельств: фактических условий, обеспечивающих возможность практической реализации содержащейся в правиле поведенческой установки, а также юридически значимых последствий, неизбежно наступающих в результате осуществления субъектом деяний (действий или бездействия), предусмотренных соответствующим правилом.

Таким образом, право представляет собой логическую схему, объединяющую три обязательных детерминированных системных элемента: нормативный поведенческий стандарт (диспозиция), являющийся центральным элементом и первичной правовой нормы, и системы права в целом; условия (гипотеза), с которыми законодатель связывает реализацию правила, закрепленного в диспозиции, и, наконец, юридически значимые последствия (санкции), выражающие соответствующую реакцию государства на поведение субъекта правового поведения.

Часто можно услышать, что структура правовой нормы наряду с классической трехзвенной конструкцией может быть представлена двумя и даже одним элементом. Так, по мнению Н. А. Власенко, «в реальности правовые нормы имеют два элемента – гипотезу и диспозицию (позитивные нормы) и гипотезу и санкцию (охранительные)»¹⁶. При этом нормы, строящиеся по классической трехчленной схеме, в системе права «практически не встречаются»¹⁷.

Эти и подобные им утверждения становятся возможными вследствие «смещения» теории права с практикой его законодательного закрепления. Логическая структура нормы права – это умозрительная конструкция, существующая вне зависимости от законодательной практики, имеющей место в конкретном государстве, на конкретном этапе его политико-правового развития. О нормативности права и о его трехчленной структурированности можно говорить как по отношению к праву континентальной Европы, так и применительно к Великобритании и США, а также странам, позиционирующим свою приверженность к праву ислама.

Другое дело формальные источники права, закрепляющие правовые нормы и придающие им характер правовой реальности. Выраженные в нормативно-правовых актах, прецедентах, обычаях и других юридических формах правовые предписания действительно могут не иметь текстуально определенных элементов, предусмотренных в логической структуре теоретической правовой нормы. Но такую ситуацию нельзя рассматривать как доказательство возможности усеченной структуры нормы права как таковой. Различные способы изложения элементов нормы права в статьях нормативно-правовых актов, а также в других действующих источниках права позволяют восстанавливать межэлементные связи путем «выведения вторичной нормы».

¹⁵ См.: Венгеров А. Б. Теория государства и права: учебник. 2-е изд. М.: Омега, 2005. С. 421.

¹⁶ Власенко Н. А. Теория государства и права: научно-практическое пособие для самостоятельной подготовки студентов всех форм обучения. М.: Юриспруденция, 2009. С. 133.

¹⁷ Там же. С. 132.

В качестве примера можно рассмотреть п. 1 ст. 130 УК РФ, в которой устанавливается, что «Оскорбление, то есть унижение чести и достоинства другого лица, выраженное в неприличной форме, – наказывается штрафом в размере до 40 тысяч рублей...». В процитированном положении действительно представлены только дефиниция, моделирующая вариант преступного поведения, выражающийся в неприличных по форме действиях, унижающих честь и достоинство лица, и санкция, определяющая вид и размер юридической ответственности в отношении субъекта преступления. Вместе с тем отсутствие гипотезы в конкретном законодательном тексте не означает, что ее вообще не существует. Общая часть УК формулирует гипотетические условия, характеризующие все правовые запреты, закрепленные в Особенной части, независимо от вида преступления и степени его общественной опасности. К таким условиям следует отнести квалификацию совершенного деяния в качестве преступного, совершение преступления дееспособным субъектом, вредоносный характер, обязательность наказания и др. Таким образом, усеченный состав статьи уголовного закона восполняется сохраняющейся трехчленной конструкцией, выведенной путем логического построения вторичной нормы. Рассмотренную нами ситуацию можно экстраполировать на любую статью Особенной части УК, равно как и на другие формальные источники права, используемые в качестве регуляторов общественных отношений. «Отсутствие какого-либо структурного элемента юридической нормы... свидетельствует об ее ущербности и приводит к "сбоям" в правовом регулировании: норма либо теряет связь с конкретными жизненными обстоятельствами (становится беспредметной), либо не предлагает варианта поведения, либо утрачивает свои побудительные свойства»¹⁸.

Что же касается так называемых специальных норм: дефиниций, целей, принципов, то их нормативная природа заложена в самих названиях. Не выполняя регулятивно-охранительных функций и не моделируя вариантов поведения, они естественно отличаются от поведенческих норм своей структурой. Определение базовых понятий, целей, основополагающих начал правотворческой и правореализационной деятельности – такая же необходимая составляющая права и законодательства, как имя для человека. Однако само по себе имя никаких изменений в человеческую жизнь внести не может, так же как и цели, и принципы права сами по себе не могут изменить право ни в лучшую, ни в худшую сторону.

Сказанное позволяет сделать вывод о том, что право как абстракция, фикция и право как реальность есть не что иное, как два ракурса восприятия одного и того же явления, выраженного в двух несовпадающих смысловых образах.

Образ абстрактного права наиболее полно и последовательно выразил Ганс Кельзен в своей работе «Чистое учение о праве: введение в проблематику науки о праве». При этом Г. Кельзен сразу оговаривается, что его «чистое учение о праве является теорией позитивного права», в рамках которого он «пытается ответить на вопрос о том, что есть право и каково оно, но не на вопрос о том, каким должно быть право, или о том, какое право должно быть создано»¹⁹. Именно нормативность для Г. Кельзена является основным отличительным признаком права. «Чистое учение о праве изучает те или иные факты только постольку, поскольку они являются содержанием правовых норм, т. е. определяются через правовые нормы»²⁰. В свою очередь, «познание права направлено только на те нормы, которые придают характер права (или "не права") определенным актам и которые создаются через подобные акты»²¹. «Чистое право» Г. Кельзена, таким образом, есть аналог «чистого разума» И. Канта, пере-

¹⁸ Общая теория права: курс лекций / под общ. ред. В. К. Бабаева. Н. Новгород: Нижегородская ВШ МВД России, 1993. С. 302–303.

¹⁹ Ганс Кельзен: чистое учение о праве, справедливость и естественное право / сост. и вступит. ст. М. В. Антонова. СПб.: Альфа-пресс, 2015. С. 114.

²⁰ Там же. С. 122.

²¹ Там же. С. 118.

несенный в область юриспруденции. В правовой реальности права «в чистом виде» не существует. Формальные источники права всё равно что золотые изделия, которые на самом деле являются изделиями из золотосодержащих сплавов, в которых доля «чистого золота» колеблется в зависимости от установленной «пробы». Таким образом, не имеет смысла противопоставлять право как субстанцию и закон (прецедент, договор, обычай и др.) как форму точно так же, как бессмысленно противопоставлять золото и золотосодержащее изделие. Конечно, в отличие от перстня или кулона, процентное содержание золота в которых указано непосредственно на изделии, закон такой информации не дает. Возникает парадоксальная ситуация: до тех пор, пока сохраняется политическая ситуация, в которой закон принимался, он считается правовым, после изменения ситуации нередко меняется правовая оценка закона. В частности, уголовное и уголовно-процессуальное законодательство, действовавшее в СССР в 30–50-х гг. XX в., считалось современниками жестким (что, как правило, объяснялось очень сложной и конфликтной внутренней и внешнеполитической обстановкой), но справедливым и естественно соответствующим принципам и ценностям социалистического права. Кризис и последующий крах политической системы социализма обусловили переоценку системы социалистической законности, которая была объявлена репрессивно-карательной и противоправной. Можно ли говорить о том, что в сталинском СССР и гитлеровской Германии были законы и законность, но не было права? Можно ли говорить о том, что в современной России, ФРГ, США действующее законодательство носит правовой характер и государственный механизм в своей деятельности подчинен праву? Полагаю, что ответ «нет» следует дать как на первый, так и на второй вопрос.

Во все времена государства были, есть и будут формами организации людей, устанавливавшими и поддерживавшими общий порядок при помощи систематизированных, формализованных и обеспеченных системой гарантий и санкций правил – норм. Как эти нормы назывались и называются – не столь важно, важно, что все они по своей природе относились к тому, что сейчас мы называем правом. Можно и нужно говорить о собственно правовой составляющей в договорах между русскими князьями и Византией, в «Русской Правде», в царских указах и уставах, в советских декретах и постановлениях, в современных российских законах. При этом, говоря о правовой составляющей, мы должны иметь в виду то право, про которое говорим в современных условиях. И если допустить, что регулятивная система, которую мы считаем сегодня правом, пусть в примитивных формах, но уже существовала в Древней Руси, то отрицать существование права в советской России, в том числе в эпоху «большого террора», попросту нелогично. Как инструмент легализованного принуждения государственным аппаратом государственно организованного сообщества право существует с момента появления государства. Как средство защиты прав и свобод человека и гражданина право начинает восприниматься и выступать относительно недавно. При этом «процентное содержание» права, обеспечивающего и защищающего человеческое достоинство, в общем объеме права, получившего законодательное закрепление в конкретном государстве, носит изменяющийся характер и зависит от ряда факторов как внутригосударственных, так и внешнеполитических.

В таком понимании нормативность права характеризует его, во-первых, как систему общезначимых и общеобязательных правил поведения – правовых норм, а во-вторых, как специфическую социальную среду, определяющую стандарты правильного/неправильного (правомерного/противоправного) поведения в обществе, соответствие которым является условием отнесения индивида, корпорации, общества к нормальным (традиционным) либо ненормальным (нетрадиционным).

В отличие от правовой нормативности, в «чистом виде» являющейся предметом теории права, правовая реальность – категория не только и не столько юридическая, сколько социологическая и политологическая. О праве как о юридической модели знают немногие, о праве как фактическом явлении, документе, поступке знают (в смысле – имеют свое представление и

мнение) и судят практически все. При этом наличие либо отсутствие юридического образования и личного опыта в сфере практической юридической деятельности никак не сказываются на эмоциональном напряжении многочисленных дискуссий.

Правовая реальность представляет собой комплексное понятие, в качестве составных частей которого выступают: действующие акты национального законодательства и международного права, объединенные в «массив материального права»; принципы правотворческой и правореализационной деятельности, характеризующие юридическую практику, сложившуюся в данном государстве, на данном этапе его исторического развития; отношение к праву вообще, национальному и международному праву в частности, со стороны общества; правовая эмпирика и статистика, выступающая в качестве оценочной шкалы эффективности и действенности средств и методов правового регулирования.

Сопоставление правовой нормативности и правовой реальности позволяет выделить следующие положения:

- Правом в реальности следует считать совокупность действующих на данном историческом этапе формальных источников права, субъектов, наделенных правотворческими и правореализационными компетенциями, процессов и процедур в сфере правового регулирования. Вместе с тем на уровне индивидуального и коллективного правосознания в качестве права, как правило, воспринимается только система его формальных источников. Более того, применительно к российской правовой системе безусловным приоритетом обладает национальное законодательство, «отодвигающее» другие юридические формы на второй план. Похожая ситуация складывается и с восприятием государства, которое для большинства граждан представлено аппаратом публичной политической власти, «замкнутым» в своей организации и деятельности на личность главы государства.

- Имеющий место в теории права плюрализм правопонимания в реальности сохраняет монистический характер и сводит понимание права в практической юридической деятельности к юридическому нормативизму. При таком отношении «естественное», «историческое», «психологическое» право являются формами «не права» до тех пор, пока нормы, в них содержащиеся, не будут закреплены в соответствующих формальных источниках и не приобретут «официальную» юридическую силу.

- Дисбаланс правовой нормативности и правовой реальности в современной России предопределяется «единством и борьбой противоположностей» – двух разнонаправленных векторов правосознания: правового идеализма и правового нигилизма. Правовой идеализм предполагает восприятие правовой нормативности, представленной системой законодательства, в качестве наиболее эффективного средства решения социальных проблем и адекватного ответа на возникающие в процессе политико-правового развития вызовы и угрозы. В частности, непрекращающиеся споры о возможности внесения поправок и изменений в текст действующей Конституции, а также принятия новой Конституции сопровождаются рассуждениями о сакральности этого акта и его особой роли в жизни государства и общества. При том, что, по данным «Левада-центра», «Конституцию России никогда не читали 41 % россиян, еще четверть наших сограждан (24 %) хотя и читали, но ничего не запомнили. Кроме того, четверть респондентов (24 %) заявили, что довольно плохо помнят, о чем говорится в основном законе РФ. Лишь 12 % россиян могут вспомнить, о чем там написано»²². Правовой нигилизм в противовес правовому идеализму воспринимает право, выраженное в законе, либо как бесполезный («Закон что дышло: куда повернул, то и вышло»), либо как вредный (закон как инструмент наказания, ограничения субъективного права и личной свободы) инструмент воздействия на общество. По мнению нигилистов, государство использует право не для обеспечения общественного блага и защиты гражданских прав и свобод, а для установления тотального контроля

²² 41 % россиян не прочли Конституцию. URL: <http://polit.ru/news/2014/12/10/neverread/>.

за поведением членов общества и осуществления карательно-репрессивного воздействия. Собственно, реалистичное отношение к действующему праву, с учетом специфики национальной ментальности, внутригосударственной и внешнеполитической обстановки, характерно для относительно небольшой части россиян (около 20 %), позитивно (но без «ура-патриотизма») воспринимающих свою страну, историю, законодательство и тех, кто это законодательство принимает и применяет.

- От СССР Российская Федерация унаследовала в том числе и систему социалистического права, переименование которого в романо-германское не привело, да и не могло привести, к серьезным сущностным изменениям в его восприятии и функционировании. Заимствование из западного права целого ряда ценностей и принципов (прав и свобод человека и гражданина, правового ограничения государства, выборности и сменности высшего руководства страны и субъектов федерации, состязательного уголовного правосудия, приоритета международного права по отношению к национальному законодательству и др.) и включение их в современное российское право имели своим предназначением ребрендинг правовой системы, но не ее качественную трансформацию²³. «Советские люди», осуществляющие управление современной Россией, не способны трансформировать ее из советской в западно-демократическую, точно так же, как варварские племена, разрушив Рим, не смогли в своих вновь образованных империях воссоздать систему государственного управления Римской империи. И дело здесь не в приятии либо неприятии Россией западной культуры, а в объективной невозможности прямого заимствования и перенесения на неподготовленную почву чужой национально-правовой ментальности.

- Период современного состояния политико-правовой реальности может быть условно назван «состоянием переходной неопределенности». Можно с уверенностью утверждать, что политическая и правовая системы России перестали быть советскими, поскольку уничтожены два основополагающих фактора: государственная коммунистическая идеология и социалистическая система хозяйствования. На высшем уровне продекларирована невозможность возврата к ним²⁴. Вместе с тем заявляется о неприемлемости для России пути в направлении «западного ультралиберализма»²⁵. Таким образом, генеральная цель, определяющая видимые и осознаваемые большей частью общества ориентиры перспективного развития российского государства и права, носит неопределенный характер. Правовая нормативность и правовая реальность по-прежнему находятся в состоянии дисбаланса.

- В сложившейся ситуации основополагающими политико-правовыми ценностями становятся, с одной стороны, стабильность политического устройства и правового порядка, а с другой стороны, обеспечение эффективной и действенной преемственности в процессе эволюционного восходящего развития российского государства и права. Правовая реальность не должна подменять правовую нормативность и вместе с тем противопоставляться ей. Мы живем в тех условиях, которые существуют и которые формальное право, исходящее от законодателя, мгновенно изменить не сможет. Вместе с тем общественные отношения под воздействием различных факторов, в том числе законодательства, меняются. Сейчас не имеет смысла говорить о том, что изменения носят позитивный или негативный характер. Они происходят, и хочется надеяться, что России в XXI в. удастся избежать роковых ошибок, допущенных в предыдущем столетии и повлекших два разрушительных катаклизма ее государственно-правовой системы.

²³ Ребрендинг (англ. rebranding) – активная маркетинговая стратегия; включает комплекс мероприятий по изменению бренда (как компании, так и производимого ею товара) либо его составляющих: названия, логотипа, слогана, визуального оформления, с изменением позиционирования (см.: Википедия. URL: <https://ru.wikipedia.org/wiki>).

²⁴ Выступление Владимира Путина на заседании клуба «Валдай». URL: http://www.ng.ru/politics/2013-09-20/l_identity.html.

²⁵ Там же.

2.3. Право: благо и наказание

Современный период, переживаемый государственно-правовой наукой, является столь же переломным и в определенном смысле предреволюционным, как и для естественной науки конца XIX – начала XX в. Для естествоиспытателей научная революция была связана с открытием атома и атомной энергии, рентгеновских лучей, теории относительности. Для юристов XX в. – это создание и разрушение социалистической государственно-правовой системы; две мировые войны и последовавший за этим передел мира; разрушение колониальной системы империализма и уничтожение формального сословного деления государств на главенствующие и зависимые; масштабный кризис государственной идеологии и государственной истории; появление новых форм политико-правовых организаций, конкурирующих с государственными (транснациональные корпорации, ЕС); всё более широкое внедрение в сферу правового регулирования виртуальных объектов. При этом следует констатировать, что основополагающие догматы государства и права не претерпели существенных изменений.

Применительно к государству мы продолжаем в качестве основополагающих признаков называть территорию, население, бюрократический аппарат и суверенитет. Право по-прежнему в большинстве своем оперирует вещными категориями, привязанными к пониманию собственности как разновидности имущества, права на которые определяются традиционной триадой владения, пользования, распоряжения.

Использование в качестве категории гражданского права понятия «нематериальное благо» заставляет задуматься над вопросом, является ли благо правовой категорией, и если да, то какое место оно занимает в системе правового регулирования и как соотносится с правовой ответственностью и наказанием.

В большинстве случаев благом считается «то, что имеет общественно признанную ценность для каждого субъекта права и по поводу чего складывается поведение этих субъектов, границы которого определены их правами и обязанностями». В таком понимании можно говорить о синонимичности понятий «благо» и «добро». Однако в русском языке добро – это в том числе имущество. «Стали жить-поживать, добра наживать». Кроме того, совершение добрых дел может рассматриваться как предпосылка зла. «Не делай добра – не получишь и зла». Получается, что добро не всегда несет в себе благо и с благом может отождествляться далеко не всегда.

В современном российском гражданском праве благо используется, как правило, в связке с нематериальным/неимущественным его выражением. При этом дефиниции блага законодатель не дает, оперируя перечислением нематериальных благ, к числу которых в ст. 150 ГК РФ относит: «Жизнь и здоровье, достоинство личности, личную неприкосновенность, честь и доброе имя, деловую репутацию, неприкосновенность частной жизни, неприкосновенность жилища, личную и семейную тайну, свободу передвижения, свободу выбора места пребывания и жительства, имя гражданина, авторство, иные нематериальные блага, принадлежащие гражданину от рождения или в силу закона, неотчуждаемые и непередаваемые иным способом». Отмечается, что «Нематериальные блага защищаются в соответствии с настоящим Кодексом и другими законами в случаях и в порядке, ими предусмотренных, а также в тех случаях и пределах, в каких использование способов защиты гражданских прав вытекает из существа нарушенного нематериального блага или личного неимущественного права и характера последствий этого нарушения». Из приведенной цитаты следует, что, во-первых, законодатель достаточно легко объединяет в одну группу достаточно серьезно отличающиеся друг от друга явления, каждое из которых с точки зрения установления правовых параметров представляется весьма расплывчатым и неопределенным, с другой стороны – использует понятие нематериального блага в качестве парной категории по отношению к личным неимущественным правам.

Что же такое благо? Благо – производное от «благодать». Слову «благодать» соответствует в греческом языке слово *χάρις*, в латинском – *gratia*. Древние греки и римляне этими словами выражали понятие о приятных свойствах человека или предмета (красота какой-либо вещи или произведения искусства, красота лица, речи, движения, поведения и т. д.). Другое значение этого слова выражает чувства, которые некие предметы или лица возбуждают в окружающих людях (сочувствие, благоволение, милость, милосердие, благодарность). Получается, что в своем изначальном значении благо и благодать не рассматриваются в качестве правовых категорий.

Можно ли рассматривать право вообще и субъективное право в частности в качестве блага как некоего приятного свойства? Полагаю, что нет. Право по сути своей нейтрально и самим фактом своего существования не вызывает ни умиления, ни раздражения. То, что в рамках права рассматривается в качестве позитива для одного из субъектов, может выступать негативом для другого.

В религии благодать то, что ниспослал человеку Бог. Высшей формой благодати является вера. Учение о благодати является одним из краеугольных камней церковного учения. При этом вера изначально иррациональна и не подлежит правовой оценке, базирующейся на принципах формального равенства субъектов и корреспондирующем характере субъективных прав и обязанностей.

Право, являясь результатом человеческой деятельности, имеет ценность и является ценностью, но само по себе блага конкретному человеку, корпорации, государству не несет или несет далеко не всегда. Точно так же, как язык и культура, право – продукт общества, его инструмент и характеристика. Не имеет смысла говорить о том, какие язык и культура лучше или хуже, и уж тем более оценивать эти категории как благодатные либо, напротив, зловердые. Вместе с тем можно говорить о том, что английский язык, несмотря на негативное отношение со стороны российской власти к власти британской и в особенности к американской, воспринимается современным миром как средство межнационального общения, в то время как русский язык всё более и более становится сугубо национальным языком, на котором говорят преимущественно русские люди, поскольку даже в России представители инациональных групп в своей среде предпочитают говорить на национальном языке. В свою очередь, ценности западной (протестантской) культуры получили распространение в качестве общечеловеческих и вплоть до настоящего времени задают приоритеты в правовой области. В частности, если говорить о правовых ценностях, закрепленных в действующей российской Конституции, то следует признать, что это ценности западной культуры. Является ли это благом для русской национальной культуры, базирующейся на общественных, а точнее общинных, ценностях православия, благом? Лично я очень сильно в этом сомневаюсь.

Само по себе не являясь благом, право вместе с тем не является и наказанием. Можно ли применительно к праву оценивать поощрение как благо, а наказание как зло? На мой взгляд, сами по себе категории «добро», «зло», «благо», «справедливость» носят не юридический, а духовно-нравственный характер и, будучи вводимыми в юридическую терминологию, нуждаются в дополнительных пояснениях. Юридическая материя оперирует терминами: закон как сфера публичного права, субъективные права, законные интересы, личные свободы, юридическая ответственность, правовое наказание. Полагаю, что введение дополнительных терминов не только усложняет понимание правовой терминологии, делая ее зависимой от субъективной интерпретации, но и снижает эффективность юридической техники правотворческой и право-реализационной деятельности. Поощрения и наказания в праве не есть благо или зло. Точно так же, как не является благом правомерное поведение, а злом – преступное. По мнению Я. И. Гилинского, «Нет ни одного поведенческого акта, который был бы "преступным" сам по себе, по своему содержанию, независимо от социального контекста... Преступность проявляется в деяниях, признаваемых законодателем преступными "здесь и сейчас" ... Признак "обществен-

ной опасности" столь расплывчат, что не может сам по себе служить критерием "преступности" без ссылки на указание в уголовном законе»²⁶. Получается, что понимание преступления и преступности в качестве проявлений человеческого зла носит субъективный характер и в основном зависит от квалификации деяния в качестве преступного, а значит, и «зловредного» со стороны государства, представляемого конкретными людьми, руководствующимися в своей деятельности собственными, далеко не всегда бескорыстными интересами. Но если это так, то выходит, что преступления как объективного «чистого» зла в природе не существует. Соответственно, говорить о том, является ли наказание членов общества как для них самих, так и для общества в целом благом или злом, можно лишь в контексте законодательной оценки деяния в качестве преступления. В отечественной истории примеров тому, как вчерашние преступники становились «выдающимися государственными деятелями» и наоборот, имеется немало. Закрепляемые при помощи правовых норм наказательные санкции представляют собой, с одной стороны, инструменты частной превенции, имеющие своей целью покарать и вместе с тем исправить правонарушителя, с другой стороны – это инструменты информационно-профилактического воздействия, предназначенные для общей профилактики противоправного поведения. Насколько действенно наказание, судить тяжело. Ясно одно: в традиционной системе общественных отношений понимание права как общезначимого регулятора общественных отношений предопределяет необходимость расстановки оценочных критериев в отношении поступков, совершаемых членами общества.

Право не является благом и наказанием, однако при помощи права закрепляются правила, сам факт существования которых рассматривается на индивидуальном и коллективном уровне в качестве полезного для индивидуального и общественного восприятия явления. Также как полезное, хотя и по существу негативное средство социально-правового воздействия рассматривается наказание, ассоциируемое с неприятным, но необходимым для выздоровления либо поддержания жизнедеятельности организма лекарством.

Право не может существовать без наказания, равно как и без поощрения, точно так же, как вне правового поля невозможны подвиг и преступление. Устанавливая и квалифицируя посредством права дозволения, запреты и долженствования, законодатель заранее знает, что найдется тот, кто своим поведением будет доказывать, что лично для него правовых законов не существует. Именно для таких представителей человеческого сообщества предусмотрены наказания, выступающие в большей степени не как инструменты кары, а как обучающие средства – наказы, от усвоения которых в немалой степени зависит общее благо, понимаемое как в материальном, так и в нематериальном смысле.

²⁶ Гилинский Я. И. Очерки по криминологии. СПб.: ИД «Алеф-Пресс», 2015. С. 5–7.

2.4. Ошибки в нормотворчестве как факторы правового дисбаланса

1. Понятие ошибки

Мы часто употребляем слово «ошибка», не задумываясь над его смысловой нагрузкой. Что такое ошибка? Почему ошибки совершаются? Можно ли ошибок избежать? Следует ли исправлять допущенные ошибки и как это делать? Вопросы можно продолжать. Ответать на них каждый будет по-своему. При этом понимание ошибки в естественных и технических науках существенным образом отличается от того, которое имеет место в социальных науках. Бессмысленно отрицать факт различия предметов исследования названных наук. Ясно и то, что зачастую социальная наука заимствует у естественной (технической) понятия, наполняя их собственным (существенным образом отличным от первоначального) содержанием²⁷, следовательно, могут быть заимствованы (с последующей обработкой и адаптацией к соответствующему предмету познания) и определенные теории, выступающие методологической базой исследования в той или иной области. При подготовке этой статьи я отошел от традиционной юридической методологии познания, на которую, в частности, опирается такой известный специалист в области ошибок в праве, как А. Б. Лисюткин²⁸, и постарался рассмотреть категорию ошибки в рамках двух теорий, оперирующих этим понятием на инструментальном уровне. Речь идет о математике и кибернетике. В названных областях знаний ошибка воспринимается как выявленная погрешность в расчетах, оказавшая влияние на планируемый результат.

Рабочее определение ошибки в области социальных отношений сформулировано посредством метода логического конструирования и в силу своего абстрактного характера может быть экстраполировано на любую сферу социально-правовой деятельности, в том числе и на нормотворчество.

Применительно к системе социально-правовых отношений *ошибкой следует считать любое субъективное волеизъявление, приводящее к искажению сложившихся в обществе стереотипов дифференциации «правильного/правомерного» и «неправильного/противоправного».*

Взятое за основу данное определение позволяет выделить признаки ошибки:

- Фактическая ошибка – *явление субъективного характера*: в реальности конкретные ошибки совершают конкретные субъекты, при этом другие субъекты наделяются правом квалифицировать принимаемые решения (совершаемые поступки) как правильные/ошибочные. Таким образом, отдельно взятая ошибка представляет собой факт казуального характера, в юриспруденции – это юридический факт (деяние).

- В качестве ошибки нарушение установленного социально-правового порядка будет рассматриваться в случае наступления последствий, негативным образом отличающихся от запланированных результатов. Если ухудшения результатов не произошло либо полученный результат лучше ожидаемого, внесенные в процесс изменения рассматриваются в качестве позитивной новации, подлежащей описанию и включению в систему в качестве средства ее модернизации.

- Ошибка как свойство упорядоченного процесса социальной жизни – явление *объективное и в силу этого закономерное*. Любая ошибка предполагает наличие устоявшегося стерео-

²⁷ К числу подобных заимствований могут быть отнесены слова «механизм», «аппарат», «функция», «технология» и др.

²⁸ См.: Лисюткин А. Б. Ошибка как категория правоповедения: теоретико-методологический аспект: дис... д-ра юрид. наук. Саратов: Саратовская государственная академия права, 2002; Он же. Юридическое значение категории «ошибка»: теоретико-методологический аспект. Саратов: СГАП, 2001.

типа (правила): нет правила – нет и ошибки. Из этого следует, что принятие правила автоматически влечет потенциальную возможность совершения ошибки в процессе его реализации.

- Применительно к юридической технике ошибка есть фактор, характеризующий *профессиональную компетенцию и компетентность* субъекта юридической деятельности, при этом количество и качество совершаемых ошибок следует рассматривать в качестве оценочного критерия компетентности соответствующего субъекта.

- Ошибка носит *добросовестный характер и исключает противоправный умысел*, в противном случае следует говорить не об ошибке, а о правонарушении. Вместе с тем в зависимости от результативных последствий совершенной ошибки она может быть квалифицирована в качестве факта неумышленного противоправного деяния.

2. Понятие нормотворческой ошибки

«Нормотворчество на сегодня является важнейшей функцией государства, выступает системообразующим фактором в механизме правовой регуляции жизни общества. Это... движущая сила развития права и источник постоянной корректировки масштабов и характера непосредственного правового регулирования общественных отношений»²⁹.

Рассматривая нормотворчество как вид юридической деятельности государства (выступающего в лице компетентных государственных органов и должностных лиц – представителей государственной власти), направленной на разработку, принятие и внедрение в систему социальных отношений нормативно-правовых актов, содержащих в себе нормы права (общеизвестные правила поведения, исходящие от государства и обеспечиваемые государственными гарантиями и санкциями), следует, с одной стороны, констатировать, что государственное нормотворчество, представляя собой объективную составляющую государственной деятельности (любое государство независимо от формы правления и политического режима обладает прерогативами в сфере разработки и легализации основополагающих нормативно-правовых актов – законов), не зависит от волеизъявлений конкретных человеческих индивидов, а с другой стороны, представляет собой результат конкретной деятельности конкретных граждан, принимающих как правильные (с точки зрения соответствия действующим законам), так и неправильные решения.

В условиях автократических режимов проблема ошибки государства (государственного органа, государственного деятеля) не актуальна. Если государство фактически владеет обществом и руководит им по собственному усмотрению, то и официально признаваемых ошибок в период своего существования оно допускать не может. Единственное «но»: история как объективная реальность показывает эффективность либо пагубность той или иной используемой управленческой системы средств и методов управления, а следовательно, правильность либо ошибочность государственных законов.

Приговор истории окончателен и обжалованию не подлежит. Можно долго говорить о богобоязненности и державности подданных Российской Империи³⁰, о патриотизме граждан СССР³¹, но приходится признать, что единственным фактором, объединяющим два качественно отличных государственных строя, является конечный период их существования.

²⁹ Москалькова Т. Н., Черников В. В. Нормотворчество: научно-практическое пособие. 2-е изд., доп. и испр. М.: Проспект, 2014. С. 5.

³⁰ «В народном восприятии Святая Русь сливалась с Вселенским Православием, Святая Русь есть везде, где есть православная вера» (Дмитриев М. В. Конфессиональный фактор в формировании представлений о «русском» в культуре Московской Руси // Религиозные и этнические традиции в формировании национальных идентичностей в Европе. Средние века – Новое время. М.: Индрик, 2008. С. 218–224).

³¹ «Советский патриотизм – это пламенное чувство безграничной любви, безоговорочной преданности своей родине, глубокой ответственности за ее судьбу и защиту – рождается из недр нашего народа» (Советский патриотизм // Правда. 19 марта

Для того чтобы перейти из стадии «бытия» в «небытие», этим державам, декларирующим собственную исключительность и непоколебимую стабильность на арене всемирной истории, оказалось достаточным всего лишь одного года. 1918 и 1992 гг. наглядно показали миру, что слова о неразрывности связей, объединяющих народы Империи и Союза, не более чем слова, произносимые людьми, которым ничто человеческое не чуждо, в том числе возможны и ошибки, совершаемые высшими должностными лицами в области государственного управления.

В XXI в. Россия вступает в качестве страны, которая, с одной стороны, декларирует свое преемство по отношению к традициям, сложившимся в ходе отечественного полито- и правогенеза, а с другой – заявляет свое право на выработку качественно новых схем и механизмов политико-правового устройства. Но не будет ли новое не очень хорошо забытым старым? К сожалению, нельзя не признать того, что, как и в старые добрые/недобрые времена, на официальном уровне всё меньше говорят о возможных/неизбежных ошибках людей, выступающих в качестве представителей государственной власти. Люди всегда остаются людьми, а значит, им свойственно ошибаться.

Люди, осуществляющие правотворческую деятельность, называются научным термином «субъекты правотворчества». Кто они? Перечислим некоторых очень известных россиян, которые в настоящий период наделены компетенцией в сфере разработки и принятия общезначимых правил поведения, облеченных в форму федеральных конституционных и федеральных законов: Вячеслав Третьяк, Александр Карелин, Иосиф Кобзон, Алина Кабаева, Николай Валуйев и т. д. Не сомневаюсь в известности и заслуженных достижениях в области спорта и искусства перечисленных депутатов Государственной Думы. Вместе с тем возникают серьезные сомнения в их профессиональной компетенции в качестве собственно нормотворцев, обладающих в силу занимаемой должности комплексом специальных знаний, умений, навыков. Применительно к таким субъектам нормотворческой деятельности ошибки неизбежны. Что же такое правотворческая ошибка и каким образом можно ее исправить?

Нормотворческая ошибка – это субъективный фактор нормотворческой деятельности, волеизъявление правосубъектного лица, противоречащее установленным правилам (процедурам) нормотворческого процесса, влекущее наступление результатов, не предусмотренных существующими нормативными положениями и регламентами.

Нормотворческие ошибки возникают в результате деятельности конкретных людей и в своей конкретике носят казуальный характер. Вместе с тем объективный характер действующего законодательства предопределяет ситуацию, в рамках которой ошибка, допущенная конкретным человеком, впоследствии «растворяется» в общем объеме работы по подготовке и принятию нормативно-правового акта. Следовательно, ошибочность разрабатываемых и принимаемых конкретными людьми нормативных правовых актов в обобщенном виде явление закономерное. Из этого следует, что очевидные погрешности вновь принятого закона/подзаконного акта не влекут ответственности лиц, допустивших ошибки в ходе нормотворческого процесса.

Для того чтобы успешно выявлять и устранять нормотворческие ошибки, необходима научная теория. Учитывая, что в правоведении такой теории вплоть до настоящего времени нет, можно попытаться взять за основу теории ошибок, разработанные в естественных и технических науках, с тем чтобы затем внедрить их положения в теорию правотворческих ошибок.

3. Математическая теория нормотворческой ошибки

Теория ошибок – раздел математической статистики, посвященный построению уточненных выводов о численных значениях приближенно измеренных величин, а также об ошибках (погрешностях) измерений.

Повторные измерения одной и той же постоянной величины дают, как правило, различные результаты, так как каждое измерение содержит некоторую ошибку. Различают три основных вида ошибок: системные, грубые и случайные.

Теория ошибок занимается изучением лишь грубых и случайных ошибок. Основными задачами теории ошибок являются: выведение законов распределения случайных ошибок, определение оценок неизвестных измеряемых величин по результатам измерений, установление погрешностей таких оценок и устранение грубых ошибок.

Нормотворчество является видом юридического процесса. Ошибки, совершаемые субъектами правотворчества, так же как и в математике, могут быть разделены на системные, грубые и случайные.

Системные ошибки возникают вследствие укоренившихся в индивидуальном и коллективном правосознании субъектов правотворчества стереотипов восприятия государства и права. Подобные стереотипы, сформировавшиеся у сегодняшних представителей законодательной власти, в большинстве своем сформировались в условиях государственно-правового режима советского периода. Крах режима произошел в результате кризиса системы социального управления (важнейшим элементом которой был механизм правового регулирования) советского государства. Однако сам по себе распад СССР не мог повлечь моментального изменения социалистического правосознания людей, пришедших к власти на волне революционных преобразований. Получается, что новое законодательство принимают люди со старым мышлением, а это неизбежно влечет за собой совершение системных правотворческих ошибок. В качестве примера совершения системной правотворческой ошибки может быть рассмотрен Федеральный закон «О мировых судьях» 1998 г. Теоретически (в контексте основных функций института мировой юстиции) мировые судьи должны относиться даже не к субъектам федерации, а к муниципальным образованиям, что, в свою очередь, предполагает их выведение за рамки государственных органов судебной власти. Вместе с тем, в соответствии с Законом, институт мировой юстиции включается в структуру государственной судебной системы, что автоматически влечет формирование отношения к мировым судьям со стороны федеральных судей как к нижестоящим, а значит, менее значимым. Такая ошибка стала следствием того, что у авторов Закона (неважно, признаются они себе в этом или нет) сохранился в сознании стереотип командно-административной системы управления, в основу которой положен принцип субординации нижестоящих органов (должностных лиц) по отношению к вышестоящим. Если согласиться с этим, то становится понятным, почему для мирового судьи (являющегося судьей субъекта федерации) в качестве вышестоящей инстанции определяется федеральный орган – районный суд³².

Грубые ошибки возникают в результате просчетов, связанных с неправильной оценкой социологических факторов нормотворческого процесса³³, нарушением основополагающих

³² О судебной системе: Федеральный конституционный закон РФ № 1-ФКЗ от 31 декабря 1996 г.

³³ Нормативно-правовые акты, регламентирующие процесс приватизации государственной собственности, разрабатывались без учета того, что у подавляющего большинства советских (российских) граждан на психологическом уровне не сложилось понимания сопричастности к государственной (общенародной) собственности, дающей право на получение в частную собственность соответствующей доли общего богатства. Результатом такой неготовности к «новому мышлению» стала грубая ошибка авторов приватизационной концепции, заключавшаяся в том, что за основу приватизационного «раздела» государственной собственности была принята уравнилельная математическая теория деления, в то время как в общественном

принципов техники нормотворческой деятельности³⁴, несоблюдением правил работы с документами и т. п.

Нормы, содержащие грубые ошибки, достаточно сильно отличаются от других и поэтому хорошо заметны.

Случайные ошибки происходят вследствие возникновения непредвиденных обстоятельств и обусловлены причинами индивидуального характера. Учитывая, что процесс правотворчества является видом коллективной деятельности, можно было бы констатировать, что сама по себе случайная ошибка не может оказать существенного влияния на качество готовящегося нормативно-правового акта, поскольку каждый последующий этап правотворчества одновременно является фазой контроля правильности решений, принятых на предшествующей стадии, а значит, ошибка, случайно допущенная предшествующим субъектом, будет выявлена последующим. Вместе с тем, принимая во внимание пресловутый «человеческий фактор», вполне можно допустить ситуацию, когда случайная ошибка, совершенная на первых этапах правотворческого процесса, не будучи выявленной в дальнейшем, способна повлиять на структуру и содержание разрабатываемого документа, а в дальнейшем сказаться на результативности его применения.

Разработка теории правотворческих ошибок предполагает моделирование средств выявления грубых и случайных ошибок, а также предложение путей их устранения.

В качестве основного средства выявления правотворческих ошибок следует признать процедуру обсуждения проекта нормативно-правового акта как среди специалистов в области предполагаемого правового регулирования, так и среди широкой общественности, оценивающей планируемый документ с точки зрения его соответствия устоявшимся в обществе традициям и представлениям о морально-этических ценностях. С сожалением приходится констатировать, что в современной отечественной правотворческой практике процедура всенародного обсуждения проектов наиболее важных законодательных актов не применяется. Ее внедрение, на мой взгляд, будет способствовать более тщательной работе над законопроектами, а также означать практическое вовлечение широких народных масс в правотворческий процесс.

Говоря об устранении правотворческих ошибок, следует отметить, что в настоящий период имеется практика включения в принятые и действующие законодательные акты дополнений и изменений. Не отвергая данного пути исправления ошибок, вместе с тем хотелось бы акцентировать внимание на особом статусе закона как наиболее стабильного, а значит, и жесткого (с точки зрения всевозможных трансформаций) нормативно-правового акта. Думается, что непрерывное изменение текста закона снижает его юридическую силу и в результате негативно сказывается на законоприменительной практике. Полагаю, что деление нормативных актов на законы и акты подзаконного характера позволяет устранять правотворческие ошибки не за счет непрерывного усовершенствования законов, а за счет подзаконного нормотворчества. В случаях же, когда правотворческие ошибки приводят к тому, что принятый закон противоречит основным принципам права, возрастает значимость органов конституционной (уставной) юстиции, обладающих правом квалификации законодательных актов на предмет их соответствия Конституции РФ (конституциям и уставам субъектов Федерации) и принятия

сознании утвердилось понимание того, что «деньги и имущество по-честному на всех разделить невозможно». Допущенная ошибка предопределила последствия процесса приватизации: обнищание большинства и обогащение меньшинства. При этом в результате приватизации наиболее пострадали те, о ком государство, по идее, должно было проявлять наибольшую заботу: пенсионеры, инвалиды, работники бюджетной сферы.

³⁴ Одним из важных принципов нормотворчества, осуществляемого на уровне субъектов Российской Федерации, является принцип соотносимости федеральных и региональных законов. В соответствии с данным принципом, региональные законы не должны противоречить федеральным, но и не должны их копировать. Однако сравнительный анализ равноуровневых законов, принимаемых по аналогичным предметам ведения, показывает, что зачастую региональный законодатель попросту бездумно копирует соответствующие положения федеральных законов.

решения о неконституционности того или иного акта, что, в свою очередь, является основанием для его отмены.

4. Теория ошибок Вячеслава Тихонова

В процессе дальнейшей характеристики правотворческих ошибок целесообразно воспользоваться «несерьезной» «Теорией ошибок» Вячеслава Тихонова. Несмотря на то, что данная теория ориентирована на разработчиков компьютерных программ, отдельные ее положения вполне могут быть экстраполированы в сферу правотворческой деятельности. Перечислим некоторые постулаты этой теории, представляющие для нас наибольший интерес.

Базовый тезис. Ошибки так же неисчерпаемы, как и атом.

Аксиома. В любой программе есть ошибки.

Закон пропорциональности. Чем более программа необходима, тем больше в ней ошибок.

Следствие. Ошибок не содержит лишь совершенно ненужная программа.

Фундаментальный закон теории ошибок. На ошибках учатся.

Следствие 1. Программист, написавший программу, становится ученым.

Следствие 2. Чем больше программист делает ошибок, тем быстрее он делается ученым – при условии работы над совершенными ошибками.

Следствие 3. Крупный ученый-программист никогда не пишет правильные программы.

Закон необходимости ошибок. Программист может обнаружить ошибку только в чужой программе.

Следствие. Ошибке не всё равно, кто ее обнаружит³⁵.

5. Гипотеза нормотворческой ошибки Романа Ромашова как интерпретация теории ошибок Вячеслава Тихонова

Применительно к теории нормотворчества перечисленные в предыдущем разделе положения могут быть изложены в следующей гипотетической интерпретации.

- Ошибка как фактор нормотворческой деятельности представляет собой объективную категорию. Избежать ошибок в процессе нормотворчества нельзя. Любой нормативный акт содержит в себе ошибки.

- Чем более закон/подзаконный акт необходим и чем быстрее он должен быть разработан и принят, тем больше в нем ошибок. Как правило, критерий необходимости связывается с понятиями «здесь» и «сейчас». При этом законодателей торопят с разработкой и принятием соответствующего нормативного правового акта, что приводит к неизбежным ошибкам и погрешностям (та ситуация, в условиях которой разрабатывался альтернативный проект ельцинской Конституции России, принятой на референдуме 12 декабря 1993 г., во многом объясняет большое количество ошибок и противоречий, имеющихся в тексте действующего Основного Закона страны).

- Минимальное число ошибок содержит правовой акт, не имеющий реальной юридической силы (Конституция СССР 1936 г. соответствовала самым высоким требованиям, предъявляемым к документам такого рода. Однако «совершенство» конституционного текста компенсировалась ничтожностью «конституционного духа», что придавало Конституции сугубо декларативный, не подтвержденный сколько-нибудь значимыми юридическими гарантиями и санкциями характер).

³⁵ См.: Тихонов В. Теория ошибок. URL: <http://www.anafor.ru/law/tikhonov.htm>.

«Фундаментальный закон» теории нормотворческой ошибки. Субъекты нормотворческой деятельности совершают ошибки и учатся на этих ошибках.

Примечание. Чужие ошибки обучающим воздействием не обладают.

Следствие первое. Законодатель, разработавший законопроект и принявший закон, становится ученым (в смысле – обладающим определенными знаниями, умениями, навыками, позволяющими выявлять ошибки и делать предложения по их недопущению и устранению).

Следствие второе. Чем больше законодатель делает ошибок, тем быстрее он становится ученым.

Следствие третье. На начальном периоде деятельности новых или существенным образом обновленных составов законодательных органов неизбежно увеличение числа ошибок в разрабатываемых и принимаемых ими законодательных актах.

Мнение. Ошибка, выявленная и исправленная самим субъектом правотворчества в процессе работы над законопроектом либо в ходе его обсуждения, перестает быть ошибкой.

Следствие первое. Ошибки выявляются только конкурирующими субъектами (к примеру, представителями депутатской фракции, выступающей против принятия соответствующего закона).

Следствие второе. Ошибке не всё равно, кто ее обнаружит. В случае если ошибку обнаруживает субъект, принимавший непосредственное участие в правотворчестве либо его коллега по партийно-фракционной деятельности, то велика вероятность, что данная ошибка не получит огласки и войдет в соответствующий нормативно-правовой акт. Естественно, что если ошибку обнаружит представитель конкурирующей парламентской фракции, то ситуация кардинальным образом меняется. При этом, к сожалению, и в том и в другом случаях собственно ошибка как фактор, влияющий на предполагаемую эффективность будущего закона, имеет меньшее значение, нежели корпоративные партийные интересы, отстаиваемые представителями парламентских фракций.

Советы начинающему нормотворцу.

Совет первый. Если вы с первого раза сумели написать проект закона, в котором рецензент не обнаружил ни одной ошибки, сообщите об этом руководителю рабочей группы. Он исправит ошибку, связанную с выбором рецензента.

Совет второй. Не имеет смысла исправлять найденные ошибки в готовом проекте нормативного правового акта (исключение составляют ошибки редакционно-технического характера, а также ошибки, исправление которых не повлияет на содержание других структурных разделов документа), ибо это повлечет за собой появление неизвестного числа ненайденных. Лучше опишите их в сопроводительной документации как особенность данного нормативного правового акта, которую необходимо иметь в виду в процессе его применения.

Заключительный совет. До начала работы над проектом нормативного правового акта следует тщательно продумать наиболее вероятные ошибки и связи между ними и планируемыми результатами правотворчества. Это значительно упростит работу над ошибками в самом проекте и, как следствие, будет способствовать оптимизации правотворческой и правореализационной деятельности.

2.5. Дисбаланс наказания и поощрения в современном российском уголовно-исполнительном законодательстве

1. Дисбаланс права и законодательства в сфере исполнения уголовных наказаний

Рассмотрение дисбаланса в качестве системной характеристики практически любой модели правовых отношений, связанной с нарушением пропорции противопоставляемых и, в теории, взаимно уравнивающих элементов, предполагает восприятие его (дисбаланса) в качестве объективного свойства правовой системы, наличие которого следует учитывать и в плане профилактики и противодействия наиболее возможных вызовов и угроз, и как предпосылку оптимизации сложившегося правопорядка.

Система исполнения наказаний сама по себе вносит дисбаланс в правовую систему. С одной стороны, исполнение наказания воспринимается как средство восстановления нарушенного права и исправления правонарушителя, с другой стороны, ни для кого не секрет, что попадание в места лишения свободы в большей степени способствует не правовому исправлению осужденного, а его моральной и правовой деформации, формированию у него перерожденного правосознания. Еще одним моментом объективного системного дисбаланса, связанного с уголовно-исполнительной системой, является ее влияние на обеспечение пенитенциарной безопасности³⁶. Система исполнения наказаний выполняет одновременно роль инструмента, обеспечивающего безопасность общества от социально-вредных и социально-опасных субъектов за счет осуществления их изоляции, и вместе с тем выступает в качестве агрессивной среды, в которой происходит сплочение лиц с отрицательной социально-правовой направленностью и осуществляется криминальное инфицирование тех, кто впервые оказался в местах лишения свободы. Таким образом, уголовно-исполнительная система выступает и как средство обеспечения пенитенциарной безопасности, и как значимая угроза в этой же области.

Двойственная оценка социального значения уголовно-исполнительной системы в целом не может не отражаться на соотношении права и закона в сфере исполнения наказаний. Следует акцентировать внимание на дисбалансе частного права, выраженного в правах и законных интересах лиц, подвергающихся уголовному наказанию, и публичного права, представленного законодательными актами, определяющими виды и размеры уголовных наказаний, а также устанавливающими режим их осуществления.

Дисбаланс между пенитенциарным правом и уголовно-исполнительным законодательством проявляется в коллизии правовых норм, закрепляющих личные права и свободы людей, волею обстоятельств оказавшихся в местах социальной изоляции, и юридических предписаний, содержащих в себе правовые ограничения и изъятия, связанные с уголовными наказаниями. При этом одной из форм выражения обозначенного нами дисбаланса является соотношение карательных и поощрительных санкций, закрепленных в нормах пенитенциарного права и уголовно-исполнительного законодательства.

³⁶ См.: Энциклопедия пенитенциарного права / под общ. ред. Р. А. Ромашова. Самара: СЮИ ФСИН России, 2013. С. 458–464.

2. Наказание и поощрение: соотносимость и совместимость

Традиционное разделение мотивационных оснований поведенческих поступков на поощрения и наказания, на первый взгляд, придает им взаимно исключающий характер. Однако при более внимательном рассмотрении выясняется, что ситуация далеко не так однозначна, как кажется на первый взгляд. Если воспринимать наказание как сложную социально-юридическую конструкцию, в рамках которой осуществляются изменяющиеся в пространстве, времени, по кругу лиц правовые отношения, то естественно предположить, что субъекты, участвующие в этих отношениях, в свою очередь руководствуются в своей деятельности определенными мотивами, которые ориентированы на всё те же поощрения и наказания. Таким образом, в процессе назначения и реализации наказания субъект в ряде случаев не только может, но и руководствуется стремлением к поощрению.

Для того чтобы выстроить непротиворечивую логику закрепления и применения поощрений в наказаниях, следует прежде всего уяснить социально-правовую природу этих явлений, осуществить характеристику механизмов целеполагания наказаний в уголовном и уголовно-исполнительном праве, показать особенности пенитенциарного права и определить его место в системе современного российского права с последующей характеристикой санкций пенитенциарных норм как альтернативных юридических последствий пенитенциарного поведения, сочетающихся в равной степени, способных оказывать наказательное и поощрительное воздействие.

Поощрение – похвала, награда³⁷.

Наказание – мера воздействия, применяемая к кому-либо за какую-либо вину, проступок, преступление³⁸.

Наказ – приказание, распоряжение³⁹.

Интересная особенность: определение поощрения дается через перечисление синонимов, без обозначения основания (за что следует хвалить и награждать). Применительно к наказанию ситуация противоположна: указывается, за что следует наказывать, но не говорится как. Коренное слово – наказ – указывает на принудительный характер наказания, но опять-таки не раскрывает сути этого понятия.

В юриспруденции поощрение и наказание представляют собой два равнозначных по юридической силе и возможности применения вида юридических последствий, наступающих в отношении субъекта, совершившего предусмотренное и соответствующим образом квалифицированное правом деяние. Соответственно, в качестве поощрения следует рассматривать меры позитивного, а в качестве наказания – негативного характера.

Деяние, повлекшее за собой поощрение либо наказание, может быть выражено как в форме действия, так и бездействия. К примеру, несовершение лицом дисциплинарных проступков рассматривается как достижение и влечет меру поощрительного воздействия в виде премии по итогам года, в свою очередь, неоказание капитаном судна помощи терпящим бедствие (ст. 270 УК РФ) квалифицируется как преступление и предусматривает применение к виновному мер негативной юридической ответственности.

В структуре правовой нормы и поощрения, и наказания выражены в санкциях. В данном случае следует отметить, что «как правило, под санкцией понимаются меры негативного характера, применяемые от имени государства в отношении правонарушителей, вместе с

³⁷ Современный толковый словарь русского языка / гл. ред. С. А. Кузнецов. СПб.:Норинт, 2004.С. 576.

³⁸ Там же. С. 376.

³⁹ Там же.

тем следует выделять и позитивные санкции, предусматривающие наступление благоприятных последствий за общественно полезные деяния»⁴⁰.

Отнесение поощрений и наказаний к правовым санкциям актуализирует проблему их совместимости в плане обеспечения определенного баланса и, соответственно, недопущения дисбаланса. Иными словами, возникает вопрос: можно ли в рамках действующего поощрения осуществлять наказание, и наоборот. Что касается поощрения, то, на наш взгляд, это институт казуального (одномоментного) характера. Конечно, существуют льготы и привилегии, обусловленные примененной к тому или иному субъекту мерой поощрения. К примеру, присвоение лицу звания «Герой России» обуславливает появление у него целого ряда дополнительных прав. Однако, как нам представляется, эти права, являясь производными от поощрения, собственно поощрениями не являются. Лишение лица полученной награды автоматически влечет отмену привилегированного статуса.

Наказание, так же как и поощрение, может носить казуальный характер и сводиться к конкретной юридической процедуре, осуществляемой в рамках простого правоотношения (штраф за безбилетный проезд в общественном транспорте). Вместе с тем в ряде случаев наказание представляет сложную юридическую конструкцию, выраженную в социо-пространственно-временном континууме – процессе наказания. Принудительное вовлечение субъекта юридической ответственности в сферу наказания означает, по сути, начало относительно самостоятельного этапа жизнедеятельности – отбывания наказания. Особенно явственно это проявляется в том случае, если субъект помещается в пенитенциарную среду, определяющую масштаб и порядок пенитенциарной жизнедеятельности.

Содержание пенитенциарной жизнедеятельности образуют различные общественные отношения, развивающиеся в рамках двух антагонистических и вместе с тем тесно взаимосвязанных культурных контекстов: социально-правового и криминального.

Специфика пенитенциарной жизнедеятельности определяется следующими факторами:

- социальной изоляцией субъектов пенитенциарных отношений и принудительным характером вовлечения в них лиц, обвиняемых в совершении преступлений и осужденных судом;
- жесткой иерархией и односторонностью властного воздействия администрации учреждений УИС на осужденных;
- потенциальной конфликтностью пенитенциарных отношений;
- наличием и конкуренцией двух фактических управленческих систем: официальной, осуществляемой администрацией, и неофициальной, осуществляемой криминальными авторитетами;
- дифференциацией сотрудников и осужденных по тендерному признаку;
- существенными ограничениями в области социально-правового положения осужденных.

Пенитенциарная жизнедеятельность может носить как временный (срочный), определяемый размером уголовного наказания либо сроком службы в УИС, так и бессрочный, в случае пожизненного лишения свободы, характер⁴¹.

Основной целевой установкой, задающей направленность пенитенциарной жизнедеятельности, является наказание. Таким образом, пенитенциарная жизнедеятельность – это человеческая жизнь в рамках системы и процесса исполнения наказания. Сам факт пребывания в пенитенциарной среде означает определенный этап человеческой жизнедеятельности. Как и на любом другом жизненном этапе, находясь в местах социальной изоляции, человек ведет

⁴⁰ Теория государства и права: учебник: в 3 т. / под ред. Р. А. Ромашова, В. П. Сальникова. 2-е изд., доп., перераб. СПб.: Фонд «Университет», 2009. Т. 2. С. 79.

⁴¹ См.: Энциклопедия пенитенциарного права / под общ. ред. Р. А. Ромашова. Самара: СЮИ ФСИН России, 2013. С. 22–23.

себя по-разному и совершает предусмотренные правовыми нормами поступки, влекущие применение к нему как поощрительных, так и наказательных санкций. Иными словами, жизнь «за решеткой» не является вырванной из общего жизненного контекста и предполагает, по сути, те же, что и «на свободе», субъективные ощущения и эмоциональные переживания. Человеку в любой социальной обстановке, в том числе и в процессе отбывания наказания, свойственно совершать как позитивные, так и негативные поступки и, соответственно, претерпевать обусловленные этими поступками последствия.

3. Поощрение как результат и мотив правомерного поведения осужденного

В соответствии с Концепцией развития УИС РФ до 2020 г., в ходе пенитенциарной реформы предполагается обеспечить «дифференциацию содержания осужденных в зависимости от характера и степени общественной опасности совершенных ими преступлений, поведения во время отбывания наказания, криминального опыта (раздельное содержание впервые осужденных к лишению свободы и ранее отбывавших наказание в виде лишения свободы, расширение оснований направления в колонию-поселение, с одной стороны, и перевода на тюремный режим, с другой стороны). Система, в рамках которой в зависимости от поведения осужденного происходит смягчение либо ужесточение условий исполнения наказания, а также изменение вида исправительного учреждения, получила название «социального лифта». Осужденный своими поступками сигнализирует администрации учреждения и другим вовлеченным в пенитенциарные отношения лицам о том, в каком направлении будет двигаться везущий его «лифт». Одной из задач, решаемых в ходе пенитенциарной реформы, является создание справедливой и контролируемой системы мотиваций осужденных к законопослушному поведению, влекущему смягчение режима содержания в исправительном учреждении, условно-досрочное освобождение или замену неотбытой части наказания более мягким видом наказания.

Таким образом, меры поощрительного воздействия выступают и как мотиваторы, и как результативные последствия совершения осужденным поступков, свидетельствующих о его стремлении встать на путь исправления.

4. Виды поощрительных санкций в пенитенциарном праве и порядок их применения

Законодательное закрепление и практическое осуществление мер поощрительного характера к лицам, осужденным за совершение преступлений, базируются на признании конституционной ценности прав и свобод человека и гражданина. В статье 10 УИК говорится, что «Российская Федерация уважает и охраняет права, свободы и законные интересы осужденных, обеспечивает законность применения средств их исправления, их правовую защиту и личную безопасность при исполнении наказаний».

Применение поощрений к осужденным имеет определенную специфику, отличающую данный вид правового воздействия от аналогичных действий, осуществляемых в отношении законопослушных граждан. Попадание в пенитенциарную среду связано с совершением лицом преступления и вынесением обвинительного приговора суда, в котором определяются вид и мера уголовно-правового наказания. Как уже отмечалось, в настоящее время наблюдается расхождение в понимании целей института наказания, определяемых в действующем УК, и целей реформирования УИС, закрепленных в Концепции развития УИС РФ до 2020 г. На наш взгляд, следует выделять две основные цели, которые определяют направленность действия УИС и функциональность института наказания.

Наказания и меры пресечения, связанные с социальной изоляцией, имеют своей основной целью обеспечение безопасности общества от лиц, признанных социально опасными. Помещение лица в учреждение УИС гарантирует несовершение им преступлений в отношении законопослушных граждан в течение срока наказания. При этом правоприменитель исходит из гипотезы сформировавшейся предрасположенности указанной группы лиц к совершению новых преступлений. Соответственно, в процессе отбывания ими наказаний основное внимание уделяется обеспечению соблюдения режимных и охранных мероприятий, направленных на профилактику и пресечение пенитенциарного рецидива⁴².

Наказания и мероприятия правообеспечительного характера, альтернативные лишению свободы, применяются в отношении субъектов, совершивших преступления небольшой социальной опасности, не представляющих угрозы для нормального общества⁴³. В отношении указанной группы лиц основной целью наказания является исправительное и праввосстановительное воздействие, предполагаемым результатом которого должно стать возвращение человека к нормальной общественной жизни.

Анализ особенностей закрепления и порядка применения поощрительных норм, содержащихся в УИК РФ, позволяет выделить две нормативные общности: поощрительные нормы, применяемые к осужденным, в отношении которых исполняются наказания, не связанные с изоляцией от общества; поощрительные нормы, применяемые к осужденным, в отношении которых исполняются наказания, связанные с изоляцией от общества⁴⁴.

К наказаниям, не связанным с изоляцией осужденного от общества, относятся: штраф, лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, обязательные работы, исправительные работы, принудительные работы, ограничение свободы. Как уже отмечалось ранее, наказания могут быть казуальными и длящимися. К казуальным наказаниям относится штраф. Все остальные меры уголовно-правовой ответственности являются длящимися во времени и теоретически допускают применение к осужденному мер поощрительного характера. Однако на практике складывается иная ситуация. Применительно к наказаниям в виде обязательных работ и лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью поощрительные санкции не предусмотрены вообще. Статья 45 УИК, регламентировавшая меры поощрения к осужденным к исправительным работам, утратила силу⁴⁵. Таким образом, из шести видов наказаний, не связанных с социальной изоляцией, поощрительные санкции предусмотрены только в трех. Наиболее детально вопрос, касающийся поощрения осужденных, решен в рамках наказания в виде ограничения свободы⁴⁶.

Виды и порядок применения поощрительных санкций к осужденным к наказанию в виде ограничения свободы закреплены в ст. 57, 59 УИК РФ.

Статья 57 устанавливает, что «за хорошее поведение и добросовестное отношение к труду и (или) учебе уголовно-исполнительная инспекция может применять к осужденным сле-

⁴² См.: Ромашов Р. А. Шанс избежать рецидива // Преступление и наказание. 2012. № 4. С. 32–34.

⁴³ Кроме того, Уголовный кодекс предусматривает возможность применения к виновным таких альтернативных наказанию мер уголовной ответственности, как условное осуждение (ст. 73, 74 УК РФ), отсрочка отбывания наказания (ст. 82 УК РФ), а также освобождение от уголовной ответственности в связи с деятельным раскаянием (ст. 75 УК РФ), в связи с примирением с потерпевшим (ст. 76 УК РФ), в связи с истечением срока давности (ст. 78 УК РФ) (см.: Уткин В. А. Альтернативные санкции в России: состояние, проблемы и перспективы. М.: Penal Reform International, 2013. С. 4–5).

⁴⁴ В данную группу я включаю такие виды наказаний, как арест, лишение свободы, содержание в дисциплинарной воинской части.

⁴⁵ См.: Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. № 161-ФЗ.

⁴⁶ Интересная особенность: статистика свидетельствует о том, что наиболее распространенным альтернативным наказанием является отнюдь не ограничение свободы. К нему в 2010 г. было приговорено 0,9 % всех осужденных, в 2011 – 1,5 %, а в 2012 – 3,5 %. Главным резервом сокращения реального лишения свободы помимо условного осуждения постепенно становятся обязательные работы (5,6 % – в 2008 г., 10–11 % – в 2011–2012 гг.) (см.: Уткин В. А. Указ. соч. С. 9–10).

дующие меры поощрения: а) благодарность; б) досрочное снятие ранее наложенного взыскания; в) разрешение на проведение за пределами территории соответствующего муниципального образования выходных и праздничных дней; г) разрешение на проведение отпуска с выездом за пределы соответствующего муниципального образования». В статье 59 УИК говорится о том, что «правом применения предусмотренных... мер поощрения... пользуется в полном объеме начальник уголовно-исполнительной инспекции или замещающее его лицо. Решение о применении к осужденным к наказанию в виде ограничения свободы мер поощрения выносится в письменной форме».

Поощрительные санкции, применяемые к осужденным к наказаниям, связанным с социальной изоляцией, изложены в ст. 71, 113, 167 УИК РФ. Анализ содержания названных статей позволяет говорить о неравномерном распределении видов поощрений применительно к соответствующим видам наказаний. Наименьшее число поощрений предусмотрено для наказания в виде ареста. Статья 71 устанавливает, что «за хорошее поведение к осужденным к аресту могут применяться меры поощрения в виде благодарности, досрочного снятия ранее наложенного взыскания или разрешения на телефонный разговор». При этом порядок применения мер поощрения к осужденным регулируется отсылочной нормой, закрепляющей порядок, аналогичный применению мер поощрения к осужденным к лишению свободы⁴⁷.

Наибольшее число поощрений предусмотрено в отношении осужденных к лишению свободы. Статья 113 гласит: «1. За хорошее поведение, добросовестное отношение к труду, обучению, активное участие в воспитательных мероприятиях к осужденным к лишению свободы могут применяться следующие меры поощрения: благодарность; награждение подарком; денежная премия; разрешение на получение дополнительной посылки или передачи; предоставление дополнительного краткосрочного или длительного свидания; разрешения дополнительно тратить деньги в размере до пятисот рублей на покупку продуктов питания и предметов первой необходимости; увеличение времени прогулки осужденным, содержащимся в строгих условиях отбывания наказания в исправительных колониях и тюрьмах, до двух часов в день на срок до одного месяца; досрочное снятие ранее наложенного взыскания. 2. К осужденным, отбывающим наказание в колониях-поселениях, может применяться мера поощрения в виде разрешения на проведение за пределами колонии-поселения выходных и праздничных дней. 3. В целях дальнейшего исправления положительно характеризующийся осужденный может быть представлен к замене неотбытой части наказания более мягким видом наказания после фактического отбытия указанной в законе части срока наказания».

Несмотря на то, что наказание в виде содержания в дисциплинарной воинской части фактически приравнивается к лишению свободы⁴⁸, меры поощрения, применяемые к осужденным к данному виду наказаний, существенно отличаются от поощрительных санкций, предусмотренных для отбывающих наказание в виде лишения свободы. В частности, в отношении осужденных военнослужащих законом не предусмотрены такие санкции, как: разрешение на получение дополнительной посылки или передачи; разрешение дополнительно расходовать деньги на покупку продуктов питания и предметов первой необходимости. Полагаем, что в данном случае имеет место дискриминационный подход, тем более недопустимый, поскольку наказание в виде содержания в дисциплинарной воинской части считается менее жестким, чем лишение свободы. Также следует обратить внимание на имеющиеся разночтения по вопросу

⁴⁷ Такая ситуация может быть объяснена тем, что наказание в виде ареста представляет наглядный пример «ничтожной» юридической нормы. Вплоть до настоящего времени не введены в действие нормы Уголовного и Уголовно-исполнительного кодексов о наказании в виде ареста. Последний должен отбываться в специальных учреждениях – арестных домах. Ввиду больших финансово-экономических затрат они так и не были построены и едва ли будут созданы в обозримом будущем (см. Уткин В. А. Указ. соч. С. 5).

⁴⁸ Пункт 2 ст. 55 УК РФ гласит: «При содержании в дисциплинарной воинской части вместо лишения свободы срок содержания в дисциплинарной воинской части определяется из расчета один день лишения свободы за один день содержания в дисциплинарной воинской части».

о порядке применения мер поощрения. Данный порядок изложен в ст. 114, 119, 169 УИК РФ. При анализе ст. 114, 119 выясняется, что законодатель решил разграничить порядок применения поощрений и перечень лиц, наделенных соответствующими правомочиями. В качестве таких субъектов определены начальник ИУ (лицо, его заменяющее) и начальник отряда. При этом не уточняется, в каких случаях поощрение может применять начальник отряда, а в каких – начальник учреждения, также непонятно, может ли начальник отряда ходатайствовать перед вышестоящим руководством о поощрении осужденных либо это является прерогативой соответствующего руководителя⁴⁹. Что касается ст. 169, то здесь ситуация еще более неоднозначная. Отмечается, что «права командира дисциплинарных воинских частей по применению мер поощрения... порядок применения и учета указанных мер определяются федеральным органом исполнительной власти, осуществляющим функции по выработке и реализации государственной политики, нормативно-правовому регулированию в области обороны, в соответствии с требованиями воинских уставов». Получается, что правомочия командира дисциплинарной воинской части в сфере применения поощрений регламентируются не нормами федерального закона – УИК, а локальными нормативными правовыми актами Министерства обороны⁵⁰. При этом отсылка к воинским уставам мало что дает, поскольку дисциплинарный устав регламентирует исключительно меры поощрений и взысканий в области дисциплинарной практики и не касается вопросов, связанных с исполнением уголовно-правовых наказаний.

Проведенный анализ дисбаланса наказания и поощрения в современном российском пенитенциарном праве и уголовно-исполнительном законодательстве позволяет сделать несколько обобщающих выводов:

- Пенитенциарное право представляет собой инструмент урегулирования общественных отношений, в комплексе составляющих пенитенциарную жизнедеятельность, осуществляемую в рамках пенитенциарной среды. Уголовно-исполнительное законодательство представляет собой один из формальных источников пенитенциарного права, в рамках которого объединяются нормативные правовые акты, регламентирующие порядок организации и функционирования учреждений УИС, а также устанавливается режим исполнения и отбывания уголовно-правовых наказаний. Соотносясь друг с другом как целое и часть, пенитенциарное право и уголовно-исполнительное законодательство находятся в состоянии объективного дисбаланса, обусловленного функциональной асимметричностью УИС, выступающей одновременно и как средство обеспечения, и как угроза пенитенциарной безопасности.

- Предпосылкой возникновения дисбаланса наказания и поощрения в условиях пенитенциарной среды является включенность в нее разнонаправленных социально-культурных общностей: сотрудников УИС, являющихся носителями правовой культуры, и осужденных, руководствующихся в своем поведении криминальной культурой. Не имея возможности ни уничтожить, ни кардинальным образом изменить правовую ментальность противостоящей общности, ее представители, тем не менее, пытаются оказывать управленческое воздействие на поведение участвующих в пенитенциарных отношениях субъектов. Такое воздействие со стороны администрации учреждений и органов УИС сводится к применению санкций наказательного и поощрительного характера.

- С учетом дифференциации всех наказаний на две группы – связанных с социальной изоляцией и не связанных с социальной изоляцией – цели наказания могут быть сведены к профилактике и пресечению пенитенциарного рецидива и ресоциализации. Соответственно

⁴⁹ Применительно к поощрительным санкциям в отношении осужденных к наказаниям без социальной изоляции УИК устанавливает порядок, предусматривающий письменную форму фиксации поощрения, а также определяет субъекта правоприменения в данной области – начальника УИИ или лицо, его заменяющее. Полагаю, что такой порядок следовало бы установить и по отношению к поощрительным санкциям, используемым в отношении осужденных к лишению свободы.

⁵⁰ Речь идет о приказе Министра обороны РФ от 29 июля 1997 г. № 302 «О правилах отбывания уголовных наказаний осужденными военнослужащими» // СПС «ГАРАНТ». URL: <http://base.garant.ru/1351060/#ixzz3AAdbSDTM>.

целям выстраивается система поощрений, являющихся как мотиваторами, так и результативными последствиями правомерного поведения осужденных. Применительно к категории осужденных к наказаниям, связанным с социальной изоляцией, первичным условием поощрения является ненарушение лицом установленных запретов и нес совершение предусмотренных нормативными правовыми актами проступков и преступлений. В отношении лиц, осужденных к наказаниям, не связанным с социальной изоляцией, поощрения применяются в случаях совершения ими поступков, свидетельствующих о реальном стремлении лица встать на путь деятельного раскаяния и исправления.

- В настоящее время в действующем законодательстве существует ряд содержательных погрешностей, затрудняющих эффективную реализацию карательных и поощрительных санкций в отношении осужденных и, как следствие, снижающих эффективность механизма пенитенциарно-правового регулирования. В связи с этим представляется необходимым проведение работы, направленной на унификацию видов и порядка применения карательных и поощрительных санкций с тем, чтобы на практике обеспечить реализацию ключевого принципа права – равенства всех перед законом.

2.6. Дисбаланс городского и государственного права (на примере средневековой Руси)

*История – наука о том, чего уже нет и не будет.
Поль Валери*

1. Методология и хронология исторического исследования

Прежде чем говорить о форме, структуре и правовой системе русского средневекового государства, следует определиться с методологией и хронологией исследования. Вплоть до настоящего времени в отечественной историографии берется за основу метод линейной истории, в соответствии с которым человечество вообще и Россия в частности развиваются в соответствии с вектором «начало времени – бесконечность». При этом общественное развитие носит прогрессивный характер (от примитивных форм – к совершенным) и представляется в виде определенных соответствующими хронологическими периодами этапов, в совокупности составляющих историю единого социально-культурного явления (мира, Европы, России). Такой подход является следствием механистического соединения двух концепций истории: европейской и формационной.

Европейская история предполагает выделение четырех этапов: древности (античности), средневековья, новой и новейшей истории.

Формационная история также оперирует четырьмя этапами: рабовладельческим, феодальным, буржуазным, социалистическим.

Наложение этих этапов друг на друга позволяет говорить о древнем мире как о рабовладельческом, средневековом феодализме, буржуазном новом времени и, в конце концов, о новейшей социалистической истории, являющейся завершающей стадией политической макроформации, предшествующей наступлению «рая на земле» – бесклассового и безгосударственного коммунистического общества.

Европейская хронология начинается с истории Рима, называемого в учебниках «древним» и знаменующего собой начальный (древний) этап государственно-правовой истории⁵¹. Разрушение Западного Рима варварами и создание на постимперском пространстве самостоятельных королевств знаменуют Средневековье, продолжающееся вплоть до начала эпохи Возрождения, связанного с возвратом к постулатам и ценностям античной (прежде всего древнегреческой культуры) и выведением государства и общества из-под «гнета святой инквизиции». Укрепление государственной власти и ее отделение от католической церкви происходят в новое время, которое продолжается до эпохи Великих буржуазных революций. Естественно, что приведенная мной хронологическая последовательность носит крайне упрощенный характер и намеренно не привязывается ни к датам, ни к конкретным государственно-правовым образованиям. Задача, которую я перед собой ставлю, – показать условность воспринимаемой априори схемы европейского развития, что, в свою очередь, делает условной ее экстраполяцию на российскую почву.

Россия не является Европой, а значит, и европейским государством. Исходя из этой посылки, не следует говорить ни о прогрессе, ни о регрессе российской государственности

⁵¹ На мой взгляд, применительно к общему историческому контексту не имеет смысла говорить о включенности в него других древних народов, цивилизации которых не получили дальнейшего государственно-правового развития, либо развивавшихся по моделям, отличающимся от рассматриваемых нами. Речь идет о Древнем Египте, Месопотамии, Китае, Индии, Майя и т. п.

по сравнению с европейской. Сравнивать можно только подобное с подобным. Искусственное притягивание к какой бы то ни было модели идеологических конструкций, не опирающихся на артефакты, имеет смысл только в политико-мифологическом, но не в реалистическом отношении.

Современная история, на мой взгляд, представляет собой попытку увязать объективно не складывающиеся в единую картину мира элементы: национальную, региональную и мировую (общечеловеческую) истории. Историю, равно как и другие области человеческого знания, создают, анализируют, сохраняют и передают конкретные люди, обладающие субъективным видением событий и вольно либо невольно подчиняющиеся заказу «работодателя». Любой историк в силу своей национальной принадлежности видит историю глазами носителя своей национальной культуры и в таком качестве изначально не может быть объективным.

В качестве альтернативы метода линейной истории может быть избран метод цикличности, в соответствии с которым любое государство развивается по замкнутому циклу, в котором точка начала и точка завершения исторического отсчета совпадают. «Всё когда-то появляется из ниоткуда и исчезает в ничто». Циклическая история не означает конца общей истории, хотя не исключает такой возможности, связанной с потенциально возможной гибелью человечества как социобиологического вида. Вместе с тем применительно к конкретным государствам циклический метод означает, что любое государство, так же как и любой человек, минует в своем развитии последовательно сменяющие друг друга этапы «восходящей» и «нисходящей» истории. Как в жизни любого человека есть рождение, взросление, средний (взрослый) возраст, старение и смерть, так же и в истории конкретных государств можно выделять этапы возникновения и становления; периоды социально-культурного и экономического роста; периоды стагнации (застоя); кризисы, завершающиеся разрушением государственного механизма и самого государства.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.