

УДК 343(019)

ИСТОРИЦИЗМ КАК ТРАДИЦИЯ УГОЛОВНОГО ПРАВА

С.А. Бочкарев

Институт государства и права РАН, Москва

В статье рассмотрена история и занимаемое ею место в догме уголовного права. Исследованием установлено, что в восприятии криминалистами исторического знания как традиционного и во многом безальтернативного источника доктрины уголовного права кроется значительное число погрешностей, искажающих существо этого права и его институтов.

Ключевые слова: уголовное право, история, историзм, традиция, преступление, догма, доктрина, онтология, философия

Постановка заявленной темы и ее обсуждение предполагает обращение к тем решениям, которые из-за очевидности, удобства и давности либо никто не помнит, либо уже не вспоминает, считает их разумеющимися. Но проблема не только в нашей беспечности. Дело еще в природе самих традиций, которые, как правило, не осознаются как нечто преходящее, имеющее начало и конец во времени. Во многом по отмеченным причинам кажется излишним задаваться вопросами, которые составляют малозаметную основу всякого уголовно-правового рассуждения или элементарного соображения.

В уголовно-правовом обиходе уверенно пребывает известный и уже апробированный понятийный аппарат. Речь идет об уголовных деяниях и наказаниях, нормах и институтах, субъектах и объектах посягательств, охраняемых отношениях, ответственности. Представления о каждой из отмеченных категорий носят в целом устоявшийся в теории и быту характер. Обоснование их смыслового значения и сообразования между собой поначалу происходило на базе естественной или позитивной школ права. Затем выделили классическую школу права, возникновение которой символически приурочили к изданию книги Ч. Бекария «О преступлениях и наказаниях». Классическая школа, как полагают специалисты, соединила в себе ключевые положения антропологического, социологического, психологического и других направлений в праве и выработала на их основе фундаментальные для уголовного права положения.

Внушительный объем знаний отмеченных школ в целом достаточен для буквального прочтения заявленной темы, постановки прямо вытекающего из нее основного вопроса: «Что в уголовном праве традиционного?» и дачи на него вполне определенного ответа о том, что традиционного в уголовном праве достаточно для построения на его основе

теоретически выверенного и исторически наполненного содержанием уголовно-правового сооружения.

Интерес теме способна придать ее постановка в свете еще более незыблемого чем то, что представляет собой традиция. Речь идет об инициировании вопроса о существовании уголовного права, который имеет свою особенную силу. Его потенция заключена в способности всех и всё ставить на «круги своя», возвращать отклонившихся с курса к исходному положению вещей как вовне, так и внутри уголовного права, о котором в теории и на практике известно не многое. Рассмотрение проблемы отношения уголовного права к сущему в целом и к человеческому бытию в частности обеспечивает возможность с онтологических позиций установить наличие сформировавшихся в нем традиций, при необходимости дистанцироваться от них и рассмотреть их изнутри. Сверхдогматичное обозрение этого права способно диагностировать и разомкнуть тот логический круг, который обнаруженные традиции различными способами сложили вокруг себя, ограничив тем самым всякого исследователя этого права вытекающими только из него средствами и приемами познания.

Помимо разрешения ряд гносеологических дилемм, бытийное постижение уголовно-правовых привычек способно ответить на вопросы и более практического плана. Сохранили ли известные традиции свою функциональность как передаточные звенья, обеспечивающие преемственность поколений, либо они уже изжили себя и сегодня представляют собой рефлекторные механизмы, используемые в быту по причине их удобства и суеверного страха пользователей этих привычек, озабоченных тем, чтобы все шло привычным порядком? Не находятся ли субъекты уголовного права, выражаясь словами Ф. Ницше, в плену мнимой высшей полезности тяжелых, суровых и обременительных обычаев? Понимают ли они, как писал мыслитель, «что та же степень благополучия может существовать и при других нравах и что даже достижимы большие степени его»¹.

Примерный набор признаков традиционности в отраслевой литературе не зафиксирован. С уверенностью можно сказать, что он еще не сформулирован и обстоятельно не обоснован. Черты традиционности уголовного права определяются во многом на интуитивном уровне и с опорой на общую теорию права. Настоящее исследование не исключение. Оно не претендует на исчерпывающее описание традиций уголовного права. Работа преследует цель на ряде частных примеров проде-

¹ Ницше Ф. По ту сторону добра и зла: Сочинения. – М.: Эксмо; Харьков: Фолио, 2008. С. 76.

монстрировать полезность познания и критического осмысления сложившихся в уголовном праве обычаев.

С устоявшихся в современной теории взглядов ощущается, что уголовное право прежде всего само традиционно. К числу основных доказательств традиционности уголовного права специалисты без затруднения отнесут то, что оно имеет своим источником обычай, а прототипом – институт кровной мести. Они также укажут на то, что несмотря на смену времен и обществ, а также неодинаковую эффективность функционирования на разных исторических стадиях, уголовное право уже продолжительное время действует в социуме. Ни на одном этапе развития общества и его институтов не возникало категорических возражений против работы уголовного права, что необходимо отнести к основному достижению представителей этого права. Размышления об отмене уголовного права, развернувшийся на страницах преимущественно немецкой литературы, носят прогностический и теоретический характер.

Уверенность в имеющихся знаниях о происхождении и назначении уголовного права не побуждает задаваться вопросами о том, чем это право было и было ли оно вообще? Есть ли оно само по себе и на самом деле? Ответы видятся очевидными, а постановка названных вопросов кажется излишней и в некоторой степени надуманной. Виной всему историческое знание, а точнее искаженное значение, которое ему придают криминалисты. Историческим принципам они доверили формирование почти всей доктрины уголовного права. Исчерпывающими и во многом показательными на сей счет представляются результаты исследований Г.С. Фельдштейна.

Со знанием дела историк писал, что «попытки научного конструирования догмы русского уголовного права начинаются у нас приблизительно в половине XVIII в. В этой сфере выделяется три течения. Одно из них подходит к разрешению намеченной задачи путем историческим, отбрасывая из общей массы существующих определений те, которые пережиты в прошлом и утратили свое реальное значение. Другое течение в догматической обработке права избирать путь историко-сравнительный. Стремясь к систематическому построению действующего права, оно объясняет постановления русского уголовного права, разрозненные по своим основаниям и формам, в связи с определенными историческими условиями, порождающими эти особенности»².

² Фельдштейн Г.С. Главные течения в истории науки уголовного права в России. Ярославль. 1909. С. 288.

Третье течение, как и два предшествующих, имеет условное обобщение. По своему существу оно тесно связано с предыдущими направлениями. Это течение, как пишет Г.С. Фельдштейн, «унаследовано от долгого периода обработки права путем приказной рутины. Оно не старается отыскивать общія теоретическія положенія для систематизаціи и построенія дѣйствующаго уголовного права и довольствуется такой обработкой, которая ищетъ опорныхъ пунктовъ во внѣшнихъ особенностяхъ дѣйствующаго права»³.

Многое из сказанного про основания и источники догмы отечественного уголовного права можно сказать, в частности, и про уголовное право Германской Империи. По свидетельству немецкого правоведа Ф. Листа догма уголовного права отмеченной страны разрабатывалась на почве истории развития наказания в правах различных народов. Преимущественное влияние на данный процесс оказывало сравнительно-правовое изучение. С его помощью теоретики пополняли имеющиеся знания о преступлении и наказании, освещали пробелы и неясности в истории права отдельного народа. Сравнительно-правовое изучение имело для теории германского уголовного права первостепенное значение. Оно, по признанию юриста, указывало путь, по которому всегда и везде совершалось наказание; давало возможность определить направление, в котором может совершиться жизнеспособное преобразование уголовного законодательства; выступало руководителем для сознательной и осторожной уголовной политики, опирающейся на исторически сложившееся и данное⁴.

Иными словами, история в глазах правоведов предстала самостоятельной силой, способной говорить сама за себя и за уголовное право, а также брать на себя ответственность и почти все из сферы этого права называть своими именами. Сомнений в состоятельности ретроспективного знания у большинства юристов не возникает. Исторические свидетельства в системе их взглядов приобрели силу повседневных доказательств и превзошли ценность проверенных веками истин, а самое главное – завоевали почти безусловное для доктрины уголовного права значение.

Историки, как кажется криминалистам, достаточно убедительны. Они проверили корни русского уголовного права. Начали с зарождения славянских племен, в которых преступление являлось частным делом и влекло за собою месть обиженного. Продолжили исследованием союзов первичных обществ и их сосредоточением вокруг решателя (князя) общественных распрей. Затем определились с византийскими и римскими

³ Там же. С. 288.

⁴ Лист Ф. Учебник уголовного права. Общая часть. М., 1903. С. 4.

прививками права. Далее уголовное право было отдано на откуп внушительному числу памятников.

В силу высокой степени уверенности специалистов в благонадежности исторического знания считается, что догма уголовного права нашла себя в нем и уже в достаточной мере определилась с кругом архетипов, которые она считает со своими источниками. Кажется, что появление новых источников не способно существенным образом повлиять на сформировавшуюся доктрину уголовного права. Имеется убежденность в том, что в концепции этого права не многое подвержено изменению.

Между тем в истории не все так однозначно как это уже продолжительное время видится юристам. Во-первых, в истории не все подчинено артефакту и его временному значению. Не ими исчерпывается истории. Свой смысл и предназначение, судя по словам Ф. Броделя⁵, она ищет всю собственную историю и пытается найти его в каждой приходящей эпохе. Однако в итоге свое седалище история находит в метаисторических предпосылках, т. е. в том, что по существу не является историческим. История, поскольку она состоит на службе у жизни, подчинена неисторической власти, писал Ф. Ницше в своей работе «О пользе и вреде истории для жизни»⁶.

Во-вторых, опыт синергетического исследования права ставит под сомнение безальтернативность исторического как его источника. Синергетическая практика изобилует примерами того, как неисторическое превалирует над историческим. Она доказывает то, что далеко не всегда уголовное право подчинено обычаю и имеет своим источником сложившиеся традиции. Многие в его устройстве подвластно спонтанным процессам и несет на себе печать хаоса. В обществах трансформационных периодов особенно заметно, что на долю неназванного и нетрадиционного приходится значительный объем происшествий, которые в ежедневном режиме попирают установившиеся стереотипы уголовного права. Проявления хаотического задают свой тон в понимании уголовного права и собственную стилистику в его применении. Историческая эволюция в свете синергетической парадигмы утрачивает статус первоисточника права. Но проблема не только в особенности обществ «переходного периода». Дело еще в природе человека. Его способность, как объяснял Ф. Ницше, чувствовать в известных пределах неисториче-

⁵ Ф. Бродель утверждал: «Историю постоянно нужно переписывать, она вечно находится в стадии становления и преодоления самой себя». (Цит. по: Отечественная история: История России с древнейших времен до 1917 года: Энциклопедия: В 5 т. Т. 2: Д-К. М., 1996. С. 651).

⁶ См.: Ницше Ф. Сочинения в 2-х томах. Т.1. М.: Наука. 1990.

ски является более важной и более первоначальной, поскольку она является фундаментом, на котором только вообще и может быть построено нечто правильное, здоровое и великое, нечто подлинно человеческое.

Ничто из сказанного, конечно, не ставит под сомнение важность высказанных в свое время А.Ф. Кистяковским слов о значимости изучения истории уголовного права, тем более доисторических периодов его существования. В метафизических и синергетических аспектах не отрицается необходимость привычной истории и полезность ее знаний для построения догмы уголовного права. В них уважительно признается, что история, как писал Г. Гегель, должна охватывать то, что есть и было, события и деяния, и она тем ближе к истине, чем более придерживается данному⁷. Таков ее удел. Тот же Ф. Ницше признавал, что «только благодаря тому, что человек может ввести в границы неисторический элемент при помощи мысли, передумывания, сравнения, отделения и соединения, только благодаря тому, что это обволакивающее, ограничивающее туманное облако прорезывается ярким, молниеносным лучом света, - т. е. только благодаря способности использовать прошедшее для жизни и бывшее вновь превращать в историю, человек делается человеком»⁸.

Однако не менее важно и то, что онтология и синергетика не придают отмеченным словам А.Ф. Кистяковского безусловный характер, как это не всегда обоснованно делал сам автор. Юрист безапелляционно утверждал, что только историческое познание может доставить точные данные о генезисе уголовного права и происхождении понятий о преступлении и наказании. В этой связи криминалист с досадой отмечал, что до сих пор остается не решенным путем положительных исследований вопрос: составляют ли наши понятия о преступлении и наказании исконные, прирожденные убеждения человека или же они являются достоянием, приобретенным плодом развития общественной жизни, выражением улучшения человека. С отысканием погруженных в историю доказательств правовед связывал возможность установления истинного значения связанных с уголовным правом явлений, которые, судя по его логике, однажды установились и с тех пор действуют во все времена. Исследование тех отдаленных, покрытых до сих пор непроницаемым туманом, периодов, о которых идет речь, дало-бы возможность, писал А.Ф. Кистяковский, решить вопрос об исконном значении понятий не на основании произвольных умствований, теорий, на веру взя-

⁷ Гегель Г. Феноменология духа. Философия истории. М.: Эксмо, 2007. С. 486.

⁸ См.: Ницше Ф. Сочинения в 2-х томах. Т.1. М.: Наука. 1990.

тых, а на основании точных данных и умозаключений, выведенных из действительно существовавших фактов⁹.

Результаты онтологического осмысления истории и ее базовых оснований не оправдывают озвученных А.Ф. Кистяковским надежд юристов на отыскание в наследии прошедших веков истинного значения категорий уголовно-правового порядка. Привычная история попросту не предназначена для работы с истиной. Она не имеет целью определение смысла в объеме всего исторического процесса. Ее уделом является лишь правда вчерашнего дня. Масштабы вечности, на просторах которой простирается истина, находятся вне досягаемости традиционной истории. Причин тому достаточно.

Один ряд причин замечен криминалистами. Имея в виду изъяны привычно используемой исторической оценки, Н.С. Таганцев в свое время написал о том, что историческая почвенность есть только одно, но не единственное условие жизненного значения закона. Не нужно забывать, призывал юрист, что «исключительно историческая оценка всякого законодательного движения, всякой реформы, легко может сделаться тормозом народного развития»¹⁰. Н.С. Таганцев разделял мнение Росси о том, что «исключительно историческое направление страдает часто двумя погрешностями, весьма естественными у лиц, постоянно направляющих свои помыслы к тому, чтобы понять и разъяснить прошлое. Первая погрешность – это стремление все признавать и все оправдывать, что мы находим в законах прошлого, как будто наши предки никогда не делали ошибок, как будто они никогда не отступали от принципов, выработанных их собственной цивилизацией. Другая погрешность – это стремление сделать последнее состояние законодательства не отправной точкой дальнейшего развития, а совершенным идеалом возможно лучшего в этом мире»¹¹.

Схожий ряд причин виден с философских вершин. С них можно разглядеть многочисленные условности принятого на вооружение исторического знания. Отчетливо просматривается малопригодность этого знания для шаблонного воспроизводства на его почве догмы уголовного права. В частности, заметно, что историки при познании того или иного явления, как правило, останавливаются на первоначальной или рефлексивной историях (по классификации Гегеля). Первоначальная историо-

⁹ Кистяковский А.Ф. Элементарный учебник общего уголовного права с подробным изложением начал русского уголовного законодательства. Часть Общая. Киев. 1891. С. 4.

¹⁰ Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Часть Общая. Т.1. СПб., 1902. С. 20.

¹¹ Цит. по: Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Часть Общая. Т.1. СПб., 1902. С. 20.

графия описывает деяния, события и состояния, проистекающие преимущественно возле самого историка либо с его непосредственным участием. Рефлексивная история отличает себя выбором историка, который во многом согласно своему внутреннему предпочтению (вкусу) определяет для познания объект прошлого, принципы его рассмотрения и способы интерпретации¹². Дальше этих историй специалисты предпочитают не продвигаться. Считают исчерпывающими и достаточными для своей повседневной практики знания об истории как идиографической науке, которая, как писал Г. Риккерт, ориентирована на фиксирование уникального и игнорирование законов развития мира в целом¹³.

Взгляды подавляющего большинства криминалистов подчинены ограничениям отмеченных историй. На их существование в свое время обратил Ф. Лист. По его наблюдениям история уголовного права традиционно рассматривается лишь постольку, поскольку это необходимо для понимания действующего права, как исторически образовавшегося и постоянно продолжающегося развиваться. Специалисты, по свидетельству Ф. Листа, никогда не брались за общее изложение истории уголовного права, которого до сих пор не появилось на свет¹⁴. История оценивается ими преимущественно в формате исторического аспекта, который извлекается из прошлого и используется в целях разрешения конкретных коллизий.

Историки и следующие за ними юристы оставляют без внимания иные ступени исторического, которые, несмотря на свою непривлекательность из-за недоступности для обыденного понимания и трудной приспособляемости к различного рода догмам, существуют и действуют, а самое главное – многое в этой жизни объясняют.

Речь идет о всемирной или философской истории, как ее назвал Г. Гегель. Говоря словами Р. Флинта, необходимо сразу же обратить внимание на то, что «философия истории – это не что-то отдельное от истории и ее фактов, но что-то содержащееся в них»¹⁵. Философия истории направлена на поиск более крупных, возвышающихся над поверхностью причин, чем просто отдельных желаний, якобы определяющих ход событий. Предметом философско-исторического интереса, по утверждению Р. Флинта, являются мысли и силы, которые опреде-

¹² Рефлексивная история богато представлена источниками в уголовном праве. Им служит почти каждый учебник, в котором автором обосновывается собственный подход к описанию прошлого. По сути он выражает свое отношение к содержанию и целям описываемых им действий и событий (См.: Гегель Г. Феноменология духа. Философия истории. М., 2007. С. 482).

¹³ См.: Риккерт Г. Философия истории. К., 1998.

¹⁴ Лист Ф. Учебник уголовного права. Общая часть. М., 1903. С. 2.

¹⁵ Flint R. The philosophy of history in France and Germany. Edinburgh, London. 1874. P. 8.

ляют характер и форму мнений и действуют даже на тех, кто осознает и выступает против их влияния; сознательные принципы, которые регулируют преювственность человеческих дел, более полно и определенно диагностируют их конечные причины¹⁶.

Через призму философии истории уголовно-правовое наследие пристально еще не исследовалось. Между тем именно этот вид исторического познания способен обеспечить целостный и осмысленный взгляд на фундаментальные основы уголовного права и его догматические предпосылки. Но для начала опыт бытийного осмысления истории преподносит ряд важных уроков. Одно из главных наставлений заключается в том, что конкретные обстоятельства овеществления уголовного права и его институтов в жизни человека не всегда имеют первичное и смыслообразующее значение, которое им часто в зависимости от уникальности выисканного материала и древности его происхождения присваивают специалисты-позитивисты.

Примером такого подхода служит появление на свет категории «преступления». Ее введение в оборот имело сильнейшее воздействие на весь уголовно-правовой мир, поскольку он наконец-то обрел то явление, которое было сугубо его продуктом и символизировало уже безусловно большую самостоятельность этого мира. Он обрел свою завершенность: и причину – преступление, и закономерное следствие – наказание. С тех пор стало считаться, что «преступление» и «наказание» составляют основные понятия уголовного права и исчерпывают собой чуть ли не все его содержание. Наука этого права сочла возможным для себя ограничиться изучением закономерностей, присущих явлениям преступления и наказания.

С тех же времен из уголовного права были вычеркнуты категории «зла», «греха», «сором», «обиды», «лихого дела», «неправды», «деликта», «проступка», которые предшествовали появлению понятия «преступления» и составляли, как считали специалисты, неотъемлемую и исконную часть понятийного аппарата уголовного права и социального мировоззрения. Они в одночасье утратили для представителей уголовного права прежнюю значимость и перестали ими исследоваться. Для оправдания такого отношения были найдены самые разные причины. Некоторые из отмеченных категорий признаны религиозными пережитками, другие – нравственными анахронизмами, третьи – дефинициями других отраслей права.

Специалисты без оглядки на прежний опыт все свое внимание обратили к преступлению и к познанию его природы как первоисточни-

¹⁶ Flint R. Idib. P. 8.

ку смысла и значений других уголовно-правовых категорий. Однако на деле «преступление» до сих пор не обрело определенности в своем значении. Его сущностные признаки не поддаются фиксации и описанию, вызывают неразрешимый спор теоретиков и практиков. Спустя более полутора века интенсивной работы криминалистов сохраняют актуальность слова С.О. Богородского о том, что понятие преступления в уголовном праве является самым неопределенным¹⁷. Причина этого, как свидетельствуют более глубокие исследования данной категории, заключена в том, что она не обладает смыслообразующим статусом. Преступление как юридическая конструкция лишь собирает в себе необходимые для его применения смыслы иных институтов уголовного права.

Другое наставление предостерегает исследователей от стремления к раскрытию существа уголовно-правовых явлений через осмысление сопутствующих их становлению внешних событий, поскольку этот путь способен сделать из них заложников совершенно случайных частностей из жизни народов. Всюду, как выражался Г. Гегель, толпятся разнообразнейшие элементы, которые стремятся вовлечь нас в свои интересы, и когда одно исчезает, другое тотчас претендует и становится на место исторического интерпретатора¹⁸.

Всемирная история в определенной мере избегает погрешностей умозрительной истории. Происходит это благодаря тому, что парадигма философской истории не подчинена законам эмпирического мира и произволу чьего-либо субъективного взгляда на прошлое. В ее понимании историческое совершается в более высокой – духовной сфере, где многое и главное подчинено разуму как закону, по образу которого развивается все мироустройство. Не случай и не выбор историка, а разум выступает субстанцией, единой и неделимой движущей силой всего исторического процесса, поскольку, как писал И.Г. Гердер, «во всем творит лишь одно начало – человеческий разум»¹⁹. Он из многого создает единое, «из беспорядка – порядок, из многообразия сил и намерений – соразмерное целое»²⁰. Разум универсален и вездесущ, является, по утверждению Г. Гегеля, одним и тем же в великом и в малом²¹. Разум, дополнял Ф. Шлейермахер, проникает собою любую природу²².

С позиции разума, как это ни странно, процессы зарождения и развития уголовного права детально еще не рассматривались. Разум как

¹⁷ Богородский С.О. Очерк истории уголовного законодательства в Европе с начала XVIII-го века. Т. 1. Киев, 1862. С. 13.

¹⁸ Гегель Г. Феноменология духа. Философия истории. М.: Эксмо, 2007. С. 543.

¹⁹ Гердер И.Г. Идеи к философии истории человечества. М.: Наука, 1977. С. 440-441.

²⁰ Гердер И.Г. Указ. соч. С. 440-441.

²¹ Гегель Г. Указ. соч. С. 491

²² См.: Schleiermacher F. Geschichte der Philosophie. Berl., 1839. S. 16.

таковой не выделялся и не оценивался специалистами в качестве объекта или субъекта познания уголовно-правовой реальности. Э.А. Поздняков можно отнести к числу немногих современников, который обратился к разуму и предложил искать в нем причину «печальной» особенности человека склоняться к преступлению. Он писал, что «разум и преступление – две вещи мало того, что совместные, но и совершенно неразделимые и взаимообусловленные»²³.

В исследовательской практике объяснение происходивших с уголовным правом перемен, как правило, обходится без обращения к категории «разума». Их значение черпается из предмета этого же права, имеет смысл только по отношению к нему и лишь в нем имеет свое содержание. Иными словами, уголовное право и вытекающие из его предмета явления исследуются в том отношении, как они существуют в своеобразном отраслевом элементе. Право утрачивает свою повелевающую силу. Оно сужается до области судопроизводства и подчиняется прикладным интересам его наиболее влиятельных участников. В итоге право предстает не более как обособленная и замкнутая в себе сфера жизни, в которой значение и ценность охраняемых благ определяется исходя из целесообразных, а не бытийных нужд человечества.

Тем не менее разум настаивает на изучении и применении права не с его внутриотраслевых установок, а с позиции конечной цели бытия. Такой целью выступают непреходящие ценности человеческого бытия. На их основе исторический процесс оценивается сквозь призму таких категорий как «жизнь», «свобода», «справедливость», «мир» и т.д. Они трансисторичны, поэтому требуют при поиске значения уголовно-правовых явлений не ограничиваться контекстом эпох, в пределах которых были зафиксированы их феномены. Смысл необходимо определять через единство и всеобщность бытия, не только через прошлое, но и через настоящее и будущее этого мира. Нужно обратить внимание на то, что в основании права естественным образом заложен механизм, который, как писал Ш.Д. Кейс, непрерывно работает над сохранением ценности прошлого, его дополнением в настоящем и страхованием от угроз и рисков будущего²⁴.

К числу не многих правоведов, познавших возможность объяснения истории с позиции разума, следует отнести Росси. Пожалуй, он первым из криминалистов с целью познания рациональных законов уголовного права обратился к выводам всеобщего разума и человеческого сознания. Собрав эти выводы и отделив от них внушения эгоизма и требования страстей, юрист заключил, что уголовное право составля-

²³ Поздняков Э.А. *Философия преступления*. М., 2001. С. 186, 189.

²⁴ Case S.J. *The Christian Philosophy of History*. Chicago–Illinois, 1943. P. 8.

ется из вечных и непреложных принципов справедливого и несправедливого. Оно составляется не только из местных, временных истин, существующих в фактах, с которыми они связаны, из истин изменяющихся и исчезающих вместе с этими фактами, и наконец из истин одновременно и всеобщих и местных, вытекающих из природы человека, но изменяющихся обстоятельствами, в которые человек поставлен. Основу права образуют также «истины всѣхъ времянь и всѣхъ мѣсть, которыя независимы отъ внѣшнихъ фактовъ и которыя не могут не существовать»²⁵.

Разум дает понимание того, что артефакты несут в себе лишь ту информацию об уголовном праве и его институтах, которой о них в меру своего развития располагали народы соответствующих эпох. Привычной истории неизвестно истинное значение искомым явлений. Поэтому традиционная история не может рассматриваться в качестве производителя чьих-либо догм, как это кажется некоторым криминалистам. Она служит лишь свидетелем того, что для обществ прошлых времен было известно из уголовно-правового инструментария и достаточно для поддержания своего образа жизни.

В теории уголовного права распространено другое представление об истории. Многими усвоено то, что в прошлом можно отыскать первую истину, которая якобы загрязнена и затемнена порождениями современных заблуждений и искажений. Однако представления о первобытном как о естественном состоянии, в котором будто бы существуют или существовали свобода и право в полном виде, Г. Гегель назвал исторически необоснованными. Он увидел в этих представлениях гипотетические предположения исторического существования, которые составлены при слабом свете рефлексии²⁶.

В действительности же искомая полнота содержится в сознании и в его способности продвигать себя из несовершенного к более совершенному положению, расширять собственные представления о ценностях, преобразовывать цели и правила, содержащиеся в наших мыслях, из потенциального в актуальное, из возможного в действительное состояние. В этом смысле верно рассуждал А. Богдановский. Он понимал суть происходящих в уголовно-правовой сфере трансисторических процессов и правильно относил их к сознанию как своему первоисточнику. Обретение полного знания об уголовном праве криминалист считал уделом осознанного будущего. На собственном опыте исследования идеи преступления юрист убедился в том, что она развивается и определяется постепенно все точнее и точнее в сознании народа и законодате-

²⁵ России. Основные начала уголовного права. СПб., 1871. С. 17.

²⁶ Гегель Г. Указ соч. С. 530.

ля. Идея и знания об этой идеи все более и более приближаются к истинному своему значению вместе с общим развитием народной жизни²⁷.

Таким образом, уголовное право также находится в системе созидательных процессов. Благодаря конечным целям бытия и постоянному стремлению человеческого сознания к их достижению общество сегодня имеет дело с тем, что называется «уголовным правом». За счет склонности человека и его способности к самопознанию он обнаружил в себе наличие уголовно-правовых предпосылок, которые затем вычленил из прошлой, настоящей и будущей действительности, обособил и преобразовал в самостоятельную отрасль права. Тем самым уголовное право обрело свое место в сознании (преобразовалось из потенциально-го в актуальное положение) и вот уже продолжительное время одновременно является и результатом его развития, и определенным инструментом – способом фокусирования (сосредоточения) на охраняемых этим правом ценностях. Такой процесс иначе именуется основным историческим законом, который, как справедливо отмечал А. Ллойд, «осуществляется через развитие личностей, наций и человечества в целом, со всеми вовлеченными в этот процесс случаями отчуждения и восстановления, зла и добра, науки и религии, таланта и гения»²⁸.

При таких представлениях об историческом бытии не возникает потребности с целью отыскания истины задаваться вопросами об обстоятельствах происхождения морали, нравственности и права, а также о том какими они были ранее и были ли они вообще, о чем говорил Гегель. Наступает понимание того, что первым, подлинным и перманентным источником уголовного права является сознание. Прежде всего сознание, а затем уже вещественные памятники поддерживают представления социума об уголовном праве и его запретах в активном состоянии. М.Т. Цицерон на этот счет верно писал о том, что во времена Тарквиния Рим не имел еще писаного закона против изнасилования. Однако это не мешало Сексту Тарквинию, насилующему Лукрецию, нарушить вечный закон. Разве не было достаточно вложено в нас природою разума, чтобы побудить к добру и отвратить от преступления? Этот закон получил силу не только в ту минуту, когда был написан, но с самого момента своего появления он являлся образцом законов, а появился он вместе с божественным разумом²⁹.

²⁷ Богдановский А. Развитие понятий о преступлении и наказании в русском праве до Петра Великого. М., 1857. С. 92.

²⁸ Lloyd A.H. Philosophy of History an Introduction to the Philosophical Study of Politics. English. 1899. P. 250.

²⁹ Цицерон М.Т. Мысли и высказывания. М., 2011. С. 13.

В заключении необходимо отметить, что исторический подход, избранный наукой уголовного права в качестве своего оплота и приоритетного пути развития, во многом близок к историцизму, который, как известно, представляет собой крайнюю форму проявления историзма. Если при историзме мир, природные и социально-культурные явления рассматриваются в динамике их изменения, объекты анализируются в конкретно-историческом контексте их существования, то при историцизме прошлое познается в полной беспечности и беззаботности, а в нашем случае – без оглядки на смысл и предназначение уголовного права, без учета создаваемых его субъектами целей. При историцизме не отстаиваются ценности какой-то конкретной традиции. Защищается сам принцип прошлого. Утверждается самодостаточность, неизменность и неизменяемость того, откуда человек появился, где он стал тем, что он есть.

Если при историзме как умеренном взгляде на прошлое не обходится без обращения к принципу дополнительности как к одному из важнейших методологических и эвристических принципов науки, с помощью которого достигается относительно полное описание явления, то при историцизме в этом принципе не возникает естественной необходимости. Все попытки его искусственного применения не приносят успешного результата. Принципу дополнительности становится не под силу компенсировать издержки историцизма. Ему попросту нет места среди крайностей историцизма. Сила последнего заключена в его необратимости и не рефлексивности.

Представления об историческом формулируются по ряду безальтернативных сценариев. Один из них предлагает жить «сугубо по старому», а другой – «по новому, но под неременным предводительством старого». Издержки названных подходов очевидны и во многом схожи. Главный из них просматривается в том, что истории отказывается в доступе к истине, в возможности стремиться и самой претендовать на объективность. Историческое ограничивают прошлым и лишают полноценного взгляда на это прошлое. В итоге от преобладания историцистских проявлений страдает прежде всего само прошлое. Доминируют отдельные разукрашенные факты. Значительные отделы прошлого либо предаются забвению, либо подвергаются искажению, чтобы приуменьшить значение нарождающегося.

История превращается в расходный материал. С ее помощью в интересах конкретных нужд рисуют соблазнительные и воодушевляющие параллели, сближают разнородные элементы, обобщают и, наконец, их отождествляют, смягчают различия мотивов и побуждений. Понятие смысла, составляющее основу философии истории, оказывается

излишним в историческом знании. Категория «значения» признается вполне достаточной и исчерпывающей.

Таковы основные, действительные, не всегда очевидные, глубинные черты подхода, к помощи которого традиционно прибегают теоретики для построения догмы уголовного права. Истинный масштаб присущих историцизму погрешностей с большим трудом поддается оценке. Для выяснения степени его негативного влияния необходима ревизия чуть ли не всех основ уголовного права. На их оценку уйдет не одно исследование. Здесь же видится необходимым, актуальным и достаточным обратить внимание на недопустимость скатывания к историцизму и на уже наступившую небезопасную близость к нему теории уголовного права.

В самых общих чертах о причинах отмеченного сближения можно судить по характерным для всей отрасли этого права размышлениям П.П. Пусторослева. Оценивая научные основы уголовного права, его догматические, исторические и политические предпосылки, юрист писал о том, что единственным, строго научным приемом разработки уголовного права является позитивный или положительный метод. В составе последнего исторический метод занимает одну из ключевых позиций. С его помощью, как утверждал криминалист, изучается и определяется, по фактам, ход изменений уголовного права в государстве того или иного народа в течение данного промежутка времени, в связи изменениями потребностей и условий тогдашней жизни этого народа. «Исторія уг. права, подобно догмѣ, стоитъ въ неразрывной связи съ положительнымъ уг. правомъ и безъ этой связи существовать не можетъ»³⁰.

В словах правоведа отыскивается убедительное подтверждение того, что схождение к историцистским взглядам на прошлое уголовного права стало возможно по причине рассмотрения криминалистами истории своей отрасли исключительно в контексте позитивистского учения. С его позиций, напоминает А.С. Лапло-Данилевский, история традиционно рассматривается как эмпирическая наука. Предметом исторического интереса выступают действия и подвиги человека не вообще, а взятые в их индивидуальности³¹.

На пути преодоления засилья историцизма предстоит разрешить ряд проблем. Одна из них заключена в том, что за счет собственных сил и средств историцизм со своими дилеммами разобраться практически неспособен. Пленяющая невосприимчивость ко всему иному, как уже

³⁰ Пусторослев П.П. Русское уголовное право. Общая часть. Вып. I. Юрьев, 1912. С. 14-15.

³¹ См.: Лапло-Данилевский А.С. Методология истории. М., 2006. С. 146, 148.

было отмечено, является одним из основных признаков историцизма и необратимых последствий его действия.

Другая проблема определяется общеисторическим контекстом. С его высот обнаруживается, что в происходящем с историей уголовного права нет ничего удивительного. Многие из того, что на полях этого исследования было продемонстрировано имеет вековые традиции, напрямую отразившиеся на истории уголовного права.

Не менее значимая дилемма скрыта в привлекательности историцизма. Наличие негативных характеристик не умаляет в глазах криминалистов способность историцизма разрешать значительное число проблем. Популярность среди специалистов во многом обусловлена его схожестью с тем, чем они занимаются повседневно. Речь идет о сборе и протоколировании доказательств, изучении и обмеривании конкретных фактов. С помощью самых разных подходов историцизма также достигается возможность познания каждого факта в его точно установленной особенности и индивидуальности, что напрямую корреспондируется с уголовно-правовыми принципами индивидуализации и квалификации. Излюбленным социальным типом историцистского и уголовно-правового взглядов, говоря словами А.С. Панарина, является обыватель, целиком погруженный в повседневность и не помышляющий о высших исторических смыслах»³².

Но главная трудность заключена в отсутствии в недрах отечественной теории уголовного права историко-философской школы. Даже в самых малых объемах она не представлена в отраслевых источниках. Следы этой школы в истории отечественного уголовного права обнаружил и проследил С.В. Познышев. По наблюдениям правоведа можно заключить, что судьба отмеченной школы, к сожалению, постигла общеисторическая участь. В большинстве оказались противники тех, которые в разнообразии открываемых историей фактов увидели лишь различные по яркости и полноте воплощения одни и те же начала. Последователи кантианской и гегельянской школ, выражающие метафизическое направление в истории, были в меньшинстве. Среди основателей науки уголовного права преобладали так называемые классики, для которых была неприемлема справедливость в некоем абсолютном виде. Они утверждали, что наука должна отказаться от всяких метафизических начал, от всяких попыток найти естественное уголовное право.

По бескомпромиссному убеждению большинства наука призвана лишь разрабатывать – путем сравнительно-исторического и догматического изучения, или путем историко-догматического изучения – поло-

³² Панарин А. С. Народ без элиты. М., 2006. С. 220.

жительное уголовное законодательство. По своему враждебному отношению к метафизическим построениям эти классики могут быть названы позитивистами, писал С.В. Познышев. В настоящее время это позитивное направление является господствующим в классической школе; лишь очень слабые остатки прежних метафизических увлечений можно подметить в немецкой классической литературе

Список литературы

1. Case S.J. The Christian Philosophy of History. Chicago–Illinois, 1943.
2. Flint R. The Philosophy of History in France and Germany. Edinburgh, London. 1874.
3. Lloyd A.H. Philosophy of history an introduction to the philosophical study of politics. English. 1899.
4. Schleiermacher F. Geschichte der Philosophie. Berl., 1839.
5. Богдановский А. Развитие понятий о преступлении и наказании в русском праве до Петра Великого. М., 1857.
6. Богородский С.О. Очерк истории уголовного законодательства в Европе с начала XVIII-го века. Т. 1. Киев, 1862.
7. Гегель Г. Феноменология духа. Философия истории. М.: Эксмо, 2007.
8. Гердер И.Г. Идеи к философии истории человечества. М.: Наука, 1977.
9. Кистяковский А.Ф. Элементарный учебник общего уголовного права с подробным изложением начал русского уголовного законодательства. Часть Общая. Киев. 1891.
10. Лапло-Данилевский А.С. Методология истории. М., 2006.
11. Лист Ф. Учебник уголовного права. Общая часть. М., 1903.
12. Ницше Ф. По ту сторону добра и зла: Сочинения. – М.: Эксмо; Харьков: Фолио, 2008.
13. Ницше Ф. Сочинения в 2-х томах. Т.1. М.: Наука. 1990.
14. Панарин А. С. Народ без элиты. М., 2006.
15. Поздняков Э.А. Философия преступления. М., 2001.
16. Познышев С.В. Основные начала науки уголовного права. Общая часть уголовного права. Изд. 2-е, испр. и допол. М., 1912.
17. Пусторослев П.П. Русское уголовное право. Общая часть. Вып. I. Юрьев, 1912.
18. Риккерт Г. Философия истории. К., 1998.
19. Росси. Основныя начала уголовного права. СПб., 1871.
20. Таганцев Н.С. Русское уголовное право. Часть Общая. Т.1. СПб., 1902.

21. Фельдштейн Г.С. Главные течения в истории науки уголовного права в России. Ярославль. 1909.
22. Цицерон М.Т. Мысли и высказывания. М., 2011.

HISTORICISM AS TRADITION OF CRIMINAL LAW

S.A.Bochkarev

Institute of State and Law, Moscow

This paper discusses the history and the place it occupies in the dogma of criminal law. Investigation has found that the perception of forensic historical knowledge of both traditional and largely uncontested source of criminal law doctrine lies a significant number of errors that distort the substance of the law and its institutions..

Keywords: *criminal law, history, historicism, tradition, crime, dogma, doctrine, ontology, philosophy*

Об авторе

БОЧКАРЕВ Сергей Александрович – кандидат юридических наук, старший научный сотрудник Института государства и права РАН, e-mail: bochkarvs@mail.ru

Бочкарев С.А. Историзм как традиция уголовного права// Вестник ТвГУ. Серия:Право.2014.№ 38.С.66–83.