

§13 BIBLION

Наумов А. В.

**ТЕОРЕТИЧЕСКОЕ НАСЛЕДИЕ А. Э. ЖАЛИНСКОГО
В СФЕРЕ УГОЛОВНОГО ПРАВА (Рецензия на книгу:
А. Э. Жалинский. Избранные труды. Том 2. Уголовное право.
М., Изд. дом Высшей школы экономики. 2015)**

Аннотация. Том 2 четырехтомного собрания избранных трудов известного российского теоретика уголовного права и криминологии содержит его работы, посвященные непосредственно проблемам уголовного права. Их объединяет разработка методологических аспектов теории уголовного права, как, во-первых, в направлении сближения отраслевой юридической науки с общей теорией права, а, во-вторых, конкретизации и развития уголовно-правовой науки. По-настоящему теоретически новыми являются, например, следующие подходы автора к исследуемой им проблеме, как: «Проблема спроса на уголовное право», «О построении общей инструментально-целевой теории уголовного права», «Инструментальная характеристика целей уголовного права», «Уголовное право как источник власти», «Уголовное право как ресурс: проблемы модернизации», «Уголовное право в эпоху перемен: ситуация обновления», «Тенденции и противоречия развития уголовного права». При этом, в особенности при характеристике уровня отечественного уголовного законодательства в сфере борьбы с экономическими и коррупционными преступлениями, автор обращает особое внимание на необходимость «расширения» доктринального «поля» уголовно-правовой науки, в том числе, включения в общую теорию уголовного права вопросов уголовной политики, криминологии, уголовно-процессуального права и судебной власти, а также экономической науки, социальной психологии и других отраслей знаний.

Ключевые слова: уголовное право, уголовный закон, теоретические аспекты науки, межотраслевые связи, наказание, методология науки, теоретические основы правоведения, коррупционные преступления, экономические преступления, законодательство.

Review. Volume 2 of the four-volume compilation of the selected works of the notable Russian criminal law theoretician contains his works dedicated directly to the issues of criminal law. They are connected through the development of methodological aspects of the criminal law theory; firstly, towards the direction of convergence of the sectoral legal science with the general theory of law, and secondly, towards the substantiation and development of the criminal legal science. The author presents such genuinely new theoretical approaches towards the researched problem as: "Formation of the general instrumental targeted theory of criminal law", "Criminal law as the source of power", "Criminal law as the resource: problems of modernization", "Trends and contradictions of the development of criminal law". In addition to that, especially in giving the characteristic to the level of the Russian criminal legislation in the area of fight against economic crimes and corruption, the author draws attention to the need for "expansion" of the doctrinal "field" of the criminal legal science, and its inclusion into the general theory of criminal law, criminology, criminal procedural law and judicial authority, as well as the economic science, social psychology, and other disciplines.

Keywords: corruption crimes, legal foundations, methodology of science, penalty, inter-sectoral linkages, theoretical aspects of science, criminal code, criminal law, economic crimes, legislation.

Вышел из печати очередной (второй) том четырехтомного собрания избранных трудов известного теоретика уголовного права и криминологии А. Э. Жалинского, посвященный непосредственно проблемам уголовного права (первый том включал в себя труды автора по криминологии)[1].

Известно, что современная теория уголовного права не стоит на месте. Она конечно же развивается, что отражается в публикациях (по объему не сопоставимых с советским периодом) различного научного жанра. Это и многотомные Курсы уголовного права, и учебники и многочисленные монографии и еще более многочисленные статьи в разнообразнейших (хотя бы по географии) журналах, опередивших по своей популярности и признанию в научной среде прежние (т. е. советского «розлива») издания (кто будет спорить, что, например, «Янивское», т. е. П. С. Яни, «Уголовное право» давно уже в этой части «обогнало», когда то бесспорно лидировавший в издательской «гонке» журнал «Государство и право», не говоря уже о «Российской юстиции» и других «брендах» доктринальной юриспруденции), материалы разнообразных научных конференций, с завидной регулярностью проводимых в известнейших юридических вузах. Так что в принципе теоретической проблематикой в сфере уголовного права читателя-«потребителя» не удивишь. Но этот том избранных трудов А. Э. Жалинского все-таки именно удивляет. И главное

тем, что современной отечественной теории уголовного права не хватает. А именно, как это не парадоксально, теоретического уровня таких работ. В этом отношении уровень отраслевых доктринальных исследований в юриспруденции, в первую очередь, зависит от уровня решения (в отраслевом плане) общетеоретических проблем, обозначенных или обсуждаемых в общей теории права и преломления в отраслевых исследованиях основополагающих интересов и конструкций общей теории права. А уж высшей формой такой взаимности является обратное воздействие «отраслевых» «изысканий» на формулирование общетеоретических принципов. Последнее для уголовного права крайне редко, но все-таки бывает. Разумеется, что общая теория права не может обойтись, например, без отсылок к доктрине гражданского права, но все-таки и к результатам развития уголовно-правовой науки она также прибегает (например, по таким вопросам, как предмет и метод правового регулирования, структура правовой нормы, нормативные акты и их толкование, действие нормативного акта во времени и пространстве (в последних случаях уголовно-правовая «история» общетеоретических положений даже, пожалуй, «опережает» их цивилистические аналоги, что нам видится хотя бы в содержании учебников по общей теории права и теории государства и права). Так вот, в этом отношении у А. Э. Жалинского «конкурентов» в уголовном праве нет. И в этом легко

убедиться, охарактеризовав хотя бы структуру рецензируемого второго тома его избранных трудов.

Последний включает в себя четыре раздела. Первый (по объему закономерно занимающий около половины всей книги) посвящен проблемам Общей части уголовного права. Второй – уголовному праву и экономике. Третий – справедливости, эффективности юридической ответственности в экономике. И четвертый (наименьший по объему: что вполне естественно, так как Особенная часть, как бы ее высоко не оценивать, от общей теории права все-таки достаточно «удалена») – Особенной части уголовного права. В свою очередь первый раздел включает в себя три части: Часть 1 «Методология и развитие уголовного права», Часть 2 «Уголовный закон» и Часть 3 «Преступление и наказание». Так вот содержание первых двух частей, необычно для обсуждения соответствующих вопросов в современной отечественной теории уголовного права «тяготеет» именно к общей теории уголовного права и не только по-новому (по крайней мере, не традиционно) рассматривает действительно методологические аспекты теории уголовного права, но и, главное, идет в этом плане на опережение той же общей теории права, как бы «предлагая» последней «заимствовать» такой авторский (т. е. А. Э. Жалинского) уголовно-правовой «подход» при рассмотрении соответствующих вопросов в теории государства и права [2, с. 30–38]. В этом смысле такое уголовно-правовое «вливание» вполне уместно «поместить» в такие, например, разделы курсов и учебников по теории государства и права, как «система права» (при рассмотрении роли в ней уголовного права как отрасли права и доктрины). В этом смысле по-настоящему новыми являются следующие подходы автора к этой проблеме, сформулированные им, например, как: «Проблема спроса на уголовное право», «О построении общей инструментально-целевой теории уголовного права», «Инструментальная характеристика целей уголовного права», «Уголовное право как источник власти», «Уголовное право как ресурс: проблемы модернизации», «Уголовное право в эпоху перемен: ситуация обновления», «Тенденции

и противоречия развития уголовного права» [2, с. 48–149]. Все указанные формулировки заслуживают того, чтобы в общей теории права (хотя бы в тех же курсах и учебниках) они были «переформулированы» в общетеоретическом плане, разумеется, со ссылкой на их уголовно-правовой отраслевой источник (соответствующие труды А. Э. Жалинского).

Один из фрагментов первой части первого раздела тома, посвященного методологии и развитию уголовного права («О необходимости развития общей теории уголовного права»), не просто обозначает постановку этой проблемы и направление доктринальных задач, но и, главное, предметно обозначает конкретные этапы их реализации, как вытекающих из логики построения общей теории уголовного права. Первый этап автор связывает с определением задач уголовного права, «т. е. необходимостью принятия решений, вытекающих из его природы и соответствующих началам легитимности, справедливости и эффективности» и предлагающих, в свою очередь два этапа («группы»): отражение «желательного эффекта, состоящего в трансформации уголовного закона в изменении внешней среды» и «достижением необходимого качества уголовного запрета, его адаптации к внешней среде и необходимости воздействия на нее». При этом автор оговаривает, что решение любой из этих задач требует «высокой квалификации и мотивации субъектов правоприменительной деятельности, огромного объема правовой и иной информации и социальной поддержки населения» (хотелось бы, чтобы нынешний законодатель «услышал» последнее, только надежд на это, почему то у нас нет). Второй этап построения общей теории права, по мнению автора, предполагает специфическую «конкретизацию связи между необходимой для решения уголовно-правовых задач информацией и необходимостью ее трансформации в нуждах уголовного права». При этом автор предупреждает о двух видающихся ему возможных принципиальных ошибках. Одна из них заключается в игнорировании необходимой информации (относящейся, например, к росту коррупции, нагнетанию в обществе атмосферы страха и пр.). Другая – «в ложных выводах о наличии

той или иной связи между действием уголовного права и существованием (реальным или ложным) того или иного социального фактора либо их группы. Особое внимание автор обращает на то, что принятие решения о криминализации тех или иных деяний должно опираться «на весьма разнообразную и необходимую информацию», предостерегая, например, что только «на основе уголовно-правовой информации невозможно оценивать экономический уровень страны, давать конкретные, часто совершенно необоснованные ... оценки политическим решениям». Наконец, к третьему этапу построения общей теории уголовного права автор относит определение предмета и содержания общей уголовно-правовой теории, предполагающее, во-первых, анализ внутреннего состояния теории уголовного права и характеристику ее связей с другими отраслями права (и другими науками), и, во-вторых, необходимость «расширения» современной теории уголовного права, что требует решения определенных институциональных вопросов, требующих особенно тщательного обсуждения (например, включения в общую теорию уголовного права вопросов уголовной политики, криминологии, науки уголовного процесса и судебной власти, а также экономической науки, социальной психологии и иных отраслей знаний).

Такова предельно сжато излагаемая программа, предлагаемая автором (А. Э. Жалинским) развития общей теории права, обозначенная им еще в 2011 г. и пока что далекая от ее реализации. Она конкретизируется автором во фрагменте первого раздела тома, обозначенного им «О построении общей инструментально-целевой теории уголовного права». К содержанию последней он относит: предназначенность инструментально-целевой теории; теорию как способ познания уголовно-правовых явлений; научность теории; ее исходные положения; объект и предмет теории; содержание инструментально-целевой теории; система (программа) целостного представления инструментально-целевой теории.

Расшифровка содержания общей инструментально-целевой теории уголовного права логически завершается «инструментальной характеристикой целей уголовного права, вклю-

чая следующие ее аспекты: значение проблемы, понятие инструментального подхода и целей уголовного права; инструментальное содержание уголовно-правовых целей; границы инструментализации целеполагания; «неясность целей уголовного права как отрасли», необходимость совершенствования уголовно-правового целеполагания. В последнем случае автор предлагает «уделить внимание развитию социального дискурса в его различных формах (привлечение независимых экспертов, опрос и проч., легитимного лоббизма, порождающего формирование позиций заинтересованных структур и проч.)», необходимости стимулирования детальной разработки целей «путем моделирования процесса реализации и последствий, взвешивания издержек и выгод, организации в возможных случаях мониторинга действия уголовного закона»). Все здесь по настоящему ново и до сих пор справедливо претендует на создание самостоятельной авторской теории уголовного права.

Высоко методологическое значение имеют теоретические соображения автора в направлении характеристики сущности и содержания уголовного права «как источника власти». Новизна авторских подходов здесь заключается в повышении привычного для теории уголовного права уровня конституционных начал этой отрасли. Свои представления на этот счет автор увязывает с рассмотрением следующих аспектов проблемы:

- современная ситуация действия уголовного права;
- предпосылки и гипотезы исследования;
- социальный ресурс уголовного права;
- власть как адресат уголовного права;
- механизм преобразования уголовного права в содержание власти;
- отрицательное понимание последствий действия уголовного права;
- ограничения отрицательных последствий.

Здесь хотелось бы обратить внимание на некоторые принципиальные позиции автора, например, по вопросу о потенциале уголовного права как источника власти. Известно, что в последнее время становятся модными рассуждения об устарелости современного уголовного права,

и даже о замене его каким-то новым А. Э. Жалинский же (которому, кстати говоря, иногда и необоснованно приписывают радикальные взгляды насчет изменения существа уголовного права) недвусмысленно по этому поводу провозглашал главное: «Роль уголовного права внутренне противоречива. В принципе уголовное право, пусть даже находящееся в состоянии кризиса, как подсказывает исторический опыт, – позитивно действующий и необходимый социальный инструмент. Отсутствуют или, по меньшей мере, не выявлены какие-либо основания для отказа от уголовного права или принципиального изменения (курсив наш – А. Н.) его социальной природы. Нет страны – членов международного сообщества, не имеющих уголовного права как части правовой системы». Так что о создании какого-то принципиально «нового» уголовного права речи не идет, а для модернизации последнего всегда есть место и возможности. В этом направлении заслуживают внимания и всяческой поддержки предложения автора по части юридико-технических средств модернизации российского уголовного законодательства. В числе низ:

- повышение определенности описания объектов уголовно-правовой охраны и объективной стороны преступления;

- более «информативная» характеристика в тексте закона признаков общественной опасности деяния, позволяющая более четко разделять уголовную, административную, гражданскую и иные виды юридической ответственности (в особенности, по мнению автора, «следует с рациональных позиций оценить действительное значение таких признаков – в сущности нейтральных к общественной опасности, квалифицирующих деяние, – как групповое совершение деяния, множественность и др., заменяя их признаками, дифференцированно и реально отражающими общественную опасность отдельных групп преступлений». Последнее особенно актуально. Откуда скажем берутся немалые сроки лишения свободы? Да именно оттуда. Кража наказывается лишением свободы на срок до двух лет, а если она совершается вдвоем – то уже на срок до пяти лет. Но неужели она («аж!») более чем в два раза опаснее первой?

- «приведение в полное соответствие» уголовно-правовых предписаний с иными отраслями права (так называемых бланкетных уголовно-правовых норм), что более четко ограничило бы сферу действия уголовного закона.

Непреходящими следует считать мысли и предложения автора не только о существовании отрицательных социальных последствий действия уголовного права как источника власти, но главное – предложений по их ограничению. Самые необходимые из них – это «совершенствование практики конституционного ограничения властного ресурса уголовного права», включая «соблюдение прав и свобод человека и гражданина». Последнее, как никогда современно. Ухудшение наших отношений с Западом, попытка воздействия на нашу экономику «пресловутыми» санкциями, кроме справедливого общественного возмущения вызвало, к сожалению, и порой общее негативное отношение ко всему западному, нападки на либеральную концепцию прав человека, на самом деле вовсе не сводящуюся только к признанию однополых браков и не являющихся помехой в достижении таких принципов уголовного права как законность, гуманизм и социальная справедливость.

Не мало по настоящему новых для уголовно-правовой теории можно найти и в соответствующих положениях первого раздела тома об уголовном законе. Среди них, например, рассуждения автора о «правообразующем действии судебной практики по уголовным делам и ее совершенствования». Здесь и постановка «проблемы содержательной легитимации правотворческой деятельности судов по уголовным делам и возможностей ее совершенствования и, в особенности, рассмотрения проблемы Верховного Суда РФ как субъекта правотворческой деятельности. При этом автор выдвигает целый ряд своих предложений (аргументов) для повышения уровня научности, законности и обоснованности разъяснений Пленума Верховного Суда РФ. В числе них:

- определение предмета и границ указанных разъяснений;

- выявление целей и набора значений используемых позиций и политических конструкций;

– раскрытие соотношения разъяснений с Конституцией РФ, УК РФ и восполняющим законодательством;

– определение причин и оснований выбора Верховным Судом РФ позиций и решений;

– оценка справедливости и эффективности принимаемых разъяснений, включая их соответствие запросам общества, понятности, технологичности и проч.

Как хотелось бы, чтобы эти рекомендации автора были учтены в дальнейшей практике Пленума Верховного Суда РФ по принятию соответствующих разъяснений применения уголовного и уголовно-процессуального законодательства.

Значительную часть избранных работ, опубликованных во втором томе, представляют работы, посвященные уголовному праву и экономике, что вполне понятно, так как наряду с методологическими вопросами уголовного права и сравнительным правоведением «экономический» аспект законодательства и доктрины уголовного права – один из главных в научном наследии автора. Известно, что эта проблема является одной из самых «привлекательных» для исследователей, но и здесь идеи А.Э.Жалинского стоят все-таки выше «утилитарно» – отраслевых. Сошлемся лишь на названия некоторых соответствующих произведений автора:

– «Об экономическом подходе к уголовному правотворчеству»;

– «Уголовно-экономическое право: потребность развития»;

– «Уголовно-экономическое право: проблематика определенности закона (российские и немецкие взгляды)»;

– «Инструментальный подход к развитию уголовно-хозяйственного права»;

– «Уголовное право в системе государственного воздействия на экономику»;

– «Уголовное право и современная экономическая ситуация»;

– «Проблемы сверхкриминализации и декриминализации экономической деятельности»;

– «Концепция модернизации уголовного законодательства в экономической сфере»;

– Уголовно-правовые транснациональные конфликты в сфере экономики» [2, с. 229–336].

Предложения автора по этим и другим вопросам представляют действительно настоящую программу модернизации уголовного законодательства в сфере экономики, лишь в какой-то малой части выполнимый законодателем и основные положения которой в современных условиях («проседания» экономики, снижения ВВП, обвал рубля по отношению к доллару и евро) просто жизненно необходимы для развития малого и среднего бизнеса как средства преодоления указанных кризисных явлений.

В завершении своей рецензии хотелось бы отметить буквально выдающуюся роль ответственного редактора и составителя «Избранных трудов» А. Э. Жалинского – Ольги Леонидовны Дубовик, благодаря подвижничеству труду которой (в особенности нужного научной молодежи) современный читатель получил возможность ознакомиться с бесценным творческим наследием выдающегося отечественного криминалиста. А молодым авторам хотелось бы обратить внимание на следующую особенность этого наследия. Общим фоном современной литературы по уголовному праву является ее определенная насыщенность критикой как законодательства, так и иных (по сравнению с собственно авторскими) взглядов на тот или иной предмет исследования, в ущерб позитивно-содержательному. Так вот, стоит обратить внимание на то, как это выглядит у «мэтра» Жалинского. Как? Боюсь, что разочарую. Критики своих коллег у него практически нет. Почему? Да только потому, что его основной задачей было донести до читателя, до коллег свою авторскую позицию, не прибегая при этом к принижению по этому поводу взглядов «инокомыслящих». Ну, разумеется, и плюс личные качества (в первую очередь, доброжелательность автора), которые не «скроются» даже за сверхинтеллектуальными мыслями и соображениями.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Жалинский А. Э. Избранные труды. Том I. Криминология. М.: Изд. дом Высшей школы экономики. 2014, 700 с.

2. Жалинский А. Э. О необходимости развития общей теории уголовного права. О методологических основаниях уголовного права. В кн.: Жалинский А.Э. Избранные труды. Том 2. Уголовное право. М.: Изд. дом Высшей школы экономики. 2015, 592 с.
3. Волженкин Б. В. Преступления в сфере экономической деятельности по уголовному праву России. СПб.: Юридический центр Пресс, 2007, 765 с.
4. Лопашенко Н. А. Преступления в сфере экономики.: Авторский комментарий к уголовному закону (раздел VIII УК РФ). М.: Волтерс Клувер, 2006, 720 с.
5. Яни П. С. Экономические и служебные преступления. М.: Бизнес-школа «Интел-Синтез», 1997, 208 с.
6. Нуреев Р. М. Экономика развития: модели становления рыночной экономики: Учебник. М.:Норма, 2008, 640 с.
7. Познер. Р. А. Экономический анализ права: в 2 т. Т. 1. СПб., 2004, 522 с.э

REFERENCES

1. Zhalinskii A. E. Izbrannye trudy. Tom I. Kriminologiya. M.: Izd. dom Vyshei shkoly ekonomiki. 2014, 700 с.
2. Zhalinskii A. E. O neobkhodimosti razvitiya obshchei teorii ugovnogo prava. O metodologicheskikh osnovaniyakh ugovnogo prava. V kn.: Zhalinskii A. E. Izbrannye trudy. Tom 2. Ugovnoe pravo. M.: Izd. dom Vyshei shkoly ekonomiki. 2015, 592 с.
3. Volzhenkin B. V. Prestupleniya v sfere ekonomicheskoi deyatelnosti po ugovnomu pravu Rossii. SPb.: Yuridicheskii tsentr Press, 2007,765 s.
4. Lopashenko N. A. Prestupleniya v sfere ekonomiki.: Avtorskii kommentarii k ugovnomu zakonu (razdel VIII UK RF). M.: Volters Kluver, 2006, 720 с.
5. Yani P. S. Ekonomicheskie i sluzhebnye prestupleniya. M.: Biznes-shkola «Intel-Sintez», 1997, 208 с.
6. Nureev R. M. Ekonomika razvitiya: modeli stanovleniya rynochnoi ekonomiki: Uchebник. M.: Norma, 2008, 640 с.
7. Pozner. R. A. Ekonomicheskii analiz prava: v 2 t. T. 1. SPb., 2004, 522 с.