

Г.А. Есаков

ОСНОВЫ  
СРАВНИТЕЛЬНОГО  
УГОЛОВНОГО ПРАВА

*Монография*

---

---

МОСКВА 2007

*Автор:*

**Есаков Геннадий Александрович**, канд. юрид. наук,  
доцент кафедры уголовного права Московской  
государственной юридической академии

**Есаков Геннадий Александрович**

Основы сравнительного уголовного права: Монография. —  
М.: ООО «Издательство “Элит”», 2007, — 152 с.

Монография посвящена основным вопросам сравнительного правоведения в области уголовного права. На основе анализа исторических памятников права, действующего зарубежного законодательства и уголовно-правовой доктрины раскрываются содержание и роль сравнительного уголовного права, выдвигается принципиально новая типологизация (классификация) уголовно-правовых систем современного мира, раскрываются история их формирования, отличительные особенности и распространение на правовой карте мира. В основе работы лежат преимущественно зарубежные источники, неизвестные отечественной науке.

Для научных и практических работников, студентов и аспирантов, а также всех, интересующихся теорией и практикой зарубежного уголовного права и его историей.

**Глава I. ТИПОЛОГИЯ УГОЛОВНО-ПРАВОВЫХ  
СИСТЕМ СОВРЕМЕННОГО МИРА**

**§ 1. Сравнительное правоведение как отрасль правовых знаний.  
Понятия правовой системы и правовой семьи  
как исходных категорий сравнительного правоведения**

Самые ранние дошедшие до нас свидетельства истории человечества показывают, что обращение к правопорядку других государств всегда практиковалось великими умами либо с прагматической целью усовершенствования национальной правовой системы, либо с философской целью создания идеальной мыслимой правовой системы, либо просто с целью лучшего познания права разных народов. Геродот в «Истории» нередко хвалит тот или иной правовой обычай разных народов. Традиция приписывает децемвирам заимствования из законов Солона при составлении «Законов XII Таблиц» (*Leges Duodecim Tabularum*). Платон, создавая в «Законах» идеальную модель права, анализирует действующее право античных греческих полисов: так, ноксальная выдача предмета, причинившего смерть человеку, создана в «Законах» по образцу афинского права. Сравнительные наблюдения правовых обычаев галлов встречаются в «Галльской войне» Гая Юлия Цезаря. Знакомство с римским и каноническим правом показывает и Генри де Брактон, автор трактата «О законах и обычаях Англии» (*De Legibus Et Consuetudinibus Angliæ*) (1254—1256 гг.); в равной мере ренессанс римского права на европейском континенте в Средние века есть проявление того, что сейчас можно было бы назвать сравнительно-правовым интересом.

Само же по себе зарождение науки сравнительного права (или компаративистики) принято связывать с началом XIX в., когда период своеобразного «слепого обожания» правоведами национальных правопорядков (как в Англии) или же сверхтеоретичной посвященности науки права римскому и каноническому праву (как на европейском континенте), что знаменовало собой почти всю историю права в Средние века и Новое время, прошел, и в поиске способов улучшения национального права европейские юристы из различных стран практически одновременно обратились к исследованию иност-

ранного права<sup>1</sup>. При этом сложилось так, что история компаративистики на её начальном этапе являлась исключительно историей западной компаративистики, что было обусловлено либо относительной неразвитостью науки права в иных регионах мира, либо их традиционной цивилизационной замкнутостью.

Примечательно, что одними из первых опытов сравнительно-правового исследования стали работы в уголовно-правовой области: «Очерк уголовной науки Корана» (1800 г.) Поля Ансельма Фейербаха, а также «Теория доказательств в уголовном процессе согласно позитивным законам и нормам французского уголовного законодательства» (1809 г.) и «Теория доказательств в немецком уголовном процессе на примере применения закона в суде и немецкие кодексы в сравнении с воззрениями на уголовный процесс в Англии и Франции» (1834 г.) Карла Й. Миттермайера, профессора Гейдельбергского университета. В течение всего XIX в. можно наблюдать постоянный рост интереса к сравнительному правоведению, выразившийся в организации издания журналов, появлении компаративистски ориентированных трудов и создании специализированных организаций. Так, с 1829 г. в Германии под редакцией Карла Й. Миттермайера и Карла С. Цахарие начал выходить «Критический журнал правоведения и зарубежного законодательства» (*Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes*); с 1834 г. по 1850 г. во Франции издавался «Журнал иностранного законодательства» (*Revue de législation étrangère*); с 1878 г. в Германии регулярно выпускается «Журнал сравнительно-правовой науки» (*Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*). Во Франции в 1831 г. в Коллеж де Франс появляется кафедра сравнительного права, в 1846 г. на юридическом факультете Парижского университета создается кафедра сравнительного уголовного права, а в 1869 г. учреждается «Общество сравнительного законодательства», приступившее к выпуску «Ежегодника иностранного законодательства» (*Annuaire de législation étrangère*). В том же, 1869 г., в Оксфорд-

<sup>1</sup> См. подр.: *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: Пер. с нем. В 2-х тт. Том I: Основы. М., 2000. С. 76–98; *Саудов А.Х.* Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / Под ред. В.А. Туманова. М., 2000. С. 55–94; *Марченко М.Н.* Курс сравнительного правоведения. М., 2002. С. 61–137.

ском университете Генри Мэн, автор широко известного труда историко-компаративной направленности «Древнее право» (1861 г.), становится первым профессором на кафедре истории права и сравнительного правоведения. В 1894 г. в Англии для углубления сравнительно-правовых исследований (в особенности в рамках стран семьи общего права) образуется «Общество сравнительного законодательства» (с 1958 г. — «Британский институт международного и сравнительного права»), которое с 1896 г. приступает к изданию «Журнала сравнительного законодательства» (*Journal of Comparative Legislation*) (с 1952 г. — «Ежеквартальник международного и сравнительного права» (*International and Comparative Law Quarterly*)).

Значимым событием в истории компаративистики стало проведение в 1900 г. парижского Международного конгресса сравнительного права, на котором впервые была сделана попытка определить цели и природу сравнительного правоведения.

После окончания Первой мировой войны в разных странах создаются специализированные научные учреждения компаративистской направленности. Так, в 1921 г. создается лионский Институт сравнительного права, в 1926 г. — берлинский Институт иностранного и международного частного права имени Императора Вильгельма (ныне Институт иностранного и международного частного права имени Макса Планка), в 1932 г. — Институт сравнительного права при Парижском университете. В силу объективных причин интерес к компаративистике и её возможностям ослаб во время Второй мировой войны, после которой сравнительное правоведение вступило в новый, современный этап своего развития.

Примечательно то, что компаративистика в уголовно-правовой области являлась одним из приоритетных направлений в сравнительно-правовых исследованиях начиная с самого их зарождения<sup>1</sup>. Уже упоминались работы Поля А. Фейербаха и Карла Й. Миттермайера, ставшие одними из первых компаративистски ориентированных трудов. Нельзя не упомянуть и о другой работе Поля А. Фейербаха, стоявшего у истоков германского сравнительного правоведения, — ставшем за-

<sup>1</sup> См. подр.: *Pradel J.* Droit pénal comparé Paris, 1995. P. 8–26.

коном проекте Баварского уголовного кодекса (1813 г.). Последний опирался на французское и итальянское уголовное законодательство и послужил в XIX в. образцом для уголовных кодексов многих германских государств. Заслуживает внимания двухтомный «Курс сравнительного уголовного законодательства» Жозефа Л.-Э. Ортолана, вышедший в 1839—1841 гг.<sup>1</sup>. В 1863 г. появляется двухтомник Пеллегрини Росси «Курс уголовного права», где автором широко используется сравнительно-правовой метод при изложении материала<sup>2</sup>. В Англии крупнейший криминалист XIX в. Джеймс Ф. Стифен часто прибегал к сравнительно-правовому методу при написании капитального труда «История уголовного права Англии» (1883 г.), полагая, что «затруднительно критиковать систему должным образом или понять ее дух, если не сравнивать ее с тем, что можно назвать великими конкурирующими системами, т.е. с содержащимся во французском и немецком уголовных кодексах»<sup>3</sup>. В 1894 г. немецкий автор Франц фон Лист публикует работу «Сравнительное уголовное законодательство»<sup>4</sup>. В 1924 г. (24 ноября) основывается Международная ассоциация уголовного права, ставящая своей задачей сравнительно-правовые исследования с целью достижения общей согласованности уголовного права стран мира. В 1936 г. профессор Доннедье де Вабр приступает к изданию «Журнала криминальных наук и сравнительного уголовного права» (*Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*). В 1995 г. и 2002 г. увидели свет два издания на настоящий момент крупнейшей, пожалуй, работы в области уголовно-правовой компаративистики: «Сравнительного уголовного права» профессора Жана Праделя<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> См.: *Ortolan J.-L.-E. Cours de législation pénale comparée. Introduction philosophique, méthode, et sommaire du cours de 1838.* Paris, 1839. viii p., 235 p.; *Ortolan J.-L.-E. Cours de législation pénale comparée. Introduction historique. Histoire du droit criminel en Europe depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle...* Analyses du cours de 1839—1840. Paris, 1841. vii p., 295 p.

<sup>2</sup> См.: *Rossi P. Traité de droit pénal.* Tome I. Paris, 1863. 332 p.; *Rossi P. Traité de droit pénal.* Tome II. Paris, 1863. 428 p.

<sup>3</sup> *Stephen J.F. A History of the Criminal Law of England.* In Three Volumes. Vol. I. London, 1883. P. x.

<sup>4</sup> См.: *von Liszt F. La législation pénale comparée.* Berlin, 1894. xxvi p., 706 p.

<sup>5</sup> См.: *Pradel J. Droit pénal comparé* Paris, 1995. viii p., 719 p.; *Pradel J. Droit pénal comparé 2<sup>e</sup> éd.* Paris, 2002. 803 p.

См. также: *Головкин Л.В.* Рец. на: *Прадель Ж.* Сравнительное уголовное право. Париж, 1995. 733 с. // Государство и право. 1996. № 6. С. 158—160.

Компаративные исследования в области уголовного права имеют давнюю традицию и в российской доктрине уголовного права<sup>1</sup>.

Одним из первых опытов приближенного к компаративизму научного труда стала появившаяся в 1711 г. диссертация Фердинанда Л.М. Имгоффа «Опыт сопоставления права Московии и общего (имеется в виду право немецкое, а не английское. — *Г.Е.*)» (*Specimen collationis iuris Moscovitici et communis*). И хотя автор работы является немцем, исследование им русского права позволяет относить его труд к памятникам отечественной науки права. В диссертации уголовное право России анализируется в сопоставлении с римским правом, общим германским правом и брауншвейгско-люнебургским, с выделением черт, роднящих его с последними уголовно-правовыми системами и отличающих от них. Как считал Г.С. Фельдштейн, «мы имеем... в работе Ф. Имгоффа попытку не только изложить в научной системе постановления Уложения (имеется в виду Соборное Уложение 1649 г. — *Г.Е.*), но и подвести их под определенную юридическую конструкцию с использованием сравнительного метода»<sup>2</sup>.

Из российских ученых XVIII в. также необходимо отметить К.Г. Лангера, профессора Московского университета, и его труды «Слово о начале и распространении положительных законов» (1766 г.) и «Слово о происхождении и свойстве высшего криминального суда» (1767 г.). В них он подвергает сравнительно-историческому анализу уголовное законодательство египтян, евреев, греков, римлян и древних германцев, делая вывод, что мера уголовной наказуемости «определяется в каждый исторический момент... в строгом соответствии с конкретными условиями данного общества, особенностями и размерами его территории»<sup>3</sup>.

С.Е. Десницкий, профессор Московского университета, является, по праву, крупнейшим отечественным криминалистом XVIII в. Г.С. Фельдштейном его деятельность описывается следующим образом: «Область созданного С. Десницким в русской криминалистике не так уж велика, но ценна та положительная наметка путей разрешения задач

<sup>1</sup> См. подр.: *Фельдштейн Г.С.* Главные течения в истории науки уголовного права в России / Под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. М., 2003. С. 114—150, 286—361 и др.; *Таганцев Н.С.* Русское уголовное право. Т. 1. Тула, 2001. С. 30—40.

<sup>2</sup> *Фельдштейн Г.С.* Указ. соч. С. 119.

<sup>3</sup> Там же. С. 137—138.

русского уголовного правоправедения, разработке которой он посвятил немало усилий»<sup>1</sup>. Н.С. Таганцев, в свою очередь, цитирует Ф.Л. Морошкина, по мнению которого С.Е. Десницкому «недоставало только читателей и иностранного имени для занятия места близ Монтескье с Блэкстоном, Потье и другими юристами прошедшего (т.е. XVIII. — Г.Е.) века»<sup>2</sup>. Итогом его пребывания в Англии в 1760-х гг. стал перевод с оригинальными примечаниями изданных в 1780-х гг. в типографии Московского университета «Комментариев» сэра Уильяма Блэкстоуна с их центральной мыслью о том, что «первоначальными и главнейшими предметами Аглинского закона должны быть *права* и *преступления*»<sup>3</sup>. В области теории права (в т.ч. уголовного) заслуга С.Е. Десницкого заключается в отчетливом формулировании необходимости сравнительно-исторического изучения законодательства.

Начало XIX в. в России ознаменовалось появлением перевода труда Поля А. Фейербаха «Уголовное право» (в 3 книгах; 1810, 1811 и 1827 гг.). По мнению Г.С. Фельдштейна, «курсу А. Фейербаха было суждено сыграть решающую роль в применении к русской науке»<sup>4</sup>, поскольку «именно этим трудом был дан толчок к развитию научно-догматической обработки нашего уголовного права»<sup>5</sup>.

В «Опыте начертания российского уголовного права» О. Горегляда (1815 г.) встречаются сопоставительные наблюдения русского уголовного права с австрийским, французским, прусским и тосканским законодательством.

Стоит также отметить работу П. Дега «Взгляд на современное положение уголовного законодательства в Европе», вышедшую в 1845 г., где автор прибегает к сравнительно-правовому сопоставлению ответственности за различные преступления у европейских народов.

Вторая половина XIX — начало XX вв., эпоха расцвета русской доктрины уголовного права, не могла не сказаться положительно на

<sup>1</sup> Там же. С. 142.

<sup>2</sup> Таганцев Н.С. Указ. соч. Т. 1. С. 643 сн. 56.

<sup>3</sup> Блэкстон. Истолкования Аглинских законов. Переведенные по Высочайшему Повелению Великой Законодательницы Всероссийской. С подлинника Аглинского. Книга I. М., 1780. С. 310.

<sup>4</sup> Фельдштейн Г.С. Указ. соч. С. 291.

<sup>5</sup> Там же. С. 291—292.

развитии сравнительно-правовых идей в области уголовного права. Достаточно сказать, что компаративные наблюдения встречаются в каждом крупном монографическом исследовании того времени, хотя и ограничены часто только германским законодательством и германской же уголовно-правовой доктриной. Во всяком случае, как отмечал В.Д. Спасович в уже упоминавшемся предисловии к переводу работы Джеймса Ф. Стифена «Уголовное право Англии в кратком очертании», «немецкая точка зрения ближе нас, посему мы и прибегаем всего охотнее к немецким руководствам...»<sup>1</sup>.

Компаративные уголовно-правовые исследования продолжались в отечественной науке и после 1917 г., сдвигаясь по мере течения времени от огульной антинаучной хулы всего «буржуазного» к более взвешенному сравнительно-правовому анализу. И, наконец, новые живительные силы сравнительному правоправедению были приданы в конце XX в., когда с изменением общественно-политических условий в России и развитием информационных технологий появились практически неограниченные возможности для сравнительно-правовых исследований в области уголовного права.

Таким образом, сравнительное правоправедение стало на сегодняшний день неотъемлемой составляющей академической правовой науки.

Используя понятие «сравнительное правоправедение», следует четко различать два его основных смысла: во-первых, сравнительное правоправедение как метод (сравнительно-правовой, компаративный метод) и, во-вторых, сравнительное правоправедение как отрасль академической правовой науки.

Сравнительное правоправедение как метод юридической науки<sup>2</sup> представляет собой совокупность приемов познания правовых явлений, посредством которых на основе изучения правопорядков различных стран мира проводится их сопоставление с целью выявления возможно присущих им общих содержательных черт и общих закономерностей исторического развития.

<sup>1</sup> Стифен Дж. Ф. Уголовное право Англии в кратком очертании / Перевод и предисловие В. Спасовича. СПб., 1865. С. v.

<sup>2</sup> См. подр.: Pradel J. Droit pénal comparé P. 26—44; Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Том I. С. 46—75; Саидов А.Х. Указ. соч. С. 39—54; Марченко М.Н. Указ. соч. С. 24—45.

К основным концептуальным приемам сравнительно-правового исследования можно отнести, в частности, следующие.

Во-первых, микросравнение, институциональное сравнение и макросравнение, выделяемые в зависимости от объема охваченного правового компаративного материала (можно, конечно же, выделять и больше (или меньше) уровней сравнения). Микросравнение предполагает анализ того, как на конкретную социальную проблему реагируют конкретные национальные правовые порядки, с последующим сопоставлением полученных результатов. К примеру, на уровне микросравнения исследуется вопрос об ответственности соучастников за действия непосредственного исполнителя, вышедшие за рамки оговоренного, об ответственности за причинение смерти с согласия потерпевшего и т.д.

Уровень институционального сравнения предполагает сопоставление отдельных институтов права и лежащих в их основе концепций: например, института субъективной составляющей преступного деяния, института неоконченной преступной деятельности, института наказания и т.д. Макросравнение, в свою очередь, охватывает конкретные отрасли права или даже правовые системы в целом. Тем не менее, как справедливо отмечается М.Н. Марченко, «выделение различных уровней сравнительно-правового исследования является весьма относительным по своему характеру» и «граница между сравнительным правоведением на макро- и микроуровнях не является жесткой»<sup>1</sup>.

К основным концептуальным приемам сравнительно-правового исследования, во-вторых, относятся диахронное и синхронное сравнение. Диахронное сравнение предполагает исторический анализ ранее существовавших правовых систем; синхронное — анализ современных правовых систем.

Сравнительно-правовой метод, кроме того, предполагает определенную этапность в познании правовых явлений. При этом первым этапом с присущими ему историко-правовым, системным, лингвистическим и прочими приемами познания в компаративном анализе является исследование собственно иностранного права без попыток наведения сравнительно-правовых аналогий, сопоставлений, которые сами по себе образу-

<sup>1</sup> Марченко М.Н. Указ. соч. С. 41.

ют второй этап в компаративистике. Как отмечал М. Шмиттофф, «первая фаза полностью описательная; она заключается в изучении реакции ряда правовых систем на индивидуальную правовую проблему. Вторая стадия связана с использованием результатов, полученных на первом этапе...»<sup>1</sup>. По мнению Жана Праделя, первый этап носит «унитарный и пассивный» характер<sup>2</sup>, а собственно сравнительно-правовое исследование является «плюралистичным и активным»<sup>3</sup>. Следует также добавить, что сравнительное правоведение в его строгом понимании дистанцируется от изучения иностранного права и рассматривает его в качестве самостоятельной рубрики правовой науки. Во многом это связано с историей компаративистики, которая в эпоху своего зарождения рассматривалась как предпосылка к созданию «вселенского права» (именно таким было настроение на Международном конгрессе 1900 г.). Тем не менее, с осознанием невозможности (во всяком случае, на настоящий момент) создать такое «вселенское право» следует признать, что если изучение иностранного права является необходимой предпосылкой для компаративного исследования, то такое изучение является составной частью предмета сравнительного правоведения, тем более что грань между двумя отмеченными этапами исследования слишком неопределенна, так что никогда невозможно точно сказать, является ли то или иное действие строго компаративным исследованием или просто изучением иностранного права<sup>4</sup>.

Сравнительно-правовой метод также предполагает несколько принципов, лежащих в его основе.

Первый из них заключается в потенциальной сравнимости (при микросравнении и институциональном сравнении) правовых норм, что предполагает акцент не на нормативной составляющей права, а на его функциональной стороне, т.е. на том, как оно разрешает конкретную социальную проблему. Как справедливо отмечалось в литературе, «то, что гарантирует возможность сравнения, с неизбежностью заключается в единстве проблемы»<sup>5</sup>, но не в единстве языка нормы. Иными

<sup>1</sup> Schmitthoff M. The Science of Comparative Law // The Cambridge Law Journal. 1939. Vol. 7, № 1. P. 95.

<sup>2</sup> Pradel J. Droit pénal comparé. 4.

<sup>3</sup> Ibid.

<sup>4</sup> Ср.: Ibid. P. 4—5, 26 et seq.

<sup>5</sup> Schmitthoff M. Op. cit. P. 96.

словами, в сравнительном правоведении нельзя ставить вопросы, например, в таком плане: «Наказуемо ли приготовление к совершению преступления?», «Как определяется умышленное убийство?» и т.д., поскольку это изначально предполагает привнесение в процесс сравнительного исследования юридической терминологии, которая может быть чужда конкретному национальному правопорядку<sup>1</sup>. В свою очередь, вопросы, подобные тем, что приведены выше, следует формулировать так: «В каком объеме наказуемы действия по подготовке еще не начатого исполнением преступления?», «Какое преступление образует намеренное (осознанное, желаемое) причинение смерти другому человеку?». Более того, нельзя рассматривать «изучаемую проблему через призму правопорядка своей страны»<sup>2</sup>, т.е. следует абстрагироваться от понятий, доктрин и законодательных построений собственного права. К примеру, невозможно понять немецкую доктрину о структуре уголовно наказуемого деяния, если подходить к немецкому праву с меркой четырех элементов состава преступления и отдельно выделяемых обстоятельств, исключающих преступность деяния, известных российской уголовно-правовой доктрине.

Второй принцип компаративного исследования заключается в учете исторических и социальных условий времени появления и развития конкретной правовой нормы. Следуя мысли крупного американского теоретика права Оливера У. Холмса-мл., можно было бы сказать, что в ряде случаев компаративист сталкивается с нормами, «которые можно понять только через обращение к ранней стадии развития правовой процедуры среди германских племен или к социальным условиям Древнего Рима в эпоху децемвиров»<sup>3</sup>. Так, невозможно буквально истолковывать принцип *voluntas reputabitur pro facto* (в силу которого для осуждения лица достаточно одного намерения учинить преступное деяние, хотя бы к его реальному совершению и не было предпринято никаких шагов), изредка в том или ином контексте встречающийся в английской доктрине уголовного права, если не учитывать того, что его появление в общем праве было обусловлено не тенденцией сверхкри-

<sup>1</sup> Ср.: Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Том I. С. 50—54.

<sup>2</sup> Там же. С. 51.

<sup>3</sup> Holmes, Jr., O.W. The Common Law / With a New Introduction by Sheldon M. Novick. N.Y., 1991. P. 2.

минализовать человеческие помышления, а неразвитостью учения о неоконченном преступлении в Средние века и необходимостью обосновать ответственность за деяния подобного рода<sup>1</sup>.

При этом, говоря опять же словами Оливера У. Холмса-мл., «мы должны остерегаться ловушки антикварности и помнить, что для наших целей наш единственный интерес в прошлом заключен в том свете, который оно проливает на настоящее»<sup>2</sup>.

Третий принцип сравнительно-правовой методологии сводится к необходимости критического анализа полученных результатов, поскольку «чистое описание фактов не может... достигнуть научного уровня без методичной классификации»<sup>3</sup>. При этом «подобно инструктированию судьей присяжных» необходимо по возможности стремиться к анализу *sine ira et studio*<sup>4</sup>.

Отправными категориями в аппарате сравнительного правоведения являются «правовая система» и «правовая семья».

Сравнительное правоведение на первом этапе компаративного познания имеет дело не просто с конкретной правовой нормой, правовым институтом или отраслью права, но с правовой нормой, правовым институтом или отраслью права, принадлежащими к правовой системе отдельного государства и разделяющими, как следствие, все (или почти все) отличительные черты последней. К таким отличительным чертам можно отнести историю правовой системы, особенности источников права, своеобразие юридического мышления, особенности правовой культуры, социально-правовую идеологию, лежащую в основе правовой системы, и т.д.

Таким образом, *правовую систему можно определить как существующий в конкретном государстве феномен, взятый в единстве системы права, практики его применения, социальной основы права, правовой культуры социума и организационной структуры правовых учреждений.*

В сравнительном правоведении иногда говорится о т.н. «полисистемности» в правовой системе отдельно взятого государства. В качест-

<sup>1</sup> См. подр. нашу работу: Есаков Г.А. Mens rea в уголовном праве США: историко-правовое исследование. СПб., 2003. С. 108—115.

<sup>2</sup> Holmes, Jr., O.W. The Path of the Law // Boston University Law Review. 1998. Vol. 78, № 3. P. 712.

<sup>3</sup> Schmitthoff M. Op. cit. P. 99.

<sup>4</sup> Ibid.

ве обычных примеров этого явления приводят провинцию Квебек в Канаде и штат Луизиана в Соединенных Штатах, где сильно влияние французской правовой традиции, хотя сами по себе Канада и Соединенные Штаты принадлежат, бесспорно, к семье общего права.

Встречаются в компаративистике еще два понятия: «материнская» правовая система и «дочерняя» правовая система. За этими определениями скрывается факт состоявшейся в прошлом рецепции (полной или частичной) правопорядка одного государства на территории другого. Примерами этого могут служить, соответственно, правовые системы Англии, с одной стороны, и Соединенных Штатов, Канады, Австралии и Новой Зеландии, с другой; правовые системы Франции и Германии, с одной стороны, и стран Латинской Америки, с другой.

Если понятие «правовая система» связано с правовой реальностью отдельно взятой страны, то понятие «правовая семья» носит, пожалуй, исключительно умозрительный характер, поскольку связано с мысленным выделением у ряда национальных правовых систем нескольких характерных совпадающих черт, несхожих с аналогичным образом выделяемыми чертами, присущими ряду других национальных правовых систем. И хотя едва ли не наибольшее внимание в сравнительном правоведении уделялось и уделяется числу и природе таких черт, а также перечню выделяемых на их основе правовых семей, сама по себе последняя категория достаточно определена: под *правовой семьей* можно понимать *группу национальных правовых систем, объединенных общностью исторического происхождения, схожестью отличительных характеристик системы права, практики его применения, правовых учреждений и социально-правовой идеологии.*

Отталкиваясь от сказанного, можно теперь определить сравнительное правоведение как отрасль академической правовой науки, представляющую собой совокупность научных знаний, объемлющих методологические, теоретические и прикладные аспекты изучения в диахронном и синхронном плане, на микроуровне, институциональном уровне и макроуровне правовых систем государств современного мира и выявлении на этой основе групп национальных правовых систем, обладающих юридическим своеобразием и тяготеющих как следствие друг к другу. И поскольку нас интересует сравнительное правоведение

в области уголовного права, то для его определения можно воспользоваться дефиницией, данной Жаном Праделем, которая по сравнению с приведенным многословным определением выгодно отличается своей простотой и звучит как «исследование различий и сходства между двумя (или несколькими) уголовно-правовыми системами»<sup>1</sup>.

Сравнительное правоведение имеет огромное значение для современной юриспруденции.

Так, сравнительное правоведение бесспорно углубляет наши общие знания о праве, расширяя кругозор и юриста-теоретика, и юриста-практика; оно позволяет юристу обойтись без бессмысленного заучивания норм иностранного права, необходимых ему в научной или практической деятельности, обращая его внимание не на содержание норм, а на те элементы правовой системы, которые неизменны на протяжении веков. Компаративистски ориентированные исследования помогают усовершенствовать национальное право, либо заимствовав из зарубежных аналогов ряд удачных норм, либо исключив возможные коллизии между различными правовыми системами. В рамках философии права «сравнительное правоведение... знакомит нас с обществами, в которых отсутствует наше понимание права; с обществами, в которых право тесно связано с религией и составляет ее сокровенную часть»<sup>2</sup>. Однако компаративизм показывает не только различия — он выявляет и определенную схожесть правовых систем. Как справедливо отмечает Джорджем П. Флетчером применительно к уголовному праву, «между различными системами уголовного права на самом деле существует гораздо больше общего, чем мы привычно полагаем. Для того чтобы выявить это, надо отвлечься от частных и лингвистической пестроты в уголовных кодексах. Скрытое единство не лежит на по-

<sup>1</sup> Pradel J. Droit pénal comparé P. 3.

Можно также привести отечественное определение сравнительного уголовного права, согласно которому предметом его «являются уголовно-правовые системы различных стран мира, и в качестве основного метода их изучения выступает метод сравнительного анализа, направленный на выявление общего и особенного в развитии национальных правовых систем, регулирующих преступность и наказуемость деяний» (см.: Водерникова О.Н. Современные уголовно-правовые системы: типы, модели, характеристика // Государство и право. 2004. № 1. С. 68).

<sup>2</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. М., 1996. С. 9—10.



верхности, а находится под глубоким пластом законодательных положений и судебных решений и проступает в ходе дискуссий, ведущихся практически в каждой стране, имеющей свою правовую культуру. ...Существуют определенные исходные категории, составляющие некий базовый набор, которым и определяются рамки любой полемики, неизбежно возникающей в каждой системе уголовного права. ...Разные страны могут находить различные ответы, трактуя эти исходные категории, но такие решения, составляющие поверхностный слой права, не должны затмевать несомненное единство, лежащее в основе правовых культур. Если базовые останутся неизменными, тогда правовые культуры будут иметь больше общего, чем можно было бы предположить»<sup>1</sup>.

Таким образом, изучить теоретические различия и совпадения, выявить практические согласованности и противоречия, предложить оправданные опытом изменения и обогатить философское понимание права — к этому сводятся задачи сравнительного правоведения в современном мире и в их реализации заключается его значение.

## **§ 2. Типология правовых систем современного мира: основные концепции**

Итогом приложения сравнительно-правового метода к национальным правовым системам становятся различные типологии правовых систем. Начиная с Международного конгресса сравнительного права 1900 г., появилось множество таких типологий, берущих в качестве своей основы самые разнообразные критерии классификации<sup>2</sup>.

Наибольшую известность получили типологии, предложенные французским специалистом Рене Давидом и немецкими авторами Конрадом Цвайгертом и Хайном Кетцем.

Свою концепцию Рене Давид выдвинул в 1950 г. в работе «Элементарный курс сравнительного гражданского права» (*Traité élémentaire de*

<sup>1</sup> Флетчер Дж., Наумов А.В. Основные концепции современного уголовного права. М., 1998. С. 8, 10.

Ср. также: Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Том I. С. 58—60.

<sup>2</sup> См. подр: Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Том I. С. 99—117; Саидов А.Х. Указ. соч. С. 114—129; Марченко М.Н. Указ. соч. С. 433—456.

*droit civil comparé*) и углубил в работе «Основные правовые системы современности» (*Les grands systèmes de droit contemporains*), впервые вышедшей в свет в 1964 г. и с тех пор неоднократно переиздававшейся<sup>1</sup>.

По мнению Рене Давида, из множества критериев, предлагавшихся для типологизации правовых систем, лишь два реально функциональны. Первый из них получил название идеологического, поскольку связан «с определенной концепцией социального строя»<sup>2</sup> и объединяет религиозные, философские, политические, экономические и социальные факторы, лежащие в основе построения правовой системы конкретного общества. Тем не менее, взятый изолированно, идеологический критерий не позволяет объяснить очевидную разницу между «идеологически близкими» странами (например, Англией и Соединенными Штатами, с одной стороны, и Францией и Германией, с другой). Как следствие, необходим второй критерий — критерий юридической техники, подмечающий особенности «более постоянных элементов, используемых для создания, толкования, оценки норм»<sup>3</sup> и связанный, в конечном счете, с методами работы юристов, источниками права и его понятийным аппаратом. Совпадение выделяемых на основе этих двух критериев отличительных черт национальных правовых систем позволяет относить их, по мнению Рене Давида, к одной правовой семье. И если первоначально, в 1950 г., он выделял пять правовых семей (западного права, советского права, исламского права, индуистского права и китайского права), то впоследствии его позиция изменилась и им стало выделяться три основных правовых семьи (романо-германская правовая семья, семья общего права и семья социалистического права), наряду с которыми как с «основными в современном мире»<sup>4</sup> сосуществуют мусульманское право, индусское право, правовые системы Дальнего Востока, Африки и Мадагаскара.

Не менее известна по сравнению с концепцией Рене Давида и типология правовых семей, предложенная немецкими компаративистами Конрадом Цвайгертом и Хайном Кетцем в двухтомнике «Введение

<sup>1</sup> Последнее издание на русском языке см.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. М., 1996. 400 с.

<sup>2</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 19.

<sup>3</sup> Там же. С. 20.

<sup>4</sup> Там же. С. 25.

в сравнительное правоведение в сфере частного права» (*Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*), впервые вышедшем в 1961—1969 гг.<sup>1</sup> В ее основу ими был положен критерий правового стиля. По их мнению, «факторами, определяющими стиль в рамках теории правовых семей, являются: 1) историческое происхождение и развитие правовой системы; 2) господствующая доктрина юридической мысли и ее специфика; 3) выделяющиеся своим своеобразием правовые институты; 4) правовые источники и методы их толкования; 5) идеологические факторы»<sup>2</sup>. Оговариваясь, что они ставят перед собой цель уточнения существующих классификаций правовых систем, а не создания совершенно новой типологии, К. Цвайгерт и Х. Кетц, опираясь на выдвинутую до них П. Армижоном, Б. Нольде и М. Вольфом концепцию, сгруппировали «все национальные правовые системы... в восемь правовых семей: 1) романская; 2) германская; 3) скандинавская; 4) общего права; 5) социалистического права; 6) права стран Дальнего Востока; 7) исламского права; 8) индусского права»<sup>3</sup>.

Из фундаментальных исследований российских ученых и ученых с постсоветского пространства следует упомянуть работы С.С. Алексеева, М.Н. Марченко (оба — Россия) и А.Х. Саидова (Узбекистан).

С.С. Алексеев полагает, что в зависимости от доминирующего положения того или иного элемента разнородного содержания правовой системы следует выделять романо-германское право (где исходным началом является право как система норм), англосаксонское общее право (где исходным началом является юридическая практика), религиозно-общинные (неотдифференцированные) системы ряда стран Азии и Африки (где исходным началом является правовая идеология), заидеологизированные правовые системы при авторитарных политических режимах<sup>4</sup>.

М.Н. Марченко, отталкиваясь от тезиса, по которому невозможно найти удовлетворяющий всех критерий (критерии) классификации правовых систем (что «вполне естественно и закономерно, имея в виду сложность,

многогранность и известную противоречивость рассматриваемой материи»<sup>1</sup>), приходит к выводу, что пытаться свести здесь различные точки зрения и подходы к общему знаменателю и невозможно, и не нужно. Соответственно, «сложившееся многообразие точек зрения и подходов... с безусловным выделением среди прочих двух основных, наиболее распространенных и влиятельных правовых семей — англосаксонской и романо-германской — является более полезным и конструктивным, чем некое мнимое их единообразие»<sup>2</sup>. Как следствие, М.Н. Марченко выделяет романо-германскую правовую семью, англосаксонскую правовую семью (систему общего права), правовые системы социалистических и постсоциалистических стран, религиозные правовые системы и иудейское право, мусульманское право.

По мнению А.Х. Саидова, в основе типологии правовых семей лежат «те особенности некоторых правовых систем, которые являются результатом сходства их конкретно-исторического развития: структуры, источников, ведущих отраслей и правовых институтов, правовой культуры, традиций, особенностей правоприменительной деятельности, юридического мышления и т.д.»<sup>3</sup>. Признавая при этом возможную множественность классификаций правовых систем (что является следствием множественности потенциальных критериев классификации), он полагает, что «для выделения основных правовых семей наиболее существенными являются три взаимосвязанные группы критериев: история правовых систем; система источников права; структура правовой системы; ведущие правовые институты и отрасли права»<sup>4</sup>. В итоге на правовой карте современного мира А.Х. Саидов выделяет семьи общего права, романо-германскую, скандинавскую, латиноамериканскую, социалистическую, мусульманскую, индусскую, обычную, дальневосточную.

Завершая обзор наиболее известных западных и отечественных типологий правовых систем, следует подчеркнуть, во-первых, потенциальную множественность классификаций и, во-вторых, логически следующий из этого относительный характер любой классификации. Однако в контексте уголовно-правовых систем современного мира более значим вопрос о приложимости той или иной типологии к отрасли уголовного права.

<sup>1</sup> Издание на русском языке см.: *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: Пер. с нем. В 2-х тт. Том I: Основы. М., 2000. 480 с.; *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права: Пер. с нем. В 2-х тт. Том II. М., 1998. 512 с.

<sup>2</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Том I. С. 108.

<sup>3</sup> Там же. С. 117.

<sup>4</sup> См.: *Алексеев С.С.* Теория права. М., 1994. С. 195—199.

<sup>1</sup> *Марченко М.Н.* Указ. соч. С. 452.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> *Саидов А.Х.* Указ. соч. С. 123.

<sup>4</sup> Там же. С. 125.

### § 3. Типология уголовно-правовых систем современного мира

Сравнительное правоведение исторически зародилось в области частного (гражданского) права. Этим объясняется тот факт, что «теория правовых семей... почти всегда развивается так, будто не существует другого права, кроме частного»<sup>1</sup>. Применительно к уголовному праву отмеченное обстоятельство находит свое отражение в том, что множество типологий уголовно-правовых систем современного мира (и, во всяком случае, подавляющее большинство типологий российского происхождения) в какой-то мере «механически» создаются по образцу, предложенному компаративистикой применительно к частному праву.

Для примера можно сослаться на один из курсов зарубежного уголовного права, где на основе различия в источниках права («принципиального», как отмечает автор<sup>2</sup>) выделяются две основные правовые системы: англо-саксонская (Англия и Соединенные Штаты) и континентальная (Франция, Германия, Италия и Япония)<sup>3</sup>. Тем самым не просто игнорируется фактор идеологического наполнения (идеологической заданности) уголовного права, который позволяет относить, в частности, уголовное право Японии к иной самостоятельной уголовно-правовой семье, но и отбрасываются все прочие уголовно-правовые системы, не принадлежащие к двум указанным.

Частноправовой подход прослеживается и в курсе А.В. Наумова. По его мнению, «с известной долей условности в настоящее время можно выделить следующие основные системы уголовного права (как проявления правовых систем в целом): 1) романо-германское; 2) англосаксонское; 3) социалистическое и 4) мусульманское»<sup>4</sup>, и, как он сам признает, такая «классификация в известной мере основана на предложенной... Р. Давидом...»<sup>5</sup>. Критерий, лежащий в основе такой типологии, двуедин: это критерий источников права (по нему отличаются друг от друга романо-германская и англосаксонская системы

уголовного права) и идеологический критерий (по нему отличаются друг от друга романо-германская и англосаксонская системы, с одной стороны, и социалистическая и мусульманская системы, с другой)<sup>1</sup>.

Согласно Н.Е. Крыловой, «в настоящее время в мире существуют две основные правовые семьи (романо-германская и англо-американская. — Г.Е.), хотя ими, безусловно, не ограничивается весь современный юридический мир»<sup>2</sup>. основополагающий критерий в основе такой типологии — критерий источников и истории права. Одновременно автором делается вывод «о существовании ярко выраженной тенденции к созданию единой семьи западного права»<sup>3</sup>. В дополнение к двум основным правовым семьям ею также упоминаются системы религиозного права: право хинди, древнее китайское право, старое японское право, а также мусульманское право<sup>4</sup>.

Как указывает О.Н. Ведерникова, основные типы существующих уголовно-правовых систем являются всего лишь проявлениями правовых систем в целом; как следствие, ею выделяются (в целом по Рене Давиду) романо-германский, англо-американский, мусульманский, социалистический и постсоциалистический типы правовых систем<sup>5</sup>. При этом в основу выделения указанных типов уголовно-правовых систем ею в целом кладется «анализ трех составляющих уголовного права как системы: а) уголовно-правовой доктрины, отражающей правовую культуру и правовую политику страны или региона; б) уголовно-правовых норм, установленных официальными органами государства; в) правоприменительной практики, направленной на реализацию принципов, целей и задач уголовного закона»<sup>6</sup>.

Отметим, что подобный подход не может не вызывать сомнений: если следовать общей типологии правовых систем, то тогда излишним представляется использование собственно уголовно-правовых критериев типологизации; если же выделять последние, тогда результат ти-

<sup>1</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Том I. С. 103.

<sup>2</sup> Уголовное право зарубежных государств. Общая часть: Учеб. пос. / Под ред. и с предисл. И.Д. Козочкина. М., 2003. С. 4.

<sup>3</sup> См.: Там же. С. 3—6.

<sup>4</sup> Наумов А.В. Российское уголовное право. Курс лекций. В двух томах. Т. 1. Общая часть. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 451.

<sup>5</sup> Там же. С. 451, сн. 1.

<sup>1</sup> См. Там же. С. 451—454; см. также: Флетчер Дж., Наумов А.В. Указ. соч. С. 20—28.

<sup>2</sup> Крылова Н.Е., Серебряникова А.В. Уголовное право зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии): Учеб. пос. Изд. 2-е, перераб. и доп. М., 1998. С. 28.

<sup>3</sup> Там же. С. 33 (выделение опущено нами. — Г.Е.).

<sup>4</sup> См.: Там же. С. 33—34.

<sup>5</sup> См.: Ведерникова О.Н. Современные уголовно-правовые системы: типы, модели, характеристика. С. 68—76.

<sup>6</sup> Там же. С. 69.

пологизации с неизбежностью должен отличаться от общей типологии. Кроме того, вряд ли обоснованно выделять социалистический и постсоциалистический типы уголовно-правовых систем, поскольку первый, скорее, не столько социалистичен, сколько общинен, а второго в значимой исторической перспективе как такового никогда не существовало, поскольку все страны, ранее относившиеся к числу государств социалистического типа, незамедлительно вернулись в лоно уголовно-правовой семьи континентального права.

О западноевропейских правопорядках как «законодателях мод» в уголовно-правовой области пишет Л.В. Головкин<sup>1</sup>; указывают на условность выделения мусульманской, китайской и иных правовых систем по сравнению с общим правом и континентальным А.Э. Жалинский и А.А. Рерихт<sup>2</sup>; «общепризнанным» называет деление правовых систем на англосаксонскую, континентальную, социалистическую и мусульманскую А. Кибальник<sup>3</sup>.

В какой-то мере оригинальна позиция А.А. Малиновского, который «в зависимости от роли и места уголовно-правового принуждения в политике государства конкретно-исторического периода» классифицирует уголовно-правовые системы на репрессивные, карательные и гуманистические<sup>4</sup>. Тем не менее, следует помнить о том, что любая уголовно-правовая система *ipsa natura* карательна по своей природе («карательный метод... является универсальным и основным методом регулирования правовых отношений средствами уголовного права в любой стране мира»<sup>5</sup>); да и приводимые им примеры конкретных уголовно-правовых систем трех типов не только не охватывают большинства стран мира, но и сопряжены со смешением диахронного и синхронного оснований классификации. Его же деление уголовно-правовых систем «в зависимости от осо-

<sup>1</sup> См.: Головкин Л.В. Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб., 2002. С. 23.

<sup>2</sup> См.: Жалинский А., Рерихт А. Введение в немецкое право. М., 2001. С. 21, 576.

<sup>3</sup> См.: Кибальник А. Преступление и наказание в доктрине мусульманского уголовного права // Уголовное право. 2007. № 1. С. 25.

<sup>4</sup> См.: Малиновский А.А. Сравнительное правоведение в сфере уголовного права. М., 2002. С. 13; Малиновский А.А. Сравнительное уголовное право: понятие и основные задачи // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке / Материалы 4-й международной научно-практической конференции, 25–26 января 2007 г. М., 2007. С. 30–33.

<sup>5</sup> Ведерникова О.Н. Современные уголовно-правовые системы: типы, модели, характеристика. С. 69.

бенностей соционормативного регулирования общественных отношений» на религиозные и светские<sup>1</sup> не помогает объяснить очевидное различие между, к примеру, английским и французским уголовным правом.

Иными словами, предлагаемые в отечественной доктрине типологии уголовно-правовых систем современного мира в подавляющем большинстве своем либо копируют частнопрововые типологии правовых систем, либо страдают известной долей «западноцентризма». И если неприемлемость (пусть не в принципе, но без достаточного дополнительного обоснования, принимающего во внимание особенности уголовного права) отмеченного частнопровового копирования очевидна, то упрек внешне выглядящим теоретически стройными и практически обоснованными типологиям «западноцентристского» толка куда как более серьезен. Такой подход игнорирует то, что кроме западной цивилизации и присущей последней понимания права (а здесь «Запад определяется не по компасу»<sup>2</sup>, а как «особая историческая культура, или цивилизация»<sup>3</sup>) существует множество иных цивилизационных очагов, где сама по себе идея права (а в рассматриваемом контексте — идея преступления и наказания) включает в себе совершенно иные по сравнению с привычными нам, западному мыслящим людям, представления. К тому же в условиях, когда едва ли не большая часть населения земного шара принадлежит к незападным цивилизациям, противопоставление двух уголовно-правовых семей — семьи общего права и континентальной правовой семьи — либо же акцентированность на их исследовании резко уменьшает познавательные возможности сравнительного правоведения.

Справедливости ради следует отметить, что «западноцентризм» присущ и многим зарубежным исследователям, занимавшимся в той или иной мере сравнительным правоведением в области уголовного права.

Так, характерным для доктрины общего права (и, в частности, для уголовно-правовой) является противопоставление преимущественно систем общего права и права континентальной Европы с его отпрысками в других странах<sup>4</sup>. Один из крупнейших американских кримина-

<sup>1</sup> Там же. С. 15.

<sup>2</sup> Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. 2-е изд. М., 1998. С. 20.

<sup>3</sup> Там же. С. 19.

<sup>4</sup> См., напр.: Pound R. The Development of American Law and Its Deviation from English Law // The Law Quarterly Review. 1951. Vol. 67, № 265. P. 49–50.

листов современности Джордж П. Флетчер анализирует в сопоставлении и противопоставлении, как правило, только системы общего права и континентального права, подчеркивая их базисное единство как «Западных правовых систем» и «Западной правовой культуры»<sup>1</sup>. Чуть ранее, в середине XX в., другой известный специалист, Джером Холл, хотя и подмечал множественность уголовно-правовых культур современного мира<sup>2</sup>, акцент делал, тем не менее, на различиях между континентальным и англо-американским уголовным правом<sup>3</sup>. Суммируя изложенное, можно сказать, что все эти концепции есть отражение прошлого, «западноцентризма» того времени, когда, по словам Гарольда Дж. Бермана, «человек Запада уверенно нес с собой свой закон по всему миру»<sup>4</sup>. Ныне же «Человек Востока и Человек Юга предлагают иные альтернативы», а «сам Запад засомневался в универсальной пригодности своего традиционного представления о праве, в особенности для незападных культур» и «право, казавшееся «естественным», оказывается всего лишь «западным»»<sup>5</sup>.

Одной из наиболее ярких концепций, пытающихся преодолеть «западноцентризм» сравнительного уголовного права, стала типология, предложенная Жаном Праделем. Признавая необходимость типологизации и сложность этой задачи, он отвергает за неприменимостью к материальному уголовному праву общую типологию правовых систем, на принадлежащие либо к семье общего права, либо к романо-германской правовой семье<sup>6</sup>. Как отмечает Жан Прадель, такая «классификация... пригодна в плане источников уголовного права», но малозначима в приложении к содержанию материального уголовного права<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> См., напр.: *Флетчер Дж., Наумов А.В.* Указ. соч. С. 7—19 и др.; *Fletcher G.P.* Dogmas of the Model Penal Code // *Buffalo Criminal Law Review*. 1998. Vol. 2, № 1. P. 3—24; *Fletcher G.P.* Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion in Criminal Cases // *The Yale Law Journal*. 1968. Vol. 77, № 5. P. 880—935.

<sup>2</sup> См., напр.: *Hall J.* Culture, Comparative Law and Jurisprudence // *Hall J.* Studies in Jurisprudence and Criminal Theory. N.Y., 1958. P. 103—118.

<sup>3</sup> См., напр.: *Hall J.* Science and Reform in Criminal Law // *Hall J.* Studies in Jurisprudence and Criminal Theory. N.Y., 1958. P. 236—238 et cet.

<sup>4</sup> *Берман Г.Дж.* Указ. соч. С. 48.

<sup>5</sup> Там же.

<sup>6</sup> См.: *Pradel J.* Droit pénal comparé P. 113.

<sup>7</sup> Ibid.

Далее, продолжает автор, деление на системы «западного» права и социалистического права утратило смысл, а противопоставление светских и религиозных уголовно-правовых систем малоценно, во-первых, за незначительностью числа государств, воспринявших мусульманское уголовное право, и, во-вторых, за смешением в последних светского и религиозного в различных отраслях права<sup>1</sup>. Таким образом, по его мнению, очевидно, что общие компаративистские классификации не отражают особенностей уголовно-правовых моделей.

В поисках пригодного для уголовного права типологического критерия Жан Прадель обращается к наполняемому им достаточно емким идеологическим и функциональным содержанием понятию «репрессии»<sup>2</sup>. Подчеркивая прежнюю суровость, «репрессивность» любой уголовно-правовой системы, он полагает, что сегодня, напротив, можно говорить о существовании двух основных уголовно-правовых моделей: авторитарной (с ее верой в репрессию) и либеральной (где эта вера не столь сильна). При этом авторитарная модель подразделяется на две разновидности: традиционную (с ее идеей о суровом уголовном праве как необходимом для поддержания общественного порядка) и современную (с ее идеей о возможности посредством сурового уголовного права добиться социальных и политических изменений). К характерным чертам авторитарной модели первого типа Жан Прадель относит, в частности, технику построения неопределенных диспозиций, уголовную наказуемость множества незначительных правонарушений, использование в качестве основного вида наказания лишения свободы, сужение пределов судейского усмотрения при назначении наказания за счет увеличения сроков лишения свободы, отнесение вопроса о досрочном освобождении к компетенции административных органов, сохранение смертной казни как на практике применяющегося вида уголовного наказания, профессионализацию судейского корпуса с отстранением присяжных от уголовного процесса и т.д.<sup>3</sup>. К авторитарной модели второго типа, по его мнению, относится современный Китай и ранее относился Советский Союз и страны социали-

<sup>1</sup> См.: Ibid.

<sup>2</sup> См.: Ibid. P. 113—114.

<sup>3</sup> См.: Ibid. P. 115—129.

стического лагеря, где на основе идеологии марксизма-ленинизма уголовное право предназначается для полного искоренения преступности как пережитка капитализма<sup>1</sup>. Либеральную модель, как считает Жан Прадель, напротив, характеризуют уважение человеческого достоинства: применительно к преступнику уголовное право этой модели нацелено на его ресоциализацию, а применительно к потерпевшему — на возмещение ему понесенных убытков<sup>2</sup>. Как и авторитарная модель, либеральная также распадается на две разновидности: просто смягчающую существующую уголовно-правовую систему и, напротив, заменяющую ее в определенной части системой неуголовного характера. В первой из упомянутых, как и в авторитарной модели, сохраняется вера в действенность уголовной репрессии, однако имеет место смягчение излишней суровости авторитарной модели: смертная казнь воспринимается с неодобрением, лишение свободы рассматривается не как основной вид наказания, а как наказание *ultima ratio*, судья наделяется широкими полномочиями по индивидуализации наказания и т.д.<sup>3</sup>. Либеральная модель, заменяющая уголовно-правовые санкции системой мер неуголовного характера, связана, во-первых, с депенализацией (т.е. переводом в разряд административных нарушений) незначительных правонарушений или даже с декриминализацией ряда деяний, ранее признававшихся преступными (например, в либеральных уголовно-правовых моделях декриминализованы супружеская измена и гомосексуальные половые связи; могут быть декриминализованы аборт и эвтаназия), и, во-вторых, с широким применением без задействования «традиционного» механизма уголовной юстиции мер предупреждения преступлений или мер постпреступного неуголовного по природе своей воздействия<sup>4</sup>.

Анализируется Жаном Праделем и динамика уголовно-правовых моделей от авторитаризма к либерализму и в обратном направлении, которая, по его мнению, может происходить под воздействием как внутренних, так и внешних по отношению к уголовно-правовой системе факторов<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> См.: Ibid. P. 129—136.

<sup>2</sup> См.: Ibid. P. 136—137.

<sup>3</sup> См.: Ibid. P. 138—145.

<sup>4</sup> См.: Ibid. P. 145—171.

<sup>5</sup> См.: Ibid. P. 171—221.

Заслуживает внимания то, что применительно к рассматриваемой типологии сразу же делается несколько оговорок: во-первых, отмечается приблизительность предложенного критерия; во-вторых, говорится о возможном частичном «наслаивании» двух моделей в границах одной страны; в-третьих, подчеркивается неизбежный релятивизм при оценке характера конкретных институтов уголовного права<sup>1</sup>. Итогом оговорок становится отсутствие определенности в принципиальном вопросе о том, уголовно-правовые системы каких государств (хотя бы условно) можно отнести к одной из двух моделей. Так, различные институты одних и тех же стран часто приводятся в качестве примеров-признаков, указывающих в одном случае на авторитарность уголовно-правовых систем, а в другом — на их либеральность. Более того, как следствие приблизительности, Жан Прадель вынужден часто противопоставлять традиционные для компаративиста системы общего права и романо-германского права<sup>2</sup>.

Таким образом, предлагающиеся типологии уголовно-правовых систем современного мира в известной степени либо страдают «западноцентризмом», либо копируют частноправовые типологии, либо носят слишком «приблизительный» характер.

Представляется, что в области уголовного права можно создать самостоятельную типологизацию уголовно-правовых систем современного мира<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> См.: Ibid. P. 114—115.

<sup>2</sup> См., напр.: Ibid. P. 228 et seq., 391 et seq., 408 et seq., 414 et seq., 471 et seq.

<sup>3</sup> Что касается приложимости выдвигаемой типологии к области уголовного процесса, здесь вопрос следует оставить пока что открытым. С одной стороны, процессуальное право самостоятельно и потому может заслуживать самостоятельной типологизации; с другой — и этот момент принципиален в рассматриваемом контексте — процесс «обслуживает» материальное право, и «уголовно-процессуальные семьи», выделяемые в зависимости от типа процесса, нельзя не увязать с типологией уголовно-правовых систем.

Так, в семье общего права «абсолютная» состязательность процесса, недопустимость пересмотра оправдательных приговоров с несомненностью отражают идею человека; компенсирует эти «издержки», в свою очередь, ряд институтов уголовного права, немислимы для континентальной правовой семьи и позволяющих добиться осуждения с меньшими затратами (например, строгая и конструктивная ответственность, «перемещенное» на обвиняемого бремя доказывания обстоятельств, исключающих ответственность).

Напротив, в семье континентального права элементы «инквизиционности» позволяют добиться осуждения исключительно процессуальными средствами, не прибегая к уловкам материального права.

Поэтому столь опасными видятся попытки слепого копирования ряда процессуальных концепций общего права в российский уголовный процесс, принадлежащий к иной правовой семье.

В силу особенностей исторического развития права в целом и уголовного права в частности в той или иной стране в данной уголовно-правовой системе всегда (или до тех пор, пока ее можно относить к конкретной уголовно-правовой семье) доминирует определенная *идея*. Эта идея многогранна: она отражает предназначение данной системы уголовного права, определяет построение и отчасти содержательное наполнение последней; носит во многом неосознаваемый, неосязаемый характер, но существует вместе с тем реально, объединяя общество в его отношении к уголовному праву, отражая защищаемые последним ценности и выражаясь с той или иной степенью четкости в письменной форме. В самом общем виде она сводится к тому, *что (кто)* является доминантой в уголовном праве. Таких доминант может быть *пять*: **человек, закон, Бог, общество и семья**. Соответственно, на основе этих доминирующих идей можно выделять *уголовно-правовые семьи общего права, континентального права, религиозного права, общинного права и обычного права*.

К сказанному следует добавить несколько частных замечаний.

Во-первых, применительно к уголовно-правовым системам ряда стран отнесение их к той или иной семье носит приблизительный характер (как, например, в случае с Индией или Японией) в силу существования феномена «гибридных» уголовно-правовых систем, в которых исторически неразрывно соединились идеи, принципы и институты нескольких уголовно-правовых систем.

Во-вторых, в предложенную типологию не вписываются уголовно-правовые системы тоталитарных режимов, в которых одной из задач становится как явное, так и скрытое истребление противников в том числе и средствами уголовного права (фашистское право, китайское право периода «культурной революции» и т.п.). Здесь в принципе речь вряд ли может идти о праве как таковом.

В-третьих, сознательное избегание по возможности географических привязок (англо-американская или англосаксонская семья, романо-германская, дальневосточная и т.д.) обусловлено выходом уголовно-правовых семей за их исторические географические границы.

Следующая глава будет посвящена более подробному анализу особенностей выделенных уголовно-правовых семей и их взаимодействию между собой.

## Глава II. ИСТОРИЧЕСКОЕ РАЗВИТИЕ И ОТЛИЧИТЕЛЬНЫЕ ЧЕРТЫ УГОЛОВНО-ПРАВОВЫХ СЕМЕЙ

### § 1. Семья общего права

#### § 1.1. Возникновение, историческое развитие и типологические особенности семьи общего права

В силу исторических особенностей своего развития семья общего права представляет собой уголовно-правовые системы ряда стран мира, являвшихся в разное время колониями (владениями) британской короны. До настоящего дня эти системы объединены на исторически единой теоретической, прецедентной и статутной основе, ядром которой составляет английское право. Поэтому отправной точкой в изучении семьи общего права и выявлении доминирующей в ней идеи является исследование истории английского уголовного права.

Начинать поиск корней современного английского уголовного права следует с эпохи, предшествовавшей норманнскому завоеванию Англии. Обратившись к тому времени, можно выделить три крупных историко-временных промежутка, кардинально отличающихся друг от друга.

Первый из них, чьи истоки теряются во тьме веков, а конец можно связать с римским завоеванием британского острова в 43 г. н.э., — это кельтская эпоха. Она не оставила сколь-нибудь заметных достоверных следов не только в области уголовного права, но и применительно к праву в целом. Все, на что можно опираться при изучении кельтской культуры, — это сообщения римских историков, интересные сами по себе, но малоценные и сомнительные со строго научной точки зрения<sup>1</sup>. Пожалуй, не подлежит сомнению лишь итоговый вывод: кельтская эпоха, подавленная вначале римлянами и затем окончательно разрушенная вторгшимися на остров варварами-англосаксами, едва ли может стать искомой отправной точкой.

<sup>1</sup> См. подр.: Pollock F., Maitland F.W. The History of English Law Before the Time of Edward I. 2<sup>nd</sup> ed. Vol. I. Cambridge, 1898. P. xxviii-xxx; Pike L.O. A History of Crime in England. Illustrating the Changes of the Laws in the Progress of Civilisation. Written from the Public Records and Other Contemporary Evidence. Vol. I: From the Roman Invasion to the Accession of Henry VII. London, 1873. P. 7—12.

Не столь однозначен на первый взгляд период римского владычества, продлившийся в Британии с середины I по начало V вв.

Бесспорно, влияние римской культуры на современную западную цивилизацию и, в частности и в особенности, на право огромно. Но, вместе с тем, момент принципиальной важности заключается в следующем: если у континентальных народов романизация была глубокой настолько, насколько то оказалось возможным, то Британия, напротив, по практически общепризнанному мнению, «восприняла лишь слабые зачатки римских искусств, ремесел и образованности»<sup>1</sup> и «сравнительно с Галлией и Испанией... оставалась слабо романизированной римской провинцией»<sup>2</sup>. Иными словами, восприятие римского уклада жизни впоследствии, с варварскими завоеваниями, оказалось способно создать на континенте непрерывную традицию определенной цивилизованности, преемственности (хотя бы по большей части только внешней) двух исторических эпох. На британском же острове римское господство непосредственно не повлияло на будущее английское право и, как справедливо отмечают Фредерик Поллок и Фредерик У. Мэйтланд, в этой области «все, что является римским или романизированным, может быть объяснено более поздними привнесениями»<sup>3</sup>. Суммируя сказанное, нельзя не согласиться с замечанием Шарля Пти-Дютайи, согласно которому историк английского права *ex officio* должен быть «германистом», но никак не «романистом»<sup>4</sup>. Наблюдение это, в свою очередь, подтверждается тем, что «германский» подход присущ ведущим исследованиям по английскому праву в целом и уголовному праву в частности<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Маколей Т.Б. Англия и Европа. Избранные эссе / Пер. с англ. Д.В. Соловьева. СПб., 2001. С. 14.

См. также: Петрушевский Д.М. Очерки из истории средневекового общества и государства. М., 2003. С. 284—288.

<sup>2</sup> Петрушевский Д.М. Указ. соч. С. 286.

<sup>3</sup> Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Vol. I. P. xxxi-xxxii.

Ср. также: Stephen J.F. A History of the Criminal Law of England. Vol. I. P. 49.

<sup>4</sup> См.: Пти-Дютайи Ш. Феодальная монархия во Франции и в Англии X—XIII веков / Пер. с франц. С.П. Моравского. СПб., 2001. С. 39—41.

<sup>5</sup> См., напр.: Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Vol. I. P. xxviii et seq.; Pike L.O. Op. cit. P. 7 et seq.; Стифен Дж.Ф. Указ. соч. С. 14—19; Нукифоров Б.С. Учение о виновности в английском уголовном праве: Дис. ... канд. юрид. наук / Институт права Академии наук СССР. М., 1945. С. 2—5.

Придерживаясь «германской» концепции, необходимо рассмотреть право англосаксонских племен, завоевавших британский остров в V — начале VII вв. и господствовавших на нем вплоть до XI в.<sup>1</sup>

Как и все уголовно-правовые системы раннего Средневековья, англосаксонское право стремилось прежде всего водворить мир в общине и предотвратить кровную месть. Средством к достижению этого служила своеобразная система наказаний, видами которой были объявление вне закона, смертная казнь, членовредительство, но преимущественно — хорошо тарифицированная система композиций или денежных штрафов. Существовавшая система отправления правосудия по большей части сталкивалась, во-первых, с реальным, осязаемым вредом — гибелью, увечьем или оскорблением человека, насилием над ним либо имущественным ущербом; во-вторых, с человеком, чьими активными действиями первый был причинен; в-третьих, с необходимостью восстановить доступными средствами мир и спокойствие в общине и предотвратить кровную месть. Отражение борьбы с преступной действительностью в памятниках права (правдах англосаксонских королей) преимущественно имеет место в области процессуальных постановлений, нацеленных на регламентацию процедур по разрешению конфликтных ситуаций. Те нормы, которые можно было бы назвать материально-правовыми (если в ту эпоху вообще можно различить материальные и процессуальные нормы) практически полностью посвящены казуистической регламентации размера композиционных штрафов.

На смену англосаксонской государственной раздробленности в 1066 г. пришло централизованное норманнское господство. Тем не ме-

<sup>1</sup> Великолепные теоретические исследования уголовного права англосаксонской эпохи содержатся в следующих работах: Plucknett T.F.T. Edward I and Criminal Law: The Wiles Lectures Given at the Queen's University, Belfast, 1958. Cambridge, 1960. P. 3—50; Доженкс Э. Английское право. (Источники права. Судостроительство. Судопроизводство. Уголовное право. Гражданское право.) / Пер. Л.А. Лунц; предисл. М.М. Исаева, Л.А. Лунц. М., 1947. С. 13—18; Pollock F., Maitland F.W. The History of English Law Before the Time of Edward I. 2<sup>nd</sup> ed. Vol. II. Cambridge, 1898. P. 448—511; Cherry R.R. Lectures on the Growth of Criminal Law in Ancient Communities. London, 1890. P. 78—92; Stephen J.F. A History of the Criminal Law of England. Vol. I. P. 51—74; Pike L.O. Op. cit. P. 7—95; Pollock F. English Law before the Norman Conquest // Select Essays in Anglo-American Legal History. In Three Volumes. Vol. I. General Surveys. Boston, 1907. P. 88—108; Нукифоров Б.С. Указ. дис. С. 55—111.



нее, с 1066 г. и до середины XII в. система отправления правосудия не претерпела серьезных изменений по сравнению с предшествующей эпохой. Дела разбирались в местечковых и феодальных судах на основе уголовного права, являвшего собой частично записанный свод сугубо локальных обычаев, значительно отличавшихся друг от друга по всей Англии. Норманнское завоевание не изменило кардинальным образом действовавшего англосаксонского уголовного права.

Однако уже во второй половине XII в. старая система отправления правосудия и старая система уголовного права исчезли. Связано это было с реформами Генриха II (1154—1189 гг.). Взамен старой структуры местной и феодальной юрисдикции по уголовным делам, базировавшейся на местных и феодальных правовых порядках, была создана королевская уголовная юрисдикция<sup>1</sup>. Согласно Кларендонской ассизе 1166 г., жюри присяжных в определенной местности было уполномочено обвинить то или иное лицо в совершении убийства, кражи, грабежа или их укрывательства, передавая тем самым дело на рассмотрение королевских разъездных (или «ассизных») судей (*justiciarii itinerantes*), небольшой корпус которых был единым для всей страны. И хотя процессуально институт признания виновным еще некоторое время после принятия Кларендонской ассизы продолжал оставаться прежним, основанным на «магико-механических», по выражению Гарольда Дж. Бермана<sup>2</sup>, методах доказывания путем судебного испытания, компургации и поединка, а судьи посещали подпадавшие под их юрисдикцию земли хотя и регулярно, но редко, но все же основа для выработки *общего* для всей страны королевского уголовного права была заложена: судьи, применяя местные обычаи и обмениваясь в Вестминстере и корпорациях юристов (*иннах*) опытом, постепенно «слива-

<sup>1</sup> О судебной системе этого периода см. подр.: *Durston G. Crime and Justice in Early Modern England: 1500—1750*. Chichester, 2004. P. 379—407, 471—473; *Plucknett T.F.T. A Concise History of the Common Law*. 5th ed. Boston, 1956. P. 11—19, 139—156; *Романов А.К.* Правовая система Англии: Учеб. пос. 2-е изд., испр. М., 2002. С. 65—78; *Дженкс Э.* Указ. соч. С. 18—21, 51—53; *Thompson G.J.* The Development of the Anglo-American Judicial System. Part I // *Cornell Law Quarterly*. 1931. Vol. 17, № 1. P. 22—33; *Green A.S.* The Centralization of Norman Justice under Henry II // *Select Essays in Anglo-American Legal History*. In Three Volumes. Vol. I. *General Surveys*. Boston, 1907. P. 111—138; *Апарова Т.В.* Основные исторические тенденции английского прецедентного права // *Ученые записки Вsesоюзного юридического заочного института*. Вып. XVII, ч. III. М., 1968. С. 130—139.

<sup>2</sup> *Берман Г.Дж.* Указ. соч. С. 86.

ли» разнородные установления в единый свод норм. Так появляется сам термин «*общее право*» (*common law*), обозначающий право, противопоставляемое местным обычаям.

Итак, с рубежа XII—XIII вв. начинается первый период в истории английского уголовного права — *период становления*. Характеризуется он следующими моментами. Во-первых, на основе трехчленной категоризации преступлений на измену (*treason*), фелонии (*felony*) и мисдиминоры (*misdemeanor*) структурно обособляются и развиваются основные, сохранившиеся до настоящего дня разновидности преступных деяний, так что, по меткому замечанию Джеймса Ф. Стифена, «вся, изучаемая нами теперь, отрасль уголовного права держится на определениях Брактона (имеется в виду трактат Генри де Брактона «О законах и обычаях Англии» (*De Legibus Et Consuetudinibus Angliae*), появившийся около 1254—1256 гг. — *Г.Е.*)»<sup>1</sup>. Во-вторых, параллельно с разработкой терминологии из области преступлений развивается институт «оснований защиты» (*defences*) от уголовного преследования, позволяющих смягчить либо вовсе исключить уголовное вменение деяния. Так, в XIII в. появляются основания защиты *per infortunium u se defendendo*, связанные соответственно со случайным причинением вреда и причинением вреда в состоянии самообороны; к началу XIV в. вполне определено как основание защиты начинают рассматриваться ссылки на малолетний возраст виновного или на его безумие. В-третьих, закладывается фундамент ряда институтов общей части: неоконченного преступления, соучастия, сговора и т.д. В-четвертых, формируется ставшая на многие века символом английского уголовного права «кровавая» система наказаний.

На протяжении последующих трех с половиной столетий развитие уголовного права является исключительно заслугой судебной системы, к которому время от времени (но крайне редко) присоединяется законодатель. «Основная характеристика уголовного права этого периода заключается в присущей ему странной смеси исключительной жестокости и исключительной слабости и неэффективности. Мужчина, не умевший читать, и женщина, умела ли она читать либо же нет, должны были быть повешены за похищение двух шиллингов. Но хладнокровный убийца наихудшего рода, знавший чтение, избегал почти всякого наказа-

<sup>1</sup> *Стифен Дж.Ф.* Указ. соч. С. 43.

ния, если он единственно не был женат на вдове<sup>1</sup>. Более того, вся система работала посредством присяжных, которые могли подвергаться и постоянно подвергались всем видам подкупа»<sup>2</sup>.

Второй период развития английского уголовного права охватывает XVII — начало XIX вв. и может быть назван *периодом доктринальной обработки*, когда из хаотичного массива накопившихся прецедентов и статутных установлений Эдуардом Коуком<sup>3</sup>, Уильямом Хоукинсом<sup>4</sup>, Мэттью Хэйлом<sup>5</sup>, Майклом Фостером<sup>6</sup> и Уильямом Блэкстоуном<sup>7</sup>

<sup>1</sup> В двух последних предложениях речь идет о так называемой «привилегии церкви» (*privilege clerical, benefice du clergé*), в силу которой мужчина, умевший читать, считался клириком; по его осуждению светским судом с него снимался постановленный приговор, и он отсылался епископу для нового разбирательства дела церковным судом и назначения, в случае признания его виновным, соответствующего наказания. На практике это означало либо полное оправдание при помощи очистительной присяги, либо несоизмеримо меньшее по сравнению со светским наказанием, которое даже за самое серьезное преступление могло сводиться к церковному покаянию. Сфера действия привилегии церкви, поначалу неограниченная, в конце XV — первой половине XVI вв. сужается, и в 1827 г. ст. 6 Закона об уголовном праве (Criminal Law Act, 7 & 8 Geo. IV, с. 28) она отменяется окончательно. — *Г.Е.*

<sup>2</sup> *Stephen J.F. A History of the Criminal Law of England. In Three Volumes. Vol. II. London, 1883. P. 204.*

<sup>3</sup> См.: *Coke E. The Third Part of the Institutes of the Laws of England; Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown. And Criminal Causes. London, 1809.* Об Эдуарде Коуке см. подр.: *Plucknett T.F.T. A Concise History of the Common Law. P. 281—284; MacKinnon F.D. Sir Edward Coke // The Law Quarterly Review. 1935. Vol. 51, № 202. P. 289—298.*

<sup>4</sup> См.: *Hawkins W. A Treatise of the Pleas of the Crown: Or a System of the Principal Matters relating to that Subject, digested under their proper Heads. The Second Edition corrected, with the Addition of Some References. In Two Books. Book I. London, 1724-1726.*

Об Уильяме Хоукинсе см. подр.: *Winfield P.H. The Chief Sources of English Legal History. Cambridge (Mass.), 1925. P. 325—326.*

<sup>5</sup> См.: *Hale M. Historia Placitorum Coronae = The History of the Pleas of the Crown / Now First Pub. from His Lordship's Original Manuscript, and the Several References to the Records Examined by the Originals, with Large Notes; by Sollom Emlyn. Volume I. London, 1736.*

О Мэттью Хэйле см. подр.: *Holdsworth W.S. Sir Matthew Hale // The Law Quarterly Review. 1923. Vol. 39, № 156. P. 402—426.*

<sup>6</sup> См.: *Foster M. A Report of Some Proceedings on Commission of Oyer and Terminer and Goal Delivery for the Trial of the Rebels in the Year 1746 in the County of Surry, and of other Crown Cases; To Which Are Added Discourses upon a Few Branches of the Crown Law. Oxford: Printed at the Clarendon Press; sold by M. Withers and T. Osborne; London, 1762.*

О Майкле Фостере см. подр.: *Winfield P.H. Op. cit. P. 328.*

<sup>7</sup> См.: *Blackstone W. Commentaries on the Laws of England: In Four Books / First Edition. Volume IV: Of Public Wrongs. Oxford, 1769.*

Об Уильяме Блэкстоуне в общем и в контексте уголовного права в особенности см. подр.: *Plucknett T.F.T. A Concise History of the Common Law. P. 285—287; Hanbury H.G. Blackstone in Retrospect // The Law Quarterly Review. 1950. Vol. 66, № 263. P. 318—331, 343—347.*

создается стройная система уголовного права. О значимости проделанной ими работы свидетельствует тот факт, что труды их до настоящего времени сохраняют значение «авторитетных» источников уголовного права в странах семьи общего права. Тем не менее, систематическое упорядочение уголовно-правовой материи вначале лишь незначительно коснулось содержательного наполнения права, которое в отсутствие доктрины прецедента (последняя более современного происхождения<sup>1</sup>) продолжало развиваться иногда последовательно, а иногда хаотично под влиянием сиюминутных воззрений судей на то, что есть право. Только с течением времени в судах начинают все чаще звучать ссылки на предыдущие прецеденты, а судьи все чаще прибегают к ним для обоснования своей позиции как к полезному (хотя пока еще и необязательному) руководству.

Следующий период может быть назван *периодом консолидации и гуманизации*. И хотя начало его связывается с первой четвертью XIX в., сами по себе истоки следует искать в веке английского Просвещения, последовавшем вслед за «Славной революцией» 1688 г. В это время, в XVIII в., английское уголовное право, впоследствии не без оснований названное «кровавым кодексом», представляло собой весьма неприглядную картину. Запутанность прецедентного права, многочисленность и противоречивость статутов, накопившихся более чем за пять столетий, бессмысленная кровавость в сочетании с неэффективностью предписываемых наказаний, когда подавляющее большинство преступлений именовалось «фелониями», *de iure* неизбежно влекущими наказание виселицей, но *de facto* заменявшейся куда как более мягкими санкциями, — все это вынуждало даже такого апологета существовавшей системы права, как Уильям Блэкстоун, осторожно отмечать «некоторые детали, которые представляются заслуживающими пересмотра и дополнения»<sup>2</sup>. Наиболее же беспощадная критика уголовно-

<sup>1</sup> О появлении современной доктрины прецедента см. подр.: *Cross R., Harris J.W. Precedent in English Law. 4th ed. Oxford, 2004. P. 3—7, 24—38 et cet.; Durston G. Op. cit. P. 489—493; Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 256—257; Plucknett T.F.T. A Concise History of the Common Law. P. 342—350; Анарова Т.В. Прецедент в английском праве (историко-юридическое исследование): Дис. ... канд. юрид. наук / Всесоюз. юрид. заоч. ин-т. М., 1968. С. 11—17 et cet.*

<sup>2</sup> *Blackstone W. Op. cit. Vol. IV. P. 3.*

правовой системы последовала со стороны Иеремии Бентама, философа, юриста, историка и одного из виднейших английских мыслителей рубежа XVIII—XIX вв., который предлагал через упорядочение (или кодификацию; истолковывать это слово здесь следует не в строго современном его значении, а в бентамовском понимании) правового материала преобразовать уголовное право, рискуя в противном случае «оставить науку в том мраке, в котором мы ее находим»<sup>1</sup>.

К началу XIX в. необходимость перемен в уголовно-правовой сфере стала очевидной. Вначале реформаторское движение сосредоточилось исключительно на смертной казни, поставив своей целью смягчение излишне сурового законодательства. Для этого был избран путь консолидации разновременных статутов в нескольких областях уголовного права с заменой в «консолидирующем» статуте предписанной за малозначительные преступления виселицы более мягкими видами наказаний. В 1827—1830 гг. и 1832—1833 гг. были приняты две серии консолидирующих актов, кардинальным образом сузившие сферу применения смертной казни.

В 1833 г. лорд-канцлером кабинета вигов Генри Бруэмом назначается Королевская комиссия по уголовному праву для «сведения в один статут всех статутов и узаконений, касающихся преступлений, их судебного рассмотрения и наказания, а также сведения в один другой статут всех положений общего (или неписаного) права, касающихся того же самого, и изучения с отчетом того, насколько может быть приемлемо объединение обоих указанных статутов в один корпус уголовного права, отменяющий все другие статутные положения...»<sup>2</sup>. Находясь под влиянием бентамовских идей кодификации<sup>3</sup>, достаточно сказать, что до 1836 г. среди членов комиссии был Джон Остин, ученик Иеремии Бентама и последовательный сторонник идеи кодификации

<sup>1</sup> Бентам И. Основные начала уголовного кодекса // Избранные сочинения Иеремии Бентама / Пер. с англ. и франц. А.Н. Пыпина и А.Н. Неведомского; с предисл. Ю.Г. Жуковского. Т. 1. СПб., 1867. С. 473.

<sup>2</sup> Цит. по: Farmer L. Reconstructing the English Codification Debate: The Criminal Law Commissioners, 1833-45 // Law and History Review. 2000. Vol. 18, № 2. P. 403.

<sup>3</sup> О степени этого влияния см. подр.: Farmer L. Reconstructing the English Codification Debate... P. 397-425; Lobban M. How Benthamic Was the Criminal Law Commission? // Law and History Review. 2000. Vol. 18, № 2. P. 427—432; Farmer L. «The Principle of the Codification We Recommend Has Never Yet Been Understood» // Law and History Review. 2000. Vol. 18, № 2. P. 441—443.

уголовного права — комиссия за время своей работы представила восемь отчетов, в том числе в 1843 г. первый проект Уголовного кодекса. Но попытки в 1845—1854 гг. добиться законодательного закрепления выдвинутых предложений успеха не имели вследствие яркой оппозиции судейско-адвокатского сословия (девизом которой стали слова серджента (судьи) Беста, произнесенные им в 1813 г. в дебатах против отмены смертной казни за кражу из магазина: *Nolumus leges Angli? mutari* <sup>1</sup>).

Значимым событием в реформировании Уголовного права стало принятие в 1861 г. серии консолидирующих актов, разработанных на основе итогов деятельности двух упомянутых комиссий и охвативших собой наиболее значимые области уголовного права. Некоторые из них (в частности, Закон о соучастниках и пособниках (Accessories and Abettors Act, 24 & 25 Vic., с. 94) и Закон о преступлениях против личности (Offences against the Person Act, 24 & 25 Vic., с. 100)) действуют до сегодняшнего дня, образуя одну из ведущих составляющих в фундаменте современного английского уголовного права.

Последним крупным событием рассматриваемого периода стало появление в конце 1870-х гг. проекта Уголовного кодекса, подготовленного комиссией под руководством Джеймса Ф. Стифена. Внесенный в парламент, он, тем не менее, так и не стал законом<sup>2</sup>. При этом сам по себе проект обладал несомненными достоинствами. Отражая стифеновское понимание кодификации как «сведения существующего права в упорядоченную писаную систему, освобожденную от ненужных техничностей, неясностей и прочих дефектов, которые выявила практика его применения»<sup>3</sup>, он суммировал в краткой и доступ-

<sup>1</sup> См. подр.: Gardiner G., Curtis-Raleigh N. The Judicial Attitude to Penal Reform // The Law Quarterly Review. 1949. Vol. 65, № 258. P. 196—219.

<sup>2</sup> См. подр.: Stephen J.F. A History of the Criminal Law of England. Vol. I. P. v-vii; Чупрова Е.В. Ответственность за экономические преступления по уголовному праву Англии. М., 2007. С. 7—10; Есаков Г.А. Кодификация уголовного права Англии (к 160-летию первого проекта уголовного кодекса) // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке / Материалы международной научно-практической конференции. 29—30 января 2004 г. М., 2004. С. 495—502; Kadish S.H. The Model Penal Code's Historical Antecedents // Rutgers Law Journal. 1988. Vol. 19, № 3. P. 529—534; Dennis I. The Codification of English Criminal Law // Justice and Comparative Law: Anglo-Soviet Perspectives on Criminal Law, Evidence, and Sentencing Policy / Edited by W.E. Butler. Dordrecht, 1987. P. 43—53.

<sup>3</sup> Stephen J.F. A History of the Criminal Law of England. In Three Volumes. Vol. III. London, 1883. P. 350.

ной форме наработки общего права и устранял большинство его недостатков, ликвидировал ряд архаичных институтов и норм (в частности, серьезно реформировал понятия тяжкого и простого убийств), а также содержал достаточно удачную (хотя и консервативно-суровую) систему наказаний. Лучшим свидетельством в пользу проекта является то, что стифеновские «Дигесты уголовного права»<sup>1</sup>, ставшие его основой, последовательно переиздаются вот уже на протяжении почти 140 лет, а текст проекта стал основой для действующих до сего дня кодексов Канады (1892 г.) и Новой Зеландии (1961 г.), а также оказал ощутимое влияние на кодексы таких штатов Австралии, как Куинсленд (1899 г.), Западная Австралия (1913 г.) и Тасмания (1924 г.).

После появления стифеновского кодификационного проекта период консолидации и гуманизации оканчивается, и на смену ему приходит *период стагнации уголовного права* (слово «стагнация» в данном контексте следует понимать скорее в нейтральном смысле отсутствия значимого развития, консервативной реакции, а не в негативном смысле упадка). Покоясь, с одной стороны, на серии консолидирующих актов XIX в., смягчивших уголовное право и до определенной степени систематизировавших его, и, с другой, на массиве многовековых наслоений судебной практики, английское уголовное право по сути своей не претерпевает в конце XIX — первой половине XX вв. сколь-нибудь значимых изменений. Как отмечал Роланд Барроуз в 1935 г. в заметках на пятидесятилетний юбилей журнала *The Law Quarterly Review*, «в 1885 г. беспристрастный наблюдатель мог бы прийти к выводу, что английская уголовная юриспруденция достигла стадии, близкой к совершенству. ...В 1885 г. ...обоснованным выглядело пророчество, по которому уголовное право вскоре будет воплощено в кодексе и впоследствии будет претерпевать лишь незначительные (если вообще какие-то) изменения. Система уголовного права и процесс были таковы, что ими наблюдатель мог бы по праву гордиться. ...Однако какие бы радикальные изменения с тех пор не произо-

<sup>1</sup> По своей структуре эта работа Джеймса Ф. Стифена представляет собой подобие Уголовного кодекса, подразделенного на части, главы и статьи с выделением того, что в романо-германской традиции принято называть общей частью, и с систематизированной, говоря тем же языком, частью особенной.

шли, по сути система покоится в 1935 г. на тех же принципах, что и в 1885 г.»<sup>1</sup>.

В течение этого периода издаются отдельные консолидирующие либо реформирующие право акты, отменяются устаревшие статуты, однако о полномасштабной реформе уголовного права речи не идет. Можно говорить даже об определенной консервативной судебской реакции в эту эпоху, когда вслед за практически полным невмешательством законодателя в область уголовного права судьями реанимируются ранее казалось бы забытые ими концепции средневекового уголовного права.

С другой стороны, именно в это время оживляется доктринальная обработка стабилизировавшегося корпуса уголовного права. Получают известность такие труды, как трехтомная «История уголовного права Англии» (1883 г.) и «Дигесты уголовного права» (1877 г.) Джеймса Ф. Стифена, «Основы уголовного права» Кортни С. Кенни (1902 г.), «Общая часть уголовного права» Глэнвилла Л. Уильямса (1953 г.). Регулярно переиздается с обновляющимся прецедентно-статутным материалом курс уголовного права Уильяма О. Расселла, впервые изданный в начале XIX в. Известность получают также работы таких авторов, как Дж. У. Сесил Тернэр, Джон К. Смит, Герберт Л. А. Харт, Леон Радзинович и др. В целом можно сказать, что именно доктриной уголовного права, ее здоровой рационализирующей критикой существующего корпуса уголовного права подготавливается следующий период в развитии последнего.

В 1957 г. с принятием Закона об убийстве (Homicide Act, 5 & 6 Eliz. II, с. 11) период стагнации сменяется *современным периодом развития уголовного права*. За те полстолетия, что он длится, можно сказать, что уголовное право Англии претерпело такие изменения, с которыми по их значимости в исторической перспективе могут сравниться только гуманизирующие и консолидирующие статуты XIX в., доктринальные труды XVII—XVIII вв. и само по себе появление общего права во второй половине XII — первой половине XIII вв.

Так, Закон об убийстве 1957 г. кардинальным образом реформировал понятие тяжкого убийства; Закон об уголовном праве 1967 г. (Cri-

<sup>1</sup> *Burrows R. Criminal Law and Procedure // The Law Quarterly Review. 1935. Vol. 51, № 201. P. 36-37.*

minal Law Act, 1967, с. 58) положил конец насчитывавшему почти восемь столетий делению преступлений на фелонии и мисдиминоры; Законы о краже 1968 г. и 1978 г. (Theft Act, 1968, с. 60; Theft Act, 1978, с. 31), Закон о преступном причинении ущерба 1971 г. (Criminal Damage Act, 1971, с. 48), Закон об уголовном праве 1977 г. (Criminal Law Act, 1977, с. 45) и Закон о преступных покушениях 1981 г. (Criminal Attempts Act, 1981, с. 47) прояснили запутанные до того прецедентным правом важные институты уголовного права.

В 1965 г. с целью способствования реформе права формируется Правовая комиссия для Англии и Уэльса, определившая в качестве одной из своих целей кодификацию уголовного права<sup>1</sup>. В 1981 г. вне Правовой комиссии (хотя и под ее покровительством) создается группа по уголовному праву, в которую входят три видных профессора-криминалиста во главе с крупнейшим английским ученым последних десятилетий прошлого века Джоном К. Смитом. Проект уголовного кодекса и отчет по проекту был представлен группой в 1984 г. и в следующем, 1985 г., опубликован<sup>2</sup>. Изначально проект предполагался состоящим из четырех частей, охватывающих материальное (части I и II), процессуальное (часть III) и исполнительное (часть IV) уголовное право, однако группой были представлены только первые две части. Более того, второй частью проекта («Конкретные преступления») кодифицировались только преступления против личности и причинение вреда собственности, хотя практически все нормы первой части («Общие принципы ответственности») предполагались распространяющимися на все преступления. К проекту были присоединены в качестве неотъемлемой части (хотя и не имеющей силу закона) «иллюстрации», т.е. примеры, помогающие уяснить смысл его положений.

После доработки проекта в Правовой комиссии в марте 1989 г. он был направлен лорду-канцлеру<sup>3</sup>. Тем не менее, хотя проект содержал

<sup>1</sup> См. подр.: *Dennis I. The Codification of English Criminal Law*. P. 43—53.

<sup>2</sup> См.: *Criminal Law: Codification of the Criminal Law. A report to the Law Commission / Law Com. No. 143*. London, 1985.

<sup>3</sup> См.: *Criminal Law: A Criminal Code for England and Wales. Volume 1. Report and Draft Criminal Code Bill / Law Com. No. 177*. London, 1989; *Criminal Law: A Criminal Code for England and Wales. Volume 2. Commentary on Draft Criminal Code Bill / Law Com. No. 177*. London, 1989.

много заслуживающих внимания новаций (например, положения о *mens rea* (ст. 22—28 варианта 1984 г., ст. 18 варианта 1989 г.), об убийстве (ст. 56—69 варианта 1984 г., ст. 54—63 варианта 1989 г.) и т.д.), серьезных подвижек к его принятию никогда не наблюдалось. Более того, как таковой проект 1984—1989 г. уже устарел, и комиссия, основываясь на недвусмысленно выраженном намерении правящего кабинета лейбористов все-таки завершить кодификацию уголовного права<sup>1</sup>, планирует обнародовать вскоре новый отчет относительно кодификации общих принципов уголовного права (затрагивающих вопросы доказывания, внешних и субъективных элементов преступления, оснований защиты и ряд прочих)<sup>2</sup>.

Сегодняшнее уголовное право Англии устремлено в будущее. И хотя вопрос кодификации стоит на повестке дня (хотя и маловероятно, что он будет разрешен положительно), пока уголовно-правовые реформы в сегодняшней Англии, как и 170 лет тому назад, идут по пути консолидации уголовно-правовых норм с той лишь разницей, что сейчас основное внимание уделяется не столько вопросам наказания, сколько вопросам собственно преступления. Среди современных крупных законодательных актов, существенным образом реформирующих уголовное право, можно назвать следующие: Закон об уголовном правосудии 1991 г. (Criminal Justice Act, 1991, с. 53), Закон о реформе права (правило о годе и дне) 1996 г. (Law Reform (Year and a Day Rule) Act, 1996, с. 19), Закон о преступлениях и беспорядках 1998 г. (Crime and Disorder Act, 1998, с. 37), Закон о пересмотре уголовных дел (невменяемость) 1999 г. (Criminal Cases Review (Insanity) Act, 1999, с. 25), Закон о половых преступлениях 2003 г. (Sexual Offences Act, 2003, с. 42), Закон об уголовном правосудии 2003 г. (Criminal Justice Act, 2003, с. 44).

Итак, английское уголовное право прошло долгий путь в своем развитии, и именно этот долгий путь, на котором оно развивалось вместе с иными отраслями общего права, впитывало дух последнего, укреплялось в борьбе с произволом абсолютизма и партикуляризмом обычаев, вызвал к жизни особую идею, отличающую уголовно-правовую семью

<sup>1</sup> См. подр.: *White Paper: Justice for All / Criminal Justice System*. Cm. 5563. London, 2002. P. 20, 117, 120.

<sup>2</sup> См. подр.: *Annual Report 2002/03: The Thirty-seventh Annual Report of the Law Commission / Law Com. No. 280*. London, 2003. P. 27.

общего права от иных семей современности: идею человека. Идея эта многогранна, определяет содержательное наполнение уголовного права и практику его применения, отражается в сформировавшемся веками правосознании судей, юристов и обывателей. К основным составляющим идеи человека относятся следующие моменты.

Во-первых, уголовное право исторически понимается как прежде всего щит против неоправданного произвола по отношению к человеку со стороны государственной власти — будь то монарх, или парламент, или исполнительная власть, или местные власти (феодалы в прошлом).

Во-вторых, из понимания уголовного права как щита против произвола государства сформировалось убеждение в необходимости, с одной стороны, «минимальной» криминализации как ограждающей человека от неоправданных посягательств на его свободу со стороны властей и, с другой — в необходимости допущения свободы усмотрения индивида (свободы самореализации) в «пограничных» ситуациях, в которых интересы государства с очевидностью сталкиваются с интересами личности.

В-третьих, понимание уголовного права как вторгающегося в область личной свободы обусловило особое понимание основания уголовной наказуемости действий: оправдывает наказание лица не только (и даже не столько) формальное нарушение уголовного запрета, сколько проявленная им в поступке «моральная злобность», заслуживающая порицания со стороны общества, или *actus non facit reum nisi mens sit rea*. Более того, помещая индивида в центр уголовного права и рассматривая его как *морально ответственного* за свое поведение, суды склонны придавать большую значимость моральной злобности человека, которая зачастую превалирует над юридическими конструкциями, оправдывая вменение там, где строгая логика права этого бы не допустила. Так что раскрывший своими действиями «сердце, равнодушное к социальной обязанности и непреодолимо склонное к злодеянию»<sup>1</sup>, рискует поплатиться за них, даже если с объективной точки зрения они еще и не причинили серьезного вреда. И напротив, к не выказавшему «испорченного, извращенного и злобного духа»<sup>2</sup> уголовное право не может быть применимо: формальное преступление

<sup>1</sup> Foster M. Op. cit. P. 256.

<sup>2</sup> Ibid.

запрета без достаточной моральной злобности, или даже исчезновение в человеке последней с течением времени позволяют «забыть» о необходимости применения уголовного закона в данной ситуации, поскольку либо лицо не заслуживает с точки зрения общества наказания, либо выгода от применения последнего будет несоизмеримо меньшей по сравнению с посягательством на свободу личности. Такой подход к уголовной наказуемости проецируется и на карательную политику: в странах семьи общего права сосуществуют, с одной стороны, суровые репрессивные меры в отношении «привычных», «опасных», «морально злобных» лиц (примером является практика применения смертной казни в ряде стран, система неопределенных приговоров, долгосрочных приговоров для «привычных» преступников и т.п.) и, с другой — сравнительно мягкие, индивидуализируемые судом варианты уголовного наказания для тех, кто не заслуживает «принесения в жертву» обществу (примером является практика применения мер наказания, не связанных с лишением свободы, мер, альтернативных наказанию)<sup>1</sup>.

Зародившись в эпоху доктринальной рационализации уголовного права, такое понимание со временем лишь абсолютизировалось в умах теоретиков и, как следствие, отражалось на практике применения судьями уголовного закона и создания последнего ими же. Начиная с позднего Средневековья, общее право рассматривается как вершина юриспруденции незапамятного происхождения, как система права, наиболее соответствующая интересам, привычкам и нравам народа, и со временем такое отношение к общему праву укореняется все глубже. Говоря о XVI—XVIII вв., Грегори Дарстон указывает, что «англичане были привязаны к собственной правовой системе, особенно после того, как она объединилась для них с политическими спорами ранних годов семнадцатого столетия, с политической оппозицией Стюартам и с народной верой в «древнюю конституцию», которой предположительно угрожает искажение»<sup>2</sup>. При этом такое понимание общего права

<sup>1</sup> См. подр.: Ведерникова О.Н. Теория и практика борьбы с преступностью в Великобритании. М., 2001. С. 245—272; Есаков Г.А. Наказуемость тяжкого убийства и ее влияние на систему преступлений против жизни по уголовному праву Англии // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке / Материалы 2-й международной научно-практической конференции, 27—28 января 2005 г. М., 2005. С. 326—329.

<sup>2</sup> Durston G. Op. cit. P. 226.

претерпело странную и удивительную метаморфозу: появившись как итог в борьбе с произволом короны и как оружие в этой борьбе, с победой парламентаризма и ограничением монаршей власти вера в общее право как хранителя свободы человека не ослабевает, а только усиливается, превращаясь из фикции коуковско-блэкстоуновской эпохи в осязаемый символ современной эпохи.

Поясним сказанное историческими зарисовками.

Так, комментируя норму Глочестерского статута 1278 г. (Statute of Gloucester, 6 Edw. I, c. 9), посвященную обращению с теми, кто причинил смерть в состоянии самообороны или случайно, Эдуард Коук рассматривает соответствующее установление как преграду длительному заключению без суда, а право на последний — как отражение милосердия права (которое являет собой, следуя его же известной метафоре, «верх разумности»<sup>1</sup>) по отношению к обвиняемому: «И здесь следует отметить, что право Англии есть право милосердия, *Lex Angliae est lex misericordiae*, по трем причинам. Во-первых, невиновный не должен ослабляться и изнуряться долгим заключением, но... должен быстро предстать пред своим судом. Во-вторых, с заключенными по уголовным делам, когда они предстают пред судом, должно обращаться по-человечески, ибо *Severos quidem facit justitia, inhumanos non facit* (суровость со своей стороны содействует правосудию, бесчеловечность же нет. — *Г.Е.*)... В-третьих, судья должен убедить его отвечать без страха, и правосудие следует надлежаще отправлять по отношению к нему»<sup>2</sup>.

Во времена Уильяма Блэкстоуна любовь к общему праву пересекает океаны, закладывая основы к созданию уголовно-правовой семьи общего права. Так, обосновывая суверенные права американских поселенцев, Томас Джефферсон использует коренящуюся в общем праве идею свободы индивида, которому угрожает произвол властей<sup>3</sup>.

В XIX в. Джеймс Ф. Стифен, порывая с «островной замкнутостью» английского права и обращаясь для сравнения к французскому уго-

<sup>1</sup> *Coke E.* The First Part of the Institutes of the Laws of England; Or, A Commentary Upon Littleton. Not the Name of the Author Only, but of the Law Itself. 13th ed. Also, Three Learned Tracts of the Same Author... London, 1775. P. 97b.

<sup>2</sup> *Coke E.* The Second Part of the Institutes of the Laws of England. Containing the Exposition of Many Ancient and Other Statutes. London, 1797. P. 315†.

<sup>3</sup> См. подр.: Шелдон Г.У. Политическая философия Томаса Джефферсона / Пер. с англ. З.В. Кагановой; вступ. ст. и общ. ред. Н.Е. Покровского. М., 1996. С. 50—69.

ловному праву (преимущественно), видел в последнем лишь отражение государственного авторитаризма, подавляющего человека, попавшего в орбиту действия уголовного закона. Для него немыслима ситуация, чтобы в Англии появился человек, подобный Наполеону, который придал бы своей воле, отличной от воли и нравов народа, значение основного источника уголовного права, поскольку в Англии воля и нравы законодательницы совпадают с волей и нравами народа, для которого она законодательствует<sup>1</sup>. Сравнивая же французский уголовный процесс с английским, Джеймс Ф. Стифен полагает первый, с его секретностью, активной ролью судьи, немыслимым в Англии, а английскую систему с ее достоинствами бесспорно превосходящей французскую<sup>2</sup>.

В середине XX в. Леон Радзинович, сопоставляя английское уголовное право и уголовно-правовую политику с континентальной уголовно-правовой традицией, отмечал следующее: «Карательная репрессия основывается в Англии на строго легальном принципе. В течение всех этапов уголовного процесса, задержания, обвинения, суда, осуждения, наказания и его исполнения, различные органы, которым вменяются эти функции, должны действовать строго в границах закона. ...На всех этапах уголовного процесса личные права задержанного, обвиняемого, судимого, приговоренного и наказываемого лица должны строго и скрупулезно соблюдаться. Хотя наказание преступника рассматривается как важная функция государства, признается, тем не менее, что эта функция не должна осуществляться в ущерб личным правам. ...Уголовная политика рассматривается в Англии как общественное достояние. Она находится под постоянным неусыпным контролем общественного мнения, прессы, парламента и различных общественных, филантропических и профессиональных организаций и ассоциаций. ...Английская система определенно антиавторитарна. ...В соответствии с либеральной доктриной государство существует единственно с целью дать индивиду возможность достичь полного развития. Если индивид мог бы достичь этой цели без помощи государства, государство утратило бы основание для своего существования. ...Цель уголовной политики заключается в восстановлении социального поряд-

<sup>1</sup> См.: *Stephen J.F.* A History of the Criminal Law of England. Vol. II. P. 77.

<sup>2</sup> См.: *Stephen J.F.* A History of the Criminal Law of England. Vol. I. P. 565—566.

ка, когда он подрывается преступной активностью, так, чтобы все другие индивиды могли продолжать свои занятия, будучи непо потревоженными»<sup>1</sup>.

*Идея человека*, или индивидуалистская направленность уголовного права, жива и сегодня. Так, для Эндрю Эшворта в основе уголовного права лежит прежде всего принцип «индивидуальной автономии» (иными словами, принцип «моральной злобности» как предпосылки к уголовной наказуемости), согласно которому «каждый индивид должен рассматриваться как ответственный за свое собственное поведение»<sup>2</sup>. Соответственно, «индивиды должны уважаться как создания, способные к выбору в их действиях и бездействии, и с ними должны обращаться как с созданиями, способными к выбору в их действиях и бездействии... Принцип автономии придает большую значимость свободе и правам индивида при любом обсуждении того, что государство должно делать в данной ситуации»<sup>3</sup>. Из этого принципа, в свою очередь, следуют принципы, раскрывающие и подкрепляющие его, как, например, принцип минимальной криминализации (по отношению к которому в доктрине с сожалением констатируется, что современная действительность с ее безудержной криминализацией лишает уголовное право его основы как карающего только реально опасные проявления человеческой активности<sup>4</sup>), принцип ответственности скорее за действие, чем за бездействие, принцип запрета обратной силы уголовного закона, принцип определенности в формулировании уголовного запрета, принцип строгого толкования уголовного запрета, принцип презумпции невиновности и т.д.<sup>5</sup>.

Особое внимание здесь следует обратить на принцип строгого толкования уголовных статутов *in favorem vitae*, до сих пор господствующий в уголовном праве. Как отмечает Эндрю Эшворт, «в его голом виде он, по видимому, гласит, что любое сомнение в значении статутного положения

<sup>1</sup> Radzinowicz L. Present Trends of English Criminal Policy. An Attempt at Interpretation // The Modern Approach to Criminal Law / Collected Essays by D. Scabornе Davies, R.M. Jackson, C.S. Kenny, &c.; Preface by P.H. Winfield. London, 1945. P. 33—36.

<sup>2</sup> Ashworth A. Principles of Criminal Law. 4<sup>th</sup> ed. Oxford, 2003. P. 28.

<sup>3</sup> Ibid. P. 29.

<sup>4</sup> См.: Ashworth A. Is the Criminal Law a Lost Cause? // The Law Quarterly Review. 2000. Vol. 116, № 2. P. 225—256.

<sup>5</sup> См. подр.: Ashworth A. Principles of Criminal Law. P. 66—93.

должно в силу строгого толкования разрешаться в пользу обвиняемого. Одно оправдание для этого может заключаться в надлежащем предупреждении: когда лицо действует, полагаясь на очевидное значение статута, однако суд придает ему более широкое значение, несправедливо осуждать такое лицо, поскольку это привело бы к правотворчеству с обратной силой. ...Суды должны придерживаться сдержанности, отправляя толкование, в отношении обвиняемого, когда они сомневаются относительно цели законодателя»<sup>1</sup>. В 1987 г., подчеркивая необходимость ограждения человека от неоправданного вторжения со стороны закона, Верховный Суд Канады отмечал следующее: «Уголовное право остается... наиболее драматичным и тяжким посягательством государства на индивидуальную свободу. ...Серьезность налагаемых уголовных наказаний любого рода требует, чтобы разумные сомнения разрешались в пользу обвиняемого»<sup>2</sup>. И если в ряде североамериканских кодексов этот принцип и замещен принципом «толкования в соответствии с естественным смыслом слов и с целями уголовного закона» (происходящим из § 1.02(3) Примерного уголовного кодекса 1962 г.), то он все же либо остается подразумеваемо жив в судебной практике, либо своеобразно преломляется в новом принципе, который ставится на службу не закону, а интересам справедливости по отношению к конкретному обвиняемому.

Джордж П. Флетчер, анализируя идею законности в приложении к американскому праву и в сравнении с континентальной уголовно-правовой традицией (*идеей закона* в нашем понимании), отмечает следующее: «Теория правового государства строится на позитивном и негативном принципах. В соответствии с негативным принципом высшей целью правовой системы должна быть защита граждан от покушений на их права со стороны государства, которое постоянно навязывает им свою волю. ...Принцип негативной законности вступает в противоречие с ценностями правового государства, которое основывается на обязательном и неуклонном следовании закону. В отношении уголовного законодательства принцип правового государства требует наказания всех виновных. Эта ценность более четко выражена в праве

<sup>1</sup> Ibid. P. 80—82.

<sup>2</sup> Regina v. Paré, (1987) 60 C.R. (3d) 346, 368 (per Wilson, J.).



Германии и легче воспринимается обществом по сравнению с США. Она находит свое воплощение в... принципе законности, который требует осуществления уголовного преследования всех виновных. ...Данный принцип противостоит принципу усмотрения, широко распространенному в системах общего права, который позволяет обвинению выбирать, исходя из понимаемой им целесообразности, среди возможных обвиняемых отдельных из них. В соответствии же с принципом законности уголовного преследования виновных становится невозможным предоставлять иммунитет от преследования одним и осуждать других. ...Принцип позитивного правового государства по сути означает, что на государство возложена обязанность осуществлять уголовно-правовое преследование и даже издавать законы в защиту жертв преступлений... Идея о «конституционной обязанности государства наказывать» немислима по американскому уголовному праву. В США государство и федеральные власти, в том числе и прокурор, должны защищать права обвиняемых, но не должны осуществлять уголовное преследование, чтобы защищать общество и права жертвы. ...*В немецком понимании правовое государство — это карающий меч, для американского гражданина правопорядок — прежде всего щит против произвола государственной власти* (курсив мой. — Г.Е.)<sup>1</sup>.

Примером такого понимания идеи законности в приложении к уголовному праву может послужить сравнительно недавно разрешенное английским Апелляционным Судом дело, в котором, столкнувшись с ошибочным напутствием, данным присяжным судьей, апелляционная инстанция предпочла, отменив приговор, не направлять дело на новое рассмотрение, оправдав по сути обвиняемого. Обосновано это было тем, что трагедия, имевшая место, уже заново переживалась ее участниками дважды в суде первой инстанции и еще раз на апелляции,

<sup>1</sup> Флетчер Дж., Наумов А.В. Указ. соч. С. 490—492, 498—499.

Ср. также: «Между материальным и процессуальным правом неизбежно существует конфликт. Материальное право пытается обеспечить порядок (отсутствие преступлений) посредством контроля над населением. Добиться полного контроля ему мешает процессуальное право, или законность, которая в Соединенных Штатах традиционно ставится над применением материального права. ...В настоящее время одновременное абсолютное применение материального права и полная защита прав личности невозможны. ...Процессуальное право — единственное, что сдерживает создание полицейского государства, призрак более опасный, нежели преступность» (см.: Криминология / Пер. с англ.; Под ред. Дж.Ф. Шели. СПб., 2003. С. 51—52).

а отбытый к моменту разрешения апелляции осужденным срок наказания по сути составляет значительную часть того срока, который ему предстояло бы отбыть в случае отклонения апелляции. Как указал суд, «по этой причине, а также и потому, что он уже был судим дважды в отношении одного и того же правонарушения», апеллянт должен быть освобожден<sup>1</sup>.

Напротив, в 1998 г. тот же суд отменил осуждение по одному из громких дел середины XX в., сочтя напутствие, данное присяжным, обвинительным по своему стилю; ни несколько прошедших десятилетий, ни исполненный по делу смертный приговор, ни уважение к председательствующему судье лорду Годдарду (охарактеризованному как «один из выдающихся судей по уголовным делам») не помешало суду оценить напутствие как «лишающее обвиняемого такого справедливого судебного разбирательства, которое является прирожденным правом каждого британского подданного»<sup>2</sup>.

Подчиненное положение занимают интересы законности по отношению к интересам обвиняемого и в случае применения английскими судами доктрины «злоупотребления судебной процедурой», на основе которой судья вправе прекратить уголовное преследование исходя из соображений «единства системы отправления правосудия по уголовным делам» и достижения баланса «между общественным интересом в осуждении тех, кто обвинен в тяжких преступлениях», и не менее значимым общественным интересом в том, чтобы не создавать в такой ситуации впечатления, что «цель оправдывает средства»<sup>3</sup>.

*Идея человека*, вызвавшая к жизни уважение к уголовному праву, предопределила также ярко позитивистскую направленность науки уголовного права в странах семьи общего права: для теоретика здесь важнее прецедент или статутное установление и менее значимы отстраненные от реальной жизни размышления. Из этого, в свою очередь, проистекает определенная «консервативность» мысли: современная уголовно-правовая теория, выросшая из прошедших проверку временем «авторитетных трудов» XVII—XVIII вв., со скептицизмом относится к новым идеям, видя в них угрозу сложившимся цен-

<sup>1</sup> *Regina v. Webster*, [2006] R.T.R. 19; [2006] EWCA Crim 415 at para. [37] (*per* Moses, L.J.).

<sup>2</sup> *Regina v. Bentley (Deceased)*, [2001] 1 Cr. App. R. 307 (*per* Lord Bingham of Cornhill, C.J.).

<sup>3</sup> *Regina v. Latif*, [1996] 1 W.L.R. 104, 112—113 (*per* Lord Steyn).

ностям. Юрист в странах континентальной семьи видит, напротив, в законе самоценность, а поскольку последний часто несовершенно, то он готов постоянно достраивать его, исходя из мыслимой и меняющейся в соответствии с потребностями времени и человека идеальной философско-правовой системы<sup>1</sup>.

В завершение отметим, что идея человека, развиваясь на протяжении столетий, находит свое отражение в целом ряде образующих учение о преступлении институтах, предопределяя идеологическую заданность уголовного права в странах семьи общего права, и это будет выявлено в дальнейшем изложении.

### § 1.2. Распространение семьи общего права в мире

Создание уголовно-правовой семьи общего права исторически было обусловлено тем, что английское уголовное право выступило в качестве «материнского» правопорядка для уголовно-правовых систем тех государств, которые ранее являлись колониями британской короны, или иным образом повлияло на становление уголовного права ряда местностей, образовав феномен примыкающих к семье общего права «гибридных» уголовно-правовых систем.

*Соединенные Штаты.* Из всех стран, рецепировавших английское уголовное право в рамках единой семьи общего права, Соединенные Штаты, бесспорно, являют наиболее яркий и интересный образец для исследования. Это обусловлено не только тем, что Соединенные Штаты являются на настоящий момент одной из крупнейших держав мира, превосходя по влиянию родину общего права, Англию, но и тем, что они представляют собой интересный пример перерастания «дочернего» правопорядка в самостоятельную уголовно-правовую систему, включенную, тем не менее, в семью общего права<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> См. подр.: *Radbruch G.L.* Jurisprudence in the Criminal Law // Journal of Comparative Legislation and International Law. 3rd Series. 1936. Vol. 18, № 4. P. 212—216.

<sup>2</sup> Общую компаративистскую характеристику американского права в целом и уголовного права в частности см., напр.: *Козочкин И.Д.* Уголовное право США: успехи и проблемы реформирования. СПб., 2007. (passim); *Бернам У.* Правовая система США / Науч. ред. В.А. Власихин. 3-й вып. М., 2006; *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Указ. соч. С. 269—306; *Цвайгерт К., Кетц Х.* Указ. соч. Том I. С. 356—382; *Саидов А.Х.* Указ. соч. С. 257—275; *Есаков Г.А.* Mens rea в уголовном праве США... 2003. С. 186—212, 223—226, 287—296, 335—340; *Pound R.* Op. cit. P. 49—66.

За четыре столетия своего развития американское уголовное право приобрело ряд черт, существенно отличающих его от английского правопорядка.

Во-первых, это наличие писаной федеральной конституции и конституций штатов с включенным в их структуру Биллем о правах, ограничивающим усмотрение законодателя в области уголовного права. Тому примером служат положения федеральной конституции (и аналогичные положения конституций штатов) о необходимости соблюдения в уголовных делах должной правовой процедуры (поправка V и разд. 1 поправки XIV к Конституции), о праве обвиняемого на суд присяжных по уголовным делам (поправка VI) и о запрете жестокого и необычного наказания (поправка VIII), которые широко используются судами при аннулировании вследствие их неконституционности тех или иных норм уголовного законодательства.

Последнее обстоятельство — право судов объявлять неконституционными нормы законодательства — является, в свою очередь, второй отличительной чертой американского уголовного права (как и американского права в целом).

Третья характерная особенность заключается в кодификации (полной или же частичной, а также подлинной или условной) уголовного законодательства во всех штатах и на федеральном уровне. Кодификация уголовного законодательства штатов, начавшаяся в XIX в., в середине XX в. активизировалась под влиянием Примерного уголовного кодекса (Model Penal Code), предложенного Институтом американского права в 1962 г. штатам в качестве модельного образца уголовного закона<sup>1</sup> и до сегодняшнего дня остающегося, по словам Эндрю Эшворта, отправной точкой в науке уголовного права, маяком, «светящим сквозь мутные и время от времени бурные воды общего права»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> В отечественной литературе относительно общей оценки Примерного уголовного кодекса см. подр.: *Примерный уголовный кодекс (США). Официальный проект Института американского права* / Пер. с англ. А.С. Никифорова; под ред. и с предисл. Б.С. Никифорова. М., 1969. С. 5—30; *Власов И.С., Гуценко К.Ф., Решетников Ф.М., Штромас А.Ю.* Уголовное право зарубежных государств. Вып. 2: Понятие преступления и вина. М., 1972. С. 110—143; *Лясс Н.В.* Проблемы вины и уголовной ответственности в современных буржуазных теориях. Л., 1977. С. 91—118; Уголовное право зарубежных государств. Общая часть. С. 112—115; *Козочкин И.Д.* 35-летие со дня принятия Примерного уголовного кодекса США // Юрист. 1998. № 3. С. 51—55.

<sup>2</sup> *Ashworth A.* Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm Under the Code, and in the Common Law // Rutgers Law Journal. 1988. Vol. 19, № 3. P. 726.

И, наконец, четвертая отличительная черта, обусловленная федеративным устройством, сводится к плюралистичности уголовного права: каждый штат, Округ Колумбия, ассоциированное государство Пуэрто-Рико имеют собственное законодательство, наряду с которыми сосуществует федеральное.

Тем не менее, за внешними различиями американского и английского уголовного права скрывается их основополагающее идеологическое единство, обусловленное историческим происхождением американского права. Как в Англии и других странах семьи общего права, американское уголовное право следует рассматривать сквозь призму интересов человека и гарантированности их от произвола со стороны органов государственной власти. Более того, единство уголовного права не исчерпывается только идеологическим фундаментом права; многие институты уголовного права до сего дня схожи содержательно, и практически полное отсутствие ссылок на английское прецедентное право в американских судебных решениях можно объяснить скорее устрашающим объемом собственно американской практики, чем различиями в правопонимании.

*Канада.* Конституционный акт 1867 г. предусматривает, что исключительные законодательные полномочия парламента Канады распространяются на вопросы уголовного права (ст. 91), так что канадское уголовное законодательство (в отличие, к примеру, от американского или австралийского) является единым для всей страны<sup>1</sup>. Его основу составляет принятый в 1892 г. Уголовный кодекс, разработанный под влиянием английского проекта 1879 г. (Применительно к канадской провинции Квебек в компаративистике практически единообразно утвердилось мнение о том, что ее правовая система относится к «гибридным»<sup>2</sup>. Не оспаривая это утверждение соотносительно с частным правом, следует подчеркнуть, что в части уголовного права Квебек в силу единства уголовно-правовой системы Канады входит в семью общего права.)

<sup>1</sup> Легислатуры провинций вправе только устанавливать наказания за незначительные нарушения провинциальных законов, не именуя их преступлениями; граница между преступлениями и такими наказуемыми нарушениями неопределенна на практике.

<sup>2</sup> См.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 57—58; Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Том I. С. 177—183.

Уголовное право Канады достаточно тесно связано с английским. Согласно ст. 8(2) УК, уголовное право Англии, действовавшее на 1 апреля 1955 г., сохраняет свою силу до момента отмены или изменения парламентом; в силу ст. 8(3) нормы и принципы общего права, касающиеся обстоятельств, исключающих ответственность, сохраняют свое действие до момента отмены или изменения парламентом. До 1949 г. сохранялась практика апелляции в Судебный Комитет Тайного Совета<sup>1</sup>; после ее отмены решения английских судов стали просто «авторитетными источниками» для канадской практики и на настоящий момент пользуются весомым авторитетом. Так, в известном решении 1993 г., связанном с конституционностью нормы уголовного кодекса о простом убийстве, трое судей Верховного Суда Канады использовали соответственно 26, 6 и 13 канадских прецедентов против 9, ни одного и 3 английских прецедентов (не считая американских)<sup>2</sup>.

Своеобразие уголовно-правовой системы Канады заключается в том, что, как и Верховный Суд Соединенных Штатов, Верховный Суд Канады вправе признавать неконституционными нормы уголовного законодательства вследствие их несоответствия ст. 7 Канадской Хартии прав и свобод 1982 г., согласно которой «каждый имеет право на жизнь, свободу и безопасность личности и право не быть лишенным первых иначе как в соответствии с основными принципами отправления правосудия». На основе этой нормы, уходящей в глубь веков, к Великой хартии вольностей 1215 г., Верховный Суд Канады с середины 1980-х гг. отменил или серьезно изменил целый ряд классически-традиционных для общего права институтов из области *mens rea*, убийства и т.д.

<sup>1</sup> Юрисдикция Судебного Комитета Тайного Совета, образованного в 1833 г., распространяется не на английские суды, а на суды британских заморских территорий и ряда стран, входящих в семью общего права (где в некоторых британский монарх является формальной главой государства). В состав Комитета входят юристы, занимающие либо занимавшие высшие судебные посты (т.е. судьи Апелляционного Комитета Палаты Лордов, Апелляционного Суда, Высокого Суда Правосудия, шотландского Суда Сессий и североирландского Апелляционного и Высокого Суда). Для заслушивания апелляции образуется *ad hoc* коллегия из не менее чем пяти лордов (подавляющее большинство дел разрешается именно таким численным составом), а практика вынесения решений идентична сложившейся в Палате Лордов.

<sup>2</sup> См.: *Regina v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3.

В целом канадская уголовно-правовая система может быть охарактеризована как достаточно автономная в рамках семьи общего права с тенденцией дальнейшей автономизации.

*Австралия* является федеративным государством, и каждый австралийский штат имеет собственное уголовное право, основанное на английском общем праве<sup>1</sup>. Уголовное право некодифицировано только в Южной Австралии и Виктории, где неписанные нормы общего права существуют со статутным законодательством, будучи дополняемы и изменяемы им. Так, в Южной Австралии многие вопросы уголовного права регулируются Актом о консолидации уголовного права 1935 г., а в Виктории — Актом о преступлениях 1958 г. Остальные штаты и территории в разное время кодифицировали свое уголовное законодательство: в Новом Южном Уэльсе действует Акт о преступлениях 1900 г., в Куинсленде — Уголовный кодекс 1899 г., в Северной Территории — Уголовный кодекс 1983 г., в Западной Австралии — Уголовный кодекс 1913 г., в Тасмании — Уголовный кодекс 1924 г., в Австралийской столичной территории — Акт о преступлениях 1900 г. При этом кодексы Куинсленда, Западной Австралии и Тасмании составлены на основе английского проекта 1879 г.

В настоящее время в Австралии наблюдается тенденция к унификации уголовного права, связанная во многом с ролью Высокого Суда Австралии, рассматривающего в качестве суда последней инстанции апелляции на судебные решения по уголовным делам из всех штатов. Свидетельством унификации является проект Модельного уголовного кодекса, подготовленный отдельными частями в течение 1990-х гг. специальным Комитетом уполномоченных по Модельному уголовному кодексу, образованному Постоянным комитетом Генеральных атторнеев в 1990 г. с целью создания национального единого модельного уголовного кодекса.

Росту самостоятельности австралийского уголовного права способствовал также отказ Высокого Суда Австралии в 1963 г. от практики обязательного следования английским прецедентам<sup>2</sup>. Тем не менее,

<sup>1</sup> Об истории источников австралийского уголовного права см. подр.: *Трикоз Е.Н.* Эволюция системы источников и основных институтов уголовного права Австралии в XIX—XX вв.: автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Моск. гос. ун-в. им. М.В. Ломоносова. М., 2002. С. 11—15, 17—21; *Трикоз Е.Н.* Формирование системы источников уголовного права Австралии в XIX — начале XX вв. // Журнал российского права. 2003. № 7. С. 159—170.

<sup>2</sup> См.: *Parker v. The Queen*, (1963) 111 C.L.R. 610 (per Dixon, C.J.).

австралийские суды и сейчас широко используют прецедентное право «материнского» правопорядка.

В последнее время, кроме того, наблюдается тенденция постепенной интеграции в уголовное право норм обычного права австралийских аборигенов по вопросам преступления и наказания<sup>1</sup>.

Достаточно тесные связи с английским уголовным правом сохраняются в *Новой Зеландии*. Принятый в 1961 г. Акт о преступлениях в значительной своей части основывается на английском проекте Уголовного кодекса 1879 г. Законодательно лишь в 2003 г. было отменено право сторон апеллировать по уголовным делам, разрешенным новозеландским Апелляционным Судом, в Судебный Комитет Тайного Совета. Английские прецеденты являются для новозеландской судебной практики значимыми настолько же, насколько решения собственного Апелляционного Суда.

С момента насильственного присоединения ирландского острова к британской короне и до 1937 г. *Ирландия* являлась составной частью Соединенного Королевства, а затем — доминионом. В 1937 г. было образовано самостоятельное государство — Ирландская Республика, систему права которого образовало английское общее право, действовавшее в Ирландии на момент обретения независимости (ст. 50 Конституции 1937 г.). Сегодня ирландское уголовное право весьма схоже с английским, а решения английских судов пользуются высоким авторитетом в ирландской судебной практике. При этом, как и в Англии, в Ирландии не существует уголовного кодекса, хотя в последние годы предпринимаются попытки разработать соответствующий проект<sup>2</sup>.

«Дочерними» по отношению к английскому уголовному праву выступают также уголовно-правовые системы государств *Карибского региона*, бывших ранее британскими колониями, а ныне являющихся самостоятельными государствами. В некоторых из этих государств

<sup>1</sup> См. подр.: *Finnane M.* 'Payback', Customary Law and Criminal Law in Colonised Australia // International Journal of the Sociology of Law. 2001. Vol. 29, № 4. P. 293—310; *Трикоз Е.Н.* Указ. автореф. С. 12—13, 21; *Трикоз Е.Н.* Обычное уголовное право аборигенов Австралии (теоретические проблемы исследования) // Право и политика. 2000. № 4. С. 115—119.

<sup>2</sup> См. подр.: *Codifying the Criminal Law / Expert Group on the Codification of the Criminal Law*. Dublin, 2004.

действуют уголовные кодексы (например, УК Белиза 1981 г., УК Сент-Люсии 1920 г.); в других сохраняются неписанные нормы общего права, дополненные статутными установлениями (например, Сент-Кристофер и Невис, Республика Тринидад и Тобаго).

Тесная связь с английским уголовным правом проявляется, в частности, в сохранении права сторон апеллировать в Судебный Комитет Тайного Совета, которое, следует отметить, достаточно широко используется по уголовным делам. Тем не менее, в последнее время либерально-гуманистическая позиция Судебного Комитета по вопросу о смертной казни, применяющейся на Карибах, приводит к усилению там «сепаратистских» по отношению к этому судебному органу тенденций, выражающихся в настойчиво звучащих предложениях создать Карибский Суд Правосудия, должный стать вместо Судебного Комитета последней апелляционной инстанцией для стран карибского региона<sup>1</sup>.

Кроме того, суды карибских государств вследствие отсутствия сколь-нибудь весомого объема собственной судебной практики вынуждены постоянно обращаться к прецедентному праву Англии.

*Государства Тихоокеанского региона.* В схожем положении по отношению к английскому уголовному праву выступают также уголовно-правовые системы островных архипелагов Тихоокеанского региона, являющихся либо независимыми государствами, либо владениями британской короны. Основу уголовного права там составляют нормы английского общего права; в ряде стран действуют уголовные кодексы, зафиксировавшие последние (например, УК Фиджи 1945 г. (в ст. 3 которого прямо указывается, что он «должен толковаться в соответствии с принципами толкования права, применимыми в Англии...»), а в ст. 17 устанавливается, что применимыми нормами о самообороне являются положения английского права), УК Кирибати 1965 г. (в ст. 3, 17 которого содержатся аналогичные положения)). Развитие уголовного права в этих странах происходит под сильным влиянием английс-

<sup>1</sup> См. подр.: Есаков Г.А. Смертная казнь за тяжкое убийство в странах семьи общего права: от принципа талиона к принципам справедливости и индивидуализации ответственности // *Lex Russica* (Научные труды Московской государственной юридической академии). 2004. № 2. С. 555—568.

кой, австралийской и новозеландской судебной практики; Кирибати и Острова Кука и Ниуэ сохраняют практику апелляций в Судебный Комитет Тайного Совета. Применительно к УК Маршалловых островов 1966 г. интересно отметить, что положения его Общей части во многом воспроизводят нормы американского Примерного уголовного кодекса 1962 г.

Из территорий, заимствовавших общее право, следует отметить также *Гонконг*, который хотя и является составной частью Китая, в правовой области в соответствии с принципом «одна страна — две системы» обладает автономией. Согласно Основному закону Гонконгского специального административного региона КНР (1990 г.), нормы общего права, действовавшие в Гонконге на момент возвращения его под суверенитет КНР (1 июля 1997 г.), остаются в силе (ст. 8, 18) (как минимум, до 2047 г. (ст. 5)); высшая судебная инстанция Гонконга, Высший Апелляционный Суд, вправе приглашать для участия в разрешении дел судей из иных стран семьи общего права (ст. 82), а суды Гонконга вправе ссылаться на прецеденты таких других стран (ст. 84); по уголовным делам сохраняется суд присяжных (ст. 86).

Основу действующего уголовного права Гонконга по сути своей составляет английское право. Это выражается, в частности, в сохранении основных институтов английского уголовного права, содержательном сходстве английского и гонконгского уголовного права, высоком авторитете английских прецедентов и доктрины и т.д. В отсутствие Уголовного кодекса в Гонконге действуют принятые еще в колониальные времена статутные ордонансы (например, Ордонанс о преступлениях 1971 г. (*Crimes Ordinance*, cap. 200), Ордонанс о преступлениях против личности 1865 г. (*Offences against the Person Ordinance*, cap. 212) и др.), во многом копирующие английские статутные установления. Например, Ордонанс об убийстве 1963 г. (*Homicide Ordinance*, cap. 339) дословно воспроизводит английский Закон об убийстве 1957 г.

В целом влияние английского правопорядка на гонконгское право столь велико, что несмотря на то, что право Китая можно отнести к иной уголовно-правовой семье, уголовное право Гонконга настолько содержательно и идеологически схоже с английским, что является ярким образцом «дочернего» правопорядка (но никак не «гибридного»).

Хотя взятая в целом правовая система *Индии* может быть отнесена к «гибридной»<sup>1</sup>, ее уголовное право, тем не менее, является «дочерним» по отношению к английскому уголовному праву правом порядком (с весьма заметной тенденцией к «гибридизации»).

В 1833 г. в Индии была создана Комиссия по индийскому праву. Одним из ее проектов стал подготовленный в 1837 г. членом комиссии лордом Томасом Б. Маколеем проект уголовного кодекса, который был призван заместить анархию в области уголовного права на территории Индии, где одновременно действовало английское и мусульманское уголовное право, нормы права хинди и правовые установления Ост-Индской Компании<sup>2</sup>. Проект стал законом только в 1860 г., и не только действует в Индии до сегодняшнего дня, но и стал образцом для уголовных кодексов ряда африканских государств (например, УК Уганды 1902 г. и УК Судана 1899 г.). Достаточно емкую характеристику Уголовному кодексу Индии дал Джеймс Ф. Стифен: «Индийский уголовный кодекс может быть описан как уголовное право Англии, освобожденное от всех техничностей и излишеств, систематически упорядоченное и измененное в некоторых незначительных деталях...»<sup>3</sup>.

Тем не менее, если, принимая во внимание успех кодификации 1860 г., ранее можно было говорить о том, что индийская уголовно-правовая система является явно «дочерней» по отношению к английскому праву, сегодня такой подход выглядит слишком упрощенным. С обретением независимости и последовавшим прекращением официальных правовых связей между бывшими метрополией и доминионом (в форме заимствования доктринальных трудов и следования прецедентам) в индийской правоприменительной практике наблюдается постоянный рост самостоятельности в суждениях и отход от постулатов общего права. В ряде случаев происходит возврат к исконным индийским ценностям и идеологии общества, претворяемым в жизнь и в практике уголовного правоприменения. Ныне индийская уголовно-

правовая система может лишь номинально рассматриваться как «дочерняя» по отношению к общему праву (в силу сохранения в Индии действия английского по происхождению Уголовного кодекса), и более верным представляется говорить о заметной тенденции «гибридизации» индийского уголовного права в сторону семьи общинного права.

«Гибридные» *правопорядки*. На многих территориях приносимое британскими властями английское уголовное право сталкивалось с исконно национальными *правопорядками*, что в ряде случаев (когда общему праву не удавалось стать доминирующей системой права) привело к появлению «гибридных» уголовно-правовых систем.

Пожалуй, типичным образцом «гибридной» уголовно-правовой системы является право *Шотландии*. До 1603 г. Англия и Шотландия являлись самостоятельными государствами, и их отношения регулярно омрачались попытками британской короны захватить Шотландию. С 1603 по 1707 гг. они были связаны личной монархической унией, а в 1707 г. с принятием Акта о Союзе образовали единое государство — Великобританию.

Становление правовой системы Шотландии происходило независимо от Англии<sup>1</sup>. Шотландские юристы вплоть до XV в. обучались в европейских университетах, привозя на родину и широко используя как в церковных, так и в светских судах концепции и дух канонического права и римского права в его глоссаторской и постглоссаторской обработке. После образования собственно шотландских университетов (первым из которых стал университет Св. Андрея, созданный в 1413 г.) континентальная правовая ориентация сохранилась: во всяком случае, часто студенты предпочитали обучаться праву на континенте, чем в родной Шотландии. Шотландские правовые трактаты, самые ранние из которых датируются началом XVI в., показывают систему права, в которой римское право играет немаловажную роль, а влияние соседнего английского общего права вовсе не ощущается. Как след-

<sup>1</sup> См. подр.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 342—354; Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Том I. С. 337—343; Саудов А.Х. Указ. соч. С. 316—319.

<sup>2</sup> См. подр.: Stephen J.F. A History of the Criminal Law of England. Vol. III. P. 283—346; Kadish S.H. The Model Penal Code's Historical Antecedents. P. 526—529.

<sup>3</sup> Stephen J.F. A History of the Criminal Law of England. Vol. III. P. 300.

<sup>1</sup> В общем плане см. подр.: Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Том I. С. 304—307; Саудов А.Х. Указ. соч. С. 252—255; Gordon W.M. Roman Law in Scotland // The Civil Law Tradition in Scotland / Edited by Robin Evans-Jones. Edinburgh, 1995. P. 13—40; Cooper T.M. Comment, The Common and the Civil Law — A Scot's View // Harvard Law Review. 1950. Vol. 63, № 3. P. 468—475; Gibb A.D. The Inter-relation of the Legal Systems of Scotland and England // The Law Quarterly Review. 1937. Vol. 53, № 209. P. 61—79.

стве, к моменту государственного объединения двух королевств их правовые системы были самостоятельны. Акт о Союзе 1707 г. закрепил различие правовых систем в рамках единого государства. Им предусматривалось сохранение действия «старого» шотландского права в «новом» едином государстве (ст. XVIII) и автономия шотландской судебной системы (ст. XIX). Тем не менее, с момента объединения двух королевств шотландское право подпадает под сильное влияние английского общего права, и в течение XVIII—XX вв. становится «гибридной» правовой системой, в которой уживаются континентальная правовая традиция и традиция общего права.

Что касается шотландского уголовного права, то его отличительные черты и особенности могут быть суммированы следующим образом. Система источников уголовного права Шотландии совпадает с английской, хотя, быть может, бóльший по сравнению с Англией авторитет придается «институциональным авторам». К ним, в частности, относятся Давид Юм («Комментарии на право Шотландии касательно описания и наказания преступлений», 1797 г.), А.Дж. Алисон (двухтомные «Принципы и практика уголовного права Шотландии», 1832—1833 гг.), Джон Х.А. Макдональд («Практический курс уголовного права Шотландии», 1867 г.).

Как и Англия, Шотландия не знает уголовного кодекса; как и в Англии, в Шотландии ведутся кодификационные работы, результатом которых стал опубликованный в 2003 г. Правовой комиссией для Шотландии 114-статейный проект Уголовного кодекса для Шотландии с комментарием<sup>1</sup> (его авторы, правда, прямо оговариваются, что они не претендуют на использование проекта в качестве основы для кодификации права<sup>2</sup>). Действующее статутное законодательство Шотландии составляют акты шотландского парламента, принятые до 1707 г., и акты лондонского объединенного парламента, принятые с 1707 г. (для Шотландии практически всегда принимались специальные законы, в заглавии и тексте которых содержались оговорки о распространении

<sup>1</sup> См.: A Draft Criminal Code for Scotland with Commentary / Prepared by Eric Clive, Pamela Ferguson, Christopher Gane, and Alexander McCall Smith. Edinburgh, 2003.

См. подп.: Jones T.H. Towards a Good and Complete Criminal Code for Scotland // The Modern Law Review. 2005. Vol. 68, № 3. P. 448—463; Shiels R.S. A Draft Criminal Code for Scotland // The Journal of Criminal Law. 2004. Vol. 68, № 1. P. 50—53.

<sup>2</sup> См.: A Draft Criminal Code for Scotland with Commentary. P. ix.

их действия только на Шотландию; случаи распространения на Шотландию действия общеанглийских уголовных статутов немногочисленны). С 1999 г. функционирует воссозданный шотландский парламент, обладающий правом законодательствовать в уголовно-правовой сфере (следует отметить, что уголовное законодательство относительно ряда преступлений относится к полномочиям, «зарезервированным» Актом о Шотландии 1998 г. за лондонским парламентом).

Тем не менее, несмотря на островную общность правовой истории в течение последних трех столетий, шотландское уголовное право все же является «гибридной» правовой системой. В подтверждение этого достаточно указать на несколько моментов.

Во-первых, категориальный аппарат шотландского уголовного права отличен от английского, и даже за внешним совпадением терминологии часто скрывается совершенно различное содержательное наполнение.

К примеру, наиболее отягченная форма преднамеренного причинения смерти другому человеку в Шотландии, как и в Англии, именуется «тяжким убийством» (*murder*). Тем не менее, поскольку, если рассматривать данный вопрос в целом, от менее серьезного причинения смерти другому человеку — шотландского «виновного человекоубийства» (*culpable homicide*) или английского простого убийства (*manslaughter*) — тяжкое убийство отличается по субъективной составляющей преступного деяния (*mens rea*), то можно сказать, что концепция шотландского тяжкого убийства достаточно явно отличается от английской. Так, если в Англии *mens rea* тяжкого убийства образует «злое предумышление» (*malice aforethought*) в виде намерения причинить смерть или намерения причинить тяжкий телесный вред (хотя и не смерть) потерпевшему<sup>1</sup>, то в Шотландии право, во-первых, не прибегает к архаичному термину «злое предумышление» и, во-вторых, добавляет к намерению причинить смерть потерпевшему (или тяжкий телесный вред — достаточность этой разновидности намерения для тяжкого убийства является неопределенным вопросом в шотландской судебной практике) также злобную неосторожность (*wicked recklessness*) в виде безразличия к последствиям содеянного<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> См., напр.: *Regina v. Vickers*, [1957] 2 Q.B. 664, 670 (per Lord Goddard, C.J.); *Regina v. Hancock*, [1986] A.C. 455, 471 (per Lord Scarman).

<sup>2</sup> См. подп.: A Draft Criminal Code for Scotland with Commentary. P. 86-87; Jones T.H. Note, The Scottish Law of Murder // The Law Quarterly Review. 1989. Vol. 105, № 4. P. 516—520.

Во-вторых, система правосудия по уголовным делам (в отличие от гражданских дел) на настоящий момент полностью независима от английской, и Высокий Суд Юстициариев является конечной судебной инстанцией для всех шотландских уголовных дел (в отличие от дел гражданских). Хотя в шотландской судебной практике время от времени используются английские прецеденты, отношение к ним в целом более чем сдержанное. Так, когда в 2002 г. Высокий Суд Юстициариев должен был разрешить небесспорное дело, связанное с пониманием преступления изнасилования, и лордам-судьям сторонами в процессе было предложено обратиться к английскому опыту, возглавляющий суд лорд Каллин-Уайткирк в достаточно критических выражениях отозвался о такой идее: «Суду было предложено рассмотреть то, как формулируются требования для преступления изнасилования, которые применяются в праве Англии и других стран Британского Содружества. Я не считаю такой экскурс полезным или заслуживающим доверия. В затронутом контексте исторические корни и концепции другой системы права не могут полагаться схожими с историческими корнями и концепциями права Шотландии»<sup>1</sup>.

В-третьих, сохраняется значение доктринальных трудов «институциональных авторов», которые, будучи написаны в конце XVIII — середине XIX вв., еще не испытали на себе в полной мере подавляюще-разрушительное воздействия английского общего права.

Основополагающий же момент «гибридности» заключается в том, что в шотландском уголовном праве сосуществуют две идеологические компоненты: с одной стороны, в центре уголовного права стоит человек, что связано с восприятием идейной основы английского общего права, но, с другой — шотландцам чужда абсолютизация интересов человека в уголовном праве, и равную с ними значимость получают интересы закона. Так, в отличие от Англии в Шотландии уже достаточно давно была образована централизованная и единая служба государственного публичного обвинения — Ведомство Короны и Служба по Service, возглавляемая Лордом-адвокатом. В Шотландии устраняется действие принципа строгого толкования уголовного закона, если

<sup>1</sup> *Lord Advocate's Reference* (No. 1 of 2001), 2002 S.L.T. 466 at para. [30] (per Lord Justice General).

такое толкование приводит к искажению смысла и целей уголовного права; кроме того, соподчиняясь с интересами закона, шотландские судьи считают себя вправе криминализировать новые опасные проявления человеческой деятельности либо расширять границы уже известных праву преступлений.

Так что можно с уверенностью сказать, что шотландское уголовное право, которое в силу особенностей своего исторического развития впитало дух континентальной законности, и сегодня остается верно традициям последней, примиряя их с классическими постулатами общего права. В будущей перспективе деятельность самостоятельного шотландского парламента вполне может способствовать консервации «гибридности» шотландского уголовного права.

Черты «гибридности» также проявляют уголовно-правовые системы *островов пролива Ла-Мани, Джерси и Гэрнси, и острова Мэн*, уголовное право которых отлично от собственно английского права.

Джерси, с точки зрения государственного суверенитета, образует любопытное явление на правовой карте мира. С одной стороны, это и не часть Соединенного Королевства, и не колония последнего; с другой стороны, это и не полностью самостоятельное государство, поскольку главой Джерси является английский монарх, представляемый лейтенант-губернатором. Парламент острова — Штаты Джерси — состоит из 53 депутатов; он обладает суверенным и полным правом законодательствовать на острове; лондонское правительство ответственно лишь за оборону острова и международные отношения. Акты лондонского парламента в большинстве случаев не распространяются на Джерси, и в любом случае для такого распространения требуется особая оговорка, делаемая даже не законом, а приказом Ее Величества в Тайном Совете.

Исторически Джерси было завоевано норманнами еще до Англии, в 933 г. Как отмечают К. Цвайгерт и Х. Кетц, «этим объясняется шутка жителей Нормандских островов, что Англия — их старейшая колония»<sup>1</sup>. Впоследствии, в начале XIII в., когда Нормандия отошла к Франции, жители Джерси предпочли сохранить верность британской

<sup>1</sup> *Цвайгерт К., Кетц Х.* Указ. соч. Том I. С. 304.



короне, взамен «выторговав» суверенные и обширные привилегии (в частности, английский монарх обещал править островом так, как будто он продолжал быть герцогом Нормандским, т.е. соблюдать применительно к острову прежние кутюмы и законы герцогства). Тем не менее, территориальная близость к Франции дает о себе знать: наравне с английским в широком употреблении (в особенности в юридической профессии) французский язык и его нормандский диалект.

В схожем правовом положении находится и второй крупный остров, Гэрнси. Парламент Гэрнси именуется «Совещающиеся Штаты», и обладает правом законодательствовать на острове. Главой Гэрнси также является английский монарх, представляемый лейтенант-губернатором.

Оба острова имеют иерархично выстроенную собственную судебную систему. В частности, на Джерси, кроме низших судов, заслуживают упоминания Королевский Суд и высшая судебная инстанция острова — Апелляционный Суд. Принятые последние решения могут быть обжалованы не в Палату Лордов<sup>1</sup>, а в Судебный Комитет Тайного Совета.

Остров Мэн (расположенный в проливе между британским островом и Ирландией) также является самоуправляющейся зависимой территорией британской короны; правительство Соединенного Королев-

---

<sup>1</sup> Судебную систему Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии в части разрешения апелляций по уголовным делам, разрешенным судами Англии, Уэльса и Северной Ирландии, возглавляет Апелляционный Комитет Палаты Лордов. Для рассмотрения апелляций монархом назначаются 12 лордов-юристов (Law Lords), два из которых представляют Шотландию и один — Северную Ирландию (так называемые «ординарные лорды по апелляциям», посвящающие свою деятельность в Палате непосредственно судопроизводству). Кроме того, правом рассмотрения апелляций наделены лица, занимавшие в прошлом высшие судебные посты, определенные законом.

Коллегия для рассмотрения апелляции должна состоять не менее чем из трех лордов; обычно ее образуют пять лордов, число которых по делам исключительной важности увеличивается до семи и даже до девяти лордов.

Кардинальное реформирование английской судебной системы предполагается принятым Законом о конституционной реформе 2005 г. (Constitutional Reform Act, 2005, с. 4). На вершине судебной пирамиды будет стоять Верховный Суд Соединенного Королевства, который и по составу, и по полномочиям заместит Апелляционный Комитет Палаты Лордов. Департамент конституционных вопросов, возглавляемый лордом-канцлером и ответственный за проведение в жизнь конституционных реформ в Соединенном Королевстве, планирует открыть Верховный Суд в октябре 2009 г.

ства ответственно за оборону острова и международные отношения. Монарха на острове представляет назначаемый на пятилетний срок лейтенант-губернатор, а законодательную власть осуществляет имеющий более чем тысячелетнюю историю двухпалатный парламент — Тинвальд. Акты лондонского парламента в большинстве случаев не распространяются на Мэн; для этого требуется согласие правительства острова.

Судебная система острова представлена Высоким Судом (в составе двух думстеров), который обладает исключительной юрисдикцией по всем гражданским и уголовным делам. Апелляционный Суд Мэна состоит из думстеров и апелляционного судьи — временно назначаемого английского юриста. Конечной апелляционной инстанцией является Судебный Комитет Тайного Совета.

Уголовное право Джерси, согласно господствующей доктрине, отличается от английского и самостоятельно. Его основу составляет нормандское обычное право, первоосновой которого является, в свою очередь, римское право. Как следствие, джерсийская судебная практика склонна придавать больший вес собственным судебным прецедентам, чем английским, и ориентироваться на идеологию римского права, а не на идеологию общего права.

В частности, уголовно наказуемые правонарушения в Джерси делятся на три категории: преступления и деликты (правонарушения, предусмотренные нормами обычного права, отличавшиеся исторически лишь инициированием процесса — в деликтах процесс по джерсийскому праву начинался потерпевшим, к которому присоединялся обвинитель со стороны службы Генерального Атторнея; в настоящее время это различие отменено, и по сути единственное значимое отличие двух категорий заключается в сроке давности привлечения к ответственности — для преступлений он не ограничен, тогда как для деликтов составляет три года), а также нарушения (статутные правонарушения).

Любопытно также то, что в одном из решений Королевский Суд указал, что он склонен развивать джерсийское уголовное право, имея в виду опыт развития уголовного права в других странах, испытавших сильное влияние римского права, т.е. в Шотландии и Южной Афри-

ке<sup>1</sup>. В другом решении этот же суд отказался воспринять английский критерий невменяемости, основанный на Правилах МакНатена 1843 г.<sup>2</sup>, указав, что последние не образуют составной части уголовного права Джерси; соответственно, суд сформулировал собственно джерсийские критерии невменяемости<sup>3</sup>.

Отлично от английского и статутное законодательство Джерси. В частности, только в 1986 г. джерсийский парламент принял во многом аналогичный английскому Закону об убийстве 1957 г. Закон об убийстве (Джерси) (*Homicide (Jersey) Law 1986*), которым, в частности, отменил смертную казнь за тяжкое убийство (что было сделано в Англии еще в 1965 г.), изменил нормы о «провокации» и ввел в джерсийскую практику понятие «уменьшенной вменяемости».

Тем не менее, и джерсийское уголовное право подвергается «разлагающему» влиянию английского права. В частности, рассматривая на апелляции собственно джерсийские критерии невменяемости, сформулированные нижестоящим судом, Апелляционный Суд острова хотя и не отклонил их, однако счел, что крайне нежелательно расхождение в определении невменяемости на Джерси, с одной стороны, и в Англии, с другой. Как следствие, суд предложил вмешаться законодателю и согласовать джерсийское уголовное право в этой его части с английским<sup>4</sup>. Точно так же в уже упоминавшемся Законе об убийстве (Джерси) нормы о «провокации» и «уменьшенной вменяемости» сформулированы идентично соответствующим английским нормам. И, кроме того, за отсутствием собственных значимых прецедентов джерсийская судебная практика вынуждена очень часто прибегать к английским, хотя и считает себя вправе не следовать строго английским судебным решениям («суды нашего острова не связаны решениями английских судов... Королевский Суд применяет принципы, сформулированные Палатой Лордов, в тех случаях, когда он находит их полностью обоснованными...»<sup>5</sup>).

В историческом аспекте интересен и тот факт, что в XIX в. уголовное право Джерси очень близко подошло к кодификации. В середине

столетия специальная комиссия, отметив неопределенность уголовного права Джерси (в плане отсутствия специальных законодательных установлений, определяющих преступления и наказания за их совершение), представила проект уголовного кодекса, составленный на основе английского общего права (отвергая вариант рецепции французского наполеоновского уголовного кодекса, члены комиссии отметили несхожесть французского права с джерсийской практикой, хотя изначально, что любопытно, рассматривали эту возможность). Проект кодекса был принят парламентом Джерси в 1848 г., однако (в отличие от предложений комиссии) в нем было слишком много французских по происхождению положений. Как следствие, опасаясь неопределенности на практике, могущей возникнуть по принятии кодекса, Генеральный Атторней Джерси рекомендовал короне отклонить проект. В итоге проект так и не был представлен на монаршее усмотрение. После доработки проекта он был вновь принят парламентом острова в 1850 г., однако вновь был отклонен в Лондоне как чрезмерно гуманный в наказании ряда преступлений. После этого проект был навсегда оставлен<sup>1</sup>.

Отлично от английского и уголовное право острова Мэн, хотя основу его составляет английское общее право (следует отметить, что здесь значительно меньше черт «гибридности» по сравнению с Джерси, так что даже можно ставить под вопрос отнесение уголовного права острова Мэн к «гибридным» правовым системам). В XIX в. уголовное право острова было кодифицировано на основе английского общего права.

«Гибридными» также являются уголовно-правовые системы ряда стран *Африки*, которые ранее были британскими колониями. На настоящий момент нормы, основанные на английском уголовном праве, сосуществуют там с мусульманским уголовным правом (например, в Нигерии), с обычным уголовным правом (африканские страны к югу от Сахары) и с континентальным уголовным правом (ЮАР).

В частности, правовая система Южно-Африканской Республики в целом может быть охарактеризована как «гибридная»: если содержательное наполнение права во многом прослеживается к римско-гол-

<sup>1</sup> См.: *Attorney General v. Foster*, [1989] J.L.R. 70, 88 (per Crill, Bailiff).

<sup>2</sup> См.: *M'Naghten's Case*, 10 Cl. & F. 200, 8 Eng. Rep. 718 (H.L. 1843).

<sup>3</sup> См.: *Attorney General v. Prior*, [2001] J.L.R. 146, 158-159 (per Bailhache, Bailiff).

<sup>4</sup> См.: *Prior v. Attorney General*, [2002] J.L.R. 11, 21 (per Vaughan, J.A.).

<sup>5</sup> *Ruban v. Attorney General*, [1987—88] J.L.R. 204, 216 (per Tomes, Deputy Bailiff).

<sup>1</sup> См. подр.: *Le Quesne G. An Abortive Penal Code // Jersey Law Review*. 2002. Vol. 6, № 3.

ландскому праву в том виде, в каком его представляют труды глоссаторов и голландских юристов XVI—XVIII вв., то процессуальные формы отправления правосудия, практика прецедента унаследованы от общего права, и само по себе развитие права в прошлом и в настоящем испытывает влияние со стороны английского права<sup>1</sup>. Тем не менее, в области уголовного права «гибридность» менее заметна, поскольку основные институты последнего позаимствованы с английского образца. Уголовное законодательство ЮАР на настоящий момент не кодифицировано, хотя в колониальный период там действовало несколько кодексов, принятых под влиянием английского проекта 1879 г.

Завершая обзор распространения семьи общего права на правовой карте мира, в качестве принципиального момента следует подчеркнуть ее *внутреннее теоретическое единство*. Последнее обусловлено целым рядом причин.

Во-первых, общим корнем всех уголовно-правовых систем — английским уголовным правом, его доктринальными трудами, прецедентами и статутами.

Унаследовав английское уголовное право, различные страны унаследовали, во-вторых, идею человека, с которой первое неразрывно связано.

В-третьих, многие десятилетия вестминстерские суды для разбросанных по миру стран семьи общего права оставались *de iure* (а во многом и сейчас остаются *de facto*) авторитетными творцами права.

В-четвертых, теория уголовного права в любой уголовно-правовой системе относительно устойчива по отношению к частностям позитивного уголовного закона. Обусловлено это тем, что современная уголовно-правовая теория выросла из «авторитетных трудов» XVII—XVIII вв., заложенные в которых отправные идеи вследствие «скептической осторожности» науки сравнительно мало изменились со временем.

Иными словами, если перефразировать Роско Паунда<sup>2</sup>, то можно сказать, что словесные различия в законодательстве и в природе судебных решений среди стран, которые получили или восприняли систему общего права, менее значимы по сравнению с фундаментальным единством системы общего права в мировом масштабе.

<sup>1</sup> См. подр.: Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Том I. С. 347—353.

<sup>2</sup> См.: Pound R. Op. cit. P. 50—51.

## § 2. Семья континентального права

### § 2.1. Возникновение, историческое развитие и типологические особенности семьи континентального права

Уголовно-правовая семья континентального права, с точки зрения ее типологических основ, интересна для изучения, поскольку отечественное уголовное право, во многом (как бы нам не хотелось отстаивать национальную самобытность правовой системы, опровергнуть следующий далее тезис невозможно) выросшее в XIX в. из немецкой уголовно-правовой доктрины, является типичной уголовно-правовой системой в границах рассматриваемой семьи.

Вместе с тем *исторический очерк* семьи континентального права с неизбежностью менее целостен и ярок по сравнению с семьей общего права или семьей религиозного права. Обусловлено это историческими особенностями формирования семьи континентального права: в отличие от Англии, где королевское уголовное право зародилось сравнительно давно как противопоставление местным обычаям, партикуляризм континентального права начал исчезать только в XVIII—XIX вв. Именно в это время в странах на европейском континенте объединяется (конечно же, в пределах национальных границ) уголовное право, а старинные местные обычаи исчезают. До XVIII—XIX вв. можно говорить о некоторых памятниках уголовного права, о попытках его доктринальной рационализации, однако единую историческую нить проследить невозможно.

Тем не менее, для стоящих перед нами целей исторический очерк, выявляющий происхождение типологической идеи семьи континентального права, необходим, и для целей этого очерка всю историю континентального уголовного права можно поделить на три этапа<sup>1</sup>.

*Первый этап*, или *период варварского уголовного права* в плане его начала можно датировать гибелью Римской империи и варварскими завоеваниями. Крушение Рима разрушило блестящую цивилизацию, и вместе с ней на долгие века забытым оказался римский юридический

<sup>1</sup> Применительно к истории романо-германской правовой семьи в целом см. подр.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 30—57; Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Том I. С. 119—132, 203—219; Марченко М.Н. Указ. соч. С. 489—496.

гений. Временной рамкой нам может послужить V век от Р.Х. Эта дата не случайна, так как приблизительно в это время, сменив прежних властителей, утверждаются на престолах варварских государств первые династии, заложившие принципиально иной, отличный от римского фундамент будущих средневековых королевств («...короли варваров... не могут считаться в отношении осуществляемой ими власти прямыми преемниками римских императоров. Они удержали только внешние знаки и титулы кесарей, что и немудрено при употреблении в актах латинской речи, но старые прозвища стали передавать сплошь и рядом новые понятия. Корона, трон, скипетр, хламида, пурпуровая туника — общи германскому конингу с римским императором»<sup>1</sup>). Восприятие римского уклада жизни состоялось, однако преемственность двух исторических эпох (и в том числе в области права) оказалась исключительно внешней.

Этот начальный период в истории континентального уголовного права роднит его с англосаксонским правом той же эпохи (что и неудивительно, если вспомнить, что англы, саксы и прочие племена, наводнившие Британию, пришли с континента). На протяжении нескольких столетий варварские племена создают свои королевства; властители последних даруют подданным «правды», которые как и в Англии в части уголовно-правовой преимущественно содержат процессуальные постановления и нацелены на регламентацию процедур по разрешению конфликтных ситуаций. Остальные нормы посвящены казуистической регламентации размера композиционных штрафов. «Преступление в целом воспринималось не как проступок, направленный против политического порядка как такового или против общества в целом, а как проступок, направленный против жертвы и тех, кто с ней отождествлялся: сородичей, территориальной общины, феодального класса. ...Нормальным социальным ответом на такой проступок была месть со стороны самой жертвы, или ее сородичей, или другой группы, к которой жертва принадлежала. ...В целом королевская или императорская юрисдикция над уголовными преступлениями была чрезвычайно ограничена»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Ковалевский М. От прямого народоправства к представительному и от патриархальной монархии к парламентаризму. Рост государства и его отражение в истории политических учений. Т. I. М., 1906. С. 115—116.

<sup>2</sup> Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 179—180.

См. также: von Bar C.L. A History of Continental Criminal Law / Translated by Thomas S. Bell and others; With an Editorial Preface by John H. Wigmore. Boston, 1916. P. 56—76.

Преступник воспринимался как *враг* ближнего или общности; до идеи выдвижения публичного притязания на его «жизнь и члены» было еще далеко. Он во избежание возмущения в общности выдавался «с головой» потерпевшему или семье последнего, которые либо карали его, либо удовлетворялись денежной компенсацией. Салическая Правда свидетельствует, что убийца-раб выдавался родичам потерпевшего, а его хозяин оплачивал половину «композиции» (*Les Salica*, XXXV, 5); свободный, не имевший возможности уплатить композицию, подлежал смерти (*Les Salica*, LVIII).

Исторические зарисовки, встречающиеся в компаративистской литературе, характеризуют это время как «закат идеи права»<sup>1</sup>: оно было еще живо, однако на практике власть стремилась восстановить доступными средствами мир и спокойствие в общине и предотвратить кровную месть. Отсутствие сильной центральной власти, в свою очередь, порождало множественность обычаев и локальных нормативных установлений.

К примеру, на территории современной Франции в эпоху раннего Средневековья сосуществовало несколько уголовно-правовых систем: коренные обитатели местности (так называемые «римляне») судились и наказывались по римскому праву, в отношении покоривших их варваров действовали племенные обычаи с присущей им кровной местью и денежными выкупами; с течением времени римское уголовное право было замещено полностью варварскими правдами<sup>2</sup>.

*Второй этап* в развитии континентального уголовного права, начавшийся в XII в., — это *эпоха университетов*. Движущим фактором изменений в правовой области стала Папская революция конца XI — начала XII вв. На ее волне возникла система права как самостоятельное образование, а вместе с нею «класс профессиональных адвокатов и судей, иерархия судов, юридические школы, юридические трактаты и концепция права как автономного, интегрированного, развивающегося свода принципов и процедур»<sup>3</sup>. С появлением правовой науки

<sup>1</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 31.

<sup>2</sup> См.: Donnedieu de Vabres H. Traité de droit criminel et de législation pénale comparée. 3<sup>e</sup> éd. Paris, 1947. P. 17—19; Esmein A. Cours élémentaire d'histoire du droit français. Onzième édition. 1<sup>er</sup> Fascicule. Paris, 1912. P. 98—100; Glasson E. Histoire du droit et des institutions de la France. Tome troisième. Paris, 1889. P. 523—587; Ortolan. Sources de notre ancien droit pénal // Revue de législation et de jurisprudence. Nouvelle collection. Tome premier. 1848. P. 39—43.

<sup>3</sup> Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 122.

вышло из забвения римское право, которое стало изучаться и преподаваться в университетах<sup>1</sup>. В монастырях и университетах создаются христианские уголовно-правовые построения, связанные с доктринами греховности, виновности, искупления и т.д.<sup>2</sup> И именно в университетах как противовес партикуляризму местных обычаев, антихристианских в их карательной направленности, как символ идеальной мыслимой канонико-правовой системы, как отражение борьбы за соблюдение Божественного закона, отражением которого является закон земной, рождается типологическая идея семьи континентального права — *идея закона*. В это время она еще умозрительна, однако ее краеугольный камень уже заложен работами канонистов и профессоров, связывающих уголовную ответственность с греховностью человека и необходимостью искупления вины.

Ранее преступление в целом воспринималось как единство двух сторон: во-первых, это был проступок, направленный против жертвы и ее клана, общины, но никак не против общества в целом и мира короля; и, во-вторых, «это был также и проступок перед Господом — грех»<sup>3</sup>. Естественной реакцией со стороны социума на него была кровная месть, которой можно было избежать, лишь пройдя последовательно через покаяние, восстановление чести и примирение с обиженными посредством уплаты композиции. Взаимозаменяемость понятий «преступление» и «грех» предопределяла отсутствие четких разграничительных линий между тем, что следует искупать покаянием, а что — заглаживать примирением. В таком единстве двух сторон — мирской и церковной — безусловно доминировали мирские идеи, оттеснявшие на задний план канонические представления о субъективной моральной греховности. Обусловлено это было как направленностью законодательства на скорейшее восстановление мира, а не на обуздание аморальности, так и пассивностью церкви в привнесении идеи субъективной греховности в мировоззрение общества. Новая каноническая доктрина, основанная на идеях греха, наказания и искупления, изме-

<sup>1</sup> О возобновлении изучения римского права см. подр.: Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 124—165; von Bar C.L. Op. cit. P. 202—220; Pollock F., Maitland F.W. Op. cit. Volume I. P. 21—24, 110 *et seq.*

<sup>2</sup> См. подр.: Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 179—194; Есаков Г.А. Мепс геа в уголовном праве США... С. 56—58.

<sup>3</sup> Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 179.

нила подход к преступлению, обосновав это концепцией справедливости: «Справедливость требует, чтобы за каждый грех (преступление) было заплачено временным страданием; чтобы это страдание, т.е. наказание, было адекватно греховному поступку, и чтобы оно защищало («отмшало») конкретный закон, который нарушается»<sup>1</sup>. Доктрина искупления, таким образом, разделила прежде единое в своих двух сторонах деяние на преступление, за которое виновный должен ответить перед законом, и грех, смыываемый покаянием.

Иными словами, в этот период зарождается понимание преступления как посягательства на Закон, которое требует отмщения; закон становится самодостаточной ценностью, требующей наказания в случае его нарушения; со временем закон начинает восприниматься как идеальное средство установления порядка в обществе. Если прибавить к этому «ненависть» университетских профессоров к «варварскому» праву за стенами университетов, то можно понять, сколь желаемы были ими изменения в мирском праве, которые могли бы поставить на место разрозненных правовых установлений завершённую и бесценную систему Закона.

Ждать этих изменений пришлось долго. Зарождение идеи закона в стенах университетов не повлияло на действующее право. Если содержательно обычаи кровной мести, композиционных штрафов, Божьего суда и подобные им ушли в прошлое, будучи заменены кроваво-жестоким системой государственных наказаний, то внешние формы выражения права изменились незначительно: на всей территории Европы господствовало обычное уголовное право с вкраплениями установленных государственной власти и щедро снабженное многочисленными доктринальными комментариями. Появлявшиеся компиляции уголовно-правовых норм бесспорно ценны, однако немногие переживают своих создателей.

Так, на пространстве Священной Римской Империи к началу XVIII в. наравне с Каролиной (1532 г.), объединявшей в письменной форме нормы римского и германского обычного права, формально действующим признавалось римское право и каноническое право; правители отдельных земель (и прежде всего курфюрсты) имели право законода-

<sup>1</sup> Там же. С. 181.

тельствовать самостоятельно. Множественность источников права вынуждала судей прибегать к доктринальным руководствам, так что многотомные комментарии позднее обличенных Чезаре Беккариа Карпцовиуса (*Practica nova Imperialis Saxonica rerum criminalium*, XVII в.), Клапуса (*Septem libri sententiarum receptarum*, XVI в.) и Фаринация (*Concilia, practica et theoria criminalis*, XVI в.) с успехом заменяли закон. Первый из них «приобрел такой авторитет, что его мнения и толкования Саксонских законов считались общими законами во всей Германии»<sup>1</sup>.

Во Франции действовало до 400 сводов кутюмов (один из наиболее известных — *Кутюмы Бовези* Филиппа де Бомануара, датируемые XIII в.), акты парламентов (французских судебных органов той эпохи), ордонансы и эдикты королевской власти<sup>2</sup>. Нисколько не преувеличивая, можно сказать, что уголовное право Франции в веке XVIII было в основе своей таким же, как и в веке XIII.

Основу уголовного права составляли многочисленные местные кутюмы. При этом в большинстве своем кутюмы в их уголовно-правовой части оставались незаписанными, что создавало трудности в применении уголовного права; более того, санкции кутюмов были абсолютно неопределенны. В кутюмах, как правило, устанавливалось наказание, однако судья был свободен отказаться от него и выбрать род и размер наказания по своему усмотрению. При этом противоречия между кутюмами начинались с самых основ уголовного права: так, Кутюмы Бовези делили все преступления на три группы (опасные преступления, средние и незначительные), нормандские кутюмы — на две, кутюмы Анжу вообще не придерживались деления преступлений<sup>3</sup>.

Королевские ордонансы и эдикты издавались время от времени и в основном устанавливали наказуемость деяний определенного рода: отравлений, дуэлей, хищений казны и т.п. Уголовный ордонанс от 26 августа 1670 г. (*Ordonnance Criminelle*)<sup>4</sup> был посвящен преимуществен-

<sup>1</sup> Богородский С.О. Очерк истории уголовного законодательства в Европе с начала XVIII века. Т. I. Киев, 1862. С. 9.

<sup>2</sup> См. подр.: *Donnedieu de Vabres H.* Op. cit. P. 19—21; *von Bar C.L.* Op. cit. P. 146—197, 259—290; *Ortolan.* Sources de notre ancien droit p<sup>o</sup>hal. P. 161—199.

<sup>3</sup> См.: *von Bar C.L.* Op. cit. P. 148—149.

<sup>4</sup> См.: *Recueil g<sup>o</sup>ral des anciennes lois fran<sup>o</sup>aises, depuis l'an 420, jusqu'a la r<sup>o</sup>volution de 1789 / par Isambert, Decrusy, Taillandier.* Tome XVIII. Aout 1661. 31 d<sup>o</sup>cembre 1671. Paris, 1829. P. 371—423.

но процессуальному праву; уголовно-правовые нормы в нем сводятся к разрозненным постановлениям о наказаниях, их системе и порядке исполнения.

В докладе Учредительному собранию о проекте кодекса 1791 г. Мишель Лепелетье де-Сан-Фаржо так отзывался о состоянии уголовного права дореволюционной Франции: «В бесформенном хаосе наших старых учреждений почти на каждом шагу оскорблялась нравственность и человечность. Невинные действия или легкие ошибки возводились в великие злодеяния. При одной заподозренности в преступлении наказание часто назначалось как при совершении его. ...Сам закон толкал злодея к последней ступени преступления, потому что с первого же шага он находился на последней ступени наказания. Несвязные положения, без системы, принятые в различные эпохи, под влиянием потребностей данного момента, ни разу не собранные в свод законов, были разбросаны в объемистых сборниках. О них порой забывали, порой вновь вспоминали. Их бессмысленная жестокость дополнялась злоупотреблениями иного рода — произволом судей»<sup>1</sup>.

С точки зрения доктрины, стараниями юристов в обычное уголовное право были привнесены построения разновидностей виновности, соучастия, предварительной преступной деятельности. Как и в Германии, наибольший авторитет получают работы Кларуса и Фаринация<sup>2</sup>. Тем не менее, доктрина уголовного права во многом не восполняла существующих пробелов, поскольку, с одной стороны, была скована работами комментаторов римского права и самим римским правом и, с другой — сталкивалась со множественностью кутюмов. Так, в трактате Жюсса об уголовном правосудии Франции (охватывающем и материальное право, и процесс) все основные вопросы разбираются с отсылками преимущественно к римскому праву. Например, говоря о классификации преступлений, он прежде всего указывает, что «римляне выделяли два вида преступлений...»<sup>3</sup>; далее изложение идет так, что создается впечатление, будто трактат комментирует Дигесты Юстиниана; в изобилии также представлены ссылки на работы Кларуса, Фаринация и

<sup>1</sup> Цит. по: Французский уголовный кодекс 1810 года. С изм. и доп. по 1 июня 1940 г. / Пер. Н.С. Лапшиной; под ред. и со вступ. ст. М.М. Исаева. М., 1947. С. 9—10.

<sup>2</sup> См.: *Esmein A.* Op. cit. P. 860—861.

<sup>3</sup> *Jousse M.* *Traite de la justice criminelle de France.* Tome premier. Paris, 1771. P. 2.

проч. Особенная часть занимает почти два тома (при этом преступления не систематизируются, а разбираются в алфавитном порядке), однако описания преступных деяний также пестрят отсылками к римскому праву. Так, в главе об убийстве можно встретить ссылки на Аквилев закон, Дигесты<sup>1</sup>; определение отцеубийства дается со ссылкой на римское право и доктринальные работы Кларуса, Фаринация и других авторов<sup>2</sup>.

В Испании суды применяли разнообразные *фуэрос* (своды обычного права), различавшиеся от местности к местности. Попытки компиляции фуэрос (например, кастильские *Las siete partidas* 1256—1263 г. («Семь партид»), «Новый свод» 1567 г.) не приводили к успеху: они так и не становились единым законом для всей Испании.

*Третий этап* в развитии континентального уголовного права может быть назван *современным*. Его истоки лежат в идеях европейского Просвещения, а формальное начало можно связать с 1764 г., появлением небольшой работы, оказавшей громадное влияние на умы современников и с тех пор остающейся едва ли не краеугольным камнем всей континентальной уголовно-правовой философии, — «О преступлениях и наказаниях» маркиза Беккариа.

Обличительный пафос этой книги доныне не имеет себе равных: «Обрывки законов древнего народа-завоевателя, собранные повелением государя, царствовавшего в Константинополе двенадцать веков тому назад, перемешанные впоследствии с обычаями лангобардов и скрытые в груде фолиантов, наполненных запутанными толкованиями частных лиц, составляют собрание преданий, в значительной части Европы именуемых, однако, законами. И поныне всюду — как это ни печально — мнение Карпцовиуса, древний обычай, отмеченный Кларусом, род пытки, подсказанный с злобной угодливостью Фаринацием, считаются законами, хладнокровно применяемыми теми, кто должен был бы с трепетом решать о жизни и судьбе людей. Эти законы — наследие самых варварских веков...»<sup>3</sup>. Представленные Цезаре

<sup>1</sup> См.: *Jousse M. Traité de la justice criminelle de France. Tome troisieme. Paris, 1771. P. 480 et seq.*

<sup>2</sup> См.: *Jousse M. Traité de la justice criminelle de France. Tome quatrieme. Paris, 1771. P. 1—3.*

<sup>3</sup> *Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях / Пер., биограф. очерк М.М. Исаева. М., 1939. С. 183—184.*

Беккариа принципы построения и применения уголовного права как нельзя лучше отвечали идеям Просвещения и естественного права, и они же отражали в себе идею закона как средства поддержания порядка в обществе, как наивысшей ценности, как противовеса абсолютизму и произволу, нарушение которого должно быть возмещено наказанием.

Под влиянием идей Просвещения и на базе экономически стремительно развивающегося общества с конца XVIII — начала XIX вв. в Европе наступает эпоха подлинных кодификаций уголовного права, возносящих до того проповедуемую в университетах идею закона на небывалую высоту. По словам Реми Кабриака, «философия Просвещения превратила закон в изъявление общей воли, символ борьбы с абсолютизмом монархов, триумф естественной справедливости, основанной на разуме. ...С той поры Кодекс начинает приобретать мифическую значимость и делается чем-то вроде неизбежного предмета размышления для любого интеллектуала или любого правителя»<sup>1</sup>.

И хотя эта кодификация была далеко не первой, однако по влиянию затмила многие, имевшие место до и после. Речь идет, конечно же, о *кодификации уголовного права Франции*, предпринятой императором Наполеоном Бонапартом<sup>2</sup>. Уголовный кодекс 1810 г. — это символ континентального уголовного права, зафиксировавший в своих лаконичных, устремленных в будущее положениях идею закона как орудия управления обществом настолько ясно, насколько то возможно. И поэтому неудивительно, что он прожил долгую жизнь не только во Франции, но и стал образцом для подражания во многих странах семьи континентального уголовного права (например, бельгийский УК 1867 г. и голландский УК 1881 г. составлены под его сильным влиянием).

К моменту принятия Кодекса Наполеона уголовное право Франции уже не находилось в столь плачевном состоянии, что было описано ранее. В 1791 г. Учредительным собранием был принят Уголовный кодекс<sup>3</sup>, основанный на идеях Просвещения, закрепивший принцип *nullum crimen sine lege* и установивший (памятуя обличение Беккариа

<sup>1</sup> *Кабриак Р. Кодификации / Пер. с фр. Л.В. Головки. М., 2007. С. 58—59.*

<sup>2</sup> См. подр.: *Donnedieu de Vabres H. Op. cit. P. 21—34; von Bar C.L. Op. cit. P. 335—342; Французский уголовный кодекс 1810 года. С. 51—91.*

<sup>3</sup> См. подр.: *von Bar C.L. Op. cit. P. 320—324; Французский уголовный кодекс 1810 года. С. 7—44.*

судейского произвола) систему абсолютно-определенных наказаний. Наряду с этим Кодексом действовали Кодекс полиции муниципальной и полиции исправительной того же года, Кодекс о преступных деяниях и наказаниях 3 брюмера IV года (1795 г.) и ряд декретов Конвента, Директората и Консулата. Необходимость в реформировании этой отрасли права (как и иных) осознавалась вполне отчетливо, и 27 жерминаля IX года (17 апреля 1801 г.) комиссии из пяти лиц (судей Тарже, Блонделя, Вейльера, Удара и адвокат Трейльера) поручается составить единый проект уголовного и уголовно-процессуального кодекса. В 1804 г. проект из 1207 статей был опубликован и разослан для отзыва в судебные органы (которые в целом оказались негативными). В конце 1804 г. после обсуждения проекта в Государственном совете работы по составлению кодекса были приостановлены и возобновились в 1808 г. К этому времени единый проект был разделен на два; полтора года заняло обсуждение уголовного кодекса в Государственном совете; с 12 по 20 февраля 1810 г. кодекс принимается Законодательным корпусом и 1 января 1811 г. вместе с уголовно-процессуальным кодексом вступает в силу.

Кодекс был и реформаторским, и реакционным проектом одновременно. Его основной целью было добиться защиты общества; средством к этому послужила суровая карательная система; идея исправления была чужда его составителям.

Юридическая техника кодекса была великолепна. Абстрактные и краткие положения суммировались в 74 статьи Общей и 410 статей Особенной части; чеканные формулировки могут до сего дня служить образцом для подражания: «Ни одно нарушение, ни один проступок, ни одно преступление не могут караться наказаниями, которые не были установлены законом до их совершения» (ст. 4); «соучастники преступления или проступка подлежат тому же наказанию, что и виновники этого преступления или проступка, за исключением случаев, когда закон постановляет иное» (ст. 59); «нет ни преступления, ни проступка, если во время совершения деяния обвиняемый был в состоянии безумия или если он был принужден к тому силой, которой он не мог противостоять» (ст. 64); «умышленное лишение жизни почитается умышленным убийством» (ст. 295); «похитивший злостным образом не принадлежащую ему вещь виновен в краже» (ст. 379).

Наиболее значительный пересмотр Кодекса состоялся в 1832 г., когда изменению подверглись 162 статьи; в 1863 г. были изменены 45 статей Кодекса; в дальнейшем изменения не носили столь масштабного характера. Вместо этого французский законодатель предпочел издавать самостоятельные уголовные законы, не инкорпорируя их в текст Кодекса 1810 г. Во Франции Кодекс Наполеона оставался в силе до 1994 г., когда его сменил принятый двумя годами ранее новый Уголовный кодекс.

Следующий уголовный кодекс, с которым связывается семья континентального уголовного права, — это *Уголовный кодекс Германской Империи* от 15 мая 1871 г.<sup>1</sup>

Его основой стали идеи кантианской и гегельянской философии и постулаты классической школы уголовного права. Поворотным пунктом в истории немецкой уголовно-правовой доктрины можно считать выход работы Поля Ансельма Фейербаха «Пересмотр уголовного права» в 1799 г. В этой и других своих работах Фейербах создал единую теорию уголовного права, основанную на принципах *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine poena legali*. Назначенный в 1805 г. министром юстиции Баварии, Фейербах создал Баварский уголовный кодекс, который был принят 16 мая 1813 г. Его отличали полнота и ясность изложения Общей и Особенной частей; судебское усмотрение было сужено. Кодекс следовал трехчленной градации преступлений, принятой в Кодексе Наполеона 1810 г. Основным недостатком Кодекса стала его чрезмерная теоретизированность: положения о вине, соучастии оказались слишком запутанны и доктринальны. В Особенной части стремление сузить судебское усмотрение привело во многих случаях к казуистичности изложения. Кодекс 1813 г. оказал влияние на уголовное законодательство большинства германских государств (в частности, в Ольденбурге в 1814 г. он был воспринят практически дословно).

В целом первая половина XIX в. характеризуется в Германии кодификацией уголовного законодательства, порвавшей связь со средневе-

<sup>1</sup> См. подр.: von Bar C.L. Op. cit. P. 343—363; Mittermaier. De l'etat actuel de la législation pénale en Allemagne // Revue de législation et de jurisprudence. Deuxième série. Tome quatrième. 1841. P. 5—30.



ковым уголовным правом, его неопределенностью и анархией. На дальнейшее развитие уголовного права особое влияние оказал Уголовный кодекс Пруссии, принятый 14 апреля 1851 г. Как и французский Кодекс 1810 г., прусский закон отличался краткостью и абстрактностью изложения (более того, истоки многих положений, например, соучастия и покушения, прослеживаются к французскому тексту); в лучшую сторону от французского Кодекса он отличался и в аспекте проработанности Общей части (что было заслугой немецкой доктринальной школы), и в аспекте более мягкой карательной политики. Кодекс 1851 г. оказал влияние на законодательство многих немецких государств и стал по сути последним значимым кодификационным проектом, предшествовавшим появлению единого немецкого уголовного закона.

Принятие последнего обуславливалось государственным объединением Германии. В 1869 г. прусское правительство публикует проект Северогерманского уголовного кодекса, основанный на Кодексе 1851 г. В отличие от последнего, проект являлся более мягким: им сужалась сфера применения смертной казни, тюремное заключение ограничивалось 15 годами. Кроме того, проект отказывался от «французских наслоений» Кодекса 1851 г. в пользу собственно германских доктринальных построений. Проект без какого-либо серьезного обсуждения и серьезных поправок стал законом в 1870 г.; изменения, внесенные в ходе прохождения проекта в рейхстаге и бундесрате, касались в основном системы наказаний. Прежде чем Кодекс вступил в силу в 1871 г., германские государства окончательно объединились в единый государственный союз, так что 16 апреля 1871 г. Кодекс был объявлен общенемецким.

Французская и немецкая кодификации оказали огромное влияние на развитие уголовного права и его доктрины на всем европейском континенте. Вторая половина XIX — первая половина XX вв. являются временем, которое оставило нам свидетельства постепенного замещения осколков средневекового уголовного права современными кодексами, вступающими сегодня в новую эпоху и меняющимися в соответствии с потребностями времени.

Все эти кодексы, в свою очередь, воплотили так ярко, как только то могло быть, *идею закона*, и несут ее в себе, своих преемниках, своих

новых редакциях до сего дня. Основные составляющие идеи закона сводятся к следующим.

Континентальным юристом уголовный закон рассматривается как карающий меч, призванный привести порядок в общество: «Мы наказываем для защиты общества. Защита общественного интереса... есть основа наказания»<sup>1</sup>. С.О. Богородский писал об уголовных законах, что они есть «высочайшая степень развития идеи правды — окончательное выражение отношений целого гражданского общества к членам его. В них заключается санкция всех прочих законов, как определяющих, так и охраняющих права и обязанности, без которой они не имели бы никакой твердости, никакого значения, никакой действительности. ...Уголовные законы дают прочность, твердость и значение действительности всем прочим частям законодательства. Нет прав, которые не имели бы в уголовных законах опоры, утверждения и укрепления. ...Не без основания привыкли мы с представлением об уголовных законах соединять идею ужасного. В самом деле, страшно впасть в руки карающего правосудия. ...Правосудное и неослабное исполнение уголовных законов есть одно из вернейших ручательств благоустройства общественного и спокойствия частных лиц. ...Состояние народной нравственности также весьма много зависит от уголовных законов. Уничтожьте различие между добрыми и дурными действиями, оставьте наказывать преступления и проступки: тогда закон не будет иметь никакой силы, никакого действия; тогда по всем отраслям управления явятся злоупотребления и беспорядки; тогда разврат и пороки разольются в недрах общества, подобно бурному потоку, и разрушат основания общественного благоустройства»<sup>2</sup>.

Отражением идеи карающего меча являлся уже французский Уголовный кодекс 1810 г., прозванный современниками «кодексом из железа»<sup>3</sup>. Он был крайне репрессивен: смертная казнь предусматривалась в 30 случаях, в том числе за незаконное лишение свободы, сопровождавшееся пытками, угрозами смертью, ложным использованием властных полномочий (ст. 344), квалифицированную кражу (ст. 381), поджог (ст. 434). Отцеубийство (ст. 299) влекло не только публичное

<sup>1</sup> *Donnedieu de Vabres H.* Op. cit. P. 15.

<sup>2</sup> *Богородский С.О.* Указ. соч. С. 1—2, 4—5.

<sup>3</sup> См.: *Кабрияк Р.* Указ. соч. С. 68.

гильотинирование, но и особый позор и мучения: осужденный препровождался на место казни в рубашке, босиком, с черным покрывалом на голове; перед отсечением головы ему отсекалась кисть правой руки (ст. 13). И если публичность казни и отсечение руки были отменены соответственно в 1939 г. и в 1832 г., то обрядность шествия босиком и с покрывалом на голове была сохранена. Отстаивая при подготовке кодекса суровость карательной системы, Трейльяр так отзывался о гуманности кодекса 1791 г.: «Филантропические намерения Учредительного собрания, когда оно отвергло и конфискацию и клеймение, были бесспорно похвальны. Но не побоимся сказать, что это Собрание слишком часто рассматривало людей не такими, какими они бывают, а такими, какими их желательно видеть. Оно руководствовалось надеждой на людское совершенство, что, к несчастью, не оправдывается в действительности. И если подобное заблуждение находит свое извинение в том вихре, который увлекал Собрание, то нам, которые просвещены опытом и которые размышляют, не увлекаемые страстями, нам не будет прощено непонимание бесспорной действительности некоторых карательных мер, недостаточно хорошо оцененных в 1791 г.»<sup>1</sup>.

Так или иначе, но вера в необходимость жестокого репрессивного подавления преступности сохраняется в странах семьи континентального права и сегодня. Смягчение системы уголовных наказаний в основном коснулось незначительных преступлений; деяния, признаваемые особо опасными, по-прежнему влекут длительные сроки заключения. Более того, каждый всплеск преступности влечет за собой призывы к ужесточению наказаний: общество склонно верить в то, что суровость наказаний обеспечит его спокойствие.

Идея закона отражается и в стремлении к полной кодификации уголовного права, при которой кодекс становится для широкой публики самым осязаемым выражением правового порядка, несет в себе цивилизаторскую миссию<sup>2</sup>. Так, Жозеф Л.-Э. Ортолан, говоря об уникальном положении Франции в плане уголовного законодательства, связывал его с кодификацией последнего, которая своей простотой, ясностью и краткостью служит благу народа, исключает мно-

<sup>1</sup> Цит. по: Французский уголовный кодекс 1810 года. С. 79.

<sup>2</sup> См.: Кабриак Р. Указ. соч. С. 234, 263—264.

жество споров, способствует народному просвещению, убивает произвол и т.п.<sup>1</sup>.

Преломлением идеи закона является принцип *nullum crimen sine lege* (ст. 111-3 УК Франции, § 1 УК ФРГ), подчеркивающий единство источника правопорядка в обществе. Несмотря на множественность источников уголовного права, Кодекс остается основным, центральным в их системе; лицо не может наказываться, если закон неопределен, не принят в момент его деяния или распространен на деяние по аналогии. Закон и только закон является основой карательных последствий.

При этом законодатель стремится к абстрактности формулировок закона, охватывающего максимум возможных ситуаций; к как можно большей детализации законодательства, обусловленной «интересами точного применения уголовного закона и... интересами соблюдения законности»<sup>2</sup>. Уголовный закон толкуется не столько в интересах обвиняемого, сколько в интересах законности; уголовное преследование всех совершивших преступление обязательно, и оно ярко публично, государственно; оправдательные приговоры допускаются пересматривать в интересах законности.

В континентальной уголовно-правовой доктрине термины «уголовное право» и «наказательное право» (*droit criminel u droit pénal* (франц.)) синонимичны<sup>3</sup>, что подчеркивает именно карательную идею, лежащую в основе уголовного права: оно есть свод законов, описывающих способы проявления репрессии со стороны государства<sup>4</sup>. Немецкие авторы отмечают, что без уголовного права «государство не может гарантировать внутреннюю безопасность»<sup>5</sup>, и «ныне... уголовное право... можно считать специфическим инструментом защиты конституционного строя страны, ее социального мира»<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> См.: Ortolan. Cours de législation pénale comparée // Revue de législation et de jurisprudence. Tome huitième. 1838. P. 66.

<sup>2</sup> Kelina S.G. Problems of Codifying Soviet Criminal Legislation // Justice and Comparative Law: Anglo-Soviet Perspectives on Criminal Law, Evidence, and Sentencing Policy / Edited by W.E. Butler. Dordrecht, 1987. P. 59—60.

<sup>3</sup> См.: Donnedieu de Vabres H. Op. cit. P. 6.

<sup>4</sup> См.: Pradel J. Droit pénal. 11<sup>e</sup> éd. Tome 1. Introduction générale. Droit pénal général. Paris, 1996. P. 20; Donnedieu de Vabres H. Op. cit. P. 1.

<sup>5</sup> Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. М., 2004. С. 12.

<sup>6</sup> Там же. С. 27.

Преклонением перед уголовным законом можно также отчасти объяснить появление таких концепций в континентальном праве, как, к примеру, «уголовное право врагов» (*Feindstrafrecht*), автором которой является немецкий профессор Гюнтер Якобс<sup>1</sup>. По его мнению, современное уголовное право все более превращается из реакции общества на своего гражданина (с целью его исправления) в реакцию общества против врага (с целью его уничтожения). Проявлениями такой реакции становятся наказуемость создания различного рода группировок (тем самым упредительный удар наносится по предварительной, возможной в будущем преступной деятельности), непропорционально суровая наказуемость создания таких группировок и их предварительной преступной активности, внедрение в уголовное законодательство специальных законов о борьбе с какими-либо разновидностями преступлений, сужение процессуальных гарантий. Истоки этой концепции прослеживаются к идеям правовой науки времен нацизма, а сама она не находит поддержки в немецкой уголовно-правовой доктрине сегодняшнего дня. Однако само по себе понимание уголовного закона как карающего меча отражается в этой концепции достаточно ярко.

Таковым видится понимание идеи закона в семье континентального уголовного права.

## § 2.2. Распространение семьи континентального права в мире

Исторически зародившись на европейском континенте, семья континентального права со временем вышла за его пределы. Вместе с тем в отличие от семьи общего права континентальное уголовное право проявило себя как «негибкую» правовую семью, в которой практически не встречаются гибридные правовые порядки. Объяснить это можно, как представляется, тем, что европейские страны в отношении бывших колоний (в отличие от Англии) проводили преимущественно политику правовой ассимиляции. Как следствие, национальный право-

<sup>1</sup> См. подр.: Жалинский А. Немецкая уголовно-правовая наука на смене тысячелетий (сборник статей, изданных профессорами Альбином Эзером, Винфридом Хассемером, Бернардом Бурхардтом) // Уголовное право. 2002. № 4. С. 136—139; Conde F.M. An International Criminal Law for Enemies? // International Conference on Sino-Canadian Criminal Theories / Law School of Shandong University. Jinan, 2006. P. 71—80.

порядок должен был исчезнуть под напором иной правовой системы, что и происходило во многих случаях.

Другое отличие семьи континентального права от семьи общего права заключается в практически полном отсутствии связей между национальными правовыми системами в этой семье. Как таковое уголовное право в соответствующих странах самобытно, и идея закона, сформировавшаяся под влиянием единой для европейских стран христианской теологии и единого университетского духа, — это едва ли не единственное, что объединяет данную семью.

Уголовное право Франции как родины семьи континентального уголовного права на настоящий момент представлено Уголовным кодексом от 22 июля 1992 г. (вступившим в силу 1 марта 1994 г.), сменившим Кодекс 1810 г., однако сохранившим с ним известную преемственность. Структурно Кодекс распадается на 7 книг, которые по порядку принятия образуют две части: законодательную (книги I—V, VII) и регламентационную (книга VI). Регламентационная часть (книга VI «Нарушения») содержит положения, принятые органом исполнительной власти (Государственным советом) в рамках собственных полномочий; в этой части устанавливается ответственность за наименее тяжкие уголовно наказуемые деяния — нарушения. Оставшиеся книги образуют законодательную часть (книга I посвящена общим положениям, книги II—V составляют Особенную часть Кодекса, книга VII озаглавлена «Положения, применяемые в заморских территориях и в территориальной общности Мэйот»), в которую исполнительная власть, осуществляя делегированные ей полномочия, также вправе вносить изменения.

С точки зрения полноты кодификации уголовного права, УК 1992 г. не может считаться единственным источником уголовного права. В нем отсутствуют нормы об уголовной ответственности несовершеннолетних; многие материальные по характеру нормы содержатся в УПК 1958 г. (например, об условном освобождении, о давности). Уголовная ответственность устанавливается и другими кодифицированными актами и некодифицированным законодательством.

Германское уголовное законодательство представлено Уголовным кодексом 1871 г., который на настоящий момент по сути мало что сох-

ранил от своей первоначальной редакции. Как и во Франции, в ФРГ уголовный кодекс не является единственным источником уголовного права; в этой области действует также так называемое «дополнительное» уголовное право. Целый ряд уголовных запретов установлен уголовным по природе своей законодательством.

Немецкий уголовный кодекс в действующей редакции состоит из Общей части (разделы которой посвящены уголовному закону, деянию, правовым последствиям деяния, процессуальным вопросам уголовного преследования, давности) и Особенной. Иерархия ценностей в разделах Особенной части такова: мировое сообщество и государство, личность и общество.

Уголовное законодательство рассматривается в немецкой науке как отрасль публичного права, регулирующая особые отношения властного характера между государством и гражданами. Уголовное право пользуется должным уважением в обществе как эффективный инструмент поддержания социального мира<sup>1</sup>.

*Швейцарское* законодательство представлено Уголовным кодексом 1937 г. и кантональным законодательством. До этого времени различные кантоны либо принимали собственные уголовные кодексы (основываясь на французском, баварском и австрийском опыте), либо объявляли действующей немецкую Каролину. Работы по подготовке единого уголовного кодекса начались с принятием конституции 1848 г., передавшей некоторые вопросы уголовного законодательства в ведение органов власти конфедерации.

Проект кодекса 1937 г. был разработан еще в конце XIX в. на основе действовавшего уголовного права с широким привлечением сравнительно-правового материала. Данный кодекс является одним из самых стабильных в континентальной уголовно-правовой семье: за более чем шестидесятилетний период его действия положения и Общей, и Особенной частей менялись незначительно (в частности, изменения Особенной части в основном касались криминализации новых форм преступной деятельности).

Учитывая федеративный характер Швейцарии, уголовное законодательство является также предметом ведения кантонов, которые «об-

<sup>1</sup> См. подр.: *Жалинский А.Э.* Современное немецкое уголовное право. С. 12—34.

ладают полномочиями определять наказуемость нарушения кантональных предписаний, регулирующих применение санкций за административные правонарушения, и кантональные процессуальные предписания» (ст. 335 УК).

В *Испании* в настоящее время действует Уголовный кодекс 1995 г. Действовавшее до того уголовное законодательство (Кодексы 1848 г. и 1870 г.) основывалось на французском Уголовном кодексе 1810 г., отличаясь от него в сторону многословия. Напротив, современный УК Испании представляет собой исключительно национальный уголовный закон, отражающий собственно испанские подходы к ряду институтов уголовного права (например, к построению кодекса, классификации уголовно наказуемых деяний).

Структурно Кодекс делится на три книги. Первая посвящена вопросам Общей части, вторая и третья составляют Особенную часть и посвящены ответственности за преступления и проступки соответственно.

В истории *австрийского* уголовного законодательства упоминания заслуживает кодекс 1769 г., получивший по имени правившей в 1740—1780 гг. императрицы Марии-Терезии наименование «Терезиана». Кодекс был хорошо проработан и отличался сравнительной умеренностью наказаний. Тем не менее, на его содержание оказали заметное влияние религиозные соображения. Так, богохульство рассматривалось как наихудшее преступление; наказуемыми объявлялись половые связи между христианами и евреями. На смену «Терезиане» пришел Кодекс 1787 г., отличавшийся, с одной стороны, еще большей умеренностью наказаний (так, им была отменена смертная казнь), но, с другой — характеризовавшийся необычайной жестокостью сохранившихся мер (например, лишение свободы отбывалось в цепях и сопровождалось плетью). Кодекс 1803 г. отказался от наиболее варварских способов применения наказания, однако восстановил смертную казнь. Общая часть Кодекса была крайне фрагментарной и оставляла широкий простор судейскому усмотрению. Кодекс был пересмотрен в 1852 г. и оставался в силе до 1974 г., когда был принят действующий Уголовный кодекс.

*Итальянское* уголовное законодательство представлено Уголовным кодексом 1930 г. До него действовал Кодекс 1889 г., оказавший влия-

ние на уголовное законодательство стран Латинской Америки и Турции. Структура Кодекса 1930 г. традиционна для континентальной правовой семьи. Кодекс состоит из трех книг: первая охватывает вопросы Общей части, вторая и третья составляют часть Особенную и посвящены ответственности за преступления и проступки соответственно.

### § 3. Семья религиозного права (мусульманское право)

Идея, лежащая в основе уголовно-правовой семьи религиозного права, — идея божественной супрематии. Исторически сложилось несколько уголовно-правовых систем, сильно отличающихся друг от друга по своей истории, источникам права и его содержательному наполнению, но объединенных отмеченной основополагающей идеей. К таким системам можно отнести (перечисляя их по времени появления): индуистское право<sup>1</sup>, иудейское право<sup>2</sup>, каноническое право<sup>3</sup> и мусульманское право. Тем не менее, первые три уголовно-правовые системы практически исчезли с правовой карты мира, тогда как мусульманское уголовное право, говоря в общем, достаточно широко применяется, охватывая на настоящий момент в той или иной мере шестую часть населения земного шара. В силу отмеченного обстоятельства дальнейший анализ семьи религиозного права будет ограничен исключительно мусульманским уголовным правом в его «классическом» (т.е. исторически сложившемся и не подвергшемся западному влиянию) и «осовремененном» вариантах.

<sup>1</sup> См. подр.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 330—342; Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Том I. С. 460—469; Саидов А.Х. Указ. соч. С. 311—316.

<sup>2</sup> См. подр.: Элон М. Еврейское право / Под общ. ред. И.Ю. Козлихина; пер. с иврита А. Белова (Элинсона), М. Китросской. СПб., 2002; Марченко М.Н. Указ. соч. С. 897—982; Тер-Акопов А. Законодательство Моисея: уголовно-правовая характеристика // Российская юстиция. 2003. № 11. С. 39—42; Тер-Акопов А. Законодательство Моисея: источники и применение // Российская юстиция. 2003. № 10. С. 39—43; Тер-Акопов А. Законодательство Моисея: общая характеристика // Российская юстиция. 2003. № 9. С. 40—42.

<sup>3</sup> См. подр.: Берман Г.Дж. Указ. соч. С. 165—194 и др.

### § 3.1. Общая характеристика мусульманского права. Возникновение, историческое развитие и типологические особенности мусульманского уголовного права

Традиционным термином, обозначающим мусульманское право в целом, является термин *шариат*. Это арабское слово, обозначающее в разных переводах на русский язык «прямой путь», «путь следования» и т.д., используется в Священном Коране «для обозначения начертанного Аллахом пути, идя которым правоверный достигает нравственно-го совершенства, мирского благополучия и может попасть в рай»<sup>1</sup>. Так, в Коране говорится следующее: «...Мы (повелением Своим) / Тебя наставили на путь Закона — (шариата), — / Так следуй же ему...» (Коран, сура 45 «Коленопреклоненные», аят 18<sup>2</sup>).

Шариат, взятый как явление во всей его целостности, сам по себе весьма условно может быть соотнесен с западной категорией «права». Скорее, это достаточно широкая по своему охвату система соционормативного регулирования, в которой предметами регулирования становятся такие стороны жизни человека, что находятся за пределами права в его западном понимании: вопросы веры, культа и обрядов, повседневная жизнь, этические обязанности, отношения между мусульманами и мусульман с иноверцами и т.д.

Иными словами, шариат представляет собой многозначное понятие, и в особенности сложно соотнести его с самой по себе религией ислама. Согласно одной из точек зрения, ислам как религия состоит из *акида*, догматики (т.е. той части, которая учит мусульманина во что он должен верить), *ахляка*, этики (т.е. той части, которая предписывает мусульманину его социальные обязанности) и *шариата*, священного права<sup>3</sup>. В шариате, в свою очередь, сосуществуют две части: первая регулирует поведение человека по отношению к Аллаху (*убадат*), вторая — по отношению к ближним. Во второй части условно могут быть вы-

<sup>1</sup> Сюкияйнен Л.П. Шариат и мусульманско-правовая культура. М., 1997. С. 4.

<sup>2</sup> Здесь и далее Священный Коран цитируется по изданию: Коран. Перевод смыслов и комментарии Иман Валерии Пороховой. 7-е изд. М., 2003.

<sup>3</sup> См.: Al-Muhhairi B.S.B.A. Islamisation and Modernisation within the UAE Penal Law: Shari'a in the Pre-modern Period // Arab Law Quarterly. 1995. Vol. 10, № 4. P. 290—291.

Ср. также: Сюкияйнен Л.П. Шариат и мусульманско-правовая культура. С. 4—6; Badr G.M. Islamic Law: Its Relation to Other Legal Systems // The American Journal of Comparative Law. 1978. Vol. 26, № 2. P. 188—189.

делены отрасли, связанные с общением с себе подобными (*муама-лат*), с личным статусом (*мунахат*) и с наказанием (*укубат*). Именно *укубат* и является тем, что в западной традиции права принято именовать уголовным правом. При этом следует отметить, что четких границ между отраслями шариата и между шариатом и другими частями ислама не существует. Каждый вопрос, каждый аспект жизни правоверного в какой-то мере затрагивается и догматикой, и этикой, и нормами шариата. Обусловлено это тем, что в конечном итоге любое поведение человека и любой социальный институт обладают религиозной значимостью и должны быть направлены на счастье в этой жизни и в загробной.

История развития мусульманского уголовного права (*укубата*) совпадает с историей мусульманского права в целом. В последней могут быть выделены четыре периода: период возникновения и доктринальной разработки мусульманского права (I—IV вв. Хиджры <sup>1</sup>/ VII—X вв. от Р.Х.); период стабильности мусульманского права (IV — середина XIII вв. Хиджры / X — середина XIX вв. от Р.Х.); период «вестернизации» мусульманского права (середина XIII — середина XIV вв. Хиджры / середина XIX — середина XX вв. от Р.Х.); период «исламизации» (возрождения) мусульманского права (с середины XIV в. Хиджры / с середины XX в. до наших дней).

Первый период в истории мусульманского права, *период его возникновения и доктринальной разработки*, охватывает I—IV вв. Хиджры / VII—X вв. от Р.Х. Начинается он с осознания Мухаммадом, купцом из Мекки, своей пророческой миссии <sup>2</sup>.

Как гласит предание, в 610 (612 (?)) г. от Р.Х. во время отшельнического пребывания на горе Хира недалеко от Мекки во сне Мухаммаду явился ангел и велел: «Читай!» — на что он ответил: «Я не умею читать!» ... (Пророк, да благословит его Аллах и да приветствует,) сказал: «Тогда он взял меня и сжал так, что я напрягся до предела, а затем он

<sup>1</sup> В мусульманском мире используется летоисчисление от Хиджры, т.е. от момента переселения пророка Мухаммада из Мекки в Медину (16 июля 622 г.). Год Хиджры короче года в григорианском летоисчислении на 10—12 дней (точное отставание варьируется в зависимости от високосности года).

<sup>2</sup> См. о жизни Мухаммада его лучшую, пожалуй, русскоязычную биографию: *Соловьев В. Магомет. Его жизнь и религиозное учение // Будда. Конфуций. Магомет. Франциск Ассизский. Савонарола: Биограф. очерки. М., 1995. С. 133—210.*

отпустил меня и снова велел: «Читай!» Я сказал: «Я не умею читать!» Он во второй раз сжал меня так, что я (опять) напрягся до предела, а затем отпустил и велел: «Читай!» и я (снова) сказал: «Я не умею читать!» Тогда он сжал меня в третий раз, а затем отпустил и сказал: «Читай (и возгласи!) <sup>1</sup> / Во имя Бога твоего, Кто сотворил — / Кто создал человека из сгустка. / Читай! Господь твой — самый щедрый! Он — Тот, Кто (человеку дал) перо и научил письму, / А также обучил тому, что он не знал...» (Коран, сура 96 «Сгусток», айаты 1—5). Так было положено начало религии ислама.

Относительно периода жизни Мухаммада вряд ли допустимо говорить о сознательном создании им нового права; скорее, действуя как судья в своей общине, Мухаммад просто применял ветхозаветные установления и нормы обычного права арабийских племен, изменяя их в отдельных случаях. Часть таких решений Мухаммада отразилась в Коране и хадисах Сунны.

К примеру, подлинным бедствием в то время являлось кровомщение по принципу талиона, не знавшее среди арабийских племен каких-нибудь границ и считавшееся священным долгом. Будучи не в силах отменить негативно сказывавшийся на внутренней жизни мусульманской общины обычай, Мухаммад сумел видоизменить его, объявив кровную месть позволительной и вместе с тем пообещав отказавшемуся от нее отпущение грехов: «...Мы предписали: / Душа — за душу, глаз — за глаз, нос — за нос, / Ухо — за ухо, зуб — за зуб, / За (нанесенье) ран — отмщение (по равной мере). / А кто простит (за свои раны) / И (возмещение за них) на милостыню обратит, / Тому послужит это искуплением (грехов)» (Коран, сура 5 «Трапеза», аят 45). Этим же кораническим установлением кровная месть по принципу талиона была ограничена принципом «одна жизнь за одну жизнь», тогда как бытовавший до пророка обычай допускал, напротив, неограниченность кровной мести по числу убиваемых в счет мести лиц.

Другой бытовавший среди арабийцев и считавшийся вполне приемлемым обычай — убийство новорожденных девочек — Мухаммад

<sup>3</sup> Цит. по: *Сахих аль-Бухари*: Мухтасар аз-Зубайди, хадис 3(3) (здесь и далее Сахих аль-Бухари цитируется по изданию: Сахих аль-Бухари. Мухтасар. Полный вариант / Пер. с араб., примеч. и указ. В.А. Нирша. М., 2003).

просто счел нужным запретить: «Потерянными будут души тех, / Кто убивает собственных детей / По глупому невежеству и безрассудству...» (Коран, сура 6 «Скот», аят 140); «Из страха обеднеть своих детей не убивайте — / Мы пропитаем их и вас, — / Ведь убивать их — грех великий» (Коран, сура 17 «Ночной перенос», аят 31).

Первые десятилетия после смерти Мухаммада, последовавшей на 11 г. Хиджры / 632 г. от Р.Х., также не оставили значимых следов создания новой системы права. «Праведные халифы», наследовавшие Мухаммаду, и их сподвижники, обсуждали между собой возникавшие в общине сложные правовые ситуации и руководствовались при их решении обычным правом, учитывая заповеди Корана и предания Сунны: так появляется *иджма*, или единообразное суждение всех мусульман-юристов по конкретной правовой проблеме. Многие из сподвижников пророка отправлялись на обращенные в ислам территории в качестве провозвестников ислама и судей, но и там они главным образом руководствовались воспоминаниями о правотворческой деятельности Мухаммада.

Лишь с распространением ислама в мире и трансформацией религиозной власти халифов в светскую власть можно связать непосредственное зарождение мусульманского права. Произошло это событие в период правления династии Омейядов (41—132 г. Хиджры / 661—750 гг. от Р.Х.), когда с расширением границ халифата и развитием общественной жизни появилась потребность в праве не только способном урегулировать изменившиеся и усложнившиеся общественные отношения, но и согласованном с догматикой ислама. Дальнейшее развитие мусульманского права происходит уже при династии Аббасидов (132—656 г. Хиджры / 750—1258 гг. от Р.Х.), поддерживавших развитие богословской и правовой науки.

В многочисленных правовых школах *муджтахиды* (авторитетные юристы), сталкиваясь со все новыми казусами, разрабатывали корпус права, пытаясь разрешить возникавшие ситуации на основе Корана и Сунны, в том числе приспособив к установлениям последних в ряде случаев нормы обычного права. Методика, избранная ими для этого, получила название *иджтихада* (в переводе с арабского «усердие», «человеческая деятельность»). Суть *иджтихада* состояла в том, что

юрист, сталкиваясь с новой жизненной ситуацией и не имея готового установления Корана или Сунны, применимого к ней, исследовал имеющиеся точно выраженные нормы, содержащиеся в Коране или Сунне, находил их *ratio*, обоснование, и посредством *кийяса* («суждения по аналогии») распространял существующую норму на случай схожей природы. Процесс *иджтихада* не следует понимать как создание новой нормы права, поскольку, во-первых, создать ее может только Аллах, к воле которого человек не имеет доступа с момента смерти пророка Мухаммада, и, во-вторых, классическая теория полагала нормы шариата выраженными полностью в Коране и Сунне. Наоборот, «муджтахид... лишь ищет и «извлекает» его (т.е. правило поведения. — Г.Е.), обнаруживает решение, изначально содержащееся в шариате — если не в его точных положениях, то в его многозначных предписаниях или общих принципах и целях»<sup>1</sup>.

С выходом границ халифата за пределы Аравии развивающееся мусульманское право столкнулось с иными правовыми системами тогдашнего цивилизованного мира и, что вполне естественно, восприняло из них ряд правовых норм неискламского происхождения<sup>2</sup>. Основными системами, повлиявшими на развивающееся мусульманское право, стали право сасанидской Персии, византийское право, каноническое право восточно-православной церкви и талмудическое право. Как указывается в литературе, «эти инородные элементы были столь коренным образом ассимилированы и исламизированы, что, будучи взяты в их обычном исламизированном виде, они едва ли проявят следы своего чужеродного происхождения»<sup>3</sup>. Такая рецепция имела место в основном во II в. Хиджры / VIII в. от Р.Х. и часто происходила непрямо, через восприятие казавшейся мусульманским юристам разумной практики проживавших вместе с мусульманами иноверцев-христиан и персов. При этом наиболее значимо на начальном этапе развития мусульманского права на него повлияло римское право: как было отмечено Йозефом Шахтом, «параллели между

<sup>1</sup> Сюкияйнен Л.П. Шариат и мусульманско-правовая культура. С. 8.

<sup>2</sup> См. подр.: Schacht J. Foreign Elements in Ancient Islamic Law // Journal of Comparative Legislation and International Law. 1950. Vol. XXXII, № 3 & 4. P. 9—17.

Резко критическое отношение к концепции заимствования мусульманским правом норм неискламского происхождения высказано в работе: Badr G.M. Op. cit. P. 190—198.

<sup>3</sup> Schacht J. Foreign Elements in Ancient Islamic Law. P. 10.

римским и исламским правом... не ограничиваются нормами и институтами позитивного права; они наличествуют в области правовых концепций и принципов и прослеживаются даже в фундаментальных идеях правовой науки»<sup>1</sup>.

Так, к установлениям римского права о денежном наказании за кражу (например, *Gai. III. 183 et seq.*) можно проследить мнение некоторых исламских правоведов (в частности, представителей маликитского и ханбалитского мазхабов) о допустимости штрафных санкций за совершенную кражу тогда, когда в силу каких-либо причин невозможно применить предписанное Кораном членовредительское наказание («И вору, и воровке отсекайте руки...» (Коран, сура 5 «Трапеза», аят 38)). О римском происхождении идеи денежных наказаний свидетельствует то, что денежное взыскание за кражу как вид наказания не было известно ни предмусульманскому обычному праву аравийских племен, ни кораническим предписаниям, ни традициям Сунны. Как следствие, можно предположить, что столкнувшись с практикой такой наказуемости кражи у христиан на завоеванных халифатом территориях и оценив ее определенную выгодность, мусульманские юристы попытались (хотя и безуспешно в целом) внедрить ее в свою практику.

Однако существует и противоположная точка зрения, по которой все предполагаемые заимствования мусульманского права из римского права являются не более чем случайными совпадениями в разрешении сходных правовых проблем<sup>2</sup>.

К середине II в. Хиджры / второй половине VIII в. от Р.Х. Арабский халифат превратился в могущественное государство, простиравшееся от реки Инд на востоке, Кавказа и Средней Азии на севере, Аравийского полуострова и Северной Сахары на юге и Пиренеев на западе. На этом огромном пространстве сложилось несколько центров правовой мысли, получивших со временем наименование «школ» (*мазхабов*)<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Ibid. P. 11.

<sup>2</sup> См.: *Badr G.M.* Op. cit. P. 190—193.

<sup>3</sup> О мазхабах см. подр.: *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Указ. соч. С. 310—311; *Цвайгерт К., Кетц Х.* Указ. соч. Том I. С. 451—453; *Саидов А.Х.* Указ. соч. С. 300—302; *Lippman M., McConville S., Yerushalmi M.* Islamic Criminal Law and Procedure: An Introduction / Foreword by M. Cherif Bassiouni. N.Y.; Westport (Conn.); London, 1988. P. 24—29; *Ван ден Берг Л.В.С.* Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии / Пер. с гол.; предисл. Л.П. Сюкияйнена. М., 2006. С. 21—26; *Al-Muhhairi B.S.B.A.* Islamisation and Modernisation within the UAE Penal Law: Shari'a in the Pre-modern Period. P. 297—300.

Следует оговориться о значении слова «школа» в затронутом контексте. Как отмечается в литературе, «школы исламского права являлись не формально-обучающими учреждениями или официально-одобренными правотворческими органами. Скорее, они представляли собой группы юристов, каждая из которых следовала определенной доктрине, могущей быть прослеженной к выдающемуся исследователю второго столетия Хиджры, чье имя присваивалось школе»<sup>1</sup>.

Наиболее известными из мазхабов являлись школа г. Куфы (Ирак), возникшая около 100 г. Хиджры / в конце 710-х гг. от Р.Х., и чуть позднее сформировавшаяся школа г. Медина (Аравия). Истоки школы г. Куфы прослеживаются к 'Абд Алла ибн Мас'уду (умер в 32 г. Хиджры / 653 г. от Р.Х.), направленному в качестве судьи и учителя права в иракские области. За ним последовала большая группа юристов, составивших основу для зарождения будущей школы права.

Исторически они сложились в центрах общественно-политической жизни халифата и представляли собой обособленные группы юристов, разделявших схожие убеждения. В дальнейшем в обеих школах появились свои выдающиеся представители правовой науки, вокруг которых стали группироваться другие юристы, и под именами последних они со временем стали известны. Так, ярким представителем мединской школы стал Малик ибн-Анас<sup>2</sup>, и она получила по его имени название *маликитская*; школа г. Куфы связывается с Абу Ханифой эль-Номаном ибн-Сабитом (или «Великим Имамом»)<sup>3</sup> и известна по имени последнего как *ханифитская* школа.

Как отмечается в литературе, «различия (между этими двумя школами. — *Г.Е.*) происходили не из каких-либо существенных разногласий в методологии или принципах, скорее, школы расходились в юридических деталях, что являлось по сути своей следствием географических факторов, таких как местные различия в социальных усло-

<sup>1</sup> *Badr G.M.* Op. cit. P. 189.

<sup>2</sup> Родился в Медине в 90 (93, 95, 97 (?)) г. Хиджры / 709 (712, 714, 716 (?)) г. от Р.Х. и умер в 179 г. Хиджры / 795 г. от Р.Х.

<sup>3</sup> Родился в г. Куфа в 80 г. Хиджры / 699 г. от Р.Х. и умер в застенках Багдада в 150 г. Хиджры / 767 г. от Р.Х., будучи брошен туда за дерзкое непризнание полномочий верховного судьи халифата.



виях и трудностей в связях между Аравией и Ираком»<sup>1</sup>. Так, маликитская (мединская) школа была (и остается) консервативной школой, школой «традиций», строго придерживавшейся Корана и Сунны в решении правовых вопросов и сдержанно относившейся к иджтихаду и аналогии, кийясу. Напротив, ханифитская школа, возникшая в Ираке, вдалеке от пророческого духа Медины, с большей свободой относилась к правовым традициям, позволяя себе обходить строгие нормы шариата, не нарушая их в прямом смысле слова; сталкиваясь с требовавшими разрешения казусами, юристы этой школы пытались разрешать их на основе общих принципов, достаточно свободно извлекая их из правовой материи шариата.

Тем не менее, разногласия между этими двумя исторически первыми школами со временем стали угрожать мусульманскому единству. Уничтожению этой угрозы мусульманское право обязано Мухаммаду ибн-Идрису аль-Шафии<sup>2</sup>, основателю *шафиитской* школы и автору классической исламской теории источников права. Аль-Шафии создал учение о «четырех корнях шариата», объявив первым Коран, вторым — Сунну, третьим — иджму, т.е. единообразное суждение всех мусульман-юристов по конкретной правовой проблеме, и четвертым — кийяс, т.е. «суждение по аналогии» или применение норм первых трех источников по аналогии к новым возникающим правовым проблемам. Учение аль-Шафии о «четырех корнях» было воспринято и маликитской, и ханифитской школами, хотя различия в расстановке акцентов в доктрине этих школ осталось неизменным. В свою очередь, созданная им шафиитская школа в своих правовых доктринах стоит где-то посередине между маликитской и ханифитской школами, отрицая свободное использование общих принципов последней и сдержанно относясь к строгому традиционализму первой. Тем не менее, допущение аль-Шафии человеческих суждений в область божественного права вызвало определенное отторжение его теории рядом правоведов, что привело к созданию четвертой, наиболее консервативной школы — *ханбалитской* (по имени ее основателя, Ахмеда ибн-Ханбала<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> *Al-Muhhairi B.S.B.A.* Islamisation and Modernisation within the UAE Penal Law: Shari'a in the Pre-modern Period. P. 297.

<sup>2</sup> Родился в Газе в 150 г. Хиджры / 767 г. от Р.Х. и умер в Каире в 204 г. Хиджры / 819 г. от Р.Х.

<sup>3</sup> Родился в Багдаде в 164 г. Хиджры / 780 г. от Р.Х. и умер там же в 241 г. Хиджры / 855 г. от Р.Х.

ученика аль-Шафии). Согласно учению последней, строгое следование Корану и Сунне (т.е. традициям ислама) способно дать норму для разрешения каждого случая из жизни и нет необходимости обращаться к человеческим суждениям о праве (впоследствии и ханбалитская школа стала ограниченно признавать доктрину «четырех корней» аль-Шафии).

Четыре этих школы — маликитская, ханифитская, шафиитская и ханбалитская — живы до сего дня, однако на заре становления правовой традиции ислама существовали и другие школы, практически исчезнувшие к началу VIII в. Хиджры / началу XVI в. от Р.Х. и слившиеся с четырьмя ведущими школами. Среди них нужно упомянуть школу *аль-Авзави* (по имени аль-Авзави, родившегося в 88 г. Хиджры / 707 г. от Р.Х. и умершего в 157 г. Хиджры / 774 г. от Р.Х.), *табаритскую* школу (по имени Абу аль-Табари, родившегося в 224 г. Хиджры / 839 г. от Р.Х. и умершего в 310 г. Хиджры / 923 г. от Р.Х.; школа распалась к V в. Хиджры / XI в. от Р.Х.), *сауридскую* школу (по имени Суфьяна ас-Саури, умершего в 161 г. Хиджры / 778 г. от Р.Х.), и *загиридскую* школу (по имени Абу Сулеймана аз-Загири, родившегося в 200 г. Хиджры / 816 г. от Р.Х. и умершего в 270 г. Хиджры / 884 г. от Р.Х.; школа распалась к VIII в. Хиджры / XIV в. от Р.Х.).

Немаловажно оговориться и о том, что существование четырех мазхабов не означает наличия четырех самостоятельных систем права; напротив, учение всех четырех школ представляет собой единую мусульманскую правовую доктрину, и все они признают ортодоксальность друг друга.

Следует также отметить, что все четыре рассматриваемых школы (а именно их доктринами в дальнейшем будет преимущественно ограничен анализ мусульманского уголовного права) отражают правовую практику мусульман-суннитов, тогда как в шиитском течении ислама существуют собственные правовые школы. К числу основных шиитских школ относятся зейдитская (наиболее близкая суннитским школам, названная так по имени ее основателя Саида бен-Али, умершего в 122 г. Хиджры / 740 г. от Р.Х.) и *джафаритская* (основанная Саадеком аль-Джа, родившимся в 80 г. Хиджры / 699—700 гг. от Р.Х.)<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> См. подр.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 311.

(Шиитское течение в исламе связано с непризнанием частью мусульман власти первых трех халифов и династии Омейядов как узурпировавших сан имама, духовного главы мусульманской общины, который, по мнению шиитов, в силу божественного указания является наследственным в семье двоюродного брата и зятя пророка и четвертого халифа, Али (правил в 35—41 гг. Хиджры / 656—661 гг. от Р.Х.). Мусульмане-шииты отличаются от суннитов в религиозных обрядах и правовых установлениях<sup>1</sup> и составляют сегодня около 10% всего мусульманского мира, проживая в основном в Азербайджане, Иране, Ираке, Йемене и Афганистане.)

Применительно к уголовному праву следует отметить то обстоятельство, что учения четырех суннитских мазхабов изначально незначительно отличались друг от друга в вопросах преступления и наказания.

С появлением доктрины аль-Шафии о «четырех корнях» права угроза разрушения мусульманского единства исчезла, и в четырех суннитских школах наблюдается значительный подъем правотворческой активности. В это время доктрина иджтихада изменяется таким образом, что отныне больший вес придается суждениям иджмы, а индивидуальные мнения рассматриваются как нежелательные и со временем становятся недопустимыми в качестве источников права. В свою очередь, суждения иджмы как основанные на единообразных мнениях всех мусульманских юристов становятся непрерываемым авторитетом, недоступным для критики. Объем накопленных правовых решений полагается полным, т.е. способным разрешить любую потенциально могущую возникнуть ситуацию, и дальнейшие поиски правовых норм начинают рассматриваться как угрожающие единству права. В конечном итоге, используя ставшее широко известным образное выражение, в конце IV в. Хиджры / около 1000 г. от Р.Х. по согласию всех юристов-муджтахидов «врата иджтихада закрываются». Смысл этого «закрытия» состоял в том, что ни один юрист не рассматривался более как способный к применению мето-

<sup>1</sup> См. подр., в частности: Торнау Н. Изложение начал мусульманского законовещения. СПб., 1850. С. 15—21.

да иджтихада в открытии правовых норм шариата<sup>1</sup>.

Так в начале V в. Хиджры / около 1000 г. от Р.Х. начинается второй период в истории мусульманского права — *период стабильности*. Часто этот период называется периодом «стагнации», но это совсем не так. Рассматриваемый период ни в коем случае не является временем слабости мусульманского права — не зря в литературе он называется еще и эпохой господства развитых доктринальных школ<sup>2</sup>, золотой эпохой шариата; он скорее только менее продуктивен в плане новаторских правовых построений по сравнению с предшествующим. Юристы в этот период (в особенности в V—VI вв. Хиджры / XI—XII вв. от Р.Х.) посвящают себя обработке накопленного правового материала и его систематизации; то, что сейчас называется «трудами» четырех мазхабов, является продуктом работы правоведов рассматриваемого периода.

Иджтихад в начале V в. Хиджры / около 1000 г. от Р.Х. сменяется *таклидом* (в переводе с арабского «подражание», «имитация») или следованием в правовых рассуждениях за мыслью муджтахидов первых веков исламской юриспруденции, а вместо муджтахидов появляются *мукаллиды*. Правовые установления, содержащиеся в систематически обработанных трудах представителей четырех суннитских школ, рассматриваются в этот период как правильное, окончательное и ортодоксальное изложение норм шариата и становятся на практике основ-

<sup>1</sup> «Закрытие врат» признается только суннитскими мазхабами, причем даже в них некоторые юристы утверждали и утверждают о неверности такого подхода и отстаивают, как следствие, принципиальную допустимость иджтихада и сегодня. Шиитские школы, в частности, джафаритская, в принципе не согласны с этим и продолжают даже сегодня практиковать иджтихад. Подтверждение своей правоте они видят в высказывании пророка, признававшего полезность постоянных поисков правильного решения в правовых спорах: «Передают со слов 'Амра бин аль-'Аса, да будет доволен им Аллах, что он слышал как посланник Аллаха, да благословит его Аллах и да приветствует, сказал: «Если судья вынесет решение, проявив усердие (т.е. прибегнув к иджтихаду. — Г.Е.), и (его решение) окажется правильным, ему (полагается) двойная награда, если же он вынесет решение, проявив усердие, и ошибется, то ему (полагается одна) награда» (Сахих аль-Бухари: Мухтасар аз-Зубайди, хадис 2123 (7352)).

Действенность практики иджтихада закреплена в Иране (где господствуют шиитские мазхабы) на конституционном уровне: ст. 2 Конституции Исламской Республики Иран 1979 г. гласит, что государство основывается, среди прочего, на вере в продолжающийся иджтихад, отправляемый компетентными правоведом на основе Корана и Сунны.

<sup>2</sup> См.: Артемов В.Ю. Основные черты мусульманского уголовного права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / МГУ им. М.В. Ломоносова. Юрид. фак. М., 1998. С. 13.

ным источником последних. Так возникает различие между шариатом как комплексом норм божественно данного права самого по себе и *фикхом* как доктриной права шариата, отраженной в совокупности трудов авторитетных авторов, в которых непосредственно излагается предназначенный для правоприменителя полный свод выявленных посредством иджтихада правовых норм. Конечно же, в теории сохраняется безусловное признание верховенства за Кораном и Сунной, но, истолкованные в трудах юристов, они на практике отступают на второй план. Новые поколения юристов становятся подражателями, мукаллидами, обязанными признавать и следовать трудам суннитских школ. В этом и заключается сущность концепции таклида.

Период стабильности в истории мусульманского права, принимаемая во внимание неизменность социальных условий жизни исламского мира, продлился до середины XIII в. Хиджры / середины XIX в. от Р.Х.

Середина XIII в. Хиджры / середина XIX в. от Р.Х. стала временем перемен для мусульманского права в целом и уголовного права в частности. Исламский мир, до того пребывавший в сравнительно замкнутом социокультурном ареале, впервые за всю свою историю серьезно столкнулся с более развитой в экономическом отношении западной (христианской) цивилизацией. Возросшие потребности социальной, экономической и политической жизни в исламском мире пришли в конфликт с нормами шариата, причем конфликт этот в большей или меньшей степени наблюдался по всей области правового регулирования. Природа этого конфликта достаточно очевидна: шариат, созданный на основе обычного права родоплеменного общества, приспособленный к потребностям исламского мира Средних веков и затвердевший со временем в догмах ислама, оказался не в состоянии регулировать капиталистические, светские в основе своей отношения.

Таким образом, к середине XIII в. Хиджры / середине XIX в. от Р.Х. одной из центральных задач в исламском мире стала задача модернизации правового регулирования, и время ее решения образует третий период в истории мусульманского права, период «вестернизации», ох-

ватывающий середину XIII — середину XIV вв. Хиджры / середину XIX — середину XX вв. от Р.Х.<sup>1</sup>

Вестернизация права затронула в той или иной мере все страны исламского мира: во всяком случае, даже наиболее консервативные мусульманские государства Аравии были вынуждены допустить на своей территории действие европейского права хотя бы по отношению к подданным европейских держав и своим подданным, вовлеченным в отношения с европейцами. Другое дело, что не везде вестернизация права была столь же глубокой, как то случилось, к примеру, в Турции. Кое-где нормы шариата сохранили свою силу и, пережив период вестернизации, практически в неизменном виде вошли в новый, четвертый и современный период в истории мусульманского права. Так, практически повсюду шариат продолжал регулировать вопросы личного статуса, а в ряде стран классическое даже мусульманское уголовное право, одна из наиболее подверженных западному влиянию частей права, удержало свои позиции (например, в Саудовской Аравии, Йемене и ряде иных государств Аравии, а также в Северной Нигерии).

На пути модернизации мусульманские страны пошли по одному из двух направлений. Первое заключалось в полной или же частичной отмене шариата и замещении его норм законодательством западных государств. Пионером здесь стала Оттоманская империя, где 18 февраля 1856 г. был опубликован декрет, которым в сфере частного, уголовного и уголовно-процессуального права предполагалось введение в действие на территории империи французских кодексов (кодексов Наполеона); применительно к уголовному праву кодекс, основанный на Кодексе Наполеона, был принят в 1858 г. Для применения этих кодексов, кроме того, создавались светские суды. К 1876 г. применение норм шариата было ограничено исключительно сферой личного стату-

<sup>1</sup> См. подр.: *Lippman M., McConville S., Yerushalmi M.* Op. cit. P. 95—107; *Al-Muhhairi B.S.B.A.* Islamisation and Modernisation within the UAE Penal Law: Shari'a in the Modern Era // *Arab Law Quarterly*. 1996. Vol. 11, № 1. P. 35—42; *Hill E.* Comparative and Historical Study of Modern Middle Eastern Law // *The American Journal of Comparative Law*. 1978. Vol. 26, № 2. P. 279—304; *Kourides P.N.* Traditionalism and Modernism in Islamic Law: a Review // *Columbia Journal of Transnational Law*. 1972. Vol. 11, № 3. P. 491—506; *Anderson J.N.D.* Modern Trends in Islam: Legal Reform and Modernisation in the Middle East // *The International and Comparative Law Quarterly*. 1971. Vol. 20, № 1. P. 1—21.

са. Примеру Османской империи последовал ряд других мусульманских стран. Итогом вестернизации права стала своеобразная правовая дихотомия, когда наряду с традиционным шариатом применялось совершенно отличное от него западное право.

Второй путь в модернизации правового регулирования заключался в открытом изменении норм шариата самих по себе, т.е. в отступлении от классического постулата мусульманского права, согласно которому шариат как данный Божественным Провидением неизменяем мирской властью. Это отступление было оформлено в виде призыва мусульманских юристов «открыть врата иджтихада» с целью приспособления шариата к нуждам современности. Попытки сааптировать таким образом нормы шариата предпринимались во многих странах исламского мира, хотя и были в основном ограничены областью семейного права.

Один из немногих примеров прямого и официального «открытия врат иджтихада» — решение короля Саудовской Аравии Фахда 1983 г., принятое с целью расширить возможности юристов этой одной из наиболее консервативных исламских стран по приспособлению мусульманского права к меняющимся условиям жизни общества.

Что касается уголовного права, то здесь мусульманские страны, прибегнувшие к модернизации права, избрали исключительно первый путь. Образцом для рецепции во многих государствах явился французский Уголовный кодекс 1810 г.: он стал основой не только турецкого, но и, к примеру, иранского уголовного законодательства 1906 г., Иорданского кодекса 1960 г. В Египте, напротив, в 1883 г. были изданы созданные на основе английского общего права кодексы, охватившие в том числе и уголовное право; Судан в 1899 г. позаимствовал индийский Уголовный кодекс, разработанный, как уже отмечалось, на фундаменте общего права, а для северной Нигерии в 1904 г. был разработан Уголовный кодекс, прообразом для которого стал Уголовный кодекс Куинсленда 1899 г., написанный, в свою очередь, на основе стифеновского английского проекта 1879 г. с привлечением итальянского Уголовного кодекса 1889 г. и нью-йоркского Уголовного кодекса 1881 г. В первых десятилетиях XX в. исламские страны обратились к уголовному праву прочих европейских государств: к примеру, итальянский

Уголовный кодекс 1889 г. был практически дословно позаимствован Турцией в 1926 г. и Египтом в 1937 г., а также оказал большое влияние на уголовное законодательство Ливана.

Помимо необходимости «поднять» уровень права до уровня социального, экономического и политического развития XIX—XX вв., вестернизация права была обусловлена еще одним обстоятельством: сильной политической зависимостью многих исламских государств от западных держав в указанное время. Соответственно, последние не стеснялись в насаждении норм «своего» права на изначально чуждую для него почву, и, как следствие, с обретением мусульманским миром вновь подлинной независимости вестернизированное право было отторгнуто как инородный элемент. Его отторжению способствовал также рост исламского самосознания, который подстегнули неудачные военные столкновения арабского мира с Израилем.

Таким образом, к концу XIV в. Хиджры / середине XX в. от Р.Х. сложились все необходимые предпосылки для возврата к традиции, т.е. для «исламизации» права. Именно этот процесс и предопределил развитие мусульманского права в конце XIV — начале XV вв. Хиджры / второй половине XX — начале XXI вв. от Р.Х., давая вместе с тем основание к выделению *самостоятельного периода* в истории мусульманского права <sup>1</sup>.

Основой политики исламизации законодательства стали положения конституций многих исламских государств, где основой права был провозглашен шариат. К примеру, ст. 2 Конституции Арабской Республики Египет 1971 г. (в ред. 1980 г.) предусматривается, что «исламская юриспруденция является основным источником законодательства». Аналогичным образом ст. 2 Конституции Кувейта 1962 г. гласит, что «исламский шариат да будет главным источником законодательства».

При этом не следует как абсолютизировать политику исламизации, так и понимать ее слишком упрощенно, наклеивая ярлык «исламизация» любой правовой реформе в странах мусульманского мира, прово-

<sup>1</sup> См. подр.: *Al-Muhhairi B.S.B.A. Islamisation and Modernisation within the UAE Penal Law: Shari'a in the Modern Era*. P. 42—49; *Al-Muhhairi B.S.B.A. The Islamisation of Laws in the UAE: The Case of the Penal Code // Arab Law Quarterly*. 1996. Vol. 11, № 4. P. 350—371; *Mayer A.E. Law and Religion in the Muslim Middle East // The American Journal of Comparative Law*. 1987. Vol. 35, № 1. P. 127—184; Hill E. Op. cit. P. 279—304.

дящейся под этим лозунгом. «Исламизация, — как справедливо отмечено одним автором, — подразумевает не простое возрождение традиционных исламских ценностей и классического права шариата; исламские доктрины переписываются и трансформируются в силу необходимости соподчинения их целям политических программ различных групп мусульман...»<sup>1</sup>. Во многих случаях исламизация права может быть названа «возвратом к традиции» весьма и весьма условно в силу непрекращающихся в мусульманском сообществе споров о том, какая должна быть настоящая исламизация. Более того, связанный с кодификацией по западному образцу исламизированного по содержанию правового материала этот процесс, как правильно подмечено Энн Элизабет Мейер <sup>2</sup>, исходно противоречит классической мусульманской правовой доктрине источников права, не признающей за государственной властью полномочия создавать нормы права.

Применительно к уголовному праву идея исламизации поддерживается, как правило, большинством мусульманского населения отдельно взятой страны. «Этот энтузиазм, по-видимому, покоится на вере в то, что нормы, установленные в тексте Корана, будут уважаться, и на популярном предположении, что восстановление суровых наказаний подобно отсечению рук будет оказывать сдерживающее воздействие на потенциальных преступников»<sup>3</sup>. В рассматриваемой области права исламизация находит свое выражение в возврате к традиционному мусульманскому уголовному праву либо посредством отмены созданных по западному образцу уголовных кодексов и прямого возврата к нормам шариата, либо посредством замены таких кодексов «исламизированными» кодексами, либо посредством принятия в дополнение к «западным» уголовным кодексам мусульманского уголовного законодательства.

Так, в Иране с 1980 г. действует сменившее «вестернизированный» кодекс законодательство, фиксирующее основные положения мусульманского уголовного права; аналогичным образом исламизированный кодекс Йемена, действующий с 1994 г., сменил в районах Южного Ие-

<sup>1</sup> Mayer A.E. Op. cit. P. 184.

<sup>2</sup> См.: Ibid. P. 152—154.

<sup>3</sup> Ibid. P. 170.

мена построенное по континентальной модели уголовное право. В 1987 г. в Объединенных Арабских Эмиратах принят уголовный кодекс, основанный на нормах шариата. Примером дополнения западного по природе своей уголовного законодательства мусульманским может служить уголовное право Нигерии, где за последние несколько лет в северных штатах приняты шариатские уголовные кодексы для мусульманского населения.

Подводя итог историческому обзору развития мусульманского уголовного права, следует отметить, что если еще несколько десятилетий тому назад можно было сомневаться в перспективах его дальнейшего существования, то сейчас, напротив, можно утверждать, что оно входит в XXI век как одна из полноправных уголовно-правовых семей современного мира, покрывающая пространство от Каспия до Экваториальной Африки и от побережья Атлантики до побережья Тихого океана.

Как уже отмечалось ранее, идея, лежащая в основе семьи религиозного права, — идея божественной супрематии. Для юриста в мусульманской уголовно-правовой системе уголовное право прежде всего сопряжено с идеей защиты интересов конкретной религии. Это находит свое выражение в наказуемости религиозных грехов, устрашающем характере предписываемых наказаний, объявлении самыми тяжкими преступлениями деяний против религии и т.д.

Преступление в мусульманской уголовно-правовой системе неразрывно связано с религиозным грехом. В частности, Кораном в самой общей форме запрещается грехопадение и указывается на наказание, ожидающее грешников: «Аллах повелевает справедливость, / Благодарение и щедрость к близким, / Он запрещает мерзость, беззаконие и бунт...» (Коран, сура 16 «Пчела», аят 90); «Все грешники, поистине, в безумии блуждают. / В тот День / Их по всему лицу протасят в огонь (Ада): / «Вкусите же прикосновение Ада!» (Коран, сура 54 «Луна», аяты 47—48). В Сунне пророка Мухаммада совершающий противозаконное, преступное деяние прямо объявляется неверующим: «Передают со слов Абу Хурайры, да будет доволен им Аллах, что пророк, да благословит его Аллах и да приветствует, сказал: «Когда прелюбодей прелюбодействует, верующим он не является, и когда (кто-нибудь) пьет вино, верующим он не является, и когда вор совершает кражу, верую-

щим он не является». В другой версии (этого хадиса, также передаваемой со слов Абу Хурайры, да будет доволен им Аллах, сообщается, что пророк, да благословит его Аллах и да приветствует, сказал): «...и тот, кто на глазах у людей отнимает у других что-нибудь ценное, не является верующим, когда делает это» (Сахих аль-Бухари: Мухтасар аз-Зубайди, хадис 1841 (5578)).

В наказуемости преступлений также явственно прослеживаются религиозные моменты. Ислам полагает в качестве одной из своих основ идею загробного мира с предшествующим ему Днем Последнего Суда, на котором грешники будут отделены от праведников. В частности, в Коране говорится следующее: «В тот День / Когда Он соберет вас всех / Для Дня Великого Собранья, — / То будет День взаимных поражений и наград, / И с тех, которые уверовали (в Бога) и добрые дела творили, / Он снимет все грехи / И их введет в Сады, реками омовенны, / И вечно пребывать им там, — / Такою будет высшая награда. / Но тем, кто не уверовал (в Аллаха) / И ложью объявил знамения Его, / Быть обитателями Огня / И в нем, поистине, навечно пребывать. / И будет мерзким это место упокоя» (Коран, сура 64 «Взаимные утраты и награды», айаты 9—10). Как следствие, за бесчестьем, говоря словами Корана (сура 5 «Трапеза», айат 33), в ближайшей жизни (т.е. за наказанием) все равно неизбежно последует кара величайшая (т.е. ад) в загробной жизни.

Соответственно, наказание рассматривается в Коране как последняя, крайняя земная мера, прилагаемая к грешнику. К примеру, вор не просто преступник, но также и грешник, подлежащий наказанию не столько за то, что он украл, сколько за грех, павший на его душу (Коран, сура 5 «Трапеза», айат 38). Точно также трудно рассчитывать на проявление милосердия Аллаха и его прощение убийце. Так, в одном из хадисов указывается: «Передают со слов Ибн 'Умара, да будет доволен Аллах ими обоими, что посланник Аллаха, да благословит его Аллах и да приветствует, сказал: «Верующий не будет стеснен в своей религии до тех пор, пока не прольет запретной крови» (Сахих аль-Бухари: Мухтасар аз-Зубайди, хадис 2074 (6862)).

Далее, наказания, предписанные в Коране, исправительны в конечном итоге. Смертная казнь, членовредительство, плети — все это долж-

но заставить грешника раскаяться и избежать тем самым кары в загробной жизни. Фрагменты из Корана ясно иллюстрируют исправительность предписываемых шариатом наказаний: «Кто совершает зло / Иль обижает собственную душу, / А после обращается к Аллаху о прощенье, / Найдет, что снисходителен Аллах и милосерд» (Коран, сура 4 «Женщины», айат 110); «И слуги Милосердного — лишь... те, которые с Аллахом наравне / Другого божества не призывают / И не лишают жизни душу, / Которую Аллах запретной для убийства сделал, / ...И те, что не вступают в блуд, — / А всяк, кто это совершает, / Встретит (у Господа расчет) / (Как) воздаянье (за содеянное им). / В день Воскресенья наказание удвоится ему, / И будет пребывать он в нем / Униженным и посрамленным, / Помимо тех, которые, раскаявшись, уверовали (в Бога) / И добрые дела творят. / Таким Аллах заменит их недобрые дела благими, — / Аллах, поистине, прощающ, милосерд! / Ведь тот, кто кается и делает благое, — / Тот искренне к Аллаху обращен (курсив мой. — Г.Е.)» (Коран, сура 25 «Различение», айаты 63, 68—71). Аналогична мысль в отрывке, посвященном наказанию совершивших кражу: «И вору, и воровке отсеките руки / Как воздаяние за то, / Что (души их) усвоили себе, — / Как наказанье от Аллаха, — / Ведь Он, поистине, велик и мудр! Но кто, свершив свой грех, / Раскается, к благому обратясь, — / Тому Аллах Свое благоволение проявит, — / Ведь всепрощающ Он и милосерд! (курсив мой. — Г.Е.)» (Коран, сура 5 «Трапеза», айаты 38—39).

Итак, идея божественного в основе семьи религиозного права не просто предопределяет содержательное наполнение права; она нацелена на согласование жизни с божественными установлениями, соблюдая которые человек достигает мира в обществе.

### § 3.2. Распространение мусульманского уголовного права в мире

Последователи религии ислама в современном мире проживают во всех государствах (за исключением разве что Ватикана). Тем не менее, будучи рассеяны в культурах, основанных на неисламских цивилизациях, мусульмане подчиняются иным системам права, следуя своей религии только в ее сугубо религиозных предписаниях. Более сложен вопрос о действии мусульманского права в целом и мусульманского уголовного права в частности в тех странах, где мусульмане прожива-

ют компактно, составляя либо подавляющее большинство населения государства, либо его весомую часть. С сердцем в пустынях Аравии таковой собственно мусульманский мир ныне простирается от Индонезии на востоке и до Сенегала на Западе и от России на севере до Мозамбика на юге. При этом, как отмечается в литературе, правовые системы многих из этих стран «объединяют кодексы и судебные институты европейского происхождения, национальное законодательство, принципы шариата... и решения различных судов»<sup>1</sup>. Соответственно, применительно к уголовному праву в зависимости от действенности мусульманского уголовного права в этих государствах их можно подразделить на *три группы*: первую будут составлять страны с мусульманским уголовным правом в качестве действующего права; вторую — страны с «гибридным» правопорядком; и третью — страны, где мусульманское уголовное право не воздействует на действующее право (либо воздействует совершенно незначительно).

Итак, к *первой группе стран* могут быть отнесены те, где мусульманское уголовное право является действующим правом, при этом либо вовсе не испытывав западного влияния, либо подвергшись столь незначительному влиянию, что его можно не брать в расчет.

К таким странам, прежде всего, относятся государства Аравийского полуострова, где мусульманское уголовное право сохранилось, пожалуй, в своем первоначальном виде.

Согласно конституционному акту *Саудовской Аравии, Низам Аль-Ассаси*, принятому королевским декретом 1 марта 1992 г., конституцию Королевства Саудовская Аравия составляют Священный Коран и Сунна Пророка (ст. 1).

Из всех исламских государств, применяющих ныне мусульманское уголовное право, только в Саудовской Аравии последнее действует в классическом облике, практически не изменившись в своих основных постулатах со времен зарождения. Здесь уголовное право остается полностью некодифицированным, тогда как во многих иных государствах Аравийского региона приняты уголовные кодексы, полностью или же частично фиксирующие уголовные нормы шариата в статутной форме.

<sup>1</sup> Hill E. Op. cit. P. 279—280.

Такая приверженность классическим исламским правовым канонам объясняется тем, что правовая традиция Саудовской Аравии принадлежит наиболее консервативной из четырех суннитских школ — ханбалитской, которая предписывает строгое следование Корану и Сунне как полным источникам шариата. Соответственно, сама по себе идея принятого государственной властью уголовного кодекса противоречит исходным принципам ханбалитской школы (и, говоря в целом, исходным принципам мусульманского права самого по себе).

Широко распространена в Саудовской Аравии также крайне консервативная правовая идеология ваххабизма.

Ваххабитский мазхаб исторически вырос из ханбалитской школы права, а его наиболее известным представителем являлся ибн-Таймийя (умер в 728 г. Хиджры / 1328 г. от Р.Х.). Отвергая техничность и схоластичность мусульманской науки права своего времени, ибн-Таймийя проповедовал возврат к Корану и Сунне как единственным источникам мусульманского права. Брошенный в тюрьму за свои взгляды, он там и умер, однако в конце XII в. Хиджры / конце XVIII в. от Р.Х. идеология ваххабизма возродилась, придав ханбалитской школе права новый импульс развития.

Согласно учению ваххабитской школы, единственными источниками мусульманского права являются Коран и Сунна, а кийяс (как и любое другое нововведение в праве) следует отвергать.

В отличие от Саудовской Аравии иные государства Аравийского региона полностью или же частично кодифицировали свое уголовное законодательство на основе мусульманского уголовного права и учения того или иного мазхаба.

В качестве примера можно взять Федеральный Уголовный кодекс *Объединенных Арабских Эмиратов*, разработанный Высоким комитетом исламизации и принятый в 1987 г.

Кодекс подготавливался на основе программы исламизации права ОАЭ и в условиях своеобразного «возврата» экономически высокоразвитого общества к традиционным исламским правовым ценностям. Так, в 1978 г. правитель эмирата Абу-Даби предписал рассматривать дела о краже, убийстве, прелюбодеянии и блуде в шариатских судах эмирата по нормам мусульманского права. В 1983 г. правитель друго-

го эмирата, Шарджа, постановил, что дела об употреблении алкоголя мусульманами должны рассматриваться в шариатском суде эмирата<sup>1</sup>.

Уголовный кодекс лишь частично зафиксировал уголовное законодательство Эмиратов. Согласно ст. 1 УК, его действие распространяется только на преступления *ma'azip* и налагаемые за их совершение наказания; для определения преступности и наказуемости деяний *худуд* и *кисас* Кодекс отсылает к нормам шариата и господствующему в Эмиратах учению маликитской школы<sup>2</sup>. При этом следует отметить, что и применительно к преступлениям *ma'azip* Кодекс содержит ряд весьма серьезных пробелов, что также требует обращения к иным источникам мусульманского права.

Вне Аравийского полуострова в первой группе стран следует отметить уголовное законодательство *Ирана*<sup>3</sup>. Согласно ст. 2 Конституции Исламской Республики Иран 1979 г., государство основывается, в частности, на вере в фундаментальную роль Божественного откровения в установлении законов, в Божественную справедливость законодательства и в идею иджтихада. В ст. 4 Конституции подчеркивается, что любая отрасль законодательства (в т.ч. уголовная) должна основываться на постулатах ислама. По мнению лидера исламской революции в

<sup>1</sup> См. подр.: *Al-Muhhairi B.S.B.A.* The Islamisation of Laws in the UAE: The Case of the Penal Code. P. 350—371.

<sup>2</sup> К преступлениям *худуд* относятся те, что посягают на права Аллаха либо на права Аллаха в сочетании с правами индивида (где доминантой являются интересы божественного). Наказания за преступления *худуд* точно установлены в Коране и Сунне. К числу этих преступлений мусульманские юристы причисляют ересь, восстание, прелюбодеяние, кражу, грабеж, употребление алкоголя и клевету.

К преступлениям *кисас* относятся те, что посягают на права индивида либо на права Аллаха в сочетании с правами индивида (где доминантой являются интересы человека). Наказания за преступления *кисас* также точно установлены в Коране и Сунне. Круг этих преступлений охватывает намеренные и ненамеренные посягательства на жизнь и здоровье личности.

К преступлениям *ma'azip* относятся те, что посягают на права индивида. Наказания за преступления *ma'azip*, в отличие от преступлений *худуд* и *кисас*, в Коране и Сунне не определены. Эта категория остаточна в том смысле, что объемлет все преступления, не относящиеся к первым двум.

<sup>3</sup> См. подр. также: *Lippman M., McConville S., Yerushalmi M.* Op. cit. P. 108—110; *Rahami M.* Development of Criminal Punishment in the Iranian Post Revolutionary Penal Code // *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice.* 2005. Vol. 13, № 4. P. 585—602.

Иране аятоллы Хомейни, нормы мусульманского права применимы всегда (т.е. носят вневременной характер) в силу их божественного происхождения. В соответствии с этими воззрениями в 1980 г. было принято специальное законодательство, которое зафиксировало в качестве действующих (или, точнее, «вернуло к жизни») нормы мусульманского уголовного права, которые ранее были заменены созданным по французскому образцу уголовным законодательством 1906 г. Впоследствии в 1991 г. и 1996 г. в стране был принят Исламский Уголовный кодекс (вначале часть первая, впоследствии — вторая).

Иран — одна из немногих мусульманских стран, где приговоры к забиванию камнями до смерти официально приводятся в исполнение (другая такая страна — Нигерия). В частности, согласно ст. 83 Уголовного кодекса, забивание камнями до смерти является наказанием за совершение прелюбодеяния замужней женщиной или женатым мужчиной. Согласно ст. 102 Кодекса, мужчина, подлежащий забиванию камнями, должен быть закопан в землю по талию; женщина — по линии груди. Размер используемых камней также оговорен в уголовном законе: они не должны быть столь большими, чтобы человек умирал после одного или двух попаданий, но они и не должны быть столь маленькими, чтобы их нельзя было назвать камнями (ст. 104). В ст. 90 предусматривается, что закопанный осужденный, которому в процессе казни удалось высвободиться из земли, подлежит прощению (такой случай, в частности, имел место в 1999 г.); однако в случае совершения им нового прелюбодеяния он подлежит такому же наказанию, причем по совершении прелюбодеяния в четвертый раз виновный должен быть казнен немедленно. С 1997 г., когда к власти в Иране пришел президент Хатами, известно свыше 25 случаев официального исполнения смертных приговоров за прелюбодеяние посредством забивания камнями, причем больше половины казненных составили женщины.

Следует также отметить, что Иран — одна из немногих исламских стран, где господствуют шиитские мазхабы.

Процесс исламизации уголовного права затронул также *Пакистан*, уголовное право которого долгое время находилось под влиянием английского общего права (это было связано с тем, что Пакистан до 1947 г. образовывал вместе с Индией единый доминион британской коро-



ны)<sup>1</sup>. После свержения светского правительства хунтой во главе с генералом Зия уль-Хаком исламизация всей жизни Пакистана стала главной целью нового правительства. Применительно к уголовному праву это нашло свое выражение в том, что в Уголовный кодекс Пакистана 1860 г. (пакистанский Уголовный кодекс представляет собой индийский Кодекс 1860 г., поскольку последний был изначально общим для Индии и Пакистана как единого британского доминиона) четырем правительственными ордонам, изданными 9—10 февраля 1979 г., были добавлены новые основанные на положениях шариата и учении ханифитской школы права установления, посвященные преступности и наказуемости деяний *хууд*. Первый ордонанс касался преступлений против собственности, второй — прелюбодеяния и изнасилования, третий — оскорбления чести женщины ее обвинением в неверности, четвертый — запрещенности употребления алкоголя. Согласно ст. 338F, помещенной в главу, содержащую эти нормы, «при толковании и применении положений настоящей главы и в отношении вопросов, соподчиненных либо смежных им, суд должен руководствоваться предписаниями ислама в том виде, в каком они закреплены в Священном Коране и Сунне». Соответственно, по обновленному уголовному законодательству преступления *хууд* наказуемы по классическим мусульманским канонам: посягающие на собственность — отсечением рук или ног, прелюбодеяние и блуд — забиванием камнями до смерти, изнасилование — повешением, употребление алкоголя — избиванием плетью. В 1991 г. правительством был принят пятый ордонанс, реформировавший наказуемость преступления против жизни и здоровья на основе классических мусульманско-правовых установлений (в частности, потерпевшим от преступлений было предоставлено право выбора согласно нормам шариата между кровной мезью или получением *дийи* («кровавых денег»)). В 1982 г. в Уголовном кодексе появляется норма (ст. 295B), криминализирующая надругательство над Кораном (с санкцией в виде пожизненного лишения свободы), а в 1986 г. — ст. 295C, устанавливающая ответственность за еретическое богохульство в отношении пророка Мухаммада с санкцией в виде аль-

<sup>1</sup> См. подр. также: *Lippman M., McConville S., Yerushalmi M.* Op. cit. P. 107—108.

тернативно предусмотренных смертной казни либо пожизненного лишения свободы; в 1992 г. Федеральный шариатский суд исключает пожизненное лишение свободы из санкции последней нормы. И хотя случаи официального применения смертной казни либо членовредительских наказаний (кроме порки) за все отмеченные преступления пока что не имели места (хотя зафиксированы случаи внесудебного забивания толпой камнями виновных в прелюбодеянии и богохульстве), само по себе появление отмеченных норм свидетельствует о явной исламизации уголовного законодательства Пакистана.

Из стран, где мусульманское уголовное право является действующим правом, следует также отметить ряд государств Африки, хотя на этом континенте существует ощутимая разница между регионами, с одной стороны, к северу от Сахары и, с другой — к югу от пустыни (исключая Северную Нигерию и Занзибар): если в Северной Африке ислам и принесенное им право утвердились без значимых искажений, то «в странах Африки южнее Сахары ислам не получил столь широкого распространения» и «исламизация нередко означала лишь принятие внешней формы мусульманской религии, простейших ее обрядов при сохранении старых анимистских верований... мусульманское право здесь... нередко... выступало лишь как разновидность местного обычного права»<sup>1</sup>.

В контексте исламского возрождения и исламизации права заслуживает упоминания *Нигерия* и, в частности, ее северные штаты, где проживает преимущественно мусульманское население.

В целом на территории Нигерии, являвшейся с 1886 по 1960 гг. британской колонией, применяется Уголовный кодекс, принятый в 1904 г. для Северной Нигерии и распространенный в 1916 г. в своем действии на всю территорию Нигерии. Прообразом для Кодекса 1904—1916 гг. стал Уголовный кодекс Куинсленда 1899 г., написанный, в свою очередь, на основе стифеновского английского проекта 1879 г. с привлечением итальянского Уголовного кодекса 1888 г. и нью-йоркского Уголовного кодекса 1881 г. Тем не менее, в северных мусульманских рай-

<sup>1</sup> *Муромцев Г.И.* Мусульманское право и правовые системы государств Африки, избравших некапиталистический путь развития // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 1968. № 3. С. 135.

онах страны до 1960 г. на практике применялось почти исключительно мусульманское уголовное право в его классическом варианте (что было подтверждено ст. 4 Уголовного кодекса для Северной Нигерии 1904 г.). Британские колониальные власти единственно ограничивали полномочия шариатских судов по применению жестоких форм наказания, вначале всего лишь просто предписывая использовать по возможности немучительные способы казни, а со временем вовсе запретив некоторые разновидности наказания (такие как распятие на кресте, забивание камнями до смерти и отсечение рук).

После обретения независимости в 1960 г. для районов северной Нигерии вместо Кодекса 1916 г. вступил в действие разработанный годом ранее особый Уголовный кодекс, основанный на суданском Кодексе 1899 г. (для которого, в свою очередь, основой послужил проект индийского уголовного кодекса 1837 г.). Уголовный кодекс 1960 г., будучи английским по существу, содержал также ряд положений, отражавших мусульманскую уголовно-правовую доктрину. В частности, им наказывались прелюбодеяние и блуд (§§ 387—388), оскорбление чести женщины ее обвинением в неверности (§ 400), всякое употребление мусульманином алкоголя (§ 403). За эти и ряд иных собственно мусульманских по природе преступлений Кодекс, кроме того, допускал применение наказания плетью (§ 68(2)).

Иными словами, с принятием Уголовного кодекса 1960 г. можно было говорить о существовании в северных районах Нигерии «гибридной» уголовно-правовой системы. Тем не менее, с 2000 г. ситуация начала меняться кардинальным образом: в двенадцати северных штатах Нигерии уголовное законодательство было радикальным образом исламизировано либо посредством принятия новых шариатских уголовных кодексов, либо посредством (как в штате Нигер) дополнений к Уголовному кодексу 1960 г.<sup>1</sup>

При этом следует отметить, что принятие новых кодексов не сопровождалось отменой действия Кодекса 1960 г., сохранившего свою силу для всех случаев совершения преступлений, не подлежащих рассмотрению по нормам исламизированного уголовного права. В свою оче-

<sup>1</sup> См. подр. также: *Ostien Ph. Islamic Criminal Law: What It Means in Zamfara and Niger States // Journal of Public and Private Law. 2000. Vol. 4, № 1. P. 1—18.*

редь, то, подлежит или нет преступление рассмотрению по нормам исламизированных уголовных кодексов, определяется по субъектному принципу: к примеру, согласно п. С Закона об установлении шариатского уголовного кодекса для штата Замфара (этот штат стал первым в Нигерии, исламизировавшим свое законодательство) от 26 января 2000 г., под действие шариатского уголовного кодекса подпадает любое лицо, исповедующее ислам, а также любое другое лицо, добровольно согласившееся на отправление в отношении него правосудия шариатским судом, созданным в штате. Соответственно, немусульманин, отказывающийся от юрисдикции шариатского суда, подлежит наказанию в соответствии с Уголовным кодексом 1960 г.

В новых шариатских уголовных кодексах северных штатов Нигерии возрождены традиционные для мусульманского уголовного права классификация преступлений и их дефиниции, виды наказаний и порядок их применения.

Так, в отличие от норм Кодекса 1960 г. шариатский Кодекс штата Замфара варьирует ответственность за половые преступления в соответствии с канонами классического мусульманского уголовного права, т.е. в зависимости от того, был ли женат (была ли замужем) виновный (виновная). К примеру, прелюбодеяние (§ 127), изнасилование (§ 129), содомия (§ 131) и инцест (§ 133) в случае их совершения не состоящим в браке лицом влекут наказание в виде ста ударов плетью, а состоящим в браке — в виде забивания камнями до смерти<sup>1</sup>.

Шариатским уголовным законодательством северо-нигерийских штатов также предусматривается возможность применения уголовного наказания за действия, специально не перечисленные в уголовных

<sup>1</sup> Наказание за прелюбодеяние установлено в Коране («Прелюбодея и прелюбодейку — / Подвергнуть порке в сто ударов, / И (в соблюдении) сей заповеди (Бога) / Пусть состраданье к ним не овладеет вами, / Если в Аллаха и Последний день уверовали вы. / И пусть при наказании (прелюбодеев) / Присутствует собрание людей, уверовавших (в Бога)» (Коран, сура 24 «Свет», аят 2)) и уточнено в Сунне пророка, где говорится о том, что порка в сто ударов есть наказание только для не состоящих в браке (т.е. для совершивших блуд), тогда как для состоящих в браке (т.е. для совершивших собственно прелюбодеяние) наказанием является *раджм* — забивание камнями до смерти (Сахих аль-Бухари: Мухтасар аз-Зубайди, хадисы 1132 (2724, 2725) и 2122 (7323); Сахих Муслим, книга 17 «Книга о наказаниях худуд», хадисы 4191—4193). Тем не менее, рядом правоведов отрицается правомерность *раджма* как наказания, не упомянутого в Коране.

кодексах, но объявляемые преступными Кораном, Сунной или иджтихадом маликитской школы права. Согласно Уголовному кодексу штата Замфара (§ 92), такие преступления наказываются тюремным заключением на срок не более пяти лет, либо избиением плетьюми (не более 50 ударов), либо штрафом (как самостоятельно назначаемым, так и назначаемым в дополнение к тюремному заключению или избиению плетьюми).

В исламизированных уголовных кодексах допускается применение таких традиционных для шариата видов наказания, как забивание камнями до смерти, отсечение рук, избиение плетьюми, кровная месть (*кисас*), кровавые деньги (*дийя*) (§ 93 Шариатского уголовного кодекса для штата Замфара). Стоит напомнить, что большинство из них было запрещено к применению еще британской колониальной администрацией.

Исламизированное уголовное законодательство в северных районах Нигерии не осталось на бумаге, и уже вскоре после его принятия состоялись первые публичные избиения плетьюми, отсечения рук и смертные казни через забивание камнями. Все это позволяет говорить о возврате уголовного права северных штатов Нигерии в семью мусульманского уголовного права.

В сравнительно недавнем прошлом к уголовно-правовым установлениям шариата произошел возврат в двух штатах *Малайзии* (Теренгану и Келантан) и в провинции Асех в *Индонезии*.

Ко *второй из выделенных ранее групп стран* относятся те, уголовно-правовые системы которых могут быть поименованы «гибридными», т.е. характеризующиеся смешением мусульманской уголовно-правовой традиции и традиции континентального (реже — общего) права.

К таким государствам относятся многие страны Ближнего Востока и Северной Африки.

В качестве примера можно назвать *Иорданское Хашимитское Королевство*. Действующий Уголовный кодекс 1960 г. был составлен под сильным влиянием наполеоновского уголовного законодательства и воспринял, в частности, трехзвенную классификацию уголовно-наказуемых деяний и в определенной степени французское учение о преступлении<sup>1</sup>. Тем не менее, на уголовное право Иордании оказывает

<sup>1</sup> См. подр.: *Аль Халаса Ашраф*. Понятие преступления по уголовному праву Иордании: Дис. ... канд. юрид. наук / Рос. ун-т дружбы народов. М., 2003.

влияние и мусульманская уголовно-правовая теория (в этом государстве господствует ханифитская школа), что заметно применительно к преступлениям против личности и оправдывающим действия лица обстоятельствам.

В частности, в судебной практике Иордании рассматриваются как ненаказуемые насильственные действия мужа в отношении жены в случае ее недостойного поведения (но не наоборот!). Такие действия должны быть направлены на воспитание жены и не влечь причинение тяжких телесных повреждений (иначе муж несет ответственность за телесные повреждения, ставшие следствием превышения права). Основанием к оправданию мужа за насильственные действия является кораническое установление: «Мужья над женами стоят... / А что касается тех женщин, / Непослушания которых вы боитесь, / (Сначала) увещайте их, / (И если это не поможет), / Вы отлучайте их от ложа, / (А коль и это не поможет), / Вы можете (слегка) ударить их...» (Коран, сура 4 «Женщины», аят 34)<sup>1</sup>.

Кроме того, непосредственно к мусульманскому уголовному праву часто прибегают в восточных пустынных районах Иордании.

Иными словами, жизненность мусульманской уголовно-правовой традиции и действие европеизированного по содержанию уголовного кодекса создают в Иордании феномен «гибридного» правопорядка.

В равной мере к «гибридным» правопорядкам может быть отнесено уголовное право *некоторых исламских стран Северной Африки*, на которые в разное время оказало также влияние континентальное или общее право.

*Третья группа стран* охватывает все те государства, где независимо от численности последователей ислама нормы мусульманского уголовного права официально не признаются (Россия, государства Европы и Америки). Тем не менее, они могут неформально воздействовать на поведение соответствующей группы населения, что позволяет в случае совершения незначительных преступлений избегать вмешательства государства в возникший спор либо, напротив, приводит к совершению преступлений на почве мотивов, обусловленных нормами шариата.

<sup>1</sup> См. подр.: Там же. С. 77—78.

#### § 4. Семья общинного права

Уголовно-правовая семья общинного права, географический ареал которой ограничен Дальним Востоком и Юго-Восточной Азией, объединяет несколько уголовно-правовых систем современного мира, существующих в странах с разными политическими и социально-экономическими укладами жизни. Объединяет их, в свою очередь, особое понимание права, особое отношение к нему как к способу регулирования жизни общества, что проецируется на все отрасли права, в том числе и на уголовное.

Такое особое понимание права имеет свои *исторические корни*. В течение веков на Дальнем Востоке и в Юго-Восточной Азии доминировал Китай, культура которого оказала влияние на соседние с ним государства. Понимание роли права в культуре китайского общества, в свою очередь, обладало определенными особенностями<sup>1</sup>.

Согласно представлениям китайского общества, сплавляющим в себе идеи конфуцианства, легизма и даосизма, человеческое и божественное, живое и мертвое образуют в своем единстве гармоничный универсум. Жизнь человека должна «вписываться» в этот гармоничный универсум. Для достижения этого человек должен вести себя «надлежащим образом», что позволит ему и окружающим достичь мира и взаимопонимания на различных уровнях социальных отношений. Правила «надлежащего образа» поведения в конфуцианской традиции именуется *ли*. Термин *ли* сложен не столько для перевода, сколько для понимания перевода: в нем заключены и ритуалы, и правила приличия, и моральные устои, и правила поведения. Как пишет В.М. Рыбаков, *ли* можно «переводить... словосочетанием «Моральные устои и обусловленное ими поведение». В зависимости от контекста можно было бы пользоваться либо только первой частью этого комплексного термина (Моральные устои), либо — если речь идет не о подоплеке, не о стимулах, но именно об уже реализуемом поведении — всем этим блоком...»<sup>2</sup>.

*Ли* в китайском обществе различались в зависимости от семейного и социального статуса человека, ситуации, в которой он оказался.

<sup>1</sup> См. подр.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 355—360; Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Том I. С. 430—435; Уголовные установления Тан с разъяснениями (Тан луй шу и). Цзюани 1-8 / Введ., пер. с кит. и коммент. В.М. Рыбакова. СПб., 1999. С. 7—16.

<sup>2</sup> Уголовные установления Тан с разъяснениями (Тан луй шу и). Цзюани 1—8. С. 9.

«Правила «ли» тщательно обуславливали поведение каждого в конкретной ситуации, шла ли речь о взаимоотношениях между начальником и подчиненным, стариком или юношей, дворянином и простолюдином, между родственниками, друзьями или незнакомыми, между отцом и сыном, старшим и младшим братьями, мужем и женой»<sup>1</sup>. Идеальный человек добровольно следует *ли*, воспринимая их как должные установления, и это в общемировом масштабе способствует поддержанию гармонии мироздания, поскольку *ли* есть микрообразы неизменных законов функционирования неба, опрокинутые в мир<sup>2</sup>. Идея права в западном понимании (как правил, установленных государством и обеспечиваемых силой его принуждения) была как следствие не столько чужеродна китайскому обществу, сколько излишня: поскольку *ли* есть правила, существующие объективно и добровольно исполняемые, они не нуждаются в формальном закреплении и принуждении.

Вместе с тем китайская философия вынужденно признавала несовершенство мира: наряду со следующими *ли*, в обществе всегда найдутся те, кто не соблюдает *ли*. Такое поведение признавалось аморальным и противоестественным; оно требовало противодействия со стороны общества. Концепция такого противодействия родилась в борьбе конфуцианства и легизма; это идея *фа*. *Фа* есть средство пресечения и устранения плохого, и если *ли* являются внесударственными идеальными моделями поведения, то *фа* — продукт государственной власти, связанный с наказанием отступлений от *ли*. Существование *фа* неизбежно в силу несовершенства человеческой природы, и с ним необходимо мириться, поскольку в конечном итоге действие *фа* ведет к утверждению *ли* и исчезновению *фа*.

Это объясняет то, что древнее китайское право по преимуществу есть уголовное право. Первый полный памятник китайского права, дошедший до наших дней, кодекс *Тан луй шу* и династии Тан (618—907 гг.), составленный к 653 г., полностью посвящен наказуемости отступлений от *ли*. В.М. Рыбаков следующим образом характеризует философскую основу Кодекса: «В Кодексе прямо указывается, что наказания были введены лишь с окончанием «золотого» века, когда мораль резко

<sup>1</sup> Цвайгерт К., Кетц Х. Указ. соч. Том I. С. 431.

<sup>2</sup> Уголовные установления Тан с разъяснениями (Тан луй шу и). Цзюани 1—8. С. 9.

ослабела и возникла необходимость в насильственных сдерживающих факторах. Однако целью использования этих факторов провозглашалось восстановление высокого морального уровня, при котором нужда в уголовных наказаниях отпадет. Главной непосредственной задачей применяемого уголовного закона являлось устранение флуктуаций из гармонично функционирующего триединого континуума Небо — Земля — Человек. Чем более высокое положение занимает индивидум, тем больше его роль в этом функционировании, тем, следовательно, больше воздействуют на континуум в целом его индивидуальные действия. ...Проступки и преступления менее значительных персон... не влекли за собой столь глобальных последствий, он и они воздействовали на природу негативно. Следовательно, они должны были быть скомпенсированы наказанием, равным преступлению по силе воздействия на природу. Такое равенство являлось обязательным условием применения наказаний, поскольку в противном случае они не восстанавливали бы нарушенную преступлением гармонию, понимаемую как вселенская справедливость, а лишь еще сильнее вредили бы ей. Эта концепция явилась одной из существеннейших причин, обусловивших стремление танских юристов с максимальной тщательностью устанавливать соответствие наказаний не только разнообразным преступлениям, но и разнообразным обстоятельствам, при которых данные преступления могли совершаться. Дотошность тогдашних правотворцев просто удивительна<sup>1</sup>. Эта «дотошность», в свою очередь, есть следствие многообразия *ли*, и в *Тан люй шу и* встречается множество привязок наказания к характеру нарушения *ли*.

В частности, немаловажное значение при определении меры наказания приобретало социальное положение человека: так, принадлежащие к привилегированным слоям могли рассчитывать на смягчение наказания, однако в ситуации, связанной с использованием служебного положения, последнее, напротив, отягчалось. В *Тан люй шу и* выделяются так называемые «восемь причин для обсуждения» (цзюань 1, статья 7), определяющие перечень тех лиц, приговор в отношении которых мог быть вынесен только императором на основе доклада совет-

<sup>1</sup> Уголовные установления Тан с разъяснениями (Тан люй шу и). Цзюани 1—8. С. 32—33.

ников. К ним относились не только родственники правящей семьи, но и чиновники, при этом перечень был крайне расплывчат, позволяя относить к заслуживающим «восемь причин» представителей знати в целом как «достойных», «способных», «имеющих заслуги», «знатных» или «усердных» слуг императора.

Влияло на определение меры наказания и семейное положение: совершение старшим преступления против младшего всего лишь преступает пределы возможного воспитания, тогда как противоположная ситуация есть прямой вызов обществу. Так, «милость отца и матери беспредельна, словно Великое Небо. Когда родственники... истребляют один другого (имеется в виду младшие старших. — Г.Е.), это предел зла и верх строптивости. Здесь разрываются и отбрасываются все человеческие принципы справедливости» (цзюань 1, статья 6).

Раскаяние лица и возмещение им ущерба, восстановившее гармонию в обществе, исключало необходимость применения наказания; лишь в случае совершения особо тяжких посягательств, когда никакое раскаяние не компенсировало нанесенный мирозданию ущерб, требовалось вмешательство закона. В частности, в *Тан люй шу и* указывается, что прощается добровольно повинившийся в легком преступлении либо добровольно повинившийся в тяжком после раскрытия легкого (но лишь за тяжкое); однако не прощается тот, кто повинился после раскрытия преступления или после доноса на него кем-либо. И лишь в случае убийства или нанесения телесных повреждений, невозможности возратить вещи, совершении развратных сношений и некоторых иных случаях добровольная явка с повинной не имеет значения (цзюань 5, статья 37).

*Тан люй шу и* увязывает наказание и со способностями человека, ставя во главу угла не только характер совершенного поступка, но и личные способности совершившего его. В частности, малолетним, старикам или инвалидам наказание либо смягчалось, либо они вообще освобождались от ответственности (цзюань 4, статья 30).

Кодекс *Тан люй шу и* надолго пережил и своих создателей, и династию Тан. В конце XIV в. правители династии Мин составили новое уголовное уложение (*Да Мин люй*), однако в основе его лежал кодекс династии Тан. Последующие своды законов династии Цин также

восприняли многое из *Тан люй шу и*. Преемственность законодательства обусловлена, как представляется, общей этико-правовой основой китайского уголовного законодательства, неизменной на протяжении столетий. Эта основа и есть *идея общества* в нашем понимании.

В силу этой идеи преступление *ли* как признанных правил поведения причиняет ущерб не столько отдельному индивиду, группе лиц; такое нарушение повреждает гармонию и незыблемость общества как отражения Неба. Поэтому подавление любых нарушений *ли* как угрожающих устоям общества есть прямая обязанность власти, и эту обязанность китайские правители свято исполняли на протяжении веков.

В самом кодексе *Тан люй шу и* его составители выделили «десять зол», сводящих на нет «морализующее влияние» и разрушающих упорядоченность общества (цзюань 1, статья 6). К их числу они отнесли умысел восстания против правителя («если же кто-то осмеливается таить мятежные чувства и намерен дать волю строптивому сердцу, тот вожделем восстать против Небесного Постоянства и пойти наперекор принципам человеческой справедливости»), умысел разрушить императорский дворец, святилища и гробницы («есть люди, которые, провинившись перед небом и не зная удержу и предела, дают в мыслях волю злобе»), умысел измены, убийство, умысел убийства или побои старших в семье («милость отца и матери беспредельна, словно Великое Небо. Когда родственники... истребляют один другого, это предел зла и верх строптивости. Здесь разрываются и отбрасываются все человеческие принципы справедливости»), убийство трех человек в одной семье, ненасильственное посягательство в разной форме на особу императора или его вещи, сыновняя непочтительность (оскорбления старших, несоблюдение по ним траура и т.п.), вражда по отношению к родственникам и старшим, убийство начальника и несоблюдение траура по мужу (эти действия объединены понятием «нарушения долга»), развратные сношения с близкими («когда [мужчины и женщины] ведут себя, как птицы и звери, и заводят любовников и любовниц прямо в доме, основанные на Моральных устоях *Ли* каноны [поведения] приходят в беспорядок и хаос»). И хотя преступления «десяти зол» не обязательно влекли смертную казнь, их наказание, тем не менее, не могло быть погашено ни привилегиями, ни прощением, поскольку пося-

гали они на те социальные в основе своей ценности, которые были священны для китайцев.

В XX в. китайский уклад жизни претерпел серьезные изменения, однако столетиями складывавшиеся идеи не только пережили потрясения восстаний и войн, гонений «культурной революции», но и удачно вписались в современное уголовное право Китая. В нем по-прежнему незримо присутствует идея общества, объединяющая конфуцианские идеи *ли* с идеологией социализма с китайской спецификой. По словам Э.З. Имамова, «современное право КНР представляется как сложный по содержанию, объективно обусловленный масштаб свободы. Оно выражается, во-первых, через систему глубоко укоренившихся в сознании народа традиционалистских представлений должного поведения, поддерживаемую силой моральной ответственности перед обществом, и, во-вторых, через систему современных общеобязательных формально-определенных норм, выступающих в качестве государственно-властного критерия правомерного и неправомерного поведения, поддерживаемую силой государственного принуждения»<sup>1</sup>. Современное китайское уголовное право рассматривается как крайняя мера в установлении порядка в обществе; из этого следует задача защиты посредством наказания преимущественно интересов общества и государства, что выражается в акцентированности уголовного права на преступлениях против государства и общества, охране им правовых благ, которые признаются принадлежащими не столько конкретному индивиду, сколько обществу в целом. Как отмечает Н.Х. Ахметшин, «тысячелетиями государство в этой стране (Китае. — Г.Е.) добивалось от населения полного и беспрекословного послушания. ...Неизменным был курс правителей на суровое преследование тех, кто своими действиями создавал угрозу устоям общества или его безопасности»<sup>2</sup>. Эта многовековая идеология преступления и наказания удачно соче-

<sup>1</sup> Имамов Э.З. Уголовное право Китайской Народной Республики: теоретические вопросы Общей части. М., 1990. С. 51.

<sup>2</sup> Ахметшин Н.Х. История уголовного права КНР. М., 2005. С. 12.

См. также: Имамов Э.З. Указ. соч. С. 24—53; Yuh-hai W. Three Social Models in a Comparative Study of Criminal Law: China as a «Power Society», America as a «Law Society», Japan as a «Culture Society» // Hitotsubashi Journal of Law and Politics. 1995. Vol. 23, № 1. P. 73—75, 79—80.

тается с социально-экономическим строем современного Китая, где в ст. 1 УК КНР 1979 г. (в ред. 1997 г.) указывается на цель «защиты народа в соответствии с Конституцией», а в ст. 2 на первом месте стоит цель «защиты государственной безопасности, демократической диктатуры народа и социалистического строя, охраны государственной и коллективной собственности трудящихся масс» и лишь затем упоминается о защите «прав личности»<sup>1</sup>.

Текст китайского Уголовного кодекса во многих случаях декларативен и абстрактен, и это оправдывается необходимостью гибкого применения закона, учитывающего особенности ситуации. В особенности это присуще преступлениям против государства, общества и экономики, где излишняя детализация могла бы повредить охране соответствующих благ. (Такой подход близок мысли Конфуция, полагавшего необходимым держать уголовные законы скрытыми от населения, поскольку народ, осведомленный с запретами, научится избегать их и станет неуправляемым.) Так, согласно ст. 102 УК, наказывается «сговор с иностранным государством в ущерб суверенитету, территориальной целостности и безопасности...»; ст. 103 УК устанавливает ответственность за совершение тяжких преступлений «по организации, планированию, осуществлению раскола страны, нарушению ее единства»; ст. 167 УК карает полную безответственность, проявленную при подписании, реализации контракта лицами, непосредственно ответственными за управление государственной компанией, предприятием, непроизводственной единицей, и повлекшую их обман. В Особенной части Уголовного кодекса много оценочных признаков (например, «серьезный инцидент», «тяжкие последствия», «крупный ущерб, отягчающий обстоятельства»); во многих статьях диспозиция звучит как «незаконные» действия того или иного рода. Редакция Уголовного кодекса 1997 г. детализировала многие положения, однако до конкретики целому ряду норм закона еще далеко. Суровостью отличаются и санкции за преступления против государства, общества и экономики, и практика применения уголовного закона свидетельствует о достаточно жесткой карательной политике китайских властей в этой области<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Ахметшин Х.М., Ахметшин Н.Х., Петухов А.А. Современное уголовное законодательство КНР. Уголовный кодекс КНР. М., 2000. С. 254.

<sup>2</sup> См. подр.: Ахметшин Н.Х. Указ. соч. С. 79-161, 190—288.

Среди населения до сегодняшнего дня бытуют привычные традиционалистские представления о должном и недолжном, в основе которых лежит стремление достичь гармонии в общественной жизни. Так, Э.З. Имамов приводит пример убийства отцом сына за недостойное поведение последнего. Арестованный за убийство, отец был изумлен: разве его действия не принесли пользу обществу, избавив его от неисправимого хулигана?!<sup>1</sup> Явка с повинной представляет собой «сознательное стремление реализовать свое право покончить с плохим поведением и установить мир и порядок между личностью и государством, гармонию в обществе»<sup>2</sup>. (Еще в *Тан люй шу* и говорилось, что «ошибиться и не исправить — вот что такое ошибка. Ныне тот, кто оказался способен исправить ошибку и прийти, чтобы повиниться в своем преступлении, всегда должен получить прощение» (цзюань 5, ст. 37).)

Идея общества легла в основу уголовного права смежных с Китаем и образующих на сегодня уголовно-правовую семью общинного права государств, и, прежде всего, *Японии*.

Как и китайское, японское общество сдержанно относилось к праву и стремилось регулировать жизнь социума с помощью комплекса норм, «которые исходили скорее из соображения приличия и регулировали поведение индивидов в отношениях друг с другом во всех случаях жизни. Эти нормы поведения, схожие с китайскими правилами, назывались *гири*. Были *гири* отца и сына, мужа и жены, дяди и племянника, братьев между собой, а вне семьи — *гири* собственника и фермера, работодателя и должника, торговца и его клиента, хозяина и служащего, старшего служащего и его подчиненного и т.д.»<sup>3</sup>. Общество управлялось на основе *гири*, исполнение которых было моральным долгом каждого; соответственно, к наказанию прибегали в случае вопиющего неподчинения признанным правилам поведения. В отличие от китайских взглядов, тем не менее, японцы всегда уважительно относились к праву как к своду правил, предписывающих моральное поведение.

В 701 г. появился первый японский свод уголовных законов, известный как *Тайхо Рицу*. Составленный под влиянием кодекса *Тан люй*

<sup>1</sup> См.: Имамов Э.З. Указ. соч. С. 41.

<sup>2</sup> Там же.

<sup>3</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 369.

шу и, этот свод содержал по преимуществу уголовно-правовые установления. «Для этого акта характерно отнесение к тяжким преступлениям прежде всего посягательств на государство и на родственников по восходящей линии, установление в некоторых случаях института солидарной ответственности, смягчение наказания для привилегированных лиц»<sup>1</sup>. Своды уголовных законов последующих эпох основываются в целом на идеях кодекса *Тайхо Рицу*, объявляя наиболее опасными посягательствами преступления против политического строя и сложившихся социальных и семейных отношений (например, Кодекс *Куджиката Осадамэгаки* 1742 г.).

Эпоха Мэйдзи привела к вестернизации японского уголовного законодательства. В 1880 г. появляется уголовный кодекс, составленный французским юристом Г. Буассонадом на основе наполеоновского УК 1810 г. В 1907 г. принимается новый кодекс, на этот раз испытавший влияние уже немецкого уголовного законодательства; этот кодекс с многочисленными изменениями, создавшими по сути новый текст (особенно последовавшими после Второй мировой войны и в 1995 г.), действует сегодня.

Тем не менее, несмотря на европеизированное по форме и содержанию законодательство, в основе японского уголовного права может быть прослежена идея общества. Обусловлено это относительной устойчивостью культуры японского общества. До сегодняшнего дня отношения в социуме строятся на основе копирования на более высоком уровне (т.е. уровне общины, фирмы, государства) отношений, складывающихся в семье, и при таком подходе на первое место выступают неписанные правила поведения. Нарушающий их прежде всего опозорен в глазах окружающих и может подлежать уголовному наказанию, считаясь посягнувшим на сложившийся уклад жизни. Право приводится в действие только тогда, когда иные средства разрешения конфликта исчерпаны, когда необходимо восстановить порядок в обществе; в японском обществе право исторически ассоциировалось почти исключительно с уголовным правом, а правовые процедуры рассматривались как «действенные средства поддержания порядка в обществе и

<sup>1</sup> Уголовное право зарубежных государств. Особенная часть: Учеб. пос. / Под ред. и с предисл. И.Д. Козочкина. М., 2004. С. 443.

ничего более»<sup>1</sup>. В понимании обывателей «право все еще связывается со страданием и наказанием и все еще понимается по преимуществу как инструмент, с помощью которого Государство навязывает свою волю. Наказания в... ранних кодексах были... всегда увечащими, подчас варварски жестокими. Что-то из этой неприглядной картины выжило во взглядах обывателей, которые рассматривают право и юристов как преимущественно связанных с уголовным правом»<sup>2</sup>.

Текст действующего японского Уголовного кодекса абстрактен, что допускает свободу судейского усмотрения и позволяет гибко, с учетом интересов общественной справедливости применять закон как мягко, так и сурово. В этой же связи Рене Давид подмечал, что «индивидуализм никогда не имел крепких корней в Японии. ...Произвол полиции вызывает мало протестов... она всегда и любыми способами находит виновного в случае совершения преступления»<sup>3</sup>. В плане наказания в японском обществе доминирует идея возмездия и восстанавливающего гармонию символического равенства наказания причиненному вреду: так, в отношении совершившего два убийства в случае избрания меры наказания в виде смертной казни должны быть вынесены два смертных приговора.

Традиционный уклад жизни, сформировавшийся на протяжении столетий, препятствует восприятию японским обществом западной концепции права, создавая условия для сохранения на уровне правовой идеологии и правоприменения идеи общества в основе уголовного права.

## § 5. Семья обычного права

Уголовно-правовая семья обычного права в современную эпоху служит интересным примером возрождения нормативных установлений, имеющих тысячелетнюю историю и, тем не менее, едва не погибших под колониальным натиском европейских государств. Чуждающаяся рационализированных и упорядоченных («отехниченных») представлений о праве, семья обычного права являет собой особый

<sup>1</sup> Kim C., Lawson C.M. The Law of the Subtle Mind: The Traditional Japanese Conception of Law // The International and Comparative Law Quarterly. 1979. Vol. 28, № 3. P. 504.

<sup>2</sup> Ibid.

<sup>3</sup> Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 373.



тип правопонимания, сложившийся на обширном пространстве, где долгое время существовали «догосударственные» (или «полугосударственные») общества.

Этот особый тип правопонимания связан, во-первых, с доминированием правового обычая в качестве источника права и, во-вторых, с отличной от европейской концепцией правопорядка, в уголовном праве преломляющейся в виде типологической идеи семьи.

Правовой обычай как источник права в традиционных обществах Африки, Австралии и островов Тихоокеанского региона представляет собой сложное нормативное явление<sup>1</sup>. Во-первых, обычное право в указанных регионах — это практически в целом неписаное право; лишь усилиями колониальных властей были составлены «сборники обычаев», часто далеко неполные<sup>2</sup>. Одним из немногих исключений является «Кодекс 305 статей», появившийся в 1881 г. на Мадагаскаре (государство Имерин) и действовавший до превращения острова во французскую колонию в 1892 г.; большинство норм этого Кодекса посвящено уголовному праву. Во-вторых, обычное право не представляет собой единого комплекса норм; оно территориально локально в своем содержательном наполнении. В-третьих, санкцию как источника права обычное право получает не со стороны законодателя или судьи, но со стороны «догосударственного» (или «полугосударственного») общества, и механизм такого санкционирования крайне сложен, растянут во времени.

С типологической точки зрения, уголовно-правовая семья обычного права сформировалась на основе *идеи семьи*. Идея семьи, в свою очередь, отражает общую направленность правовых установлений обычного права: семья (род, племя и т.п.) не только санкционирует нормы, но и следит за их соблюдением, рассматривая нарушение сложившегося порядка как вызов целостности группы, вызов, брошенный ее нормальному существованию. Освещая правовые системы Африки и

<sup>1</sup> О правовом обычае как источнике права см. подр.: *Захарова М.В.* Правовой обычай (общетеоретические основы) / Под ред. Т.Н. Радько. М., 2006. С. 34—75; *Малова О.В.* Правовой обычай как источник права основных правовых систем современности. Иркутск, 2006. С. 26—45.

<sup>2</sup> См.: *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Указ. соч. С. 380—381; *Малова О.В.* Указ. соч. С. 155—156.

Мадагаскара, Рене Давид отмечал следующее: «В представлении африканца обычай связан с мистическим строем универсума. Повиновение обычаю означает уважение предков, останки которых слились с почвой, а дух витает над живыми. Нарушение обычая может повлечь самую невероятную негативную реакцию духов земли, ибо естественное и сверхъестественное — поведение людей и поведение природы — все связано в этом мире... Интерес африканцев сосредоточен на группах (триба, каста, деревня и т.д.), взятых вне времени, а не на их более изменчивых элементах, как-то: индивидах... Земля принадлежит в большей мере предкам и будущим поколениям, чем ныне проживающим на ней»<sup>1</sup>.

*История* уголовно-правовой семьи обычного права распадается на три этапа.

Первый охватывает доколониальный период существования народностей Африки, Австралии и островов Тихоокеанского региона. Именно тогда сложилась эта уголовно-правовая семья и в ней нашла свое преломление типологическая *идея семьи*.

Содержательное наполнение этой идеи может быть сформулировано достаточно просто: совершенное преступление (или, принимая во внимание известную сложность в выделении проступков различного рода в обычном праве, не просто порицаемое, но наказуемое особыми санкциями деяние) является не проступком против человека, оно нарушает вневременную, космогоническую надлежащую жизнь семьи, рода, племенной группы. Многое, посягающее на жизнь индивида, остается при таком подходе за рамками уголовного права (т.е. суда старейшин, совета группы): супружеская измена, мелкая кража, оскорбление и клевета, побои и т.п. деяния разрешаются по усмотрению группы близких родственников.

Следствием такого понимания преступления становится акцент на восстановлении социального порядка не просто и не столько путем наказания виновного, сколько путем примирения с предками и универсумом; санкции скорее восстановительны, чем карательны по своей природе. Из этого же следует, что самым страшным наказанием ста-

<sup>1</sup> *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Указ. соч. С. 378—379.

См. также: *Саидов А.Х.* Указ. соч. С. 336—339.

новится не убийство виновного, а его изгнание из общины, устраняющее источник возмущения потусторонних сил.

Ведущую роль в процессе приобретают потерпевшая группа и посягнувшая группа, а само по себе действие по примирению, восстановлению порядка облачается в сверхъестественные формы. На первое место выступает не наказание, а процесс его применения с присущими последнему очистительными процедурами, примирительными церемониями, ритуальным обменом предметами; иными словами, обычное право — это право урегулирования конфликтов между группами.

Важным проявлением идеи семьи также является групповая ответственность за совершенное деяние: компенсация вреда осуществлялась не от индивида к индивиду, а от группы к группе.

Взаимосвязь естественного и сверхъестественного находит свое выражение и в наказуемости посягательств на священные места и ритуалы, поскольку угроза разрушения последних ставит под угрозу существование группы. В частности, в практике австралийских аборигенов наказуемыми признаются незаконное пересечение границ чужого племени, осквернение священных мест, кража ритуальных предметов, оскорбление тотемических животных<sup>1</sup>.

В таком виде обычное уголовное право просуществовало множество столетий, различаясь содержательно от местности к местности, не отражаясь в письменной форме и передаваясь изустно из поколения в поколение.

В XIX в. наступил колониальный этап истории обществ, где господствовало обычное уголовное право. Африка, Австралия и государства Тихоокеанского региона стали колониальными владениями европейских государств, среди которых доминировали, бесспорно, Соединенное Королевство и Франция.

При изучении этого периода в истории указанных территорий большинство исследователей подчеркивают принципиальную разницу между методами правления, избранными английскими и французскими колониальными властями. Первые в основном следовали идее

<sup>1</sup> Об уголовном праве австралийских аборигенов см. подр.: *Трикоз Е.Н.* Обычное уголовное право аборигенов Австралии (теоретические проблемы исследования). С. 115—119.

«косвенного управления» (*indirect rule*), согласно которой «население аннексированной либо приобретенной в результате сделки или завоевания территории в принципе может применять действующее обычное право»<sup>1</sup>, а традиционные органы власти во многом сохраняют свои полномочия, отказываясь от суверенитета на международной арене (исключением здесь являлась лишь Австралия как *terra nullius*, т.е. ничейная земля, где британские власти чувствовали себя свободными от каких бы то ни было обязательств по отношению к аборигенам). Вторые же, напротив, последовательно проводили политику ассимиляции (в том числе и правовой) в колониях<sup>2</sup>. Тем не менее, применительно к уголовному праву это деление не вполне приложимо, поскольку в этом аспекте все колониальные власти, стремясь запретить обычаи, казавшиеся им варварскими, последовательно насаждали свое уголовное право и процесс и свои суды уголовной юрисдикции. Так, в африканских колониях Великобритании в разное время вступили в действие уголовные кодексы, составленные на основе индийского УК 1860 г.; во французской Западной Африке и на Мадагаскаре с 1946 г. стал действовать французский УК 1810 г.; до того в ряде случаев французские колониальные власти применяли к коренному населению специальные более суровые уголовные и административно-репрессивные санкции (в том числе коллективные штрафы, интернирование, конфискацию, ссылку).

Однако и в этих условиях обычное уголовное право отчасти действовало: к примеру, в Гане английские колониальные власти допускали наказуемость по нормам обычного права незаконно произнесенной или невыполненной клятвы, супружеской измены, призыва проклятий богов на другое лицо, оскорбления племенных вождей. Очевидна незначительность этих преступлений; их наказуемость по нормам обычного права соответствовала интересам администрации по поддержанию мира и спокойствия в колонии.

Третий этап в истории семьи обычного права связан с обретением государствами Африки независимости и признанием значимости традиционных ценностей тех или иных народностей.

<sup>1</sup> *Цвайгерт К., Кетц Х.* Указ. соч. Том I. С. 345.

<sup>2</sup> См.: *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Указ. соч. С. 382—386; *Лихачев В.А.* Из истории уголовного права государств Африки // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 1970. № 4. С. 69—75.

Свержение колониальных режимов на африканском континенте стимулировало процесс «традиционализации» права, что в определенной мере проявилось и в области уголовного права.

В целом современные уголовно-правовые системы африканских стран (исключая мусульманские государства Северной Африки, а также ЮАР) могут быть охарактеризованы как гибридные: континентальная правовая традиция или традиция общего права тесно переплетаются с идеей семьи не столько на уровне *lex scripta*, сколько в сфере правоприменения, правового мышления. В таких случаях в уголовное право привносятся элементы обычного права и народных верований.

Примером тому может служить практика разрешения нередких в африканской действительности случаев преднамеренного убийства, когда виновный утверждает, что потерпевший являлся колдуном (призраком, демоном и т.д.), а его убийство стало способом самозащиты. Согласно африканским верованиям, каждый имеет право убить занимающегося черной магией, причем предписываемый обычаями ритуал причинения смерти достаточно жесток и церемониально последователен, что исключает необдуманность, спонтанность убийства.

Напротив, классическое общее право совершенно определенно признает преднамеренное причинение смерти человеку, занимающемуся колдовством, тяжким убийством (поскольку самого по себе легального права на такое убийство у виновного нет, и, более того, реальное или мнимое колдовство в отношении виновного не создает провокации, сводящей тяжкое убийство к простому), хотя и расходится в оценке того, является ли причинение смерти человеку, полагаемому нечеловеком (призраком, демоном и т.д.), тяжким убийством или же простым<sup>1</sup>.

Тем не менее, поскольку случаи убийства предполагаемых или реальных колдунов в Африке многочисленны, судебная практика сочла возможным отступить от традиционных канонов общего права. Одним из первых таких дел стал казус, возникший в начале 1940-х гг. Двое обвиняемых давно подозревали погибшего в том, что он практикует черную магию в отношении их сотоварищей, некоторые из которых уже умерли. Однажды ночью они увидели потерпевшего ползающим

<sup>1</sup> См.: Кенни К. Указ. соч. С. 73; Williams G.L. Homicide and the Supernatural // The Law Quarterly Review. 1949. Vol. 65, № 260. P. 491—503.

обнаженным вокруг их жилища и, полагая его практикующим магический обряд, немедленно схватили и совершили предписанный обычаем ритуал убийства колдуна, затолкав в его задний проход двадцать незрелых бананов. Апелляционный Суд Восточной Африки при рассмотрении дела указал следующее: «Если доказанные факты выявляют, что потерпевшим в реальном присутствии обвиняемого исполнялся некий акт, который обвиняемым искренне полагался и который обычным человеком сообщества, к которому принадлежит обвиняемый, полагался бы актом колдовства против него..., он (т.е. обвиняемый. — Г.Е.) может быть взбешен до такой степени, что это лишит его самообладания и побудит к нападению на лицо, практикующее акт колдовства. ...Основание защиты вследствие сильной и внезапной провокации открыто для него (т.е. для обвиняемого. — Г.Е.)»<sup>1</sup>. При этом провокация исключает осуждение за тяжкое убийство, но допускает осуждение за простое: как и в рассмотренном деле, так и в двух других случаях в начале 1970-х гг. в Уганде (где убийства были совершены обвиняемыми сразу же после высказанных потерпевшими угроз колдовством лишить их жизни<sup>2</sup>) обвиняемые были осуждены только за простое убийство<sup>3</sup>. Как видно, налицо привнесение элементов народных верований в английское общее право.

Другим примером закрепления в уголовном праве норм обычного права может служить уголовное законодательство франкофонных государств Африки. В частности, уголовные кодексы этих стран допускают неприменение уголовного наказания к туземному населению, живущему в полигамном браке (Кот-д'Ивуар, Камерун); и напротив, в ряде случаев в уголовном порядке наказываются нарушение обычно-правовых норм из области семейных отношений (например, оставление женой совместного общежития с мужем, мошенничество с приданым)<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> *Rex v. Fabiano Kinene & Anor*, (1941) 8 Eastern Africa Court of Appeal 95 (per Sheridan, C.J.).

<sup>2</sup> См.: *Uganda v. Nambwagere s/o Rovumba*, [1972] Uganda Law Reports 14; *Uganda v. Bonefasi Muvaga*, [1973] Uganda Law Reports 30.

<sup>3</sup> См. подр.: *Nsereko D.D.N. Witchcraft as a Criminal Defence, From Uganda to Canada and Back* // Manitoba Law Journal. 1996. Vol. 24, № 1. P. 43—59; Есаков Г.А. Суеверия и уголовное право (на примере преступлений против жизни в странах семьи общего права) // Lex Russica (Научные труды Московской государственной юридической академии). 2004. № 4. С. 1056—1072.

<sup>4</sup> См.: Захарова М.В. Указ. соч. С. 95.

Элементы гибридности прослеживаются также в уголовно-правовой системе Австралии. Здесь интерес представляет допущение австралийскими судами использования «выкупа-отмщения» (в различных его проявлениях — от подарка потерпевшей стороне до членовредительства и кровной мести со стороны последней) за совершенное преступление, который прочно укоренился в практике аборигенов континента. В частности, в ряде случаев судьи смягчали назначаемое по приговору наказание, ссылаясь на то, что виновный уже прошел через процедуру «выкупа-отмщения», способствующую устранению возможных в будущем конфликтов<sup>1</sup>. Впрочем, признание допустимости практики «выкупа-отмщения» имеет и свои границы: так, когда в 1980-х гг. на Соломоновых островах обвиняемый попытался оправдать убийство тем, что отомстил (как предписывал обычай) за гибель своих близких родственников. Однако суд отказался смягчить обвинение, сославшись на противоречие обычая конституционному праву каждого на жизнь<sup>2</sup> (интересно отметить, что Соломоновы острова конституционно признают обычное право в качестве источника права).

В целом современность с очевидностью выявляет тенденцию к восстановлению действия обычного права в целом ряде государств. Однако если в области договорных отношений, семьи, собственности и т.п. обычное право не встречает особых препятствий к применению, то в уголовном праве присущие ему суровые санкции и арациональная, сверхъестественная основа воздвигают на его пути определенные преграды.

<sup>1</sup> См.: *Finnane M.* Op. cit. P. 293—310.

<sup>2</sup> См.: *Regina v. Loumia and Others*, [1984] S.I.L.R. 51 (per Connolly, J.A.).

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Свыше ста лет тому назад Н.Д. Сергеевский писал: «Научное исследование не может ограничиться положительным правом одного какого-либо народа (правом отечественным). В качестве необходимого материала должны быть привлекаемы определения права других государств. ...Цивилизованным народам нашего времени не суждена замкнутая жизнь... Вся задача, при пользовании чужеземным материалом, заключается в том, чтобы не дать ему того значения, которого он не имеет, — он должен служить средством для ознакомления с опытом других народов и запасом готовых знаний, но не предметом слепого подражания. Проповедовать исключительно национальную замкнутость значит отрицать всю новейшую историю и ставить на место реальной действительности свою собственную, произвольную утопию»<sup>1</sup>.

Слова эти не утратили справедливости до сего дня и, более того, звучат как нельзя актуально. Современный мир, те вызовы, с которыми он столкнулся, требуют объединения усилий государств в борьбе с преступными проявлениями. Усилия эти могут быть объединены лишь при условии знания иных уголовно-правовых систем и уважения к ним. Это позволит избежать не только правовых конфликтов, но и ненужных и опасных заимствований из зарубежного опыта.

За сравнительным уголовным правом будущее и в наших силах приблизить его.

<sup>1</sup> *Сергеевский Н.Д.* Русское уголовное право. Пособие к лекциям. Часть Общая. Издание седьмое. СПб., 1908. С. 2—3.

## БИБЛИОГРАФИЯ

1. A Draft Criminal Code for Scotland with Commentary / Prepared by Eric Clive, Pamela Ferguson, Christopher Gane, and Alexander McCall Smith. Edinburgh, 2003. ix p., 205 p.
2. *Al-Muhhairi B.S.B.A.* Islamisation and Modernisation within the UAE Penal Law: Shari'a in the Pre-modern Period // Arab Law Quarterly. 1995. Vol. 10, № 4. P. 287—309.
3. *Al-Muhhairi B.S.B.A.* Islamisation and Modernisation within the UAE Penal Law: Shari'a in the Modern Era // Arab Law Quarterly. 1996. Vol. 11, № 1. P. 34—49.
4. *Al-Muhhairi B.S.B.A.* The Islamisation of Laws in the UAE: The Case of the Penal Code // Arab Law Quarterly. 1996. Vol. 11, № 4. P. 350—371.
5. *Anderson J.N.D.* Modern Trends in Islam: Legal Reform and Modernisation in the Middle East // The International and Comparative Law Quarterly. 1971. Vol. 20, № 1. P. 1—21.
6. Annual Report 2002/03: The Thirty-seventh Annual Report of the Law Commission / Law Com. No. 280. London, 2003. v p., 60 p.
7. *Ashworth A.* Criminal Attempts and the Role of Resulting Harm Under the Code, and in the Common Law // Rutgers Law Journal. 1988. Vol. 19, № 3. P. 725—772.
8. *Ashworth A.* Is the Criminal Law a Lost Cause? // The Law Quarterly Review. 2000. Vol. 116, № 2. P. 225—256.
9. *Ashworth A.* Principles of Criminal Law. 4<sup>th</sup> ed. Oxford, 2003. xxv [i] p., 512 p.
10. *Badr G.M.* Islamic Law: Its Relation to Other Legal Systems // The American Journal of Comparative Law. 1978. Vol. 26, № 2. P. 187—198.
11. *Blackstone W.* Commentaries on the Laws of England: In Four Books / First Edition. Volume IV: Of Public Wrongs. Oxford, 1769. 436 p., vii p., [38] p.
12. *Burrows R.* Criminal Law and Procedure // The Law Quarterly Review. 1935. Vol. 51, № 201. P. 36—57.
13. *Cherry R.R.* Lectures on the Growth of Criminal Law in Ancient Communities. London, 1890. xi [i] p., 123 p.
14. Codifying the Criminal Law / Expert Group on the Codification of the Criminal Law. Dublin, 2004. viii p., 132 p.
15. *Coke E.* The First Part of the Institutes of the Laws of England; Or, A Commentary Upon Littleton. Not the Name of the Author Only, but of the Law Itself. 13th ed. Also, Three Learned Tracts of the Same Author... London, 1775. 395 p., [64] + [1] p. [pag. var.].
16. *Coke E.* The Second Part of the Institutes of the Laws of England. Containing the Exposition of Many Ancient and Other Statutes. London, 1797. [16] p., 746 p., [49] p.
17. *Coke E.* The Third Part of the Institutes of the Laws of England; Concerning High Treason, and Other Pleas of the Crown. And Criminal Causes. London, 1809. 243 [i.e. 287] p., [21] p. [pag. var.].
18. *Conde F.M.* An International Criminal Law for Enemies? // International Conference on Sino-Canadian Criminal Theories / Law School of Shandong University. Jinan, 2006. P. 71?80.
19. *Cooper T.M.* Comment, The Common and the Civil Law — A Scot's View // Harvard Law Review. 1950. Vol. 63, № 3. P. 468—475.
20. Criminal Law: A Criminal Code for England and Wales. Volume 1. Report and Draft Criminal Code Bill / Law Com. No. 177. London, 1989. v [i] p., 174 p.
21. Criminal Law: A Criminal Code for England and Wales. Volume 2. Commentary on Draft Criminal Code Bill / Law Com. No. 177. London, 1989. vi p., 104 p. [pag. var.].
22. Criminal Law: Codification of the Criminal Law. A report to the Law Commission / Law Com. No. 143. London, 1985. vi p., 246 p.
23. *Cross R., Harris J.W.* Precedent in English Law. 4th ed. Oxford, 2004. viii [ii] p., 246 p.
24. *Dennis I.* The Codification of English Criminal Law // Justice and Comparative Law: Anglo-Soviet Perspectives on Criminal Law, Evidence, and Sentencing Policy / Edited by W.E. Butler. Dordrecht, 1987. P. 44—53.
25. *Donnedieu de Vabres H.* Traité de droit criminel et de législation comparée. 3<sup>e</sup> éd. Paris, 1947. xvii [i] p., 1059 p.
26. *Durston G.* Crime and Justice in Early Modern England: 1500—1750. Chichester, 2004. ix [i] p., 912 p.

27. *Esmein A.* Cours Commentaire d'histoire du droit français. Onzieme edition. 1er Fascicule. Paris, 1912. xii [ii] p., 902 p.
28. *Farmer L.* «The Principle of the Codification We Recommend Has Never Yet Been Understood» // *Law and History Review*. 2000. Vol. 18, № 2. P. 441—443.
29. *Farmer L.* Reconstructing the English Codification Debate: The Criminal Law Commissioners, 1833—45 // *Law and History Review*. 2000. Vol. 18, № 2. P. 397—425.
30. *Finnane M.* 'Payback', Customary Law and Criminal Law in Colonised Australia // *International Journal of the Sociology of Law*. 2001. Vol. 29, № 4. P. 293—310.
31. *Fletcher G.P.* Dogmas of the Model Penal Code // *Buffalo Criminal Law Review*. 1998. Vol. 2, № 1. P. 3—24.
32. *Fletcher G.P.* Two Kinds of Legal Rules: A Comparative Study of Burden-of-Persuasion in Criminal Cases // *The Yale Law Journal*. 1968. Vol. 77, № 5. P. 880—935.
33. *Foster M.* A Report of Some Proceedings on Commission of Oyer and Terminer and Goal Delivery for the Trial of the Rebels in the Year 1746 in the County of Surry, and of other Crown Cases; To Which Are Added Discourses upon a Few Branches of the Crown Law. Oxford: Printed at the Clarendon Press; sold by M. Withers and T. Osborne; London, 1762. [4] p., viii p., [4] p., 412 [20] p.
34. *Gardiner G., Curtis-Raleigh N.* The Judicial Attitude to Penal Reform // *The Law Quarterly Review*. 1949. Vol. 65, № 258. P. 196—219.
35. *Gibb A.D.* The Inter-relation of the Legal Systems of Scotland and England // *The Law Quarterly Review*. 1937. Vol. 53, № 209. P. 61—79.
36. *Glasson E.* Histoire du droit et des institutions de la France. Tome troisieme. Paris, 1889.
37. *Gordon W.M.* Roman Law in Scotland // *The Civil Law Tradition in Scotland* / Edited by Robin Evans-Jones. Edinburgh, 1995. P. 13—40.
38. *Green A.S.* The Centralization of Norman Justice under Henry II // *Select Essays in Anglo-American Legal History*. In Three Volumes. Vol. I. General Surveys. Boston, 1907. P. 111—138.
39. *Hale M.* Historia Placitorum Coronae = The History of the Pleas of the Crown / Now First Pub. from His Lordship's Original Manuscript, and

the Several References to the Records Examined by the Originals, with Large Notes; by Sollom Emllyn. Volume I. London, 1736.

40. *Hall J.* Culture, Comparative Law and Jurisprudence // *Hall J. Studies in Jurisprudence and Criminal Theory*. N.Y., 1958. P. 103—118.
41. *Hall J.* Science and Reform in Criminal Law // *Hall J. Studies in Jurisprudence and Criminal Theory*. N.Y., 1958. P. 235—252.
42. *Hanbury H.G.* Blackstone in Retrospect // *The Law Quarterly Review*. 1950. Vol. 66, № 263. P. 318—347.
43. *Hawkins W.* A Treatise of the Pleas of the Crown: Or a System of the Principal Matters relating to that Subject, digested under their proper Heads. The Second Edition corrected, with the Addition of Some References. In Two Books. Book I. London, 1724—1726. [14], 266, [42], [4], 464, [76] p.
44. *Hill E.* Comparative and Historical Study of Modern Middle Eastern Law // *The American Journal of Comparative Law*. 1978. Vol. 26, № 2. P. 279—304.
45. *Holdsworth W.S.* Sir Matthew Hale // *The Law Quarterly Review*. 1923. Vol. 39, № 156. P. 402—426.
46. *Holmes, Jr., O.W.* The Common Law / With a New Introduction by Sheldon M. Novick. N.Y., 1991. xxxvi p., 422 p.
47. *Holmes, Jr., O.W.* The Path of the Law // *Boston University Law Review*. 1998. Vol. 78, № 3. P. 699—715.
48. *Jones T.H.* Towards a Good and Complete Criminal Code for Scotland // *The Modern Law Review*. 2005. Vol. 68, № 3. P. 448—463.
49. *Jones T.H.* Note, The Scottish Law of Murder // *The Law Quarterly Review*. 1989. Vol. 105, № 4. P. 516—520.
50. *Jousse M.* Traité de la justice criminelle de France. Tome premier. Paris, 1771. 18 p., lxxi p., 837 p.
51. *Jousse M.* Traité de la justice criminelle de France. Tome quatrieme. Paris, 1771. 792 p.
52. *Jousse M.* Traité de la justice criminelle de France. Tome troisieme. Paris, 1771. 843 p.
53. *Kadish S.H.* The Model Penal Code's Historical Antecedents // *Rutgers Law Journal*. 1988. Vol. 19, № 3. P. 521—538.
54. *Kelina S.G.* Problems of Codifying Soviet Criminal Legislation // *Justice and Comparative Law: Anglo-Soviet Perspectives on Criminal Law*,

Evidence, and Sentencing Policy / Edited by W.E. Butler. Dordrecht, 1987. P. 55—63.

55. *Kim C., Lawson C.M.* The Law of the Subtle Mind: The Traditional Japanese Conception of Law // The International and Comparative Law Quarterly. 1979. Vol. 28, № 3. P. 491—513.

56. *Kourides P.N.* Traditionalism and Modernism in Islamic Law: a Review // Columbia Journal of Transnational Law. 1972. Vol. 11, № 3. P. 491—506.

57. *Le Quesne G.* An Abortive Penal Code // Jersey Law Review. 2002. Vol. 6, № 3.

58. *Lippman M., McConville S., Yerushalmi M.* Islamic Criminal Law and Procedure: An Introduction / Foreword by M. Cherif Bassiouni. N.Y.; Westport (Conn.); London, 1988.

59. *Lobban M.* How Benthamic Was the Criminal Law Commission? // Law and History Review. 2000. Vol. 18, № 2. P. 427—432.

60. *MacKinnon F.D.* Sir Edward Coke // The Law Quarterly Review. 1935. Vol. 51, № 202. P. 289—298.

61. *Mayer A.E.* Law and Religion in the Muslim Middle East // The American Journal of Comparative Law. 1987. Vol. 35, № 1. P. 127—184.

62. *Mittermaier.* De l'état actuel de la législation pénale en Allemagne // Revue de législation et de jurisprudence. Deuxième série. Tome quatrième. 1841. P. 5—30.

63. *Nsereko D.D.N.* Witchcraft as a Criminal Defence, From Uganda to Canada and Back // Manitoba Law Journal. 1996. Vol. 24, № 1. P. 38—59.

64. *Ortolan J.-L.-E.* Cours de législation pénale comparée. Introduction historique. Histoire du droit criminel en Europe depuis le XVIII<sup>e</sup> siècle... Analyses du cours de 1839—1840. Paris, 1841. vii p., 295 p.

65. *Ortolan J.-L.-E.* Cours de législation pénale comparée. Introduction philosophique, méthode, et sommaire du cours de 1838. Paris, 1839. viii p., 235 p.

66. *Ortolan.* Cours de législation pénale comparée // Revue de législation et de jurisprudence. Tome huitième. 1838. P. 64—74.

67. *Ortolan.* Sources de notre ancien droit pénal // Revue de législation et de jurisprudence. Nouvelle collection. Tome premier. 1848. P. 21—52, 161—199.

68. *Ostien Ph.* Islamic Criminal Law: What It Means in Zamfara and Niger States // Journal of Public and Private Law. 2000. Vol. 4, № 1. P. 1—18.

69. *Pike L.O.* A History of Crime in England. Illustrating the Changes of the Laws in the Progress of Civilisation. Written from the Public Records and Other Contemporary Evidence. Vol. I: From the Roman Invasion to the Accession of Henry VII. London, 1873. xxx p., 539 [1] p.

70. *Plucknett T.F.T.* A Concise History of the Common Law. 5<sup>th</sup> ed. Boston, 1956. xxvi p., 746 p., 56 p.

71. *Plucknett T.F.T.* Edward I and Criminal Law: The Wiles Lectures Given at the Queen's University, Belfast, 1958. Cambridge, 1960. vii [i] p., 104 p.

72. *Pollock F.* English Law before the Norman Conquest // Select Essays in Anglo-American Legal History. In Three Volumes. Vol. I. General Surveys. Boston, 1907. P. 88—108.

73. *Pollock F., Maitland F.W.* The History of English Law Before the Time of Edward I. 2<sup>nd</sup> ed. Vol. II. Cambridge, 1898. xv p., 692 p.

74. *Pollock F., Maitland F.W.* The History of English Law Before the Time of Edward I. 2<sup>nd</sup> ed. Vol. I. Cambridge, 1898. xxxviii [ii] p., 688 p.

75. *Pound R.* The Development of American Law and Its Deviation from English Law // The Law Quarterly Review. 1951. Vol. 67, № 265. P. 49—66.

76. *Pradel J.* Droit pénal comparé 2<sup>e</sup> éd. Paris, 2002. 803 p.

77. *Pradel J.* Droit pénal comparé Paris, 1995. viii p., 719 p.

78. *Pradel J.* Droit pénal. 11<sup>e</sup> éd. Tome 1. Introduction générale. Droit pénal général. Paris, 1996. 872 p.

79. *Radbruch G.L.* Jurisprudence in the Criminal Law // Journal of Comparative Legislation and International Law. 3rd Series. 1936. Vol. 18, № 4. P. 212—225.

80. *Radzinowicz L.* Present Trends of English Criminal Policy. An Attempt at Interpretation // The Modern Approach to Criminal Law / Collected Essays by D. Scabornie Davies, R.M. Jackson, C.S. Kenny, &c.; Preface by P.H. Winfield. London, 1945. P. 27—38.

81. *Rahami M.* Development of Criminal Punishment in the Iranian Post Revolutionary Penal Code // European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice. 2005. Vol. 13, № 4. P. 585—602.

82. *Recueil général des anciennes lois françaises, depuis l'an 420, jusqu'à la révolution de 1789 / par Isambert, Decrusy, Taillandier. Tome XVIII. Aout 1661—31 décembre 1671. Paris, 1829. 442 p.*
83. *Rossi P. Traité de droit pénal. Tome I. Paris, 1863. 332 p.*
84. *Rossi P. Traité de droit pénal. Tome II. Paris, 1863. 428 p.*
85. *Schacht J. Foreign Elements in Ancient Islamic Law // Journal of Comparative Legislation and International Law. 1950. Vol. XXXII, № 3 & 4. P. 9—17.*
86. *Schmitthoff M. The Science of Comparative Law // The Cambridge Law Journal. 1939. Vol. 7, № 1. P. 94—110.*
87. *Shiels R.S. A Draft Criminal Code for Scotland // The Journal of Criminal Law. 2004. Vol. 68, № 1. P. 50—53.*
88. *Stephen J.F. A History of the Criminal Law of England. In Three Volumes. Vol. I. London, 1883. xv [iii] p., 576 p.*
89. *Stephen J.F. A History of the Criminal Law of England. In Three Volumes. Vol. II. London, 1883. vi [iv] p., 497 p.*
90. *Stephen J.F. A History of the Criminal Law of England. In Three Volumes. Vol. III. London, 1883. vi [ii] p., 592 p.*
91. *Thompson G.J. The Development of the Anglo-American Judicial System. Part I // Cornell Law Quarterly. 1931. Vol. 17, № 1. P. 9—42.*
92. *von Bar C.L. A History of Continental Criminal Law / Translated by Thomas S. Bell and others; With an Editorial Preface by John H. Wigmore. Boston, 1916. lvi p., 561 p.*
93. *von Liszt F. La législation pénale comparée. Berlin, 1894. xxvi p., 706 p.*
94. *White Paper: Justice for All / Criminal Justice System. Cm. 5563. London, 2002. 181 p.*
95. *Williams G.L. Homicide and the Supernatural // The Law Quarterly Review. 1949. Vol. 65, № 260. P. 491—503.*
96. *Winfield P.H. The Chief Sources of English Legal History. Cambridge (Mass.), 1925. xviii p., 374 p.*
97. *Yuh-hai W. Three Social Models in a Comparative Study of Criminal Law: China as a «Power Society», America as a «Law Society», Japan as a «Culture Society» // Hitotsubashi Journal of Law and Politics. 1995. Vol. 23, № 1. P. 71—81.*
98. *Алексеев С.С. Теория права. М., 1994. 224 с.*

99. *Аль Халаса Аураф. Понятие преступления по уголовному праву Иордании: Дис. ... канд. юрид. наук / Рос. ун-т дружбы народов. М., 2003. 158 с.*
100. *Апарова Т.В. Основные исторические тенденции английского прецедентного права // Ученые записки Всесоюзного юридического заочного института. Вып. XVII, ч. III. М., 1968. С. 126—173.*
101. *Апарова Т.В. Прецедент в английском праве (историко-юридическое исследование): Дис. ... канд. юрид. наук / Всесоюз. юрид. заоч. ин-т. М., 1968. [2], 364 + 16 с.*
102. *Артемов В.Ю. Основные черты мусульманского уголовного права: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / МГУ им. М.В. Ломоносова. Юрид. фак. М., 1998. 25 с.*
103. *Ахметшин Н.Х. История уголовного права КНР. М., 2005. 343 [1] с.*
104. *Ахметшин Х.М., Ахметшин Н.Х., Петухов А.А. Современное уголовное законодательство КНР. Уголовный кодекс КНР. М., 2000. 428 [2] с.*
105. *Беккариа Ч. О преступлениях и наказаниях / Пер., биограф. очерк М.М. Исаева. М., 1939. 463 с.*
106. *Бентам И. Основные начала уголовного кодекса // Избранные сочинения Иеремии Бентама / Пер. с англ. и франц. А.Н. Пыпина и А.Н. Неведомского; С предисл. Ю.Г. Жуковского. Т. 1. СПб., 1867. С. 471—678.*
107. *Берман Г.Дж. Западная традиция права: эпоха формирования / Пер. с англ. 2-е изд. М., 1998. 624 с.*
108. *Бернам У. Правовая система США / Науч. ред. В.А. Власихин. 3-й вып. М., 2006. 1216 с.*
109. *Блакстон. Истолкования Аглинских законов. Переведенные по Всевысочайшему Повелению Великой Законодательницы Всероссийской. С подлинника Аглинского. Книга I. М., 1780. [12], 374 [1] с.*
110. *Богородский С.О. Очерк истории уголовного законодательства в Европе с начала XVIII-го века. Т. I. Киев, 1862. xvi с., 655 с.*
111. *Ван ден Берг Л.В.С. Основные начала мусульманского права согласно учению имамов Абу Ханифы и Шафии / Пер. с гол.; Предисл. Л.Р. Сюкияйнена. М., 2006. 240 с.*



112. *Ведерникова О.Н.* Современные уголовно-правовые системы: типы, модели, характеристика // Государство и право. 2004. № 1. С. 68—76.
113. *Ведерникова О.Н.* Теория и практика борьбы с преступностью в Великобритании. М., 2001. 344 с.
114. *Власов И.С., Гуценко К.Ф., Решетников Ф.М., Штромас А.Ю.* Уголовное право зарубежных государств. Вып. 2: Понятие преступления и вина. М., 1972. 207 с.
115. *Головко Л.В.* Альтернативы уголовному преследованию в современном праве. СПб., 2002. 542 с.
116. *Головко Л.В.* Рец. на: Ж. Прадель. Сравнительное уголовное право. Париж, 1995. 733 с. // Государство и право. 1996. № 6. с. 158—160.
117. *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Основные правовые системы современности: Пер. с фр. В.А. Туманова. М., 1996. 400 с.
118. *Дженкс Э.* Английское право. (Источники права. Судостроительство. Судопроизводство. Уголовное право. Гражданское право.) / Пер. Л.А. Лунц; предисл. М.М. Исаева, Л.А. Лунц. М., 1947. 378 с.
119. *Есаков Г.А.* Mens rea в уголовном праве США: историко-правовое исследование. СПб., 2003. 553 с.
120. *Есаков Г.А.* Кодификация уголовного права Англии (к 160-летию первого проекта уголовного кодекса) // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке / Материалы международной научно-практической конференции. 29—30 января 2004 г. М., 2004. С. 495—502.
121. *Есаков Г.А.* Наказуемость тяжкого убийства и ее влияние на систему преступлений против жизни по уголовному праву Англии // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке / Материалы 2-й международной научно-практической конференции, 27—28 января 2005 г. М., 2005. С. 326—329.
122. *Есаков Г.А.* Смертная казнь за тяжкое убийство в странах семьи общего права: от принципа талиона к принципам справедливости и индивидуализации ответственности // Lex Russica (Научные труды Московской государственной юридической академии). 2004. № 2. С. 555—568.

123. *Есаков Г.А.* Суеверия и уголовное право (на примере преступлений против жизни в странах семьи общего права) // Lex Russica (Научные труды Московской государственной юридической академии). 2004. № 4. С. 1056—1072.
124. *Жалинский А.* Немецкая уголовно-правовая наука на смене тысячелетий (сборник статей, изданных профессорами Альбином Эзером, Винфридом Хассемером, Бернардом Бурхардтом) // Уголовное право. 2002. № 4. С. 136—139.
125. *Жалинский А., Рерихт А.* Введение в немецкое право. М., 2001. 767 с.
126. *Жалинский А.Э.* Современное немецкое уголовное право. М., 2004. 560 с.
127. *Захарова М.В.* Правовой обычай (общетеоретические основы) / Под ред. Т.Н. Радько. М., 2006.
128. *Имамов Э.З.* Уголовное право Китайской Народной Республики: теоретические вопросы Общей части. М., 1990. 239 с.
129. *Кабрияк Р.* Кодификации / Пер. с фр. Л.В. Головко. М., 2007. 476 с.
130. *Кибальник А.* Преступление и наказание в доктрине мусульманского уголовного права // Уголовное право. 2007. № 1. С. 25—29.
131. *Ковалевский М.* От прямого народовластия к представительному и от патриархальной монархии к парламентаризму. Рост государства и его отражение в истории политических учений. Т. I. М., 1906. viii с., 520 с.
132. *Козочкин И.Д.* 35-летие со дня принятия Примерного уголовного кодекса США // Юрист. 1998. № 3. С. 51—55.
133. *Козочкин И.Д.* Уголовное право США: успехи и проблемы реформирования. СПб., 2007. 478 с.
134. *Коран.* Перевод смыслов и комментарии Иман Валерии Пороховой. 7-е изд. М., 2003. 800 с.
135. *Криминология* / Пер. с англ.; Под ред. Дж.Ф. Шели. СПб., 2003. 864 с.
136. *Крылова Н.Е., Серебренникова А.В.* Уголовное право зарубежных стран (Англии, США, Франции, Германии): Учеб. пос. Изд. 2-е, перераб. и доп. М., 1998. 208 с.

137. *Лихачев В.А.* Из истории уголовного права государств Африки // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 1970. № 4. С. 69—75.
138. *Лясс Н.В.* Проблемы вины и уголовной ответственности в современных буржуазных теориях. Л., 1977. 125 [1] с.
139. *Маколей Т.Б.* Англия и Европа. Избранные эссе / Пер. с англ. Д.В. Соловьева. СПб., 2001. 502 с.
140. *Малиновский А.А.* Сравнительное уголовное право: понятие и основные задачи // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке / Материалы 4-й международной научно-практической конференции, 25—26 января 2007 г. М., 2007. с. 30—33.
141. *Малиновский А.А.* Сравнительное правоведение в сфере уголовного права. М., 2002. 376 с.
142. Малова О.В. Правовой обычай как источник права основных правовых систем современности. Иркутск, 2006.
143. *Марченко М.Н.* Курс сравнительного правоведения. М., 2002. 1068 с.
144. *Муромцев Г.И.* Мусульманское право и правовые системы государств Африки, избравших некапиталистический путь развития // Известия высших учебных заведений. Правоведение. 1968. № 3. С. 135—138.
145. *Наумов А.В.* Российское уголовное право. Курс лекций. В двух томах. Т. 1. Общая часть. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2004. 496 с.
146. *Никифоров Б.С.* Учение о виновности в английском уголовном праве: Дис. ... канд. юрид. наук / Институт права Академии наук СССР. М., 1945. 732 с.
147. *Петрушевский Д.М.* Очерки из истории средневекового общества и государства. М., 2003. 512 с.
148. Примерный уголовный кодекс (США). Официальный проект Института американского права / Пер. с англ. А.С. Никифорова; под ред. и с предисл. Б.С. Никифорова. М., 1969. 304 с.
149. *Пти-Дютайи Ш.* Феодалная монархия во Франции и в Англии X—XIII веков / Пер. с франц. С.П. Моравского. СПб., 2001. 448 с.
150. *Романов А.К.* Правовая система Англии: Учеб. пос. 2-е изд., испр. М., 2002. 600 с.

151. *Саидов А.Х.* Сравнительное правоведение (основные правовые системы современности): Учебник / Под ред. В.А. Туманова. М., 2000. 448 с.
152. *Сахих аль-Бухари.* Мухтасар. Полный вариант / Пер. с араб., примеч. и указ. В.А. Нирша. М., 2003. 959 [1] с.
153. *Сергеевский Н.Д.* Русское уголовное право. Пособие к лекциям. Часть Общая. Издание седьмое. СПб., 1908. viii с., 385 с.
154. *Соловьев В.* Магомет. Его жизнь и религиозное учение // Будда. Конфуций. Магомет. Франциск Ассизский. Савонарола: Биограф. очерки. М., 1995. С. 133—210.
155. *Стифен Дж.Ф.* Уголовное право Англии в кратком очертании / Перевод и предисловие В. Спасовича. СПб., 1865. xii с., 596 с.
156. *Сюкияйнен Л.Р.* Шариат и мусульманско-правовая культура. М., 1997. 46 с.
157. *Таганцев Н.С.* Русское уголовное право. Т. 1. Тула, 2001. 800 с.
158. *Тер-Акопов А.* Законодательство Моисея: источники и применение // Российская юстиция. 2003. № 10. С. 39—43.
159. *Тер-Акопов А.* Законодательство Моисея: общая характеристика // Российская юстиция. 2003. № 9. С. 40—42.
160. *Тер-Акопов А.* Законодательство Моисея: уголовно-правовая характеристика // Российская юстиция. 2003. № 11. С. 39—42.
161. *Торнау Н.* Изложение начал мусульманского законовещения. СПб., 1850. 652 с. [разд. паг.]
162. Трикоз Е.Н. Обычное уголовное право аборигенов Австралии (теоретические проблемы исследования) // Право и политика. 2000. № 4. С. 115—119.
163. *Трикоз Е.Н.* Формирование системы источников уголовного права Австралии в XIX — начале XX вв. // Журнал российского права. 2003. № 7. С. 159—170.
164. *Трикоз Е.Н.* Эволюция системы источников и основных институтов уголовного права Австралии в XIX—XX вв.: Автореф. дис. ... канд. юрид. наук / Моск. гос. унив. им. М.В. Ломоносова. М., 2002. 26 с.
165. Уголовное право зарубежных государств. Общая часть: Учеб. пос. / Под ред. и с предисл. И.Д. Козочкина. М., 2003. 576 с.

166. Уголовное право зарубежных государств. Особенная часть: Учеб. пос. / Под ред. и с предисл. И.Д. Козочкина. М., 2004. 528 с.
167. Уголовные установления Тан с разъяснениями (Тан люй шу и). Цзюани 1—8 / Введ., пер. с кит. и коммент. В.М. Рыбакова. СПб., 1999. 384 с.
168. *Фельдштейн Г.С.* Главные течения в истории науки уголовного права в России / Под ред. и с предисл. В.А. Томсинова. М., 2003. 542 с.
169. *Флетчер Дж., Наумов А.В.* Основные концепции современного уголовного права. М., 1998. 512 с.
170. Французский уголовный кодекс 1810 года. С изменениями и дополнениями по 1 июня 1940 г. / Пер. Н.С. Лапшиной; под ред. и со вступ. ст. М.М. Исаева. М., 1947. 372 с.
171. *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права / Пер. с нем. В 2-х тт. Том I: Основы. М., 2000. 480 с.
172. *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права / Пер. с нем. В 2-х тт. Том II. М., 1998. 512 с.
173. *Чупрова Е.В.* Ответственность за экономические преступления по уголовному праву Англии. М., 2007. xvii [i] с., 185 [1] с.
174. *Шелдон Г.У.* Политическая философия Томаса Джефферсона / Пер. с англ. З.В. Кагановой; вступ. ст. и общ. ред. Н.Е. Покровского. М., 1996. 255 с.
175. *Элон М.* Еврейское право / Под общ. ред. И.Ю. Козлихина; пер. с иврита А. Белова (Элинсона), М. Китросской. СПб., 2002. 611 с.

## ОГЛАВЛЕНИЕ

### Глава I. ТИПОЛОГИЯ УГОЛОВНО-ПРАВОВЫХ СИСТЕМ СОВРЕМЕННОГО МИРА

- § 1. Сравнительное правоведение как отрасль правовых знаний. Понятия «правовой системы» и «правовой семьи» как исходных категорий сравнительного правоведения . . . . . 3
- § 2. Типология правовых систем современного мира: основные концепции . . . . . 16
- § 3. Типология уголовно-правовых систем современного мира . . 20

### Глава II. ИСТОРИЧЕСКОЕ РАЗВИТИЕ И ОТЛИЧИТЕЛЬНЫЕ ЧЕРТЫ УГОЛОВНО-ПРАВОВЫХ СЕМЕЙ

- § 1. Семья общего права . . . . . 29
- § 1.1. Возникновение, историческое развитие и типологические особенности семьи общего права . . . . . 29
- § 1.2. Распространение семьи общего права в мире . . . . . 50
- § 2. Семья континентального права . . . . . 69
- § 2.1. Возникновение, историческое развитие и типологические особенности семьи континентального права . . . . . 69
- § 2.2. Распространение семьи континентального права в мире . . . . . 84
- § 3. Семья религиозного права (мусульманское право) . . . . . 88
- § 3.1. Общая характеристика мусульманского права. Возникновение, историческое развитие и типологические особенности мусульманского уголовного права . . . . . 89
- § 3.2. Распространение мусульманского уголовного права в мире . . . . . 107
- § 4. Семья общинного права . . . . . 118
- § 5. Семья обычного права . . . . . 127
- Заключение . . . . . 135
- Библиография . . . . . 136



