

*М.М. БАБАЕВ,
Ю.Е. ПУДОВОЧКИН*

Провокативная роль уголовного закона

В статье исследуется феномен провокативного использования уголовного права; определяются основание провокации, ее виды и механизм, оцениваются социальные последствия провокации, намечаются ориентиры минимизации использования провокативных возможностей уголовного права.

Ключевые слова: уголовное право, негативные последствия реализации уголовного права, криминостимуляция, провокация, общественные противоречия, законотворчество, судебная система.

The article is devoted to the phenomena of provocative appliance of criminal law; the ground of the provocation is defined, as well as its types and mechanism; social consequences of provocation are assessed and guidelines for minimization of appliance of criminal law's provocative opportunities are proposed.

Keywords: criminal law, negative consequences of realization of criminal law, stimulation of criminality, provocation, social contradictions, law-making process, judicial system.

Сегодня можно обоснованно предположить, что именно уголовное право стало первым ответом цивилизации на весьма специфический спектр общественных потребностей, связанных с обеспечением личной и коллективной безопасности, поддержанием порядка и охраной наиболее значимых социальных ценностей. Такое изначальное предназначение постепенно формировало содержательную область уголовного права, его объем, основные средства и конструкции, связи с иными правовыми и, в целом, социальными инструментами. Итогом долгой социальной эволюции отрасли стали кристаллизация, официальное признание и, в ряде случаев, нормативное закрепление ее правовых функций и социальных ролей.

В настоящее время легально признаны в России охранительная и предупредительная функции уголовного права, нашедшие свое отражение в ч. 1 ст. 2 УК РФ. Наряду с ними, как известно, в отечественной науке признаются и иные социальные функции отрасли: ценностно-ориентационная, юридико-регулятивная, социально-интегративная, системно-правовая, поддержания и укрепления престижа государственной власти [Злобин, 1979, с. 76–77].

Не ставя задачи полноценно включаться в обсуждение проблемы в целом (см. [Смирнов, 1965; Разгильдиев, 1993; Филимонов, 2003]), хотелось бы сосредоточиться на аспекте социального действия уголовного права, который до сегодняшнего дня, как представляется, не был подвергнут комплексному, системному исследованию.

Бабаев Михаил Матвеевич – доктор юридических наук, профессор, заслуженный деятель науки РФ, главный научный сотрудник Всероссийского научно-исследовательского института МВД РФ.

Пудовочкин Юрий Евгеньевич – доктор юридических наук, профессор, заведующий кафедрой уголовного права Российской академии правосудия.

Речь идет о том, что наряду с имманентными функциями, в реальной действительности присутствуют и проявляют себя такие эффекты использования уголовного права, которые должны быть признаны, по меньшей мере, нежелательными, а по сути опасными и входящими в противоречие с его подлинным предназначением. Равно как у преступности, наряду с комплексом негативных социальных последствий, можно обнаружить вполне отчетливые “позитивные” функции (см. [Бабаев, 1982; Пудовочкин, 2006]), так и уголовное право, будучи средством противодействия преступности, обладает некоторыми свойствами и характеристиками, которые могут либо латентно присутствовать в механизме функционирования отрасли, либо сознательно или неосознанно активироваться явными или “темными силами” в целях, далеко отстоящих от защиты прав граждан и обеспечения безопасности.

Исследование этих нетрадиционных характеристик отрасли составляет, на наш взгляд, необходимый и важный элемент социологического и политологического познания уголовного права, результаты которого должны, как минимум, приниматься во внимание при проектировании и реализации любых решений в области уголовно-правового противодействия преступности, а как максимум, служить методологической основой вдумчивого, ответственного экспертирования и прогностического моделирования.

Заметим, что в российской науке уже обращалось внимание на некоторые негативные стороны социального функционирования отрасли уголовного права. Среди них:

- доказана способность уголовного законодателя “создавать преступления” в процессе криминализации, иногда искусственно наделяя статусом преступных действия, не обладающие высоким уровнем общественной опасности [Основания... 1982, с. 220–224; Шестаков, 2006, с. 146–147];

- признаны и в достаточно полной мере осознаны негативные социальные последствия уголовного наказания как обоюдоострого меча без рукоятки, нанося которым раны преступнику, государство и само несет более или менее значительные траты [Таганцев, 1902, с. 947];

- обоснована способность уголовного права служить средством социальной дезинтеграции, разделения общества на “своих” (законопослушных) и “чужих” (преступников) [Резник, 1981, с. 60];

- аргументированы последствия неоправданно широкого использования уголовного права, такие как укрепление авторитаризма власти, блокирование развития гражданского общества, усиление позиций правоохранительной власти, деформация целей социального развития и иные [Жалинский, 2009, с. 197].

Эти проявления отрасли, несмотря на весь связанный с ними негатив, вероятно, следует признать объективными и неизбежными издержками ее функционирования. Они выражают обратную сторону социально полезных функций уголовного права, составляя с ними закономерное диалектическое единство. В силу таковой его природы должны учитываться как необходимость вечного стремления к минимизации этих проявлений, так и принципиальная невозможность их окончательного, полного устранения. Общество, вынужденное мириться с такими издержками и сознательно их принимающее в качестве необходимой платы за порядок и безопасность, хорошо ли, плохо ли, справляется с ними и уже выработало определенные принципы, барьеры и механизмы, которые охраняют и само уголовное право, и использующий его социум от правовой “неэффективности” и “банкротства” (назовем в их ряду принципы и правила криминализации общественно опасных деяний, системы альтернативных наказаний и социальной реабилитации осужденных и пр.). Возможно, в силу этого обозначенные аспекты действия уголовного права считаются чем-то само собой разумеющимися.

Однако стоит заметить, что в современных условиях отрицательные последствия социального функционирования уголовного права приобретают новое и не вполне привычное звучание. Проблема состоит в том, что сегодня к понятным и почти традиционным издержкам все чаще присоединяются такие негативные проявления отрасли, которые, будучи продиктованными в большей степени субъективными факторами,

недальновидностью, непрофессионализмом уголовно-правовых и уголовно-политических акторов, должны восприниматься как сознательное использование инструментов уголовного права вопреки его социальному предназначению и исторической роли¹. К таким субъективно детерминированным дефектам функционирования уголовного права следует отнести конструирование, активацию и использование его криминостимулирующих и провокативных свойств.

Хотелось бы сразу отметить одно принципиально важное обстоятельство: стимуляция и провокация, будучи внешними проявлениями функционирования уголовного права, не могут и не должны рассматриваться в качестве его объективных и неизбежных социальных или тем более правовых функций. Соответствующий эффект свойствен далеко не всем образующим область уголовного права законам и действиям и не составляет неотъемлемой, внутренне присущей отрасли характеристики. Он чаще всего привносится в сферу уголовного права извне и уже в силу этого для него чуждый, инородный. Это обстоятельство крайне важно не только для оценки провокативных и стимуляционных возможностей уголовного права, но и для осознания того, что соответствующие эффекты при желании вполне реально могут быть минимизированы и даже полностью устранены.

Под криминостимулированием в самом общем виде следует понимать сознательно или неосознанно заложенный правотворцем в уголовный закон дефект, благодаря которому создаются условия для совершения преступлений либо интенсификации преступной деятельности. Стимулирование может активировать реально протекающие криминогенные процессы, которые лежат (подчас латентно, подспудно) за пределами собственно уголовного права – в области экономических, политических, социальных и иных отношений и которые развиваются самостоятельно вне зависимости от содержания уголовного закона и результатов его применения. Уголовный закон в данном случае способен лишь подключаться к механизму детерминации преступления в качестве одного из внешних факторов.

При этом важно отметить, что стимулирующие возможности уголовного закона могут иметь различное значение в механизме криминогенной детерминации в зависимости от того, насколько они осознаются лицом, совершающим преступное деяние. Очевидно, что в ситуации, когда потенциальный преступник понимает криминостимулирующие возможности, заложенные в норме Уголовного кодекса, и сознательно ими руководствуется, использует пробелы и “играет” на недостатках закона, сам закон превращается в реальный и относительно самостоятельный фактор детерминации преступления (причем такое возможно и при совершении высокоинтеллектуальных преступлений, когда виновный едва ли не с логорифмометром просчитывает значение каждого криминогенного и антикриминогенного фактора, и при многократном, “профессиональном” совершении любых иных деяний, когда виновный, учитывая опыт и ошибки прошлой преступной деятельности, анализирует предоставляемые уголовным законом возможности).

Иную оценку закон получает в случае, когда заложенные в нем криминостимулирующие возможности не осознаются и не используются лицами, совершающими преступные деяния. Здесь криминостимулирование остается на уровне скрытого дефекта нормативного акта, доступного восприятию вдумчивого профессионала, – дефекта, который, хотя и не участвует непосредственно в детерминации преступления, тем не менее существенно искажает социальное предназначение уголовного закона, снижает его эффективность, ослабляет профилактические возможности, что в конечном итоге выступает относительно самостоятельным, объективным фактором стимулирования

¹ В данном случае, говоря об уголовном праве, мы сознательно не разделяем известные понятия “закон”, “применение закона”, “право”, поскольку исследуемые деформации есть результирующая искажений на всех этих уровнях. Но сознавая тонкости и нюансы этих составляющих сферы уголовного права, в дальнейшем изложении, по необходимости, мы будем акцентировать внимание на обсуждаемых возможностях закона, с одной стороны, и его применения – с другой, с тем, чтобы более точно и рельефно продемонстрировать механизм стимуляции и провокации.

преступной деятельности. Как бы то ни было, вне зависимости от того, кем осознаются и с какой целью используются криминостимулирующие возможности уголовного закона, они представляют собой значимый дефект, требующий устранения.

Современный Уголовный кодекс РФ пестрит примерами нормативной стимуляции преступлений. Они стали особенно заметны после многочисленных несистемных и неумелых трансформаций закона, направленных на усиление борьбы со взяточничеством и педофилией. Сегодня, к примеру, уголовный закон на удивление сконструирован таким образом, что оставляет за рамками преступных деяний посредничество во взяточничестве в незначительном размере (ч. 1 ст. 291¹ УК РФ); угрожает за обещание посредничества во взяточничестве (ч. 5 ст. 291¹ УК РФ) более высокой санкцией, нежели за реализованное посредничество (ч. 1 ст. 291¹ УК РФ); выводит из сферы преступных деяний нетрадиционные сексуальные контакты с малолетними девочками, устанавливая наказание только за половое сношение с ними (ст. 134 УК РФ), и т.д.

Это – примеры, которые “лежат на поверхности” и на которые научная общественность уже не раз обращала внимание законодателя. При желании специалисты могут найти и иные образцы криминальной стимуляции. Нам же в данном случае гораздо важнее показать, что это множество законодательных ошибок грозит перейти уже в некоторое новое качество закона, при котором уголовное право, фактически перерождаясь, начинает выполнять не свойственную ему роль стимулирования и попустительства преступлениям.

Конечно, наличие примеров стимулирования преступной деятельности уголовным законом можно списать на недостаточное качество законопроектной и в целом законотворческой деятельности, на обезнаучивание процессов подготовки и принятия законов, на отсутствие в стране взвешенной и цельной концепции развития уголовного законодательства и уголовной политики. Однако все это не снимает вопроса о том, что реальное функционирование “стимулирующих” уголовно-правовых норм с необходимостью порождает соответствующую социальную роль уголовного права.

Хочется верить, что создатели закона не рассчитывали сознательно на активацию этой роли, что она – побочный продукт некачественного нормотворчества и будет исчезать по мере нормализации законодательного процесса в сфере уголовного права. Надежным барьером на пути проникновения криминостимулирующих норм в уголовное право при этом должно стать планомерное и полное соблюдение разработанных доктриной принципов и правил криминализации и пенализации общественно опасных деяний.

Негативную социальную значимость криминостимулирующих аспектов уголовного права нельзя недооценивать, хотя, в целом, их негативный эффект, выраженный в реальных преступлениях, по своим возможностям и масштабам относительно ограничен. Гораздо более масштабно, а потому и более опасно *провокативное* использование уголовного права, анализу которого и посвящена по преимуществу настоящая статья.

Сама постановка вопроса о связи уголовного права и провокации нетрадиционна для отечественной науки и в целом может рассматриваться в качестве новаторской. Как правило, уголовно-правовая доктрина сталкивается с феноменом провокации в связи с необходимостью правовой оценки незаконных оперативно-розыскных экспериментов и иных мероприятий, проводимых сотрудниками правоохранительных органов в целях выявления преступлений (см. [Говорухина, 2002; Радачинский, 2011]). Это уже хорошо известный и в целом разработанный предмет исследования. В нашем же случае речь идет о принципиально ином, а именно о том, что легальная уголовно-правовая оценка того или иного действия сама может выступать в качестве провокации.

Под провокацией в таком ее значении следует понимать способность уголовного права вызывать к жизни некоторые массовые или относительно массовые социальные явления и процессы, которые, не будучи в обязательном порядке уголовно-противоправными, являются в то же время нежелательными и реально либо потенциально общественно опасными. По своим признакам и свойствам провокация весьма близка рассмотренной выше криминостимулирующей роли уголовного права. Вместе с тем

она обладает некоторыми значимыми особенностями, которые наглядно проявляются в сравнении провокации и стимуляции:

- стимуляция обуславливает совершение того или иного конкретного преступления (то есть деяния, оцениваемого законом более или менее однозначно), тогда как провокация может иметь своим итогом не только преступные, но и любые иные деяния (совершаемые, как правило, во множестве), уголовно-правовая, общественно-политическая и нравственная оценка которых может быть затруднена или невозможна (социальные волнения, протестные движения, конъюнктурные изменения законодательства и пр.);

- стимуляция обращена к тому или иному отдельному человеку или группе лиц, провокация же не имеет заданного числа адресатов, она обращена к обществу в целом, к составляющим его большим социальным группам, как правило, придерживающимся различных, чаще всего противоположных, взглядов на провокационное уголовно-правовое решение и (или) его объект;

- стимулирующий фактор, не будучи сам по себе обязательным, включается в общую цепь детерминирующих явлений и событий и замыкает ее, лишь увеличивая вероятность совершения преступления; фактор провокации, напротив, – необходимая и исходная точка в проявлении негативных социальных процессов, определенная часть которых обладает и криминогенными свойствами.

И еще, пожалуй, самое главное в провокации. В отличие от стимуляции, которая включается во вполне определенные процессы со вполне определенными целями, провокация обладает важным свойством “неопределенности”. Она активизирует скрытые, не явные, “дремлющие” процессы в обществе с целями, истинное содержание которых либо известно крайне узкому кругу лиц (сознательных провокаторов – политтехнологов), либо неизвестно вовсе, непредсказуемо. Провокация немыслима без наличия этих “скрытых”, “дремлющих” процессов. Внутренние источники массовых социальных реакций – мотивированные различными установками общественные противоречия и противостояние, социальное брожение, хотя бы на уровне невинных ощущений и эмоций, должны существовать и фактически в той или иной мере существуют в обществе в качестве необходимого “материала” для провокации. В одних случаях, играя на них, сознательно обостряя и используя, в других – помимо воли самих акторов, провокация переводит эти процессы из латентного состояния (состояния сна) в состояние осязаемое, реальное, фиксируемое (явь). Эти социальные реакции как ответ на провокации могут быть и адекватными характеру вызова, и неожиданными, “асимметричными”. При этом параметры новой реальности самими провокаторами не всегда осознаются в полной мере. Более того, спровоцированное состояние – не всегда их финальная цель, оно чаще всего выступает в качестве необходимого, но промежуточного условия для принятия каких-то решений или мер.

Можно сказать, что *провокация трансформирует социальное пространство из состояния латентной неопределенности в состояние неопределенности явственной*. В этом нельзя не видеть позитивных моментов. Как любая провокативная проба в области медицины позволяет выявить болезнь, так и провокационное использование уголовного права способно рельефно обозначить социальные проблемы и противоречия. Но проблема в том, что риски и ставки в социальной провокации несоизмеримо более высоки, а общественная реакция на провокацию может стать настолько интенсивной и разрушительной, что позитивная значимость провокации будет сведена на нет.

Учитывая обозначенные особенности провокации, явные примеры ее воплощения на практике отыскать достаточно сложно. Тем не менее список их может быть весьма внушительным: от далекого “дела Дрейфуса” (Франция, 1894) до современных громких дел о “кариатурах на пророка Мухаммеда” (Дания, 2005) и “ношении хиджаба” (Бельгия, Франция, 2011) и др.

Отголоски последних дел, в частности, имели место и в России. В феврале 2006 г. волгоградская газета “Городские вести” опубликовала статью, сопровождаемую рисунком с изображением пророков. Будучи прекрасно осведомленными о возможных

последствиях, авторы статьи, сознательно воспроизводящей провокационный повод, безусловно, рассчитывали на скандальный эффект, желали его. Однако эта провокация не состоялась, а сама газета была быстро закрыта, поскольку раскручивание скандала и нагнетание обстановки было невыгодно неким мощным политическим или иным силам, которые мгновенно купировали ситуацию, не дав ей развернуться.

Этот пример наглядно демонстрирует важное обстоятельство: механизм провокации для того, чтобы быть запущенным, требует и предпосылок в виде некоего скрытого социального противостояния, и желания обнажить эти противоречия, использовать их в определенных целях.

Пожалуй, образцом такого механизма, примером откровенно провокативного использования уголовного права можно назвать одно из наиболее громких уголовных дел современной России – дело о хулиганстве трех молодых девушек в храме Христа Спасителя (“дело Pussy Riot”, 2012). Приговор суда по этому делу, который так и не смог в полной мере убедить значительную часть не только российской общественности в наличии признаков состава преступления в поведении девушек, вызвал крайне бурную общественную реакцию, обретшей характер едва ли не вселенского скандала, продемонстрировавшего наличие раскола в и без того далеко не монолитном российском обществе.

Не станем углубляться в тонкости юридической квалификации содеянного и в детальное обсуждение далеко не идеального приговора². Представляется, что моральное осуждение этого поступка, его неприятие – общая точка любых правовых и общественно-политических дискуссий на тему “Pussy Riot”. Постараемся использовать это дело лишь как повод, фон и иллюстрацию к тому, чтобы вскрыть и проанализировать отменные выше провокативные возможности уголовного права.

Механизм выполнения им провокативной роли относительно прост и понятен. В общих чертах он включает два обязательных взаимодействующих компонента (в принципе, как и механизм любого иного социального действия отрасли): закон и его реализацию. Наличие законов – отправная точка в развитии провокации, а потому их качественной характеристике стоит уделить особое внимание. С точки зрения наличия или отсутствия в законах провокативных предписаний, последние могут быть классифицированы на две группы: содержащие и не содержащие исследуемый дефект.

Уголовный закон, объективно обладающий провокативным действием, может вызывать общественную реакцию самим фактом своего принятия и существования (например, закон о запрете хиджабов в общественных местах). Однако вероятность этого относительно невелика. Чтобы такой закон запустил провокативную реакцию, требуется крайнее обострение ситуации в обществе. Если развитие провокации понимать как результирующую двух слагаемых – “закона” и “социального фона”, то очевидно, что их соотношение обратно пропорционально: чем острее и отчетливее социальные противоречия, тем меньший вклад закона может оказаться достаточным.

Однако такие ситуации нельзя считать распространенными. По общему правилу до тех пор, пока закон не применяется или не используется в конкретной ситуации, провокация (даже если она посредством коррупционных и лоббистских механизмов сознательно или каким бы то ни было иным образом неосознанно заложена в законе) – лишь свидетельство низкого качества нормативного акта. В данном случае она остается в скрытом, латентном виде, а потому не вызывает большой тревоги. Нереализованный дефект закона таит в себе только потенциальную опасность его неправового применения или использования, опасность, которая в российских условиях минимизируется необязательным или выборочным применением закона. Как бы это ни парадоксально звучало, дефекты реализации законов служат здесь одним из средств минимизации дефектов самих законов. В итоге – “дремлющий” провокативный эффект закона и “дремлющие” в обществе социальные противоречия сосуществуют, не пересекаясь,

² Ряд юристов уже высказали о нем свое мнение (см., например, [Лунеев; Есаков, Богуш]). Адвокатское сообщество публично выступило в поддержку Pussy Riot (<http://www.novayagazeta.ru/news/58750.html>).

сохраняя свои провокативные возможности лишь в качестве потенции. Гораздо опаснее ситуация, когда дефектный закон реально воплощается в жизнь. Здесь провокация может проявиться в полной мере.

Однако важно заметить, что в провокативных целях может быть использован закон, который вовсе не обязательно содержит в себе соответствующие или какие-либо иные дефекты вообще. К примеру, примененный в “деле Pussi Riot” закон об уголовной ответственности за хулиганство сам по себе не провокативен. Он содержит иные дефекты: обилие оценочных признаков, недопустимую “совокупность мотивов” в составе преступления и др.³ Но допущенные при криминализации хулиганства ошибки не связаны напрямую с провокацией социально неодобряемого или опасного поведения. В рассматриваемом деле эти дефекты послужили лишь “материалом”, воспользовавшись которым, правоприменитель спровоцировал невиданную общественную реакцию на “преступление”.

В провокативных целях может использоваться и закон, который вовсе лишен дефектов (назовем его “правовой закон”). К примеру, уголовные законы об ответственности за неуплату налогов, мошенничество или легализацию имущества, добытого преступным путем, примененные в “деле М. Ходорковского” (2005, 2010), уголовные законы об ответственности за государственную измену или оборот наркотических средств, которые были применены в ряде “дел ученых”⁴, и др. Сами по себе эти законы не могут оцениваться как дефектные, неправовые. Однако их воплощение в конкретном случае спровоцировало мощную реакцию, серьезно повысив градус социального напряжения и уровень недоверия к судебной и правоохранительной системе.

Таким образом, наличие провокативного закона служит возможной, но далеко не обязательной предпосылкой провокации. Как общественно опасный феномен провокация связана не столько с уголовным законом, его текстом, сколько по преимуществу с реальным применением и использованием уголовно-правовых норм (как дефектных, так и вполне правовых). Вне реализации закона его провокативные возможности остаются по большей части показателем низкого качества нормативного акта. В то время как именно реализация закона запускает механизм провокации, активирует его.

Различия в механизме провокативного действия уголовных законов, содержащих и не содержащих провокативные нормативные предписания, представляются важными с точки зрения участия в провокации органов правоприменения (прежде всего, суда). Так, провокативный закон, содержащий источник негативных событий (более того, он может включать стимуляционные и иные дефектные нормы, усиливающие его провокативный эффект), вызывает провокацию, входя в прямое и непосредственное соприкосновение с напряженной социальной действительностью, минуя этап правоприменения. В этом случае правоприменительные органы, с одной стороны, не могут гарантировать общество от провокации и ее последствий, хотя бы потому, что не участвуют формально в принятии провокативного закона. Но с другой стороны, в подобной ситуации правоприменитель, и прежде всего суд, может выступить в качестве своеобразной “подушки безопасности”, не применяя или блокируя применение провокативного закона.

Иное дело – провокативные возможности правового закона. Таковой по определению не может содержать в себе источник негативных общественных последствий. А потому необходимым условием провокации в данном случае выступает дефектная

³ Полагаем, законодатель допустил весьма грубую ошибку, когда, реформируя состав “хулиганство” в июле 2007 г., предусмотрел в нем в качестве одного из обязательных признаков одновременное наличие двух мотивов – собственно хулиганского и так называемого экстремистского. Это обстоятельство не раз подвергалось справедливой критике в литературе, что избавляет от необходимости специального анализа проблемы (см. об этом, например, [Кибальник, Соломонович, 2008, с. 21–23; Есина, 2011, с. 9]).

⁴ Приведем для примера два уголовных дела. Во-первых, дело Сутягина, который в 2004 г. был признан виновным в государственной измене (ст. 275 УК РФ), затем объявлен Amnesty International политическим заключенным, помилован в 2010 г. и обменен на граждан РФ, арестованных в США по обвинению в шпионской деятельности. И второе – дело Зелениной, которой в связи с ее экспертным заключением было предъявлено обвинение в пособничестве в покушении на контрабанду наркотических средств.

правоприменительная, и прежде всего судебная, система, которая является одновременно и инфраструктурной предпосылкой, и внешним источником провокации, приносящим в сферу уголовного права опасные элементы.

Различное соотношение роли закона и правоприменения в провокативном механизме действия уголовного права, их различный “удельный вес” и сила заставляют обратить особое внимание на содержание субъективных намерений “provokatorov”. Их поведение может быть либо сознательным (специально рассчитанным на то, чтобы вызвать определенные события или процессы), либо неосознанным. В первом случае имеет место откровенное манипулирование уголовным правом, продиктованное политическим заказом, экономической конъюнктурой или иными причинами, мало совместимыми с самой идеей права. Это – измена праву (а порой и государству) или неправоовое использование закона. Во втором случае ангажированность лиц, создающих или применяющих закон, менее заметна, а потому “provokatorov по неосторожности” гораздо сложнее выявить, их истинные цели и намерения понять крайне трудно, равно как установить меру ответственности. Здесь провокация успешно маскируется под правоприменительные ошибки, дефектное нормотворчество и прочие объективные издержки правовой системы.

Но и в том и в другом случае провокацию можно выявить и распознать по реакции общества на то или иное уголовно-правовое решение. Сознательно провокативное и неосознанно провокативное использование уголовного права может происходить в различающихся по степени остроты и выраженности условиях противостояния социальных групп, в связи с чем, в зависимости от общественной реакции, провокация может быть удавшейся либо неудавшейся. Под удавшейся в данном случае нами понимается провокация, всколыхнувшая общественное мнение, вне зависимости от того, к каким результатам реально привело противостояние социальных групп. Главный результат провокации заключается в ней самой, в самом факте публичного столкновения полярных общественных сил и настроений. При этом, исходя из масштабов столкновения и реакции, провокативное использование уголовного права может иметь локальные, региональные, национальные или международные последствия.

Исходя из изложенных представлений о содержании субъективных намерений provokatorov и последствий провокативного использования уголовного права, в целях теоретического анализа возможно выделить:

- сознательную удавшуюся провокацию (пожалуй, наиболее ярко она проявилась в “деле Дрейфуса”, где и само дело, и последующие “подогревающие” акции были сознательно инспирированы и привели к острой общественной реакции);

- сознательную неудавшуюся провокацию (здесь нельзя не вспомнить известную акцию участников эпатажной группы “Война” в Государственном биологическом музее имени К.А. Тимирязева в 2008 г., которая, заслуживая уголовно-правовой оценки, например по ст. 242 УК РФ, тем не менее ее не получила, но отсутствие официальной реакции властей не всколыхнуло общественное мнение, не подняло его на защиту общественной нравственности);

- неосознанную удавшуюся провокацию (полагаем, что именно к этому разряду провокаций следует отнести приговор по “делу Pussy Riot”);

- неосознанную неудавшуюся провокацию (эта разновидность деяний по сути своей гораздо ближе к банальным образцам неправильного применения закона и судебным ошибкам). В ординарных случаях такие ошибки корректируются существующим механизмом обжалования и пересмотра судебных решений. Однако не исключено, что они могут сознательно использоваться в качестве информационного повода для нагнетания общественной истерии. Попытку подобного использования уголовного права можно было наблюдать, в частности, в ситуации с “делом Р. Мирзаева”.

“Дело Pussy Riot”, как было отмечено, – пример неосознанной, но вполне удавшейся, причем в глобальных масштабах, провокации, связанной с реализацией относительно нейтральной уголовно-правовой нормы. Существует мнение, что вся шумиха вокруг акции в храме была инспирирована ее организаторами, тогда как государство поддалось

на грандиозную политическую провокацию и, устроив “длительный и муторный судебный процесс”, превратило своими “неумелыми и неуклюжими” действиями хулиганов в настоящих “мучениц режима” (см. [Андрюхин]). С такой интерпретацией событий сложно согласиться. Уверены, что акция в храме не была сознательно направлена ее организаторами и исполнителями на достижение того социального эффекта, который она произвела. Очевидно, не только просчитать, но и просто представить масштаб последствий минутного “выступления” никому не известных девиц, предвидеть это и “запустить проект” – на такое не способен даже самый гениальный провокатор.

Провокаторы не присутствовали здесь изначально, они “вошли в дело”, когда угроза жестокого наказания виновных уже всколыхнула общество, разделила его. Именно судебный процесс и приговор стали своего рода “спусковым механизмом”, который вовлек в обсуждение ситуации силы, изначально равнодушные. Убеждены, что дурной во всех отношениях поступок мог быть полностью и даже незаметно для большинства общества купирован адекватной реакцией на него в пределах и по правилам правового поля. Но он был непомерно гиперболизирован до масштабов посягательства на устои государства, основы православной веры и самой Божественной власти, посягательства, способного реально разрушить эти основы и устои, перечеркнуть уважение к Церкви в глазах народа и уважение ко всем православным верующим. Реакция государства и Церкви на кошунственный акт приобрела черты и свойства провокации, причем провокация гораздо более значимой и откровенной, нежели сам кошунственный акт. Провокация таилась не в самом выступлении, а в уголовно-правовой реакции официальных властей на него, породившей реальное и достаточно глубокое противостояние в обществе. Остается только гадать, сознательно или неосознанно власть допустила провокацию в обсуждаемом деле, а также о том, кто еще в ней участвовал и какие цели преследовал.

Механизм провокации, запущенный неумелыми составителями закона или субъектами его применения, начинает жить своей жизнью и развивается по своим правилам, суть которых состоит в самовоспроизводстве и самоподдержке последствий. Разделив общество в оценке действий участниц “панк-молебна” и его официальной квалификации, провокаторы в “деле Pussy Riot” достигли главной цели любой провокации – запустили провокационный механизм. Противостояние достигло таких масштабов, в которых разумная, сбалансированная оценка свершившегося становится невозможной. Каждая из сторон неминуемо допускает перегибы, которые лишь подогревают конфликт и ведут к дальнейшей его эскалации.

Так, нельзя не признать, что весьма гневная реакция Церкви и верующих на безнравственную выходку девушек в храме – результат сомнительных социокультурных и этических норм, обычаев и традиций, поведенческих стандартов, сформировавшихся в условиях царской, советской и постсоветской России. К сожалению, Церковь в данном случае не поднялась над этими нравами, не осталась целиком в лоне истинной религиозной культуры и библейской нравственности. В этой истории действиями и призывами деятелей Церкви руководили не постулаты религии и заповеди Бога, а совсем другие, очевидно далеко не всегда благородные интересы и цели, а религиозная риторика служила для них лишь красивым прикрытием. Использовать же покров религии для прикрытия интересов и целей, далеких от ее подлинных ценностей, это, на наш взгляд, кошунство несоизмеримо более серьезное, чем богомерзкий поступок кошунниц.

Итогом стали крупные репутационные потери для самой Церкви и ее “вклад” в обострение противостояния в обществе. Между тем не секрет, что Русская православная церковь (РПЦ) сегодня и без того не может претендовать на авторитет общенародного миротворца. Так, один из выводов, который содержится в докладе Центра стратегических разработок по итогам исследования, проведенного осенью 2012 г., состоит в следующем: согласно прожективным психологическим тестам, в отношении к РПЦ российское общество раскололось на две неравные антагонистические группы –

с ярко выраженным позитивным (большинство) и с остро негативным (значимое меньшинство) отношением к Церкви (“Новая газета”, 26 октября 2012 г.).

Но другая сторона также не удержалась от переключений. Из ничем не привлекательных особ сделали героинь и мучениц, стали восхвалять крайне сомнительное с искусствоведческой и культурологической точек зрения музыкальное “искусство” группы, *провокативно* включать их в почетные рейтинги, выдвигать на награждение и награждать премиями, дискредитируя при этом и рейтинги, и премии, и пр.

На этом фоне совершенно предсказуемо повело себя государство, предложив в качестве средства разрешения и предотвращения подобных конфликтов очередную новеллу в Уголовный кодекс – статью об ответственности за оскорбление религиозных убеждений и чувств граждан с санкцией до трех лет лишения свободы и осквернение мест проведения богослужений с санкцией до пяти лет лишения свободы⁵. Предложение весьма сомнительное с правовой точки зрения. Но главное, оно также “подливает масла в огонь”, дает новый стимул и импульс для дальнейшего противостояния, относящегося уже к существу содержания законопроекта и к перспективе для множества порядочных и честных граждан оказаться на скамье подсудимых, если закон будет принят. При этом государство поступает откровенно вразрез со своими предшествующими заявлениями и действиями. Оно либо косвенно признает недостаточность для всех иных случаев, аналогичных “делу Pussy Riot”, нормы об ответственности за хулиганство и тем самым вопреки громким заявлениям о гуманизации уголовной политики демонстрирует обществу необходимость ужесточения репрессии в отношении “богохульников”, либо в противоречие с официальной позицией суда признает несоответствие действий, которые были совершены в храме Христа Спасителя, составу “хулиганство”.

В течение некоторого времени почти все информационные каналы так или иначе касались моральной оценки “панк-молебна”. При этом вопрос о собственно юридической квалификации действий группы девушек отходил на второй план, уступая место рассуждениям о Церкви, ее роли и значении в истории России и современной жизни, об отношениях между Церковью и государством, о свободе совести, клерикализации государства и огосударствлении Церкви.

В связи с “делом Pussy Riot” всему миру был продемонстрирован внутренний, идейный раскол российского общества. Те, кто поддерживают приговор суда, официальную позицию государства и Церкви, убеждены в истинности и непогрешимости собственных патриотических чувств и настроений, защищая страну от чужеродного, прежде всего западного, влияния и нравственного разложения. Столь же твердо убеждены в незаконности приговора, отсутствии независимого суда, сращивании Церкви и государства, жестком наступлении на свободу совести и права человека те, кто в обсуждаемом приговоре видят символ регрессивного движения страны и упадка демократических институтов.

В этой связи нельзя не отметить, что время для провокации и последующего за ним брожения в обществе оказалось весьма удачным. Получилось что-то вроде опе-

⁵ Законопроект № 142303-6 “О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации в целях противодействия оскорблению религиозных убеждений и чувств граждан, осквернению объектов и предметов религиозного почитания (паломничества), мест религиозных обрядов и церемоний” внесен в Думу 26 сентября 2012 г. и размещен на официальном сайте Государственной думы (<http://www.duma.gov.ru/systems/law/>).

Показательно и не требует специальных комментариев аргументация необходимости принятия такого закона в Пояснительной записке к нему: а) в российском законодательстве таких статей нет; б) “большинство зарубежных стран” (даже без именованных таковых) уже использует аналогичные нормы; в) соответствующие посяательства “являются общественно опасными, поскольку нарушают традиционные и религиозные нормы, выработанные обществом на протяжении многих веков, его нравственные устои, противоречат морали, влекут тяжкие последствия и носят яркую антисоциальную направленность”. Справочно заметим, что близкий по духу Законопроект № 98010469-2 “О внесении дополнения в Уголовный Кодекс Российской Федерации (по вопросу установления уголовной ответственности за оскорбление религиозных чувств граждан)” уже вносился в Думу в 1998 г., но в 2002 г. был снят с рассмотрения в связи с отзывом субъектом законодательной инициативы.

рации прикрытия. Протестные акции “оппозиции”, несоизмеримо более масштабные и резкие по форме и характеру призывов, массовые акции спортивных болельщиков, коррупционные скандалы не получили такого же внутрироссийского общественного отклика или же просто ушли в “тень”.

“Дело Pussy Riot” оказалось удачной и удавшейся провокацией, поскольку правоприменитель, сам того не ожидая, активировал глубинное недовольство определенной части российского общества той религиозной политикой, которую проводит государство, и в большей степени деятельностью РПЦ, сегодня все активнее и настойчивее вторгающейся в регулирование и оценку отношений, свободных от церковного контроля на протяжении практически всего XX столетия.

Изложенное наглядно демонстрирует механизм провокативного действия уголовного права. Его обобщенная схема может быть представлена следующим образом: вслед за сомнительным инцидентом применяется уголовный закон (как самый “понятный” населению, простой и радикальный), затем следуют информационное и иное “раздувание” ситуации, искусственное нагнетание обстановки, поляризация позиций и противостояние интересов. Следующий за этим поиск путей разрешения конфликта и предупреждения подобных проблем сопровождается появлением таких средств, которые сами по себе также обладают мощным провокативным эффектом (законопроект об оскорблении веры, проповеди священнослужителей с оправданием насильственной обороны церквей и др.). Как следствие – дальнейшее противостояние сторон и интересов, углубление конфликта, выход его на новый уровень, предполагающий обсуждение, а следовательно – противостояние уже не отдельных лиц по отдельному, частному вопросу, а целых групп людей и общественных слоев по достаточно широкому спектру проблем, составляющих едва ли не самостоятельное направление внутренней политики государства.

Не станем углубляться в анализ потенциально возможного и часто желаемого использования такой ситуации для принятия радикальных политических и (или) правовых решений. Обратим внимание лишь на то обстоятельство, что провокативное использование уголовного права, манипулирование уголовным законом и общественным сознанием посредством использования уголовного закона извращает сущность уголовного права как средства минимизации, сдерживания и разрешения социального конфликта, порождает в обществе неприятие, отторжение уголовного закона и охраняемых им ценностей, ведет к неминемому падению авторитета судебной власти и государства в целом. Социальные и правовые последствия этих процессов сложно прогнозировать, но достаточно легко себе представить.

Опасность такого обращения с уголовным правом, на наш взгляд, не требует специальных доказательств. В связи с чем требуется твердое осознание возможного наличия провокации каждый раз, когда принимается то или иное уголовно-правовое решение. Такое осознание должно присутствовать у всех акторов уголовного права: у законодателя, принимающего решения о криминализации общественно опасных деяний (сегодня, к сожалению, все чаще в отсутствие четких прогностических оценок действия уголовно-правовой нормы); у работников следственных органов, обязанных прогнозировать перспективы разбирательства уголовного дела в суде; и самое главное – у суда, который в современных условиях зачастую становится главной и последней инстанцией в оценке реальной общественной опасности криминализированных законодателем и выявленных следствием деяний.

При этом надо понимать, что оценка сути и последствий провокативного использования уголовного права, равно как и иных нежелательных последствий функционирования отрасли, требует особого типа правового мышления и правовой культуры, при которых право принципиально несводимо к уголовному закону (тексту), но воспринимается как подлинное бытие правовых норм, как реальные отношения, основанные на идеях свободы, гуманизма, справедливости, утвержденные и защищенные силой закона и государства. Мы, скорее всего, будем обязаны обосновать и разработать механизм предупреждения провокативной реализации уголовного закона, учитывая при

этом истоки провокации и специфику используемых при этом норм. Не претендуя на полноту анализа, отметим: такой механизм должен будет с необходимостью включать в себя два компонента.

Предупреждение провокации на уровне конструирования закона. Это направление требует не только тщательной проработки текста разрабатываемых и принимаемых уголовно-правовых актов, их обоснования и ставших почти традиционными правовой и антикоррупционной экспертизы. Здесь необходимы, кроме того, глубокие социальные, политические, экономические, социально-психологические и криминологические исследования прогностического свойства. Субъект законотворчества и общество в целом должны знать не только то, почему необходим тот или иной уголовный закон, но и то, к чему приведет принятие и реальное применение этого закона в той или иной правовой ситуации. Все это ставит в разряд первоочередных и актуальных задач развитие такого относительно самостоятельного направления, как уголовно-правовое прогнозирование или уголовно-правовая футурология⁶.

Предупреждение провокации на уровне правоприменения. Это направление предъявляет особые требования прежде всего к суду. Он должен быть политически независимый, социально ответственный, принципиально отличающийся от органа, применяющего уголовный закон как инструкцию, способный вписать свои правоприменительные решения в широкий социальный контекст. Здесь нельзя не отметить позитивного движения государства, которое последовательно реализует комплексные программы развития судебной системы⁷. Однако очевидно, что только этого недостаточно. Требуются не только инфраструктурные реформы судебной системы, процессуальная и материальная поддержка ее независимости. Необходимо серьезное и даже кардинальное изменение принципов правового мышления и правосознания, причем не только у правоприменителей, но и у граждан страны в целом. Вспомним слова булгаковского профессора Преображенского: “разруха не в клозетах, а в головах”. Вероятно, именно с “головы” и надо начинать большую и сложную работу по оптимизации системы правоприменения и законодательства с тем, чтобы минимизировать риски социально вредного и опасного использования инструментов и возможностей уголовного права.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

- Аванесов Г.А. Теория и методология криминологического прогнозирования. М., 1972.
- Андрюхин В. Кто стоит за скандальной акцией группы “Пусси-Райот”? (<http://www.newsland.ru/news/detail/id/1013057/>).
- Бабаев М.М. Социальные последствия преступности. М., 1982.
- Васин Ю.Г. Криминологическое и уголовно-правовое прогнозирование законодательной деятельности в сфере борьбы с организованной преступностью: методологические и методические проблемы. Автореф. дисс. к.ю.н. М., 1999.
- Говорухина Е.В. Понятие и правовые последствия провокации в уголовном праве. Автореф. дисс. к.ю.н. Ростов-на-Д., 2002.
- Есаков Г.А., Богуш Г.И. Открытое письмо по скандальному процессу (<http://crimpravo.ru/blog/news/1917.html>).
- Есина Л.А. Квалификация хулиганства и иных преступлений, совершенных из хулиганских побуждений (уголовно-правовые и криминологические аспекты). Автореф. дисс. к.ю.н. Челябинск, 2011.
- Жалинский А.Э. Уголовное право в ожидании перемен: теоретико-инструментальный анализ. М., 2009.
- Злобин Г.А. О необходимости концептуального подхода к совершенствованию уголовного законодательства // Конституция СССР и дальнейшее укрепление законности и правопорядка. М., 1979.

⁶ Полагаем, что существующих в этой области исследований (см., например, [Аванесов, 1972; Клейменов, 1991; Новичков, 1997; 1998; Васин, 1999]) сегодня явно недостаточно.

⁷ Из последних см.: Распоряжение Правительства РФ от 20 сентября 2012 № 1735-р «Об утверждении Концепции федеральной целевой программы “Развитие судебной системы России на 2013–2020 годы”» // Собрание законодательства РФ. 2012. № 40. Ст. 5474.

- Кибальник А., Соломоненко И.* “Экстремистское” хулиганство – нонсенс уголовного закона // *Законность*. 2008. № 4.
- Клейменов М.П.* Уголовно-правовое прогнозирование. М., 1991.
- Лунеев В.В.* Pussy Riot в России (<http://crimpravo.ru/blog/1975.html>).
- Новичков В.Е.* Введение в уголовно-правовую футурологию. М., 1997.
- Новичков В.Е.* Ответственность, состав и разграничение преступлений в теории квалификации и уголовно-правовой футурологии. М., 1998.
- Основания уголовно-правового запрета: криминализация и декриминализация.* М., 1982.
- Пудовочкин Ю.Е.* Функции преступности и некоторые направления ее предупреждения // Актуальные проблемы борьбы с преступностью в Сибирском регионе. Сборник материалов международной конференции. В 2 ч. Ч. 1. Красноярск, 2006.
- Радачинский С.Н.* Провокация преступления как комплексный институт уголовного права: проблемы теории и практики. Автореф. дисс. д.ю.н. Нижний Новгород, 2011.
- Разгильдиев Б.Т.* Задачи уголовного права Российской Федерации и их реализация. Саратов, 1993.
- Резник Г.М.* Социально-интегрирующая функция уголовного права и стереотипы общественного сознания // Уголовное право в борьбе с преступностью. М., 1981.
- Смирнов В.Г.* Функции советского уголовного права. Предмет, задачи и способы уголовно-правового регулирования. Л., 1965.
- Таганцев Н.С.* Русское уголовное право. Лекции. Часть Общая. Т. 2. СПб., 1902.
- Филимонов В.Д.* Охранительная функция уголовного права. СПб., 2003.
- Шестаков Д.А.* Криминология. Учебник. СПб., 2006.

© М. Бабаев, Ю. Пудовочкин, 2013