

**T.B. Kulikova**

## **DOCTRINAL ASSESSMENT IN CRIMINAL LAW**

**Tatiana Kulikova** – an expert of expert-methodological centre in the field of law at Kutafin Moscow State Law University, Moscow; e-mail: kulikova\_tanya@mail.ru.

*The author not only substantiates the use of legislative sources in order to ensure correct legal definitions but he also gives proof of the application of a legal doctrine, nontraditional for the Romano-Germanic legal system, which might be expressed in doctrinal assessment of social phenomena having legal effect, in assessment of legal phenomena along with legal problems and respective remedial actions.*

*The article deals with defining the concept as well as formation prerequisites, it gives characteristics and describes functions of doctrinal assessments based on criminal cases. The value of the doctrinal assessment concept is shown through the use of a “reasonable person” doctrinal formula, which has been used as an assessment criterion to value the state of a crime committee as well as his or her relation with the crime committed. The analysis of this criterion having not been studied before was based on the use of comparative method.*

*The study of the scope of a “reasonable person” criterion allowed the author to come to the conclusion that the doctrinal assessment might become the basis for both legislative initiatives and law enforcement decisions. Besides it might be used in the course of working out doctrinal ways of interpretation of rules of law.*

**Keywords:** doctrinal assessment; position of law; approach to comprehension; legal awareness; a “reasonable person”; “intelligent bayonet” doctrine.

**Т.Б. Куликова**

## **ДОКТРИНАЛЬНЫЕ ОЦЕНКИ В УГОЛОВНОМ ПРАВЕ**

**Татьяна Борисовна Куликова** – эксперт Экспертно-методического центра в области юриспруденции Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА), г. Москва; e-mail: kulikova\_tanya@mail.ru.

*Автором обосновывается использование для целей правильной правовой квалификации не только законодательных источников, но также и нетрадиционной для романо-германской правовой системы правовой доктрины, которая, в частности, может быть выражена в доктринальной оценке социальных явлений, имеющих правовое значение, правовых явлений, а также правовой проблемы и способов ее решения.*

*Статья посвящена определению концепции, предпосылок формирования, характеристикам и функциям доктринальных оценок, определяемых с использованием уголовно-правовых примеров. Значение концепции доктринальной оценки показано на примере применения доктринальной формулы «среднего благоразумного человека», используемой в качестве критерия оценки состояния и отношения субъекта преступления к совершаемому деянию. Для анализа этого ранее не исследованного критерия был, в частности, использован компаративистский метод.*

*Исследование сферы применения критерия «среднего благоразумного человека» позволило сделать выводы о том, что доктринальная оценка может быть источником для формирования законодательных инициатив, может стать основой для правоприменительных решений, а также может быть использована при выработке доктринальных способов толкования уголовно-правовых норм.*

**Ключевые слова:** доктринальная оценка; правовая позиция; подход к пониманию; правосознание; «средний благоразумный человек»; доктрина «умных штыков».

Понятие оценки в уголовном праве многозначно: уголовно-правовая оценка в ее отождествлении с квалификацией преступления (оценка в правоприменении); оценка деяния как «непреступления»; оценка в процессе криминализации и пенализации; оценка при толковании нормы права и т.д. Доктринальная оценка как ин-

теллектуально-волевой процесс, направленный на оценку содержания норм права и иных связанных с ними правовых явлений, который осуществляется учеными при исследовании теоретических положений и практики их применения, часто является первоосновой для формирования иных видов оценочных суждений.

В праве категория доктринальной оценки находит свое выражение в формировании доктринальной правовой позиции, под которой понимается обусловленный правосознанием подход к уяснению сути социального явления, имеющего правовое значение, и самого правового явления, а также правовой проблемы и способов ее решения. «Подход к пониманию» – это представление о должном и действительном содержании предмета доктринальной позиции, где существенное значение имеют критерии, закладываемые в основу аргументации и мотивировки принятия той или иной позиции. Подход к пониманию отражает также принадлежность позиции конкретному субъекту и указывает на ее вероятностный характер (с другой стороны, как отмечает А.В. Мадьярова, такой «вероятностный вывод» часто приобретает характер “правовой позиции” и начинает отождествляться с нормой» [7. С. 55]).

Предметом доктринальной правовой позиции может выступать, во-первых, социальное явление, имеющее правовое значение. Последнее наиболее характерно для доктринальной позиции (данный термин является более предпочтительным, так как формируемая позиция не является правовой в собственном смысле слова), оно может охватывать не только само право (в его нормативном содержании), правовые проблемы, но и проблемы права, т.е. ситуации «молчания» позитивного права. Правовым явление становится после его урегулирования правом, ситуация же до регулирования является «околоправовой», лишь связанной с правом, но не правовой в собственном смысле слова. Субъект доктринальной позиции, как правило, не выступает ни правотворцем, ни правоприменителем, поэтому его позиция не признается правовой и по этому пара-

метру, но тем не менее она обладает не меньшим значением и может быть поставлена в один ряд с правовыми позициями законодателя и правоприменителя. Например, в последнее время в ряде научных трудов сформировалась тенденция признания необходимости реагирования уголовно-правовыми мерами на ситуации так называемой предшествующей небрежности, которые на данный момент лежат вне рамок правового поля [3].

Во-вторых, доктринальная правовая позиция может быть сформирована по поводу собственно правового явления, например, согласованности положений конкретной нормы с общей системой норм в той или иной отрасли права (так, в доктрине уголовного права встречается множество точек зрения по вопросу о соответствии нормы о небрежной форме вины принципу субъективного вменения). К слову, показателем проблемного характера той или иной нормы будет наличие противоположных точек зрения ученых по такому вопросу. Необходимость формирования правовой позиции может возникать и в ситуациях правовой неопределенности, что, по сути, не имеет проблемного оттенка, а является лишь следствием поливариантности интерпретации юридических фактов и толкования правовых норм, когда правовая позиция формулируется с целью мотивировать применение той или иной правовой нормы к конкретному случаю.

В-третьих, доктринальная позиция может быть сформирована по правовой проблеме и по возможному способу ее решения. Так, признанной правовой проблемой чрезмерной абстрактности нормы является ситуация с таким обстоятельством, исключающим преступность деяния, как обоснованный риск (ее наличие подтверждается практическим отсутствием судебной практики по применению ст. 41 УК РФ. За 2010–2012 гг. не было рассмотрено ни одного подобного рода дела [10. С. 53]). Абстрактные формулировки закона о том, все ли меры предпринял рискующий субъект для предотвращения возможного вреда и способны ли указанные меры предотвратить его наступление,

а также соответствовали ли его действия современному уровню развития техники и технологии, предопределили появление двух подходов к решению указанной правовой проблемы – объективного и субъективного.

Обусловленность доктринальной позиции правосознанием выражается в механизме формирования последней и вытекает из ее объективно-субъективного содержания. Будучи подходом к пониманию обозначенных выше феноменов, носящих безусловно объективный характер, правовая позиция является результатом их индивидуальной интерпретации субъектом. Интерпретацию в самом общем виде можно обозначить как процесс уяснения смысла интерпретируемых явлений. Этот процесс в первую очередь предполагает сопоставление с индивидуальным (коллективным) понятийно-категориальным аппаратом, что для юриспруденции приобретает вид обусловленности индивидуальным (коллективным) правосознанием. В правосознание включаются как приобретенные в процессе обучения и практической правовой деятельности знания, так и то, что в свое время М. Полани называл «неявным знанием», куда можно включить в том числе и здравый смысл, и научную интуицию, которые в «неявной» форме влияют на содержание и характер научных установок ученого, а значит, и на результаты дискуссий, ведущихся в науке [2. С. 80].

Приведенные признаки определяют такое свойство правовой позиции, как изменчивость. Право как социальное явление обнаруживает чрезвычайно мало абсолютных и определенных феноменов, а правовая проблема всегда имеет, как минимум, два способа решения. Применительно к области доктринальных позиций это прежде всего связано с тем, что она является своеобразным проводником уголовно-правовой идеологии, важность которой подчеркивалась неоднократно. Доктринальная правовая позиция несет на себе и аксиологическую нагрузку, заключающуюся в толковании, в частности, исходя из расположения предмета правовой позиции в иерархии правовых и социаль-

ных ценностей.

В контексте рассмотрения категории оценки в праве, ее выражения в доктринальной позиции, следует выделить такую функцию последней, как то, что она может выступать как самостоятельный критерий для принятия решения. Соответствующее определение лежит в плоскости взаимосвязи видов правовых позиций – доктринальной, законодательной и правоприменительной (в число субъектов последней включены органы предварительного расследования при осуществлении ими деятельности по квалификации преступления на указанной стадии и суд при формулировании судебной правовой позиции).

Законодательная и правоприменительная правовые позиции могут иметь в качестве своего основания доктринальную позицию. Они должны являться заимствованием положений, разработанных правовой наукой, в идеале лишенной конъюнктурного интереса, чем, к сожалению, часто пренебрегают на практике. Кроме того, процесс выработки правовой позиции может быть охарактеризован как научно-теоретический, так как субъект формирования является лицом, обладающим специальным образованием и профессиональным правосознанием (с поправкой на добросовестность правоприменителя). Отсутствие или содержательно-неопределенный характер правовой нормы также может служить причиной признания за доктринальными положениями значения первоосновы для решения той или иной социальной и правовой ситуации. Сама по себе юридическая доктрина лишена механизма реализации выраженных в ней положений, но благодаря воплощению в нормативных правовых актах, в том числе в обобщенной судебной практике, она может служить непосредственной базой для разрешения правовых споров [9. С. 4].

В качестве источника формирования права можно рассматривать как уголовно-правовую доктрину концептуального характера, так и доктринальные положения, касающиеся отдельных институтов уголовного права. Общетеоретические идеи,

как правило, предопределяют «дух» уголовного права той или иной эпохи, а учения частного характера диктуют его «букву» (А.А. Малиновский предлагает различать доктрину в широком смысле слова как совокупность уголовно-правовых учений, определяющих основные теоретические подходы к решению вопросов преступности и наказуемости деяний, и доктрину в узком смысле – учение, содержащее основные теоретические положения, касающиеся отдельных институтов и норм уголовного права [8]).

Значение правовой доктрины для правоприменительной практики тот же А.А. Малиновский распределил на четыре группы: 1) доктрина применяется как самостоятельный источник права; 2) доктрина используется как вторичный источник права в дополнение к закону; 3) доктринальные положения учитываются при принятии судебного решения; 4) правоприменителем используются доктринальные правила толкования правовых норм (тем не менее, следует обратить внимание на тот факт, что в обоснование своей классификации А.А. Малиновский приводит в качестве примера положения мусульманского уголовного права, в России же господствует формальный подход, согласно которому «научная теория никогда не считалась источником уголовного права» [6]).

Признавая формальный подход ограниченным и не учитывающим действительные правовые реалии, приведем в качестве примера широко применяемую частную правовую доктрину, известную как «критерий среднего благоразумного человека». Согласно данной доктринальной формуле, оценка состояния и отношения субъекта преступления к совершаемому деянию проводится с точки зрения того, как в ситуации действующего поступил бы «средний благоразумный человек». Такой подход к пониманию относится к категории объективных критериев, применимых к ограниченному кругу правовых ситуаций – отношения и состояния лица, требующих уголовно-правовой оценки, в тех случаях, когда закон оперирует понятиями, в основу которых заложены оценочные моменты (как то, например, должная внимательность и предусмотрительность (ч. 3 ст. 26 УК РФ), длительная психотравмирующая ситуация (ч. 1 ст. 107 УК РФ), неожиданность посягательства для обороняющегося (ч. 2.1 ст. 37 УК РФ) и др.).

Системное исследование предпринял А.В. Федотов в монографии «Фикция "среднего" человека в российском уголовном праве» [11]. В доктрине встречаются отдельные упоминания данного понятия при рассмотрении проблемных аспектов вменения в уголовном праве.

Истоки понятия «среднего благоразумного человека» лежат в законодательстве и судебной практике ряда зарубежных стран. Так, Уголовный кодекс ФРГ в определении небрежной вины (как наиболее наглядный пример использования данного критерия) исходит из положения, что «объективная предвидимость наступления последствий в структуре неосторожности отсутствует, если ход событий (причинение) и наступление последствий таковы, что с ними не следует считаться, поскольку они не охватываются жизненным опытом» [5. С. 244].

Если же обратиться к уголовному праву Англии, то понятие «среднего благоразумного человека» в основном связывается с судебным прецедентом по делу Adomako 1994 г., с учетом специфики источников уголовного права. Здесь сущность грубой неосторожности как вида вины состоит, по удачному выражению Глэнвилла Л. Уильямса, в том, что «его поведение сильно отклонялось от поведения разумного человека». Иными словами, небрежность будет грубой тогда, когда разумный человек в ситуации действующего, с очевидностью и без значительных усилий интеллекта, предвидел бы возможность наступления тех или иных последствий (и, следует добавить, предвидя их, не нарушил бы свою «обязанность осторожности») независимо от того, могло ли виновное лицо в реальности, в силу своих субъективных качеств, быть осведомлено о такой возможности. Это и есть так называемый «объективный стандарт» [4. С. 133].

Встречается этот критерий и в нормах

международного уголовного права (МУП) (основополагающие принципы МУП были разработаны в ходе переговорного процесса, в котором участвовали многие государства с различными правовыми традициями; закрепление того или иного положения на уровне международного договора говорит о согласии с соответствующей практикой большинства стран). Здесь к некоторым преступлениям (речь в основном идет о военных преступлениях) может применяться более широкий стандарт нежели в общем праве – так называемый стандарт «обязанности знания» [12. Р. 60]. Несмотря на незнание со стороны конкретного субъекта преступления, «средний благоразумный человек» в ситуации действующего должен был знать сопутствующую информацию и учесть ее при определении модели своего поведения. Так, ст. 33 Статута Международного уголовного суда [1] дает пример подобной ситуации, который в литературе получил название доктрины «умных штыков». Исполнение приказа правительства или начальника, будь то военного или гражданского, исключает наступление ответственности в случае, когда наряду с другими условиями установлено, что приказ не был явно незаконным, чем презюмируется, что противоправность явно незаконного приказа всегда осознается лицом. Таким образом, критерий «среднего благоразумного человека» находит и международное признание.

Зарубежные и международная уголовно-правовые доктрины сходятся во мнении, что свобода воли человека предопределяет выбор того или иного варианта поведения, и «выбор» против права в силу отсутствия должной внимательности и предусмотрительности, при наличии возможности вести себя иначе, является основой моральной порицаемости небрежного поведения. Использование аналогичных формулировок должной внимательности и предусмотрительности при формулировании небрежной вины в Уголовном кодексе Российской Федерации создает благоприятные условия для научно-догматической обработки российского уголовного законодательства в этом клю-

че.

В рамках социального взаимодействия свобода воли должна быть ограничена исходя из общепринятых представлений о справедливости, на основе которых и формируется понятие среднего человека. Отмечаемое многими авторами исключение психологической связи между субъектом и наступающими от его деяния последствиями, наказуемыми в уголовном порядке, с указанием в качестве основы для вменения на отсутствие необходимой внимательности и осмотрительности при осуществлении деяния, отсутствие волевых актов поведения, направленных на предотвращение таких последствий, позволяет констатировать признание данной концепции и в России.

Приведенный пример использования частной правовой доктрины в рамках уголовного права подтверждает вывод о возможности использования доктринальной позиции в числе источников для формирования законодательной инициативы, а также при принятии непосредственных правоприменительных решений. С позиции вышеприведенной классификации А.А. Малиновского доктрину «среднего благоразумного человека» можно отнести к группам, где соответствующие положения учитываются при принятии судебного решения, а также при выработке доктринальных способов толкования уголовно-правовых норм.

### ЛИТЕРАТУРА

1. Римский Статут Международного уголовного суда. Текст Римского статута, распространенного в качестве документа А/CONF.183/9 от 17 июля 1998 г. с изменениями на основе протоколов от 10 ноября 1998 г., 12 июля 1999 г., 30 ноября 1999 г., 8 мая 2000 г., 17 января 2001 г. и 16 января 2002 г. Статут вступил в силу 1 июля 2002 г. // Официальный сайт Организации Объединенных Наций (ООН). URL: [http://www.un.org/ru/law/icc/rome\\_statute\(r\).pdf](http://www.un.org/ru/law/icc/rome_statute(r).pdf) (дата обращения: 08.05.2014).
2. Бучило Н.Ф., Исаев И.А. История и философия наук. М.: Проспект, 2011.
3. Есаков Г.А. Небрежность в уголовном праве России и Англии: сравнитель-

но-правовой анализ // «Черные дыры» в Российском законодательстве. 2004. № 1. С. 196–208.

4. Есаков Г.А., Крылова Н.Е., Серебренникова А.В. Уголовное право зарубежных стран. М.: Проспект, 2008.

5. Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. М.: Проспект, 2004.

6. Ившин И.В. Обстоятельства, исключающие преступность деяния в сфере профессиональной медицинской деятельности // Медицинское право. 2006. № 1. С. 33–38.

7. Мадьярова А.В. Разъяснения Верховного Суда РФ в механизме уголовно-правового регулирования. СПб.: Юридический центр Пресс, 2002.

8. Малиновский А.А. Доктрина как источник уголовного права (сравнительно-

правовые аспекты) // Международное уголовное право и международная юстиция. 2009. № 1. С. 3–6.

9. Пузиков Р.В. Юридическая доктрина в сфере правового регулирования: проблемы теории и практики: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Н. Новгород, 2003.

10. Степалин В.П. Комментарий к постановлению Пленума ВС РФ о необходимости обороне // Уголовный процесс. 2012. № 11. С. 52–59.

11. Федотов А.В. Фикция «среднего» человека в российском уголовном праве. В 2-х ч. М.: Юрлитинформ, 2012.

12. Report of the commonwealth expert group on implementing legislation for the Rome Statute of the International Criminal Court // Marlborough House, London. 2004. 7–9 July.