
УКРЕПЛЕНИЕ ЗАКОННОСТИ И БОРЬБА
С ПРЕСТУПНОСТЬЮ

ТЕОРИЯ ОПАСНОГО СОСТОЯНИЯ ЛИЧНОСТИ:
ШАГ ВПЕРЕД ИЛИ ДВА НАЗАД?

© 2020 г. А. В. Бриллиантов*, А. Д. Щербаков**

Российский государственный университет правосудия, Москва

*E-mail: brilliantov-07@mail.ru

**E-mail: alex_03071991@mail.ru

Поступила в редакцию 19.12.2019 г.

Аннотация. В предлагаемой статье с позиций критического анализа действующего уголовного законодательства Российской Федерации, а также доктрины уголовного права и криминологии рассматривается вопрос целесообразности введения уголовной ответственности за занятие высшего положения в преступной иерархии. В ходе исследования обращается внимание, что формирование понятия «опасное состояние личности» в условиях развития социологической школы уголовного права предполагало отнесение к такой категории не только лиц, которые имели объективную опасность для общества (к примеру, рецидивисты и профессиональные преступники), но и лиц, которые обладали известной долей девиации в отношениях с другими представителями общества (к примеру, пьяницы, проститутки и наркоманы). И если усиление уголовной репрессии в отношении первых было хотя бы как-то обосновано с позиции необходимости предупреждения тяжких преступлений, то введение мер предупреждения в отношении второй группы лиц порождало исключительно их стигматизацию в глазах общества. Авторы также обращаются к иностранному опыту (прежде всего США), который свидетельствует о наличии известных перегибов в установлении внутренней уголовной политики в отношении указанных категорий лиц: это как и введение категории «опасный преступник» для лиц, совершивших преступления половой неприкосновенности в Канаде, так и установление закона трех ошибок в США с крайним проявлением его в штате Калифорния. К области установления категории опасного состояния личности в действующем уголовном законодательстве Российской Федерации также возможно отнести расширение случаев административной преюдиции.

Формулируется вывод о том, что введение уголовной ответственности за характеристику личности противоречит идее запрета объективного вменения, установленного в Уголовном кодексе РФ, а также в международных актах в качестве одного из фундаментальных принципов современного уголовного права.

Ключевые слова: закон трех ошибок, преступная иерархия, постмодерн, превентивное заключение, опасная личность.

Цитирование: Бриллиантов А.В., Щербаков А.Д. Теория опасного состояния личности: шаг вперед или два назад? // Государство и право. 2020. № 10. С. 90–99.

DOI: 10.31857/S102694520012235-9

THE THEORY OF THE DANGEROUS CONDITION OF PERSON:
ONE STEP FORWARD OR TWO STEPS BACK?

© 2020 A.V. Brilliantov*, A. D. Shcherbakov**

Russian state University of Justice, Moscow

*E-mail: brilliantov-07@mail.ru

**E-mail: alex_03071991@mail.ru

Received 19.12.2019

Abstract. In this article, from the point of view of a critical analysis of the current criminal legislation of Russia, as well as the doctrine of criminal law and criminology, the question arises of the advisability of introducing criminal liability for occupying a higher position in the criminal hierarchy. In the course of the study, attention is drawn to the fact that the formation of the concept of “dangerous state of the person”, in the context of the development of the sociological school of criminal law, meant classifying in this category not only persons who had an objective danger to society (for example, repeat offenders and professional criminals), but persons who had a certain degree of deviation in relation to other representatives of society (for example, drunkards, prostitutes and drug addicts). Moreover, if the intensification of criminal repression against the former was at least somehow justified from the standpoint of the need to prevent serious crimes, the introduction of preventive measures against the second group of people generated exclusively their stigmatization in the eyes of society. When writing an article, the author also refers to foreign experience (primarily USA), which indicates the presence of certain excesses in the establishment of an internal criminal policy in relation to these categories of people: this is also the introduction of the category “dangerous criminal” for persons who have committed sexual offenses in Canada, and the establishment of the three-strikes law in the United States with extreme of it form in the state of California. It is also possible to attribute the expansion of cases of administrative prejudice to the field of establishing the category of a dangerous state of a person in the current criminal law of Russia, which analyzed in this article too.

It is concluded that the introduction of criminal liability for the characterization of the person is contrary to the idea of prohibition of objective imputation established in the Criminal Code of the Russian Federation, as well as in international acts as one of the fundamental principles of modern criminal law.

Key words: three-strikes law, criminal hierarchy, postmodern, preventive detention, dangerous person.

For citation: Brilliantiv, A.V., Shcherbakov, A.D. (2020). The theory of the dangerous condition of person: one step forward or two steps back? // Gosudarstvo i pravo=State and Law, No. 10, pp. 90–99.

Весной 2019 г. Уголовный кодекс РФ пополнился новой нормой, установившей ответственность за занятие высшего положения в преступной иерархии (ст. 210¹). Если обратиться к пояснительной записке к проекту указанного федерального закона, то основная мотивация законодателя состояла в «ужесточении уголовной ответственности» в отношении указанной категории лиц¹. При этом также почему-то указывалось, что указанные лица избегают уголовной ответственности из-за наличия такого статуса.

Появление указанной нормы обнажило проблему определенности уголовно-правового запрета, а также возродило идею нормативного закрепления опасного состояния личности, отличного от привычных нам категорий рецидивиста, которые, кстати говоря, заменены в УК РФ понятием «рецидив преступлений». Получается, теперь государство может наказывать за признание третьими лицами наличия у лица определенных, пусть и отрицательных, свойств? Полагаем, что данное направление установления уголовной ответственности является в определенной мере опасным, т.к. продолжением этой тенденции может служить установление ответственности за признание человека виновным в том, что он исповедует другую религию или придерживается отличных политических взглядов и т.д.? Представляется, что многие десятилетия назад эти вопросы уже были разрешены как теорией уголовного права, так и практикой

применения законодательства, получив негативную оценку со стороны общества и государства. Такой подход стал восприниматься как антигуманный, направленный на сохранение страшной максимы: *Ein Volk, ein Reich, ein Führer* [Один Народ, один Рейх, один Фюрер]. Так же, как нам кажется, требует разрешения и вопрос о возможности криминализации опасного состояния личности в условиях действующих принципов уголовного права, а именно принципа вины (ст. 5 УК РФ), которое запрещает объективное вменение.

Постараемся дать ответы на эти вопросы, привлекая для этого историко-правовой, догматический и сравнительно-правовой методы научного познания.

Зародившись в Италии, идея опасного состояния, сформулированная бароном Гарофало², получила как своих сторонников, так и противников, что было и понятно, поскольку Европа конца XIX в. — время расцвета новых идей, революционных стремлений перестройки общества и в целом поиска чего-то нового. Нельзя не вспомнить известные слова ван Гамеля: «Вменяемость, вина и наказание — вот три тормоза в развитии уголовного права»³. Напомним также, что в докладе от 1891 г. ван Гамель предлагал выделять из общего числа преступников неисправимых, т.е. тех, кто, живя свободно в наших современных обществах, представляют для них

² См.: Garofalo R. Di un criterio positivo della penalità. Napoli, 1880.

³ Немировский Э.Я. Опасное состояние личности и репрессия // Право и Жизнь. Кн. 1. М., 1924. С. 3–13.

¹ См.: Проект Федерального закона № 645492-7 от 14.02.2019. Пояснительная записка [Электронный ресурс]. — Режим доступа: URL: <https://sozd.duma.gov.ru/bill/645492-7>

постоянную опасность, вследствие их преступных наклонностей⁴. Будучи источником постоянной опасности, указанные лица обладают характерными наклонностями, которые часто поддаются исправлению, что позволит последним вернуться в общество на равных условиях. Данные наклонности могут обладать известной силой и интенсивностью: наклонности, представляющие большую общественную опасность (квалифицированные и профессиональные воры), и наклонности, представляющие малую общественную опасность (слабовольные рецидивисты, праздные прожигатели жизни и т.п.). Последствиями должны служить системы неопределенных приговоров, связанных с неопределенным заключением различной степени интенсивности⁵. Di Cristina отмечает, что в работах Гарофало позднего времени, прежде всего в «Криминологии», пытаясь разобраться в природе преступления и преступника, формируется концепция причинения вреда не просто интересам общества, а еще и нравственным устоям общества⁶. Следовательно, и наказание должно иметь характер не просто личного ограничения права, прежде всего свободы виновного лица, а еще и морально воздействовать на лицо. Вульферт, разбирая подход Гарофало по классификации преступников и преступлений, позволяющей выделить четыре категории преступлений (важнейшие / легкие / тяжкие / не тяжкие) и коррелирующие им меры предупреждения, приходит к выводу, что рассмотрение преступления как деяния противного основам этико-культурного строения общества является подходом верным и обоснованным, но чрезмерное влияние в его учении этической составляющей на наказание приводит к известного рода ошибкам, к примеру, абсолютизация смертной казни⁷. В работе же И.П. Закревского, посвященной также критике положений уголовно-антропологической школы, применительно к вопросу о наказании и репрессивной деятельности государства приводится определение неправильности идей Гарофало, что в большей степени касается отсутствия критериев отнесения лица к категории «свой» или выбраковывание из нее⁸. Развитие идей об опасном состоянии личности преступника в Российской Империи

детально рассмотрено в статье Е.Л. Сафроновой и В.Е. Лобы⁹. Предлагаемый ими вывод в части указания на необходимость введения неких мер административно-медицинского характера по отношению отдельных категорий лиц (наркоманы и алкоголики), заслуживает поддержки, но при тщательной проработке вопроса с соблюдением установленных законодательством прав и законных интересов человека и гражданина, так как указанное предложение может повлечь и необоснованное расширение административных полномочий государственных органов и вызвать к дискуссии проблему начала 50-х годов XX в., когда государство наоборот приняло решение о поэтапном прекращении и сужении сферы карательного вмешательства в дела частного лица. Вместе с тем нельзя не отметить, что в обществе уже назрела потребность в принятии эффективных мер противодействия деструктивному поведению ряда категорий граждан.

Помимо указанной обобщающей статьи, позволил себе среди аутентичных статей того периода привести позиции Ферри, отмечавшего необходимость строгого разделения двух категорий предупредительных мер: меры полицейского предупреждения и меры безопасности, т.к. применение мер безопасности возможно к применению только после совершения преступления, тогда как меры полицейского предупреждения могут применяться и к лицам, не совершившим преступления, но представляющим известную опасность для общества. К последним он относит предупреждение, поручительство о хорошем поведении, принудительное поселение в определенной местности и ряд иных мер, где самая жесткая — установление административного надзора¹⁰. А.А. Пионтковский, давая характеристику УК РСФСР 1922 г., отмечал разницу между наказанием и мерами социальной защиты: первое следовало исключительно за виновное преступление, а вторые — исключительно за само опасное состояние личности, что требует, в свою очередь, уяснения соотношения вины и опасного состояния личности. Он подчеркивает, что меры социальной защиты не связаны с конкретными составами преступлений. Особенной части, а соотнесены лишь с формами опасного состояния преступника, описанными в Общей части УК РСФСР. Учитывая данную конструкцию, УК РСФСР 1922 г., пусть даже и сочетая в едином понятии наказание и меры социальной защиты, по духу он все же разделил эти меры репрессии: меры социальной защиты

⁴ См.: *Есупов В.В.* Личное состояние преступности, как предмет наказания // Журнал Гражданского и Уголовного Права. Кн. 10. СПб., 1893. С. 22–50.

⁵ См.: *van Hamel 'Report' / Bulletin de l'union internationale de droit pénal.* 1894. Vol. 4, pp. 266, 267.

⁶ См.: *Di Cristina, B.* (2016). Criminology and the "Essence" of Crime: The Views of Garofalo, Durkheim, and Bonger // *International Criminal Justice Review*, 26(4), 297–315.

⁷ См.: *Вульферт А.К.* Антрополого-позитивная школа уголовного права в Италии: критическое исследование. Вып. 1. Ярославль, 1896. С. 375.

⁸ См.: *Закревский И.П.* Об учениях уголовно-антропологической школы. Критический очерк. Харьков, 1896. С. 98, 99.

⁹ См.: *Сафронова Е.Л., Лоба В.Е.* «Опасное состояние личности» как криминологическая категория // *Всеросс. криминологический журнал.* 2014. № 3. С. 10–17.

¹⁰ См.: *Ферри Э.* Должны ли меры безопасности стать на место наказания или же только дополнять его. Доклад Энрико Ферри; пер. П.И. Люблинский // *Право и Жизнь.* Кн. 1. М., 1927. С. 31–38.

применялись в общем порядке в отношении лиц, совершивших преступление. Специальный же порядок указывал на применение мер социальной защиты в отношении невменяемых преступников¹¹. Можно также привести в качестве примера определения опасного состояния личности в тот же исторический период, но уже в масштабах СССР Положение о правах объединенного государственного политического управления в части административных высылки, ссылки и заключения в концентрационный лагерь от 24 марта 1924 г.¹², согласно которому под «социально-опасными лицами» предполагалось понимать широкий круг таких лиц: начиная от причастных к контрреволюционной деятельности, подозреваемых в контрабандной деятельности и подделке денежных знаков, и заканчивая лицами, не имеющими определенных занятий и не занятыми производительным трудом. Вместе с тем отметим, что правоограничения были дифференцированы в зависимости от степени опасности такого лица, что выражалось, во-первых, в уровне принимаемого решения — Особое Совещание Объединенного ГПУ или Особое Совещание ГПУ союзных республик, во-вторых, географией, т.е., к примеру, лицо, не имеющее определенных занятий или не занятое производительным трудом, могло быть выслано строго в пределах территории республики проживания, в-третьих, высылаемые лица лишались только пассивного и активного избирательного права, а также членства в общественных организациях и права свободного передвижения в районе высылки, все же иные права лиц сохранялись неизменными и не могли быть ограничены. Важно отметить, что для всех мер устанавливался единый предельный срок — до трех лет, который не мог быть пересмотрен в сторону увеличения. Вместе с тем отметим, что указанные меры применялись как к лицам, признанным виновными в совершении преступлений, так и к лицам в отношении которых имелись сведения оперативного характера, но не было прямых доказательств, позволяющих направить дело на судебное рассмотрение.

С момента появления в УК РФ указания на категорию «лицо, занимающее высшее положение в преступной иерархии» в судах Российской Федерации по основной статье квалификации (ч. 4 ст. 210 УК РФ) было осуждено только одно лицо в 2018 г.¹³, т.е. с 2009 г. норма почти не применялась в следственной и судебной практике.

Представляется, что это обусловлено некоторой упречностью редакции самой нормы, т.е. введением в текст УК РФ категории, которая неизвестна законодательству, а происходит из тюремной субкультуры¹⁴, что не позволяет с известной степенью определенности установить, что представляет собой лицо, занимающее указанное выше положение, определить критерии деяния как преступного и, как следствие, осуществлять сбор доказательств. Несмотря на известное разъяснение Верховного Суда РФ в рамках Постановления Пленума № 12 от 10 июня 2010 г. (п. 24)¹⁵, все же сохраняется основной вопрос: кого считать лицом, занимающим высшее положение в преступной иерархии? Доктрина также указывает на проблему такой неопределенности¹⁶.

Стоит отметить, что появление ст. 210¹ УК РФ не только не решает проблемы борьбы с так называемыми криминальными авторитетами, но и обнажает иную проблему: а за что именно надлежит привлекать к ответственности и наказывать данных субъектов в рамках нормы, описанной в ст. 210¹ УК РФ? Если применение ч. 4 ст. 210 УК РФ преследует цель выбить криминального авторитета из цепочки принятия управленческих и организационных решений при осуществлении преступной деятельности в условиях организованной преступной группировки или преступного сообщества, то в новой норме ответственность, как представляется, следует исключительным образом возложить на сам факт наличия статуса криминального авторитета. Возможно, законодатель предполагает, что применение ст. 210¹ УК РФ поможет также выбить из управленческо-организационной цепочки криминального авторитета через направление его в места лишения свободы, но, полагаем, такой подход обречен на провал. Отчасти такую же позицию занимают В.Н. Бурлаков и В.Ф. Щепельков¹⁷.

¹⁴ См.: Барабанов Н.П. Криминальная субкультура осужденных в исправительных учреждениях: «воры в законе», «воровские группировки», лидеры уголовно-преступной среды, криминальные «авторитеты» // Уголовно-исполнительное право. 2015. № 1 (19). С. 17–25.

¹⁵ См.: постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10.06.2010 г. № 12 «О судебной практике рассмотрения уголовных дел об организации преступного сообщества (преступной организации) или участия в нем (ней)» // Бюллетень ВС РФ. 2010. № 8.

¹⁶ См.: Белоцерковский С.Д. Новый Федеральный закон об усилении борьбы с преступными сообществами: комментарий и проблемы применения // Уголовное право. 2010. № 2. С. 9–14; Королев А.С. Борьба с преступными авторитетами в рамках новых положений Уголовного кодекса Российской Федерации (краткий анализ изменений, предусмотренных Федеральным законом от 3 ноября 2009 г. № 245-ФЗ) // Росс. следователь. 2010. № 19. С. 19–22.

¹⁷ См.: Бурлаков В.Н., Щепельков В.Ф. Лидер преступного сообщества и основание ответственности: постмодерн в уголовном праве // Всеросс. криминологический журнал. Т. 13. 2019. № 3. С. 465–476.

¹¹ См.: Пионтковский А.А. Меры социальной защиты и Уголовный кодекс РСФСР // Сов. право. 1923. № 3. С. 12–52.

¹² В официальных источниках не публиковалось.

¹³ См.: Форма № 10-а «Отчет о числе осужденных по всем составам преступлений Уголовного кодекса Российской Федерации» за 2010–2018 гг. [Электронный ресурс] — Режим доступа: URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79>

Казалось бы, что наиболее близкий опыт, который мог бы быть положен в основу проводимой реформы по борьбе с криминальными авторитетами — опыт Грузии, однако, как представляется, он не может быть применим для обоснования корректировок УК РФ как минимум по следующим обстоятельствам. Во-первых, проведение реформы о предупреждении деятельности организованных преступных группировок сопровождалось принятием самостоятельного закона¹⁸, где в ст. 3 весьма определенно давалось определение категории «вор в законе», а также таким весьма специфичным категориям как «воровская разборка» / «воровской сход» и «воровское сообщество». Во-вторых, Уголовный кодекс Грузии¹⁹ также предусмотрел указание на специальную категорию «рэкетира» (ст. 17). Конструируя же конкретные составы, связанные с установлением уголовной ответственности для лиц, относимых к категории воров в законе, грузинский законодатель, хотя и описал в ст. 223¹ деяние как «пребывание лица в положении вора в законе», но с учетом приведенного выше закона совершенно ясен смысл такого пребывания, т.е. лицо в любой форме должно осуществлять управление или (и) организацию «воровского сообщества» или с использованием методов деятельности «воровского сообщества» осуществлять управление или (и) организацию определенной группы лиц. Получается, что для понимания преступности деяния все равно требуется определение объема полномочий вора в законе по координации и управлению деятельностью воровского сообщества. В УК РФ такого указания не содержится и при комплексном рассмотрении ст. ст. 210 и 210¹ обязательства на доказывание активной роли лица, занимающего высшее положение в преступной иерархии, в деятельности преступного сообщества, не усматривается.

Учитывая изложенное, нам представляется единственно возможным выдвинуть тезис, что появление ст. 210¹ в структуре УК РФ является опасным прецедентом по возрождению идеи об опасном состоянии личности или же опасной личности в известном извращении указанной категории.

Как видим, опасное состояние личности может быть обусловлено или специфическими характеристиками личности (невменяемость, алкоголизм, малолетство и т.п.) или характеристиками ранее имевшейся криминальной истории (рецидивизм, относимость к профессиональной преступности и т.п.). При этом опасное состояние личности не

может быть обусловлено исключительно единственной характеристикой, требуется комплексное изучение объективных и субъективных характеристик личности преступника для принятия решения, к примеру, по установлению превентивных мер. И главное: они применяются последовательно, без отрыва друг от друга, что представляется логичным вариантом распределения ресурсов государства на общую и частную превенцию новых преступлений.

Возвращаясь к действующему уголовному законодательству Российской Федерации, можем отметить еще одну проблему, которая, как представляется, является возрождающейся тенденцией ранее действовавшего законодательства. Речь идет о появлении норм уголовного законодательства, содержащих указание на административную преюдицию. Прежде всего стоит сказать о соотношении ряда санкций между составами преступления и административного правонарушения. Так, санкция ст. 116¹ УК РФ предусматривает возможность назначения наказания в виде штрафа в размере до 40 тыс. руб. Корреспондирующая норма ст. 6.1.1. КоАП РФ предусматривает среди наказаний также возможность назначения наказания в виде штрафа в размере от 5 до 30 тыс. руб. При этом же норма об административном правонарушении содержит в санкции указание на возможность применения административного ареста на срок от 10 до 15 суток. Представим гипотетическую ситуацию, когда некто А. совершает административное правонарушение, описанное в ст. 6.1.1. КоАП РФ, и подвергается наказанию в виде административного ареста на срок 15 суток. Исходя из требований ст. ст. 3.9 и 4.6. КоАП РФ, лицо будет считаться подвергнутым административной ответственности в течение года со дня исполнения постановления об административном правонарушении, т.е. в нашем случае 1 год и 15 суток. Привлечение же данного лица А. к уголовной ответственности по ст. 116¹ УК РФ с назначением ему штрафа в размере 30 тыс. руб., к примеру, в соответствии с п. «б» ч. 3 ст. 86 УК РФ породит состояние судимости лица в течение года. Помимо разбалансировки в части определения видов и пределов наказания как за преступление, так и за административное правонарушение, указанные нормы, как представляется, противоречат принципу справедливости, порождая необоснованную уголовную репрессию и, как следствие, стигматизируя общество: по данным официальной судебной статистики, по основной статье квалификации 116¹ УК РФ за 2017 г. было осуждено 296 человек, тогда как за 2018 г. уже 922 человека²⁰.

¹⁸ См.: Закон Грузии от 20.12.2005 г. «Об организованной преступности и рэкете» [Электронный ресурс] — Режим доступа: URL: <https://matsne.gov.ge/ru/document/view/27814?publication=1>

¹⁹ См.: URL: <https://matsne.gov.ge/ru/document/view/16426?publication=209>

²⁰ См.: Форма № 10-а «Отчет о числе осужденных по всем составам преступлений Уголовного кодекса Российской Федерации» за 2018 и 2017 гг. [Электронный ресурс] — Режим доступа: URL: <http://www.cdep.ru/index.php?id=79>

Говоря в целом о существовании норм с административной преюдицией, следует отметить усиливающуюся проблему отграничения преступлений от правонарушений иных отраслей права и, как следствие, трансформацию возможных последствий за такие нарушения в негативную сторону. На эту проблему указывается в работах А.Г. Безверхова²¹, В.И. Колосовой²², Р.К. Халитова²³, А.А. Юнусова и Т.В. Серковой²⁴.

Стоит также отметить, что и конструкция нормы, описанной в ст. 210¹ УК РФ, также не безупречна. Помимо установления ответственности за сам факт наличия такого статуса, законодатель пошел по пути максимального усиления уголовной репрессии, не предусмотрев возможности освобождения от уголовной ответственности такого лица, например в рамках механизма, установленного в ч. 2 ст. 75 УК РФ. При этом законодатель ранее шел по такому пути, предусмотрев возможность освобождения от уголовной ответственности для достаточно опасной категории лиц, например, лиц, содействовавших террористической деятельности (ст. 205¹ УК РФ), а также для лиц, создавших, а равно руководящих экстремистским сообществом (ст. 282¹ УК РФ). На наш взгляд, в этом проявляется непоследовательность в решениях законодателя относительно льготных норм для лиц различных категорий. Так, неясно, по каким мотивам решено установить возможность освобождения от уголовной ответственности для лица, которое создало экстремистское сообщество, но лишить такой возможности лицо, занимающее высшее положение в преступной иерархии, при том, что в первом случае деяние выражено в конкретных действиях виновного, а во втором — в признании статуса третьими лицами. Ведь в рассматриваемой ситуации нельзя забывать и морально-нравственной составляющей с позиции определенной субкультуры действий, связанных с освобождением: лицо, признавшись хоть раз в том, что оно не является создателем экстремистского подполья, не сможет завоевать авторитет в будущем. То же самое касается и фигуры т.н. «криминального авторитета»: с какой

целью направлять его в места лишения свободы, если можно его обесчестить перед представителями его социальной группы. Этот вопрос подлежит глубокому изучению.

Еще одним примером, но уже из опыта иностранных государств, где теория опасного состояния личности получило свое развитие, является система, сложившаяся как обязательная в США в 70–90-е годы XX в., или т.н. правило трех промахов (*Three strikes laws*). Согласно исследованию Keiso, подобное стало возможным на фоне обострения внутривластной борьбы внутри федерального правительства и избранного пути по ужесточению законодательства в области предупреждения незаконного оборота наркотиков (т.н. *Drug wars*, объявленные администрацией Рейгана), расширению случаев обязательного применения наказания в виде лишения свободы за ненасильственные преступления, а также усилению роли Верховного суда США, примерившего роль законодателя²⁵. Одним из проявлений такой политики стало усиление обязательного наказания для лиц, которые ранее уже имели в своей криминальной истории судимости за насильственные преступления. Основная идея такой системы: если лицо часто совершает преступления, то оно обязано быть изгнанным из общества на как можно больший период времени, куда входит запрет на применение условно-досрочного освобождения или снижения сроков лишения свободы за примерное поведение, или применение высшей меры в виде смертной казни, т.е. полное исключение виновного лица из жизни общества. В 1994 г. на федеральном уровне было установлено обязательное пожизненное лишение свободы или применение смертной казни к указанной категории преступников, куда также относились лица, совершившие преступления в отношении несовершеннолетних, включая сексуальное насилие и похищения, повлекшие смерть несовершеннолетних (18 U.S.C.S. § 3559). Развитие указанная идея под несколько иным углом получила в статье Dimock, где предлагалось установление превентивного задержания для всех лиц когда-либо задержанных и осужденных за совершение преступлений против половой свободы и неприкосновенности, вводя понятие «преступник, обладающий стойкими насильственными характеристиками»²⁶, в основу которого были положены такие условия, как: наличие не менее двух судимостей за ранее совершенные преступления против половой свободы и неприкосновенности личности с назначенным наказанием не менее четырех лет (1); лицо должно отбыть наказание и находиться

²¹ См.: Безверхов А.Г. Административная преюдициальность в уголовном законодательстве России: истоки, реалии, перспективы // Вестник Самарской гуманитарной академии. Сер.: Право. 2011. № 2. С. 39–52.

²² См.: Колосова В.И. Административная преюдиция как средство предупреждения преступлений и совершенствования уголовного законодательства // Вестник ННГУ. 2011. № 5-1. С. 246–254.

²³ См.: Халитов Р.К. Реализация принципа справедливости в нормах с административной преюдицией // Вестник ЮУрГУ. Сер.: Право. 2014. № 2. С. 60–63.

²⁴ См.: Юнусов А.А., Серкова Т.В. Административная преюдиция в российском уголовном праве // Актуальные проблемы экономики и права. 2015. № 1 (33). С. 278–282.

²⁵ См.: Kieso Douglas W. Unjust Sentencing and the California Three Strikes Law. New York, 2005. P. 27.

²⁶ Dimock S. Criminal Law, Philosophy (2015) 9: 537.

на свободе (2); в ходе отбытия наказания, УДО или нахождения под полицейским надзором лицо демонстрировало отказ от участия в реабилитационных и восстановительных программах (3); и наличие положительного заключения эксперта, проанализировавшего ряд факторов личностного, профессионального и психологического свойства, которые свидетельствуют о повышенном риске потенциального насилия со стороны указанного лица, если в отношении него не будет проводиться контроль со стороны пенитенциарной системы (4). Ранее о возможности существования такой системы говорил Robinson, отмечавший, что в условиях современного общества превентивное заключение является формой отправления уголовного правосудия, но умело маскирующейся из-за потребности общества наказать опасность на дальних рубежах борьбы, совмещающая две системы: первичного классического наказания и постпреступного общественного контроля исключительно за опасными преступниками²⁷.

Появление же в Калифорнии такого Закона в 1994 г. было связано с убийством Кимбер Рейнолдс в 1992 г. в ходе уличного нападения с целью ограбления и Полли Клаас в 1993 г. в ходе ее похищения с целью выкупа. Общественность возмутила излишняя мягкость приговора, а также возможность заключения досудебного соглашения о признании вины, что существенно отразилось на вынесенных приговорах.

Чуть более чем через три года, в 1997 г., выходит статья Tyler & Voeckmann, исследовавших психологическую составляющую одобрения со стороны общества нового порядка вынесения приговоров и назначения наказаний. Исследование показало, что население не готово оправдывать правило о трех ошибках с позиций отправления правосудия и понимания уголовного права. В большей степени оно готово оправдывать такой закон с позиций необходимости защиты своей семьи и позиции отождествления такого преступника как чужака в родном доме, который должен быть или убит, или надолго изолирован²⁸. Вместе с тем к 2004 г., т.е. через 10 лет после введения такого правила, именно в Калифорнии относительно других штатов составило наибольшее число случаев его применения — 42.322 человека²⁹. Сравнивая за то же

время опыт Соединенного Королевства по применению схожего механизма обязательных минимальных приговоров для отдельных категорий преступников, цифры имели куда меньшее значение: так, минимальный семилетний срок за преступление, в области незаконного оборота наркотиков группы А, относящиеся к 3 классу, был применен всего шесть раз за период с 2000 по 2004 г.³⁰ Стоит также отметить, что в Калифорнии существует правило как трех, так и двух промахов, отличающиеся как по набору преступлений, необходимых для применения такого правила, так и по последствиям в виде обязательного минимального срока лишения свободы (в первом случае — не менее 25 лет за любую фелонию, а если она входит в специальный перечень — пожизненное лишение свободы (§ 667.5 Penal Code of California), а во втором — удвоение срока лишения свободы за совершенное преступление).

Основная же критика такого подхода к предупреждению профессиональной или рецидивной преступности основывается на несправедливости закона в части учета любых умышленных преступлений, которые могут носить характер относительно неопасных в сравнении с иными, к примеру, проникновение в закрытый магазин и хищение там каких-либо товаров. При этом совершенно такое же правило будет применено к лицу, которое совершит изнасилование с угрозой применения оружия. Наиболее подробный критический анализ содержится в статье Fisher, где среди прочего отмечается, что подобные злоупотребления становятся возможными из-за отказа Калифорнии признать, что механизм трех промахов обнажает две основных проблемы местного законодательства: негибкое уголовное и уголовно-процессуальное законодательства в области индивидуализации наказания, а также судебная система, не предоставляющая известной свободы судейского усмотрения, необходимого для вынесения справедливых и беспристрастных приговоров³¹. Вместе с тем исследование Shepherd'a, основанное на математическом анализе эффективности сдерживающего эффекта правила о трех ошибках, убедительно показало 10%-ный сдерживающий эффект для ряда преступлений, куда он отнес убийство, проникновение со взломом и изнасилование³². В позднейшем же

²⁷ См.: Robinson P.H. Punishing Dangerousness: Cloaking Preventive Detention as Criminal Justice // Harvard Law Review, 114, No. 5 (2001): 1429–456.

²⁸ См.: Tyler T.R. and Boeckmann R.J. Three Strikes and You Are Out, but Why? The Psychology of Public Support for Punishing Rule Breakers // Law & Society Review 31, No. 2 (1997): 237–65. DOI: 10.2307/3053926.

²⁹ См.: Schiraldi V., Colburn J. and Lotke R. (2004) Three Strikes and You're Out: An Examination of the Impact of 3-Strike Laws-10 Years After their Enactment. Justice Policy Institute Policy Brief. Washington, DC.

³⁰ См.: Trevor Jones, Tim Newburn. Three Strikes and You're Out: Exploring Symbol and Substance in American and British Crime Control Politics // The British Journal of Criminology. Vol. 46. Issue 5. September 2006. P. 781–802.

³¹ См.: Kendall Fisher. No Time Like the Present, Except the Past Fifty Years: Why California Should Finally Adopt the Model Penal Code Sentencing Provisions, 49 U. Pac. L. Rev. 661 (2017).

³² См.: Shepherd J.M. Fear of the First Strike: The Full Deterrent Effect of California's Two- and Three-Strikes Legislation // The Journal of Legal Studies 31, No. 1 (2002): 159–201.

исследовании 2013 г. Sutton указал, что правило о трех промахах все же существенно влияет на увеличение числа случаев заключения на максимально возможные сроки, не сокращая тюремное население штата³³.

* * *

Проведенное краткое исследование вопроса подтвердило наш первоначальный тезис о начинающемся возрождении идеи социально опасного состояния личности в УК РФ. В отличие от опыта иностранных государств, вводящих как превентивное заключение, так и существенно усиливая меры ответственности за совершение тяжких преступлений, когда существует объективная опасность таких лиц для общества, которые уже ранее совершили преступление и демонстрируют стойкую «профессиональность» в своей девиантности, законодатель, как представляется, встает на путь констатации опасного состояния личности без привязки к криминальной истории конкретного лица. На наш взгляд, безусловно, есть личности, потенциально представляющие общественную опасность, и в отношении них возможно применение предупредительных мер, но не связанных с уголовно-правовыми мерами. Последние следует применять хотя и с учетом определенных свойств личности, но все же в сочетании и отдавая приоритет наличию социально значимого негативного деяния.

Полагаем, что рассматриваемая проблема требует дополнительного исследования.

Нами также предлагается если не полная отмена нормы, описанной в ст. 210¹ УК РФ, то ее существенная корректировка путем установления возможности освобождения от уголовной ответственности указанных лиц, если они окажут содействие органам предварительного расследования через раскрытие системы и структуры ОПГ, а также публично откажутся от своего «статуса».

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Барабанов Н.П. Криминальная субкультура осужденных в исправительных учреждениях: «воры в законе», «воровские группировки», лидеры уголовно-преступной среды, криминальные «авторитеты» // Уголовно-исполнительное право. 2015. № 1 (19). С. 17–25.
2. Безверхов А.Г. Административная преюдициальность в уголовном законодательстве России: истоки, реалии, перспективы // Вестник Самарской гуманитарной академии. Сер.: Право. 2011. № 2. С. 39–52.
3. Белоцерковский С.Д. Новый Федеральный закон об усилении борьбы с преступными сообществами: комментарий и проблемы применения // Уголовное право. 2010. № 2. С. 9–14.
4. Бурлаков В.Н., Щепельков В.Ф. Лидер преступного сообщества и основание ответственности: постмодерн в уголовном праве // Всеросс. криминологический журнал. Т. 13. 2019. № 3. С. 465–476.
5. Вульферт А.К. Антрополого-позитивная школа уголовного права в Италии: критическое исследование. Вып. 1. Ярославль, 1896. С. 375.
6. Есипов В.В. Личное состояние преступности, как предмет наказания // Журнал Гражданского и Уголовного Права. Кн. 10. СПб., 1893. С. 22–50.
7. Закревский И.П. Об учениях уголовно-антропологической школы. Критический очерк. Харьков, 1896. С. 98, 99.
8. Колосова В.И. Административная преюдиция как средство предупреждения преступлений и совершенствования уголовного законодательства // Вестник ННГУ. 2011. № 5–1. С. 246–254.
9. Королев А.С. Борьба с преступными авторитетами в рамках новых положений Уголовного кодекса Российской Федерации (краткий анализ изменений, предусмотренных Федеральным законом от 3 ноября 2009 г. № 245-ФЗ) // Росс. следователь. 2010. № 19. С. 19–22.
10. Немировский Э.Я. Опасное состояние личности и репрессия // Право и Жизнь. Кн. 1. М., 1924. С. 3–13.
11. Пионтковский А.А. Меры социальной защиты и Уголовный кодекс РСФСР // Сов. право. 1923. № 3. С. 12–52.
12. Сафронова Е.Л., Лоба В.Е. «Опасное состояние личности» как криминологическая категория // Всеросс. криминологический журнал. 2014. № 3. С. 10–17.
13. Ферри Э. Должны ли меры безопасности стать на место наказания или же только дополнять его. Доклад Энрико Ферри; пер. П.И. Люблинский // Право и Жизнь. Кн. 1. М., 1927. С. 31–38.
14. Халитов Р.К. Реализация принципа справедливости в нормах с административной преюдицией // Вестник ЮУрГУ. Сер.: Право. 2014. № 2. С. 60–63.
15. Юнусов А.А., Серкова Т.В. Административная преюдиция в российском уголовном праве // Актуальные проблемы экономики и права. 2015. № 1 (33). С. 278–282.
16. Dimock S. Criminal Law, Philosophy (2015) 9: 537.
17. Di Cristina B. (2016). Criminology and the “Essence” of Crime: The Views of Garofalo, Durkheim, and

³³ См.: Sutton J.R. (2013) Three Strikes and Felony Sentencing // Law & Soc’y Rev, 47: 37–72.

- Bonger // *International Criminal Justice Review*, 26(4), 297–315.
18. *Garofalo R.* Di un criterio positivo della penalità. Napoli, 1880.
 19. *Kendall Fisher.* No Time Like the Present, Except the Past Fifty Years: Why California Should Finally Adopt the Model Penal Code Sentencing Provisions, 49 U. Pac. L. Rev. 661 (2017).
 20. *Kieso Douglas W.* Unjust Sentencing and the California Three Strikes Law. New York, 2005. P. 27.
 21. *Robinson P.H.* Punishing Dangerousness: Cloaking Preventive Detention as Criminal Justice // *Harvard Law Review*, 114, No. 5 (2001): 1429–456.
 22. *Schiraldi V., Colburn J. and Lotke R.* (2004) Three Strikes and You're Out: An Examination of the Impact of 3-Strike Laws-10 Years After their Enactment. Justice Policy Institute Policy Brief. Washington, DC.
 23. *Shepherd J.M.* Fear of the First Strike: The Full Deterrent Effect of California's Two- and Three-Strikes Legislation // *The Journal of Legal Studies* 31, No. 1 (2002): 159–201.
 24. *Sutton J.R.* (2013) Three Strikes and Felony Sentencing // *Law & Soc'y Rev*, 47: 37–72.
 25. *Trevor Jones, Tim Newburn.* Three Strikes and You're Out: Exploring Symbol and Substance in American and British Crime Control Politics // *The British Journal of Criminology*. Vol. 46. Issue 5. September 2006. P. 781–802.
 26. *Tyler T.R. and Boeckmann R.J.* Three Strikes and You Are Out, but Why? The Psychology of Public Support for Punishing Rule Breakers // *Law & Society Review* 31, No. 2 (1997): 237–65. DOI: 10.2307/3053926.
 27. *van Hamel* 'Report' / *Bulletin de l'union internationale de droit pénal*. 1894. Vol. 4, pp. 266, 267.
 2019. No. 3. P. 465–476. DOI 10.17150/2500-4255.2019.13(3).465–476 (in Russ.).
 5. *Wolferst A.K.* Anthropological Positive School of Criminal Law in Italy: A Critical Study. Release one. Yaroslavl, 1896. P. 375 (in Russ.).
 6. *Yesipov V.V.* The personal state of crime as a subject of punishment // *Journal of Civil and Criminal Law*. Book 10. SPb., 1893. P. 22–50 (in Russ.).
 7. *Zakrevsky I.P.* On the teachings of the criminal-anthropological school. A critical essay. Kharkov, 1896. P. 98, 99 (in Russ.).
 8. *Kolosova V.I.* Administrative prejudice as a means of crime prevention and improvement of criminal law // *Herald of UNNSU*. 2011. No. 5–1. P. 246–254 (in Russ.).
 9. *Korolev A.S.* The fight against criminal authorities in the framework of the new provisions of the Criminal Code of the Russian Federation (a brief analysis of the changes provided for by the Federal Law of November 3, 2009 No. 245-FL) // *Russian investigator*. 2010. No. 19. P. 19–22 (in Russ.).
 10. *Nemirovsky E. Ya.* Dangerous state of personality and repression // *Law and Life*. Book 1. M., 1924. P. 3–13 (in Russ.).
 11. *Piontkovsky A.A.* Social protection measures and the Criminal Code of the RSFSR // *Soviet Law*. 1923. No. 3. P. 12–52 (in Russ.).
 12. *Safronova E.L., Loba V.E.* "Dangerous condition of person" as criminal term // *Criminology Journal of Baikal National University of Economics and Law*. 2014. No. 3. P. 10–17 (in Russ.).
 13. *Ferry E.* Should security measures be put in place of punishment or just complement it / Report of Enrico Ferry; transl. P.I. Lublinskij // *Law and Life*. Book 1. M., 1927. P. 31–38 (in Russ.).
 14. *Halitov R.K.* Implementation of the principle of justice in norms with administrative prejudice // *Herald of SUSU*. Series: Law. 2014. No. 2. P. 60–63 (in Russ.).
 15. *Yunusov A.A., Serkova T.V.* Administrative prejudice in the Russian criminal law // *Actual problems of economics and law*. 2015. No. 1 (33). P. 278–282 (in Russ.).
 16. *Dimock S.* Criminal Law, Philosophy (2015) 9: 537.
 17. *Di Cristina B.* (2016). Criminology and the "Essence" of Crime: The Views of Garofalo, Durkheim, and Bongers // *International Criminal Justice Review*, 26(4), 297–315.
 18. *Garofalo R.* Di un criterio positivo della penalità. Napoli, 1880.
 19. *Kendall Fisher.* No Time Like the Present, Except the Past Fifty Years: Why California Should Finally Adopt the Model Penal Code Sentencing Provisions, 49 U. Pac. L. Rev. 661 (2017).

REFERENCES

1. *Barabanov N.P.* Criminal subculture of inmates in correctional institutions: "thieves in law", "thieves' groups", leaders of criminal gangs, "criminal authorities" (leaders) // *Criminal Executive Law*. 2015. No. 1 (19). P. 17–25 (in Russ.).
2. *Bezverkhov A.G.* Administrative prejudice in the criminal legislation of Russia: sources, realities, prospects // *Herald of the Samara Humanitarian Academy*. Series: Law. 2011. No. 2. P. 39–52 (in Russ.).
3. *Belotserkovsky S.D.* New Federal Law on Strengthening the Fight against Criminal Communities: Commentary and Problems of Application // *Criminal Law*. 2010. No. 2. P. 9–14 (in Russ.).
4. *Burlakov V.N., Schepelkov V.F.* Crime Boss and the Grounds for Liability: Postmodernism in Criminal Law // *Russian Journal of Criminology*. Vol. 13.

20. *Kieso Douglas W.* Unjust Sentencing and the California Three Strikes Law. New York, 2005. P. 27.
21. *Robinson P.H.* Punishing Dangerousness: Cloaking Preventive Detention as Criminal Justice // *Harvard Law Review*, 114, No. 5 (2001): 1429–456.
22. *Schiraldi V., Colburn J. and Lotke R.* (2004) Three Strikes and You're Out: An Examination of the Impact of 3-Strike Laws-10 Years After their Enactment. Justice Policy Institute Policy Brief. Washington, DC.
23. *Shepherd J.M.* Fear of the First Strike: The Full Deterrent Effect of California's Two- and Three-Strikes Legislation // *The Journal of Legal Studies* 31, No. 1 (2002): 159–201.
24. *Sutton J.R.* (2013) Three Strikes and Felony Sentencing // *Law & Soc'y Rev*, 47: 37–72.
25. *Trevor Jones, Tim Newburn.* Three Strikes and You're Out: Exploring Symbol and Substance in American and British Crime Control Politics // *The British Journal of Criminology*. Vol. 46. Issue 5. September 2006. P. 781–802.
26. *Tyler T.R. and Boeckmann R.J.* Three Strikes and You Are Out, but Why? The Psychology of Public Support for Punishing Rule Breakers // *Law & Society Review* 31, No. 2 (1997): 237–65. DOI: 10.2307/3053926.
27. *van Hamel 'Report'* / *Bulletin de l'union internationale de droit pénal*. 1894. Vol. 4, pp. 266, 267.

Сведения об авторах

БРИЛЛИАНТОВ Александр Владимирович — доктор юридических наук, профессор, заслуженный юрист Российской Федерации, заведующий кафедрой уголовного права Российского государственного университета правосудия; 117418 г. Москва, Новочерёмушкинская ул., д. 69

ЩЕРБАКОВ Алексей Дмитриевич — кандидат юридических наук, старший преподаватель кафедры уголовного права Российского государственного университета правосудия; 117418 г. Москва, Новочерёмушкинская ул., д. 69

Authors' information

BRILLIANTOV Aleksander V. — Doctor of Law, Professor, honored lawyer of the Russian Federation, Head of the Department of Criminal Law of the Russian state University of Justice; 69 Novocheryomushkinskaya str., 117418 Moscow, Russia

SHCHERBAKOV Alexey D. — PhD in Law, senior lecturer of the Department of Criminal Law of the Russian state University of Justice; 69 Novocheryomushkinskaya str., 117418 Moscow, Russia