Моральная упречность и уголовно-правовая вина (на примере доктрины смягчающих обстоятельств в странах Африки)

И.И. Нагорная

старший преподаватель кафедры уголовного права и криминалистики Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: irnag@yandex.ru

Аннотация

В статье исследуется доктрина смягчающих обстоятельств, зародившаяся в странах Африканского Содружества Наций. Причиной ее возникновения стало существование в странах, следующих традиции общего права, обязательного наказания в виде смертной казни за тяжкое убийство и некоторые иные преступления. Доктрина предполагает возможность избежать смертной казни при наличии обстоятельств, уменьшающих моральную упречность деяния, которая отнюдь не тождественна вине в уголовно-правовом смысле. Анализируются обстоятельства, признаваемые африканскими судами как снижающие моральную упречность содеянного. Рассматривается критика доктрины, приведшая к ее отмене или модификации в различных странах. Указывается на ее изъяны: возложение бремени доказывания смягчающих обстоятельств на подсудимого; необходимость признавать свою вину, чтобы избежать смертной казни; невозможность учесть обстоятельства, не существовавшие на момент совершения преступления (раскаяние, ухудшившееся здоровье и т.п.). Это приводит к выводу, что сегодня наиболее приемлемой представляется полная отмена обязательной смертной казни. Рассматривается значение понятия моральной упречности для российской уголовно-правовой мысли. Обосновывается вывод, что данная категория лежит в основе осознания общественной опасности «традиционных» преступлений (убийство, разбой, изнасилование и т.п.). При этом основой осознания общественной опасности сравнительно новых уголовно-правовых запретов, в том числе в экономической сфере, является понимание неуголовной противоправности содеянного. Недобросовестность и моральная упречность рассматриваются как предпосылки вины. Получая юридическое закрепление в нормах уголовного закона, они дают возможность установить степень вины субъекта в рамках одной и той же формы вины. Речь идет о смягчающих и отягчающих наказание обстоятельствах по УК Российской Федерации. Смягчающие обстоятельства могут быть как связаны со степенью вины субъекта, так и не связаны с ней. В первом случае они являются отражением принципа справедливости, во втором — соображений милосердия. Отягчающие вину обстоятельства должны быть связаны со степенью вины субъекта (или с рецидивом). И справедливость, и милосердие должны получить адекватное отражение в нормах уголовного закона. Возвращение к понятию моральной упречности и недобросовестности необходимо при оценке существующих уголовно-правовых норм и при формулировании новых.

Ключевые слова

уголовное право, обязательная смертная казнь, доктрина смягчающих обстоятельств, Африканское Содружество Наций, моральная упречность, уголовно-правовая вина.

Биографическое описание: Нагорная И.И. Моральная упречность и уголовно-правовая вина (на примере доктрины смягчающих обстоятельств в странах Африки) // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2016. № 2. С. 223–234.

JEL: K14, K42; УДК:343

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.223.234

Постановка проблемы. Обращение к институтам уголовного права зарубежных стран, которые по форме и содержанию могут показаться довольно экзотическими для российских специалистов, объясняется не только и не столько чисто теоретическим интересом. Углубляясь в изучение вопросов субъективной стороны состава преступления и назначения наказания, мы с неизбежностью сталкиваемся с проблемами, которые до сих пор не просто не имеют однозначного решения, но и требуют глубокого переосмысления для обеспечения справедливого и эффективного действия уголовного права в современных условиях. Сравнительно-правовые исследования позволяют выявить такие проблемы еще более рельефно, показать не только сходство и различия, но и возможность принципиально разных — и притом обоснованных — подходов к решению тех или иных задач. Это можно проиллюстрировать, например, различным значением заранее обдуманного и внезапно возникшего умысла в уголовном праве разных стран, а также полной отменой или борьбой за сохранение смертной казни.

Данная статья посвящена доктрине смягчающих обстоятельств (*doctrine of extenuating circumstances*) в отдельных странах Африканского Содружества Наций, которая при всем ее несовершенстве и ограниченной применимости, позволяет нестандартно взглянуть на следующие проблемы:

- связь моральной упречности и вины в смысле уголовного права;
- перечень обстоятельств, уменьшающих или увеличивающих вину субъекта преступления как отражение принципа справедливости;
- значение иных фактов, не влияющих на виновность субъекта, но учитываемых при назначении наказания из соображений милосердия.

Содержание и особенности доктрины смягчающих обстоятельств. Появление подобной доктрины связано с существованием обязательного наказания в виде смертной казни (*mandatory death penalty*) за тяжкое убийство по общему праву. Иными словами, установив, что смерть была причинена с заранее обдуманным злым умыслом, суд мог назначить единственный вид наказания, не имея права на усмотрение. Подобное положение дел веками сохранялось в Англии, вплоть до полной отмены смертной казни за тяжкое убийство в 1969 г., а позже продолжило существование в бывших британских колониях и иных странах, воспринявших традицию общего права¹. При этом многие страны распространили данное правило и на иные составы преступления, например, на государственную измену и грабеж приотягчающих обстоятельствах².

Рассматривая различные примеры из судебной практики, можно легко убедиться, что наказуемые обязательной смертной казнью деяния существенно отличаются друг от друга, что может привести к «необоснованным (или, по крайней мере, сомнительным) с точки зрения социальной справедливости и разделяемых обществом целей наказания смертным приговорам»³. В связи с этим возникла потребность в отмене или, по крайней мере, ограничении обязательного применения смертной казни. Одним из возможных инструментов такого ограничения и является рассматриваемая доктрина.

Доктрина смягчающих обстоятельств заключается в том, что при сохранении смертной казни в качестве обязательного наказания за некоторые преступления подсудимому

¹ См.: Есаков Г.А. Смертная казнь за тяжкое убийство в странах семьи общего права: от принципа талиона к принципам справедливости и индивидуализации ответственности // *Lex Russica* (Научные труды МГЮА). 2004. № 2. С. 556–557.

² См.: *Chenwi L. Towards Abolition of Death Penalty in Africa: A Human Rights Perspective*. Cape Town, 2007. P. 20, 49.

³ Есаков Г.А. Указ. соч. С. 557.

могло быть назначено более мягкое наказание, если имелись обстоятельства, которые снижали моральную упречность (*moral blameworthiness*) его поведения. Такие обстоятельства рассматривались наряду с обстоятельствами, отягчающими ответственность. При этом необходимо учитывать две особенности:

1. Обстоятельства, снижающие моральную упречность, должны существовать именно в момент совершения преступления и быть связаны с ним, т.е. суд — по крайней мере, теоретически, — не имеет права учитывать постпреступное поведение лица, предыдущие судимости, а также семейные и медицинские соображения. Следует, однако, отметить, что судебная практика показала некоторую непоследовательность в данном вопросе.

2. Речь идет именно об упречности, а не о вине лица как юридической категории. Это означает, что, если, например, при доказывании самого факта тяжкого убийства не удалась защита со ссылкой на провокацию, сильное душевное волнение, состояние опьянения, что могло бы повлечь осуждение за простое убийство, обвиняемый вправе ссылаться на те же обстоятельства при назначении наказания, чтобы избежать смертной казни⁴.

Бремя доказывания указанных обстоятельств возложено на самого подсудимого на основании правила о наличии более веских доказательств (*preponderance of evidence*), в то время как сторона обвинения должна доказать совершение тяжкого убийства (иного преступления) за пределами обоснованных сомнений (*beyond reasonable doubt*). Фактически это означало введение опровержимой презумпции в пользу назначения смертной казни за тяжкое убийство и некоторые иные преступления⁵.

Рассматриваемая доктрина была первоначально введена в Южно-Африканской Республике, а позже распространилась и в других государствах региона (Ботсване, Лесото, Намибии, Свазиленде, Замбии и Зимбабве)⁶.

Обстоятельства, снижающие моральную упречность содеянного. Значение доктрины смягчающих обстоятельств заключается не только в том, что она позволяет отказаться от применения смертной казни, она подчеркивает, что не все преступления — даже тяжкие убийства — заслуживают равного морального порицания. Помимо легальной формулировки вины существует также понятие упречности, которое непосредственно влияет на назначение наказания.

Какие факты снижают моральную упречность содеянного?

Некоторые из них связаны со спецификой конкретного общества. Так, в странах Африки типичным обстоятельством, смягчающим упречность деяния, признавалась вера субъекта преступления в то, что потерпевший воздействовал на него или его близких с помощью колдовства⁷.

Следует отметить, что, несмотря на довольно скептическое отношение юристов к сверхчужденным способностям, нельзя не признать, что страх перед подобными явлениями может быть очень велик, особенно если сообщение о колдовстве совпадает с несчастьями в жизни конкретного человека. Полагаем, что месть за колдовство в ряде

⁴ См.: Novak A. The Global Decline of the Mandatory Death Penalty: Constitutional Jurisprudence and Legislative Reform in Africa, Asia and the Caribbean. Burlington, 2014. P. 125.

⁵ Ibid. P. 125–126.

⁶ Ibid. P. 126.

⁷ См.: Mwale Ch. Extenuating Circumstances in Murder Cases: A Comparative Study between the Zambian and the South African Criminal Justice Systems // URL: <http://dspace.unza.zm:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2203/Mwale.PDF?sequence=1> (дата обращения: 20.02.2016)

случаев действительно снижает моральную упречность деяния субъекта. Такая уверенность должна быть подкреплена поведением потерпевшего или иными объективными обстоятельствами.

Так, в деле *S vs Vela Bambz* (1986 г.) окружной суд Транскея отказался применить смертную казнь к мужчине, совершившему убийство пожилой женщины, и приговорил его к 20 годам лишения свободы. Было доказано, что потерпевшая встретила осужденного на улице и, преградив дорогу ему и его матери, сняла с себя одежду и заявила: «Я ответственна за твою долгую болезнь. Ты никогда не сможешь ходить на работу и содержать семью». Той же ночью осужденный проник в дом потерпевшей и убил ее⁸.

Другие обстоятельства являются довольно традиционными для многих правовых систем: провокация драки со стороны потерпевшего, неверность возлюбленной. В редких случаях смягчающим обстоятельством признавалось опьянение, а также молодой возраст субъекта преступления⁹.

Наибольший интерес имеет такое обстоятельство, как потеря индивидуальности (*deindividuation*) при совершении преступления. Так, в ЮАР в деле *S vs Sibisi and others* (1989 г.) восемь работников железной дороги были признаны виновными в убийстве четырех штрейкбрехеров. Преступление было совершено 28 апреля 1987 г. во время забастовки, организованной профсоюзом железнодорожных рабочих и иными работниками транспортной службы. Причиной забастовки послужило увольнение чернокожего водителя фургона за опоздание с выплатой очень малой суммы денег. Профсоюз требовал его восстановления на работе, улучшения процедуры рассмотрения жалоб работодателем, прекращения расовой дискриминации. Представители транспортной службы отказались вести переговоры. Вместо этого они решили выселить забастовщиков из общежитий. Во время начавшихся беспорядков несколько забастовщиков были застрелены полицией, многие ранены. Через несколько дней забастовщики узнали, что они уволены. Тогда они схватили пять рабочих, отказавшихся от участия в забастовке. Один из них сбегал. Четверо были вывезены в лес и убиты ножами и ударами бетонных блоков по голове. Лишь четыре подсудимых непосредственно участвовали в убийстве. Однако суд признал, что все восемь состояли в сговоре¹⁰.

На суде давали показания два социальных психолога из США и Великобритании, а также социальный антрополог из ЮАР, который подтвердил, что коллективное сознание присуще традиционным африканским культурам, что сделало подсудимых особенно уязвимыми для группового давления. С этим согласился и приглашенный клинический психолог, который оценивал личность каждого подсудимого¹¹.

Рассмотрев обстоятельства дела, социальные психологи пришли к следующим выводам. Скученность забастовщиков, постоянное пение и пляски привели их к потере индивидуальности и чувства ответственности. Многие забастовщики находились в состоянии фрустрации: они были лишены привилегий, которые имели их белые коллеги: жили в общежитиях, куда не допускались их жены, в условиях, напоминающих концлагеря. Это породило гнев и агрессию. Возникла групповая поляризация, что заставило их пойти на убийство лиц, не участвовавших в забастовке. Суд первой

⁸ См.: *Koyana D.S. The Demise of the Doctrine of Extenuating Circumstances in the Republics of South Africa and Transkei // Consultus. 1991. Vol. 4. No 2. P. 116.*

⁹ См.: *Mwale Ch. Op. cit. P. 13–15, 20; Novak A. Op. cit. P. 142.*

¹⁰ См.: *Colman A. Crowd Psychology in South African Murder Trials // American Psychologist. 1991. Vol. 46. No 10. P. 1072–1073.*

¹¹ *Ibid. P. 1073–1075.*

инстанции принял приведенные психологические аргументы и отказался от смертной казни в отношении четырех подсудимых. Позже смертные приговоры остальных были отменены апелляционной инстанцией. В судебной практике ЮАР существуют иные сходные примеры¹².

Приведенные аргументы могут быть использованы в делах, связанных с массовыми беспорядками, вызванными серьезными социальными потрясениями и в других странах. Они нуждаются в тщательном анализе с участием специалистов в области психологии, что требует отдельного глубокого исследования. Данные проблемы, безусловно, актуальны и в России, и в странах Запада.

Критика доктрины смягчающих обстоятельств наглядно выявила ее слабости, которые касаются как норм материального, так и процессуального права. Они также связаны с проблемами реального соблюдения прав подсудимых в существующих социальных условиях.

В литературе выделяются следующие обстоятельства, подрывающие эффективность применения рассматриваемой доктрины:

1. Смягчающие обстоятельства должны существовать именно на момент совершения преступления и быть связанными с ним. В связи с этим суд (по крайней мере, если применять доктрину последовательно) лишается возможности учесть иные значимые факты и обязан назначить осужденному смертную казнь, даже если это не отвечает целям наказания¹³.

2. Судебный процесс оказывается разделенным на независимые друг от друга стадии установления вины и вынесения приговора. На первой стадии подсудимый может отрицать свою вину, однако если будет доказано обратное, на второй стадии, чтобы избежать назначения смертной казни, он должен изменить показания, признать себя виновным и доказать наличие смягчающих обстоятельств. В таком случае прокурор может уличить подсудимого во лжи и поставить под сомнения все данные им показания¹⁴.

3. От суда требуется осуществить два дискреционных акта вместо одного: он должен предварительно установить, что смягчающие обстоятельства могли существовать и в связи с этим в принципе возможно отказаться от назначения смертной казни. Затем начинается процедура оценки смягчающих и отягчающих обстоятельств, и суд снова решает, заслуживает ли осужденный наказания в виде смертной казни или же оно может быть заменено лишением свободы. Подобная система приводит к повышению вероятности ошибки и произвола¹⁵.

4. Социальная реальность такова, что незащищенным слоям населения по факту угрожает более суровое наказание, так как они не имеют возможности воспользоваться услугами квалифицированного защитника¹⁶. Также данные лица могут стать жертвами предубеждения. Возлагать бремя доказывания наличия смягчающих обстоятельств на подсудимых в таких условиях неверно. Следует учитывать, что эти утверждения справедливы даже для развитых стран.

Специалисты полагают, что доктрина смягчающих обстоятельств — это компромиссное или переходное решение проблемы, которое позволяет судьям «спрятаться за

¹² Ibid. P. 1075–1078.

¹³ См.: Novak A. Op. cit. P. 129–130.

¹⁴ См.: Koyana D.S. Op. cit. P. 118; Novak A. Op. cit. P. 130.

¹⁵ См.: Novak A. Op. cit. P. 130.

¹⁶ См.: Chenwi L. Op. cit. P. 182.

законом» и не брать на себя полной ответственности за приговор¹⁷. Отметим, что имеющаяся критика не подрывает идею учета моральной упречности деяния. Напротив, она указывает на необходимость адекватного ее отражения в соответствующих юридических конструкциях.

Сегодня наиболее приемлемой представляется полная отмена обязательной смертной казни в пользу судебного усмотрения. Так, Г.А. Есаков, исследовавший проблему назначения смертной казни за тяжкое убийство в зарубежных странах, пришел к выводу, что «любому осужденному за тяжкое убийство должен быть предоставлен шанс избежать смерти, показав, что, принимая во внимание обстоятельства преступления и личность виновного, применение к нему смертной казни не будет отвечать целям уголовного наказания... в силу принципа *in favorem vitae* шанс этот должен заключаться не в обосновании осужденным наличия неких смягчающих обстоятельств, оправдывающих неприменение смертной казни, а, напротив, в доказывании обвинением особых отягчающих обстоятельств, делающих возможным вынесение смертного приговора»¹⁸.

Отмена доктрины смягчающих обстоятельств и обязательной смертной казни. В 1990 г. в уголовно-процессуальное законодательство ЮАР были внесены изменения, которые по сути отменили обязательную смертную казнь, требуя, чтобы суд учитывал все смягчающие и отягчающие обстоятельства при назначении справедливого наказания. В деле *S vs Nkwanyana* (1990 г.) Верховный апелляционный суд ЮАР постановил, что смягчающие обстоятельства должны включать в себя более широкое количество фактов, чем этого требует доктрина смягчающих обстоятельств. Данные факты не обязательно должны быть связаны с совершением преступления. Сторона обвинения обязана доказать наличие отягчающих и отсутствие смягчающих обстоятельств за пределами обоснованных сомнений. В 1995 г. Конституционный суд ЮАР признал смертную казнь неконституционной в деле *S vs Makwanyane*, постановив, что даже при наличии судебного усмотрения на каждой стадии судебного разбирательства присутствует элемент случайности. Это решение широко цитируется судами по всему миру¹⁹.

Доктрина о смягчающих обстоятельствах была отменена в Свазиленде в 2005 г., в Зимбабве в 2013 г. В Намибии она перестала действовать вместе с отменой смертной казни в 1989 г. Ботсвана и Лесото модифицировали доктрину, исключив наиболее спорные ее аспекты. В настоящий момент она сохранилась в Замбии²⁰.

Значение понятия моральной упречности для российской уголовно-правовой мысли. *Моральная упречность как предпосылка вины.* Несмотря на отсутствие единого понимания вины в российской уголовно-правовой науке²¹, фактически не вызывает сомнения, что она основывается на определенных представлениях о морали, о должном и упречном поведении. Как отмечает Г.В. Назаренко, «проблема вины есть проблема нравственно-правовой оценки антиобщественного поведения, осуществляемая нормативными средствами»²².

В то же время закрепление в уголовном законе всех признаков психического отношения лица к совершаемому деянию и его последствиям не представляется нужным и

¹⁷ См.: *Koyana D.S.* Op. cit. P.117; *Novak A.* Op. cit. P. 130.

¹⁸ Есаков Г.А. Указ. соч. С. 565–566.

¹⁹ См.: *Novak A.* Op. cit. P. 133–133.

²⁰ Ibid. P. 161–162.

²¹ См.: *Рарог А.И.* Проблемы квалификации преступлений по субъективным признакам. М., 2015. С. 43–46.

²² Цит. по: *Рарог А.И.* Указ. соч. С. 51–52.

возможным. Как справедливо указывал А.Э. Жалинский, вина включает в себя описание психологических процессов и их воздействия на деяние теми признаками, которые необходимы и достаточны для целей уголовного закона²³.

Важнейший признак — осознание общественной опасности действия (бездействия) — предполагает, что такая опасность объективно познаваема. При этом невозможно игнорировать, что в современном мире количество уголовно-правовых запретов чрезвычайно велико. Осознание общественной опасности таких «традиционных» составов преступлений, как убийство, изнасилование, разбой, не вызывает затруднений, так как изначально вытекает из их моральной упречности, которая познается с точки зрения здравого смысла.

Однако ряд нарушений в экономической и иных сферах становятся преступными или перестают быть таковыми лишь по воле законодателя²⁴. Осознание их общественной опасности невозможно без осознания их неуголовно-правовой (регулятивной) противоправности²⁵. Последняя основана на знании не только законодательства, но и его толкования, практики его применения. Последняя может быть непоследовательной, в связи с чем уголовное право вынуждено искать правовые средства, которые предотвратят необоснованное привлечение лица к уголовной ответственности. В частности, в литературе указывается на необходимость признания того, что неизбежная ошибка в регулятивной противоправности исключает вину субъекта²⁶. Неизбежность ошибки предполагает, что субъект предпринял усилия для уяснения смысла закона. Это в конечном итоге приводит нас к понятию недобросовестности²⁷ или отсутствия должного уровня предусмотрительности субъекта, которые, по сути, становятся аналогами моральной упречности тех преступлений, общественная опасность которых неочевидна.

Таким образом, моральная упречность деяния является предпосылкой вины для «традиционных» преступлений, а недобросовестность — для некоторых новых видов преступного поведения.

Суд присяжных и особая концепция вины. Наиболее ярко проблема моральной упречности может проявиться в связи с рассмотрением полномочий суда присяжных.

Так, при анализе проблемы признания подсудимого виновным или невиновным присяжными в литературе выделяется две концепции: «факты и право» и «виновность и наказание». Первая предполагает решение вопроса о виновности подсудимого в уголовно-правовом смысле, после чего судья дает квалификацию деяния и назначает наказание. Вторая подразумевает особое понимание вины, при котором присяжные в целом

²³ См.: Уголовное право. Общая часть / под общ. ред. А.Э. Жалинского. М., 2011. С. 473.

²⁴ Это характерно не только для нашей страны. См., например: *Larkin P. The Injustice of Imposing Domestic Criminal Liability for a Violation of Foreign Law* // Heritage Foundation Legal Memorandum N 94, June 12, 2013 // URL: <http://www.heritage.org/research/reports/2013/06/the-injustice-of-imposing-domestic-criminal-liability-for-a-violation-of-foreign-law> (дата обращения: 20.02.2016)

²⁵ См., например: *Яни П.С., Мурадов Э.С. Субъективные признаки налоговых преступлений: позиция Пленума Верховного Суда РФ // Законы России: опыт, анализ, практика. 2007. № 3 // СПС Консультант Плюс.*

²⁶ Подобная ошибка исключает уголовную ответственность согласно ст. 122-3 Уголовного кодекса Франции. См.: *Code penal* // URL: https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=F99367F5F1D4DE4E53C42861980A13BD.tpdila13v_1?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20160220 (дата обращения: 20.02.2016)

²⁷ См.: *Есаков Г.А. Вина в преступлениях в сфере экономической деятельности (о некоторых проблемах) // Преступления в сфере экономики: российский и европейский опыт. Материалы III российско-германского круглого стола. М., 2012. С. 61–62.*

решают, подлежит ли лицо уголовной ответственности, а судья лишь назначает наказание²⁸. В последнем случае присяжные могут постановить, что подсудимый не виновен, «в том числе и тогда, когда, установив доказанность события деяния, его совершение подсудимым и его вину в уголовно-правовом смысле, сочтут его подлежащим оправданию по своему внутреннему убеждению, голосу своей совести», и таким образом нуллифицировать уголовный закон²⁹.

Очевидно, что во многих случаях нуллификация не связана со степенью моральной упречности содеянного или связана с ней лишь косвенно. Она может иметь место в связи с недоверием к системе отправления уголовного судопроизводства или с чрезмерной суровостью наказания за то или иное преступление³⁰. Так, до отмены обязательной смертной казни в США многие присяжные фактически нарушали клятву, отказываясь осудить лицо за преступление, автоматическим следствием которого являлся смертный приговор³¹. Кроме того, возможно оправдание лица в связи с положительным предубеждением к его личности или антипатией к личности потерпевшего, что в нашей стране может повлечь отмену оправдательного приговора³².

Рассматривая возможности для нуллификации «вследствие наличия особых извинительных обстоятельств, не предусмотренных уголовным законом, либо очевидной малозначительности деяния», Г.А. Есаков приходит к выводу, что реализовать подобную тактику защите будет затруднительно. Вместе с тем он предлагает выработать четкие процессуальные правила действий сторон в различных ситуациях³³.

Здесь также уместно привести мнение Г.А. Гаджиева, который в связи с особой концепцией вины, которой могут руководствоваться присяжные, считает право на рассмотрение дела с участием присяжных формой проявления милосердия наряду с амнистией и помилованием. Сокращение полномочий суда присяжных, по его мнению, предполагает «ограничение возможности проявлять милость», которое не может быть произвольным, но «должно быть тщательно аргументировано и обосновано»³⁴.

Полагаем, что отсылки к моральной упречности содеянного или к необходимости оправдания субъекта присяжными по иным мотивам еще долго не утратят своей актуальности. Это подтверждается, в частности, недавним предложением о введении суда присяжных по делам об экономических преступлениях³⁵.

²⁸ См.: Петрухин И.Л. Оправдательный приговор и право на реабилитацию. М., 2009. С. 127–128.

²⁹ Есаков Г.А. «Нуллификация» уголовного закона в суде с участием присяжных заседателей // СПС КонсультантПлюс. Под нуллификацией уголовного закона понимается «вынесение оправдательного решения вопреки наличию очевидных доказательств виновности подсудимого или, как иной вариант определения, при отсутствии неустранимых сомнений в виновности подсудимого».

³⁰ Там же.

³¹ См.: Kirchmeier J. Aggravating and Mitigating Factors: The Paradox of Today's Arbitrary and Mandatory Capital Punishment Scheme // William & Mary Bill of Rights Journal. 1998. Vol. 6. P.350.

³² См.: Есаков Г.А. «Нуллификация» уголовного закона в суде с участием присяжных заседателей // СПС КонсультантПлюс.

³³ Там же.

³⁴ Особое мнение по делу. См.: Постановление Конституционного Суда РФ № 8-П от 19 апреля 2010 г. «По делу о проверке конституционности п. 2 и 3 ч. 2 ст. 30 и ч. 2 ст. 325 Уголовно-процессуального кодекса РФ в связи с жалобами граждан Р.Р. Зайнаутдинова, Р.В. Кудяева, Ф.Р. Файзулина, А.Д. Хасанова, А.И.Шаваева и запросом Свердловского областного суда» // Вестник Конституционного Суда РФ. 2010. № 3.

³⁵ См.: СФ и ФПА предлагают ввести суд присяжных по делам об экономических преступлениях // URL: http://www.fparf.ru/news/mass_media/mass_media_about_FPA/17120/ (дата обращения: 20.02.2016)

Юридические конструкции, позволяющие учесть моральную упречность или недобросовестность. Степень вины субъекта преступления.

Профессиональный судья — в отличие от обывателей (присяжных) — не вправе напрямую руководствоваться моральными или иными соображениями при установлении вины субъекта. Однако подобные соображения неизбежно получают отражение в нормах уголовного закона об учете смягчающих и отягчающих наказание обстоятельств, а также об иных правилах назначения наказания. Необходимость учета добросовестности субъекта также предполагается. В частности, на нее косвенно указано в п. 8 Постановления Пленума Верховного Суда России от 28.12.2006 г. № 64 «О практике применения судами уголовного законодательства об ответственности за налоговые преступления»³⁶, который говорит, что суду следует принимать во внимание обстоятельства, предусмотренные ст. 111 Налогового кодекса РФ, при установлении умысла субъекта. К таким обстоятельствам отнесен в том числе факт выполнения налогоплательщиком разъяснений компетентных органов, что свидетельствует о его добросовестном поведении.

Предписания, в основе которых лежат рассматриваемые соображения, приобретают самостоятельное уголовно-правовое значение. В итоге именно поэтому можно говорить не о моральной упречности или недобросовестности субъекта преступления, а о степени его вины. Данное понятие призвано отразить различное психическое отношение субъекта к совершенному деянию и наступившим последствиям в рамках одной и той же формы вины, что необходимо для обоснования справедливости назначенного лицу наказания.

Обоснование справедливости назначенного лицу наказания тесно связано с виной субъекта в совершенном деянии. При этом следует понимать, что не все обстоятельства, влияющие на назначение наказания, затрагивают моральную упречность или добросовестность субъекта и как следствие — степень его вины.

Рассмотрим в качестве примера ст. 64 Уголовного кодекса РФ (далее — УК РФ), которая предоставляет суду право назначить наказание ниже низшего предела, предусмотренного статьей Особенной части, или более мягкий вид наказания, чем предусмотрен этой статьей, или не применить обязательное дополнительное наказание. Такая возможность возникает в связи с исключительными обстоятельствами, которые следует разделить на две группы:

- снижающие степень вины субъекта, т.е. связанные с целями и мотивами преступления, ролью виновного и его поведением во время совершения преступления;
- иные обстоятельства, а именно: поведение после совершения преступления, а также, например, изменившееся состояние здоровья, беременность, наступившая после совершения преступления, и т.п.

Перечень обстоятельств остается открытым. При этом суд вправе учесть в качестве исключительных отдельные обстоятельства или совокупность таковых (ч. 2 ст. 64 УК РФ).

Итак, обстоятельства, смягчающие наказание, могут уменьшать вину субъекта или же, не затрагивая ее, влиять на назначение наказания. В то же время обстоятельства, отягчающие наказание, должны быть связаны со степенью вины субъекта. В качестве исключения можно указать на рецидив преступлений, который отрицательно характеризует личность субъекта.

Учет степеней вины субъекта выражает принцип справедливости, учет же иных обстоятельств — соображения милосердия. И требования справедливости, и соображения милосердия должны получить адекватное отражение в уголовном законе, однако

³⁶ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2007. № 3.

следует иметь в виду различную природу рассмотренных нами обстоятельств: принцип справедливости является незыблемым, отступление от него возможно только с целью проявления милосердия. Последнее в большей степени остается на усмотрении правоприменителя, решение о его проявлении не требует столь жесткого обоснования.

Оценка существующих уголовно-правовых норм и формулирование новых. Применяя действующие нормы уголовного закона, правоприменитель должен руководствоваться правовыми соображениями, в том числе установить, какова роль субъекта в совершении преступления и степень его вины. Однако при необходимости оценки справедливости действующих норм мы неизбежно возвращаемся к предпосылкам вины в уголовно-правовом смысле, а именно: к моральной упречности или недобросовестности субъекта.

Приведем несколько примеров из ст. 63 УК РФ. Так, в качестве отягчающего наказания п. «з» ч. 1 предусматривает совершение преступления в отношении женщины, заведомо для виновного находящейся в состоянии беременности, а также в отношении малолетнего, п. «к» ч. 1 — совершение преступления с использованием лекарственных препаратов, п. «о» ч. 1 — совершение умышленного преступления сотрудником органа внутренних дел. Возникает вопрос: насколько правильно применение п. «з» и «к» в отношении медицинских работников соответствующих специальностей, совершивших преступления по неосторожности? Должен ли акушер-гинеколог, педиатр или неонатолог отвечать за то, что его пациенты — беременные или малолетние? Должна ли ответственность врача отягчаться фактом использования лекарственных препаратов? Пункт «о» вызывает закономерные сомнения³⁷ в том, не должен ли он включать себя и иных лиц, призванных охранять права граждан? Иными словами, действительно ли моральная упречность указанных деяний усиливается?

Приведенные вопросы могут возникнуть и в связи с оценкой законопроектов о внесении изменений в уголовный закон.

Выводы. Моральная упречность или недобросовестность субъекта является предпосылкой его вины в уголовно-правовом смысле и в конечном итоге определяет степень последней.

Необходимость установления степени вины закреплена в нормах уголовного закона и уголовно-процессуальных нормах, этого требует принцип справедливости. Кроме того, в указанных нормах получают отражение соображения милосердия, что связано с учетом иных обстоятельств, не уменьшающих степень вины субъекта, но влияющих на назначение наказания.

Библиография

Есаков Г.А. Вина в преступлениях в сфере экономической деятельности (о некоторых проблемах) // Преступления в сфере экономики: российский и европейский опыт. Материалы российско-германского круглого стола. М.: Элит, 2012. С. 53–63.

Есаков Г.А. «Нуллификация» уголовного закона в суде с участием присяжных заседателей // Уголовное право. 2013. № 2 // СПС Консультант Плюс.

Есаков Г.А. Смертная казнь за тяжкое убийство в странах семьи общего права: от принципа талиона к принципам справедливости и индивидуализации ответственности // Lex Russica. 2004. № 2. С. 555–568.

³⁷ Эти сомнения разделяются не всеми. См.: Определение Конституционного Суда РФ от 8 декабря 2011 г. № 1623-О-О «По запросу Лабитнангского городского суда Ямало-Ненецкого автономного округа о проверке конституционности п. «о» ч. 1 ст. 63 Уголовного кодекса РФ» // СПС Консультант Плюс. См. также: Комментарий к Уголовному кодексу РФ (постатейный) М., 2013 // СПС Консультант Плюс.

Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации (постатейный) / Отв. ред. В.М. Лебедев. М., 2013 // СПС Консультант Плюс.

Петрухин И.Л. Оправдательный приговор и право на реабилитацию. М.: Проспект, 2009. 192 с.

Рарог А.И. Проблемы квалификации преступлений по субъективным признакам. М.: Проспект, 2015. 232 с.

Уголовное право: Учебник. В 3 т. Т. 1. Общая часть / под общ. ред. А.Э. Жалинского. М.: Городец, 2011. 864 с.

Яни П.С., Мурадов Э.С. Субъективные признаки налоговых преступлений: позиция Пленума Верховного Суда РФ // Законы России: опыт, анализ, практика. 2007. № 3 // СПС Консультант Плюс.

Chenwi L. Towards Abolition of Death Penalty in Africa: A Human Rights Perspective. Cape Town: Pretoria University Press, 2007. 240 p.

Colman A. Crowd psychology in South African Murder Trials // American Psychologist. 1991. Vol. 46. N 10. P. 1071–1079.

Kirchmeier J. Aggravating and Mitigating Factors: The Paradox of Today's Arbitrary and Mandatory Capital Punishment Scheme // William & Mary Bill of Rights Journal. 1998. Vol. 6. No 2. P. 345–459.

Koyana D.S. Demise of Doctrine of Extenuating Circumstances in the Republics of South Africa and Transkei // Consultus. 1991. Vol. 4. No 2. P. 115–118.

Larkin P. The Injustice of Imposing Domestic Criminal Liability for a Violation of Foreign Law // URL: <http://www.heritage.org/research/reports/2013/06/the-injustice-of-imposing-domestic-criminal-liability-for-a-violation-of-foreign-law> (дата обращения: 05.02.2016)

Mwale Ch. Extenuating Circumstances in Murder Cases: A Comparative Study in t Zambian and South African Criminal Justice Systems // URL: <http://dspace.unza.zm:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2203/Mwale.PDF?sequence=1> (дата обращения: 20.02.2016)

Novak A. Global Decline of Mandatory Death Penalty: Constitutional Jurisprudence and Legislative Reform in Africa, Asia and the Caribbean. Burlington: Ashgate, 2014. 182 p.

Moral Blameworthiness and Criminal Culpability (Case of Extenuating Circumstances Doctrine in African Nations)

Irina I. Nagornaya

Senior Lecturer, Criminal Law and Criminalistics Department, National Research University Higher School of Economics. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: irnag@yandex.ru

Abstract

The paper studies the doctrine of extenuating circumstances which originated in African Community of Nations. This doctrine developed as a response to the mandatory death penalty for murder and some other crimes in common law countries. The doctrine implies that the defendant can avoid death penalty if certain circumstances reduce his/her moral blameworthiness as distinct from the legal culpability. The author examines extenuating circumstances in practice of African courts. The paper criticizes the doctrine under consideration which led to its abolishing or modification in various countries. There are such disadvantages of the doctrine as: laying the burden of proof on the defendant; the need of confession in order to avoid death penalty; the inability to take into account circumstances that did not exist at the time of the crime (repentance, health deterioration etc.). This leads to the conclusion that today the complete abolition of the mandatory death penalty is required. The author considers moral blameworthiness in the Russian criminal law science. The conclusion is that this category is fundamental to conceive the social danger of "conventional" crimes (murder, robbery, rape, etc.). However, in the case of relatively new criminal prohibitions, including in the economic sphere, the awareness of the social danger implies understanding of unlawfulness of behavior and the lack of good faith. The lack of good faith and moral blameworthiness are considered as preconditions of criminal culpability. Being fixed in criminal law, they facilitate to identify the degree of guilt within the framework of a particular form of guilt if considering mitigating and aggravating circumstances in the Russian Criminal Code. Mitigating

circumstances can be both related to the degree of guilt of the perpetrator and not associated with it. In the former case, they are a reflection of justice, in the former — of mercy. Aggravating circumstances should be associated with the degree of guilt of the perpetrator (or previous criminal record). The justice and the mercy should be adequately reflected in the rules of the criminal law. Returning to the concept of moral blameworthiness and good faith is needed to evaluate the current criminal law rules and formulation of new ones.

Keywords

criminal law; mandatory death penalty; doctrine of extenuating circumstances; African Commonwealth; moral blameworthiness; criminal culpability.

Citation: Nagornaya I.I. (2016) Moral Blameworthiness and Criminal Culpability (case of Extenuated Circumstances Doctrine in African Nations). *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 223–234 (in Russian).

DOI: 10.17323/2072-8166.2016.2.223.234

References

- Chenwi L. (2007) *Towards Abolition of the Death Penalty in Africa: A Human Rights Perspective*. Cape Town: Pretoria University Press, 240 p.
- Colman A. (1991) Crowd Psychology in South African Murder Trials. *American Psychologist*, vol. 46, no 10, pp. 1071–1079.
- Esakov G.A. (2012) Vina v prestupleniyakh v sfere ekonomicheskoy deyatel'nosti [Guilt in the Crimes and Economic Activity]. *Prestupleniya v sfere ekonomiki: Rossiyskiy i Evropeyskiy opyt: Materialo Rossiysko-Germanskogo kruglogo stola* [Economic Crimes: Russian and European Experience. Proceedings of Russian-German Round Table]. Moscow: Elit, pp. 53–63.
- Esakov G.A. (2013) «Nullifikatsiya» ugovnogo zakona v sude s uchastiem prisyzhnykh zasedateley [Nullification of Criminal Law in Court Involving Jury] // SPS Konsul'tant Plus.
- Esakov G.A. (2004) Smertnaya kazn' za tyazhko ubystvo v stranakh sem'i obshchego prava: ot print-sipa taliona k printsipam spravedlivosti i individualizatsii otvetstvennosti [Death Penalty for Heavy Crime in Common Law States: Lex Talionis and Individual Responsibility]. *Lex Russica*, no 2, pp. 555–568.
- Koyana D.S. (1991) The Demise of Doctrine of Extenuating Circumstances in the Republics of South Africa and Transkei. *Consultus*, vol. 4, no 2, pp. 115–118.
- Larkin P. (2013) The Injustice of Imposing Domestic Criminal Liability for a Violation of Foreign Law. *Her-itage Foundation Legal Memorandum*. Available at: <http://www.heritage.org/research/reports/2013/06/the-injustice-of-imposing-domestic-criminal-liability-for-a-violation-of-foreign-law> (accessed: 5.02. 2016).
- Lebedev V.M. (ed.) (2013) *Kommentariy k Ugolovnomu kodeksu Rossiyskoy Federatsii* [Com-mentary to Russian Criminal Code] // SPS Konsul'tant Plyus.
- Petrukhin I.L. (2009) *Opravdatel'nyy prigovor i pravo na reabilitatsiyu* [Sentence of Acquittal and Right to Rehabilitation]. Moscow: Prospekt, 192 p. (in Russian)
- Mwale C. (2012) Extenuating Circumstances in Murder Cases: A Comparative study in Zambian and South African Criminal Justice Systems. Available at: <http://dspace.unza.zm:8080/xmlui/bitstream/handle/123456789/2203/Mwale.PDF?sequence=1> (accessed: 20.02. 2016).
- Novak A. (2014) *The Global Decline of the Mandatory Death Penalty: Constitutional Jurisprudence and Legislative Reform in Africa, Asia and the Caribbean*. Burlington: Ashgate Publishing Company, 182 p.
- Rarog A.I. (2015) *Problemy kvalifikatsii prestupleniy po sub"ektivnym priznakam* [Classifying Crimes by Subjective Signs]. Moscow: Prospekt, 232 p. (in Russian)
- Kirchmeier J. (1998) Aggravating and Mitigating Factors: Paradox of Today's Arbitrary and Mandatory Capital Punishment Scheme. *William and Mary Bill of Rights Journal*, vol. 6, no 2, pp. 345–459.
- Yani P.S., Muradov E.S. (2007) Sub"ektivnye priznaki nalogovykh prestupleniy: pozitsiya Plenuma Verkhovnogo Suda [Tax Crimes Opinion of Russian Supreme Court Plenum] SPS Consultant Plus
- Zhalinskiy A.E. (ed.) (2011) *Ugolovnoe pravo: uchebnik* [Criminal Law. Textbook] Moscow: Gorodets, 864 p. (in Russian)