

Предупреждение и сдерживание преступности: западные убеждения против традиционных правовых обычаев

Амедео Коттино

Амедео Коттино преподает социологию права на факультете
обществоведения университета Турина.

Краткое содержание

В данной статье поднимаются два вопроса. Первый касается современной идеи о том, что наказание, — воспринимаемое как утрата свободы, — способствует предотвращению незаконных действий. На самом деле, можно доказать, что, в целом, наказания слабо влияют на предотвращение преступлений среди отдельных лиц. Что касается предотвращения преступлений в общем, можно ожидать, что наказание будет иметь сдерживающий эффект в тех случаях, когда незаконные действия являются результатом разумного решения, то есть решения, основанного на анализе затрат и выгод. Однако существует широкий круг факторов, — от содействия группы до различных ситуативных и системных факторов, — которые вполне могут нейтрализовать воздействие такой угрозы, как наказание.

Второй вопрос относится к возможности существования не связанных со стигматизацией способов борьбы с преступностью. Немногие примеры, позаимствованные из юридической антропологии, как представляется, указывают на то, что существуют вполне жизнеспособные альтернативы. Однако перенос западного процесса решения проблем аборигенами в иные культурные контексты проблематичен и должен осуществляться с исключительной осторожностью.



Данная статья основана на двух общих предпосылках: во-первых, на уверенности в том, что в любой ситуации разубеждения (особым случаем которого является удерживание путем устрашения) следует учитывать социокультурную среду, в которой оно должно происходить; во-вторых, кроме того, на идее о том, что, каким бы ни было определение преступления, для надлежащего понимания незаконного поведения требуется уделять внимание не только преступнику (-ам), но и потерпевшему (-им) и свидетелю (-ям).

Теперь я хочу объяснить, как организована данная статья. Я начну с кратких замечаний относительно двух основных концепций наказания, одна из которых базируется на понятии возмездия (получения по заслугам), а другая — на практической пользе. Поскольку одним из ключевых вопросов является сдерживающий эффект наказания, во второй части я несколько подробнее рассмотрю, есть ли — и в какой степени — фактические доказательства в поддержку его существования.

Антропологические исследования традиционных обществ выявили большое разнообразие способов борьбы с противоправными действиями: в отличие от современного западного права обычные законы¹ часто совершенно по-разному обозначают и того, кто является преступником, и что следует сделать в связи с его проступком и как восстановить социальные связи, которые подверглись опасности или были оборваны. Это предмет третьей части статьи.

Наконец, есть еще один ключевой вопрос: можем ли мы чему-либо научиться из этого западного опыта или подобные практики настолько привязаны к конкретной культуре, что культурный перенос немислим?

1 Под обычными законами я понимаю установившиеся модели поведения в рамках конкретной социальной среды. Их также называют традиционными законами.

Нет нужды говорить, что данная статья вовсе не претендует на исчерпывающий охват этой области исследования, которую можно метафорически уподобить почти бескрайнему пейзажу. Скорее я продемонстрирую наименее знакомые нам способы борьбы с противоправными действиями, не упоминая о гораздо лучше известных методах, таких как методы различных комиссий по установлению истины и примирению.

Наказание как возмездие

При обсуждении наказаний мы, по существу, сталкиваемся с двумя точками зрения.

Первая состоит в том, что противоправные действия должны быть наказуемы вне зависимости от того, каким может быть поведение нарушителя закона в будущем². Люди, нарушающие закон, должны быть наказаны, потому что они заслуживают наказания (поэтому идеология возмездия также известна как идеология «получения по заслугам»). Как было сказано, «в основе этого довода в пользу наказания как кары лежит мнение, что цель наказания заключается в том, чтобы возложить на преступника вину за совершенное преступление»³. По сути, это современная формулировка древнего принципа «око за око».

Эта точка зрения подвергается жесткой критике, прежде всего потому, что она покоится на предположении, что преступление и наказание являются однородными понятиями. Но поскольку мы не в состоянии установить эквивалентность наложенного наказания и совершенного преступления, можно ли считать предполагаемое наказание карательным? Мне кажется, мало кто будет утверждать, что боль и страдания, причиненные кражей, или нападением, или убийством, сравнимы с болью и страданиями, вызванными лишением свободы посредством тюремного заключения. Проведенные в камере дни, месяцы, годы, целая жизнь означают мучения, степень которых может быть определена лишь самим заключенным (и его родственниками). Сторонники наказания как кары также не могут опровергнуть

2 H.L.A. Hart, «Prolegomenon to the principles of punishment», in H.L.A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford University Press, Oxford, 1968; Norval Morris, *The Future of Imprisonment*, University of Chicago Press, Chicago, 1974.

3 George S. Yacoubian, «Sanctioning alternatives in international criminal law: Recommendations for the International Criminal Tribunals for Rwanda and former Yugoslavia», *World Affairs*, Vol. 161 (summer 1998), pp. 1–3.

это возражение, заменив понятие эквивалентности понятием соразмерности⁴. Утверждение, что самые суровые наказания должны предназначаться для самих серьезных преступлений, — в том смысле, что строгость первых должна быть *соразмерна* тяжести последних, — несостоятельно по тем же самым причинам, которые приведены выше⁵. Кроме того, существует множество доказательств того, что представление и о преступлении, и о наказании зависит от социокультурного контекста (вспомните, например, что не так давно преступлением считался гомосексуализм) и, следовательно, меняется с течением времени и в зависимости от места.

Сдерживающий эффект наказания

Утилитаристская точка зрения

Другой, возможно, более существенный, взгляд на уголовную политику современного государства таков: для каждого преступления может быть придумано тщательно рассчитанное наказание, так чтобы выгода от преступления была компенсирована наказанием. В отличие от представления о наказании как о каре эта позиция, исторически связанная с работами таких мыслителей-утилитаристов, как Беккариа (1744 г.) и Бентам (1781 г.), оправдывает причинение преступнику боли и страдания, если — и только в этом случае — это помогает избежать еще больших боли и страданий (вызванных новыми преступлениями). В реальности причинение боли должно воздействовать не только на преступника (*индивидуальное* предупреждение), но и на «других», на законопослушных граждан, которые иначе могли бы поддаться искушению нарушить закон (*общее* предупреждение). Следующий вопрос, который нуждается в обсуждении: следует считать, что сдерживающий эффект зависит от *уровня наказания* (чем строже наказание, тем лучше соблюдается закон), или от *вероятности наказания* (опасность того, что преступника арестуют, привлекут к суду и приговорят), или и от того, и от другого?

Не вдаваясь в юридические и философские тонкости, порожденные утилитаристской позицией, я хотел бы лишь упомянуть о том,

4 Andrew von Hirsch, *Censure and Sanctions*, Oxford University Press, Oxford, 1976.

5 Подробный обзор теорий, основанных на получении по заслугам и соразмерности, см. в Michael Tonry, «Obsolescence and immanence in penal theory and policy», *Columbia Law Review*, Vol. 105 (4) 2005, pp. 1233–75.

что даже к этой точке зрения относится приведенная мною выше критика идеи наказания как кары, а именно замечание о том, что наказание и преступление несопоставимы между собой. Столь же несопоставимы и причиняемые ими боль и страдания.

Тем не менее, несмотря на теоретические и технические сложности, с которыми сталкивается идея о том, что наказания — при определенных условиях, главным образом касающихся эффективности системы вынесения приговоров, — все же оказывают превентивное воздействие на преступность, ее, этой идеи, твердо придерживаются простые люди, ученые-юристы и наконец, — но не в последнюю очередь по важности, — политики. На самом деле, сдерживающий эффект наказания обычно считается само собой разумеющимся: «Представление об общем превентивном воздействии наказания столь глубоко укоренилось в «здравомыслии» общества, что вопросы о том, существует ли оно на самом деле, часто не поднимаются и остаются невысказанными... В этом смысле представление об общем превентивном воздействии наказания является преобладающим взглядом в обществе»⁶. Другими словами, бремя доказывания лежит на тех, кто отрицает это представление.

Само собой разумеется вся эта проблема вовсе не является предметом всего лишь теоретического спора, ведь согласие с утверждением, что наказание «работает», в том смысле, что оно помогает удерживать преступников и других лиц от нарушения закона, означает, что мы готовы причинять вред другим людям посредством штрафов и (или) тюремного заключения и, в качестве последнего средства, убивать их. Не вдаваясь слишком глубоко в дебаты относительно смертных приговоров, я должен упомянуть, что по этическим причинам категорически отвергаю смертную казнь в любой форме. И даже на основании фактических доказательств защищать смертную казнь вряд ли разумно.

В самом полном на настоящий момент обзоре новых исследований, посвященных влиянию смертной казни на убийства, перечисляется ряд недопустимых методологических ошибок, как, например, выведение «причинно-следственных связей на основании некорректных и ограниченных данных наблюдений и пренебрежение важными конкурирующими факторами, влияющими на убийства»⁷. Не говоря

6 Thomas Mathiesen, *Prison on Trial*, Sage, London, 1990.

7 Jeffrey Fagan, «Death and deterrence redux: science, law and causal reasoning on capital punishment», *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 255 (4) (2006), p. 261.

уже о «самой важной теоретической оплошности — отсутствии упоминания о поражении в правах в результате, в частности, приговоров к тюремному заключению и пожизненному заключению без права досрочного освобождения»⁸.

Обратимся же теперь к менее драматичному вопросу о том, оказывают ли различные формы уменьшения личной свободы сдерживающее воздействие на поведение.

Об индивидуальном предупреждении

Имеющиеся данные, полученные в ходе относительно большого числа исследований по данному предмету, не доказывают, что наказание обладает значительным сдерживающим эффектом. Напротив, последние изыскания⁹ говорят о том, что наказания могут приводить к росту рецидивизма:

«И более долгие сроки тюремного заключения, и отбытие срока в тюрьме в сравнении с наказанием правонарушителей мерами общественного воздействия ассоциируются с немного более высоким уровнем рецидивизма. Подобным же образом шоковая пробация, шокковое заключение и другие подобные программы, которые знакомят преступников с суровостью системы уголовного правосудия в попытке отвратить их от преступной деятельности, не уменьшают числа последующих правонарушений и на самом деле, кажется, даже увеличивают его»¹⁰.

Об общем предупреждении

Что касается *общего* предупреждения, то сначала надо вспомнить, что теория удерживания путем устрашения основывается на явной связи между знанием о правоприменительных действиях и соблюдением

8 Ibid., p. 269.

9 Существует большое количество фактических доказательств того, что тюремное заключение имеет тенденцию создавать преступников и поддерживать их преступные склонности. Mathiesian, см. выше примечание 6; Amedeo Cottino, *Vie de Clan*, L'Harmattan, Paris, 2004.

10 M. Lipsey, N.N. Landenberger and G.L. Chapman, «Rehabilitation: an assessment of theory and research», in C. Sumner (ed.), *The Blackwell Companion to Criminology*, Blackwell, London, 2004, p. 217.

права. Законопослушный гражданин описывается как субъект, который знает, что происходит с теми, кто не соблюдает законы, и поэтому опасается последствий их несоблюдения. Однако, как нам всем известно, в реальности преступления — вещь многосторонняя, и существует несколько причин, по которым люди соблюдают или, напротив, нарушают законы. Например, законопослушное поведение может быть в гораздо большей степени продиктовано страхом перед *неофициальными* санкциями, такими «как ущерб репутации компании или работе специалиста по охране окружающей среды или его профессиональной репутации»¹¹, чем осознанием опасности подвергнуться штрафу (или лишению свободы). Кроме того, «соблюдение законов значительно улучшается, если эндогенно избирается, то есть налагается лицом на самого себя, мягкое право [правовые нормы, соблюдению которых способствуют санкции, не основанные на сдерживании путем устрашения. — *Прим. ред.*]»¹².

Тиран и Фельд великолепно иллюстрируют сложность ситуации, взяв в качестве примера разбрасывание мусора.

«Чистые улицы — классический пример общественного блага... штрафы за разбрасывание мусора обычно довольно невелики, то есть учитывая, что постановления о запрете на разбрасывание мусора представляют собой пример мягкого права, с экономической точки зрения удивительно, что не все люди мусорят на улицах. Однако в реальной жизни, конечно, не все люди одинаковы. Некоторые люди не стали бы мусорить, даже если бы не существовало законов, запрещающих разбрасывать мусор. Люди, принадлежащие к другой группе, мусорили бы, если бы не было постановлений о запрете на разбрасывание мусора, но могут подчиниться такому постановлению из глубоко усвоенного уважения к закону. Принятие постановления о запрете на разбрасывание мусора («намеренного напоминания») может активизировать это уважение в людях и тем самым уменьшить разбрасывание мусора. Третья группа людей ставит свое поведение в зависимость от того, как ведут себя другие»¹³.

11 Jean-Robert Tyran and Lars P. Feld, «Achieving compliance when legal sanctions are non-deterrent», *Scandinavian Journal of Economics*, Vol. 108 (1) (2006), p. 139.

12 Ibid., p. 135.

13 Ibid., p. 139.

В общем и целом, если выйти за рамки неразрешенных¹⁴ методологических проблем, кажется, доказать теорию удерживания путем устрашения трудно, не в последнюю очередь потому, что тот же вывод (об отсутствии убедительных доводов в пользу этой теории) был сделан в изысканиях, касавшихся самых разнообразных предметов, от «управления автомобилем в состоянии опьянения»¹⁵ до «экологических преступлений»¹⁶, и в исследованиях, посвященных сдерживающему эффекту более суровых наказаний¹⁷. В частности, данные авторы утверждают, что не существует доказательств снижения уровня преступности после введения политики вынесения суровых приговоров.

Вероятно, основным недостатком теории удерживания путем устрашения является лежащая в ее основе посылка, что люди действуют разумно, то есть выбирают данный образ действий, просчитав и взвесив все «за» и «против». Это априорное допущение, которым мы, увы, обязаны преобладанию либеральной экономической мысли, представляет человека, совершающего действие, как «хомо экономикус». При этом оно охватывает лишь один аспект человеческого поведения и опирается на весьма хрупкое основание.

Существуют ли условия, при которых наказание может обладать сдерживающим эффектом? Общая модель

Ограничения точки зрения, базирующейся на мысли о том, что потенциальные девианты являются разумными, расчетливыми людьми, заставили американского криминолога Уильяма Чамблисса¹⁸

- 14 См. Gary Kleck, Brion Sever, Spencer Li and Marc Gertz, «The missing link in general deterrence research», *Criminology*, Vol. 43 (3) (2005), pp. 623–59. Они отмечают, что есть недостающее звено между совокупными уровнями наказаний и восприятием наказания отдельными лицами, и поэтому возникают серьезные сомнения относительно тех причин предпочтения карательных стратегий борьбы с преступностью, которые основаны на удерживании путем устрашения.
- 15 William N. Evans, Doreen Neville and John D. Graham, «General deterrence of drunken driving: evaluation of recent American policies», *Risk Analysis*, Vol. 11 (2) (1991), pp. 279–89.
- 16 D. Thornton, N. Gunningham and R. Kagan, «General deterrence and corporate environmental behaviour», *Law & Policy*, Vol. 27 (2005), pp. 262–88.
- 17 Cheryl Marie Webster, Anthony N. Doob and Franklin E. Zimring, «Proposition 8 and crime rates in California: the case of the disappearing deterrent», *Criminology & Public Policy*, Vol. 5 (3) (2006), pp. 417–48.
- 18 William J. Chambliss, *Crime and the Legal Process*, McGraw-Hill Book Company, New York, 1969.

разработать теоретическую модель, которая, насколько я знаю, так и не привлекла того внимания, которого она заслуживает. Чамблисс определяет — очень абстрактно — отдельные условия, при которых кажется правдоподобным сдерживающий эффект наказания. Для этого он рассматривает преступление с точки зрения двух переменных: *поведения* преступника и его *готовности* к преступным действиям.

Ради простоты эти переменные рассматриваются как дихотомические¹⁹. Так, поведение может быть либо практическим, либо эмоциональным, а готовность — высокой или низкой (*рис. 1*).

Практичное поведение — это целенаправленное поведение, то есть действия разумного субъекта на основании анализа затрат и выгод. Разумный субъект оценивает альтернативные линии поведения с точки зрения их последствий, прежде чем он принимает решение выполнить противоправное действие. И в число этих последствий он включает опасность подвергнуться наказанию.

В отличие от практического поведения эмоциональное поведение является самоцелью. Это, например, случай человека, отказывающегося от прохождения военной службы по идейным соображениям, — молодого человека, который по этическим соображениям отказывается взять в руки оружие. Он не интересуется последствиями своих действий, и они его не трогают.

Уровень готовности низок, когда решение о нарушении закона обусловлено случайными факторами, а не конкретными, постоянными мотивами. Напротив, человек с высоким уровнем готовности — это тот, кто решил посвятить свою жизнь преступной деятельности. Те лица, которые выбрали карьеру преступников, по сравнению с законопослушными субъектами, вероятно, менее чувствительны к угрозе наказания и (или) воспринимают опасность наказания как издержки профессии. Другими словами, чем выше уровень готовности, тем ниже вероятность того, что наказание будет иметь сдерживающий эффект.

19 Следует отметить, что общие, абстрактные модели — особенно таксономические — имеют как достоинства, так и недостатки. С одной стороны, мы ценим их простоту: сразу видны основные тенденции, взаимосвязи и тому подобное. С другой стороны, особенно когда, как в нашем случае, мы имеем дело с противопоставлением двух величин, грань между упрощением и упрощенчеством легко может стереться, и высока опасность исказить искомые факты. Кроме того, используемые понятия могут быть многозначными: очевидно, что результаты будут различаться в зависимости от того, какое значение мы им придадим.

	Уровень готовности к преступной деятельности	
	Низкий	Высокий
Практичное	А	В
Тип поведения		
Эмоциональное	С	Д

Рис. 1. Типология действий и мотивов

Тот факт, что уровень готовности влияет на воздействие устрашения, довольно давно был доказан Кэмерон²⁰ в ее исследовании о магазинных кражах. Она выделила два типа магазинных воров: *специалист* и *любитель*. Первый — профессиональный вор, для которого кражи являются образом жизни. Второй, любитель, — это просто домохозяйка из среднего класса или обычный гражданин, которые «вносят вклад» в семейный бюджет посредством более-менее случайного воровства. Интересно, что изучение видеозаписей в супермаркетах показало, что любители, в отличие от специалистов, очень редко появляются в них больше одного раза. Очевидно, они не готовы рисковать тем, что их снова поймают. Вероятно, в данном случае удерживание путем устрашения работает.

Если считать это рассуждение убедительным, можно ожидать, в общем, максимального сдерживания в случае (А), когда низкая готовность сочетается с практичностью, и, наоборот, минимального — в случае (D), где эмоциональность сочетается с высокой готовностью (как в случае «преступления по страсти»). В остальных случаях превентивный эффект, вероятно, довольно низок, по крайней мере в случае (В). Здесь опасность наказания, так сказать, включается в «издержки» профессии преступника.

Чамблисс, бесспорно, создал удачную отправную точку для более точного анализа, однако я полагаю, что нельзя пренебрегать фактором содействия группы, поскольку нам известно²¹, что с точки зрения

20 Mary Owen Cameron, *The Booster and The Snitch*, Free Press of Glencoe, Glencoe, Ill., 1964.

21 Edwin Sutherland, *White Collar Crime*, Yale University Press, New Haven, 1983. Амедео Коттино, «*Disonesto ma non criminale*». *La giustizia e i privilegi dei potenti*, Carocci, Rome, 2005.

готовности имеет значение, может ли лицо, выступающее с инициативой нарушить закон, рассчитывать на какое-либо одобрение со стороны других людей: друзей, родственников, товарищей, компаньонов и так далее (не будем забывать и про свидетелей). Веским, пусть и косвенным, доказательством этого служит неизменная численность таких преступных организаций, как мафия, Каморра и тому подобные, несмотря на чрезвычайно суровое уголовное законодательство, введенное в действие итальянским правительством в течение последних тридцати лет.

До сих пор мы рассматривали готовность в свете личного участия в девиантных действиях в сравнении с коллективным участием. Однако мы также могли бы взглянуть на вещи более оптимистически, так сказать, рассматривая готовность в качестве необходимого предварительного условия для соблюдения закона²². Нет нужды говорить, что данная тема выходит далеко за рамки настоящей статьи. Здесь можно очень схематично и общо сказать о том, что законопослушное поведение обычно считается результатом одновременного воздействия нескольких сил внутри индивидуума (его совесть, система ценностей и т.п.) и в его окружении. Среди последних я бы выделил две: контроль сверху (так называемый формальный контроль) и контроль со стороны группы, к которой принадлежит лицо.

Глядя немного под другим углом, Зимбардо²³ подчеркивает, как мало объясняет традиционная модель, в центре которой находится правонарушитель и его наклонности, и убедительно доказывает, что первостепенную роль играют контекст и структура. Конечно, автор рассматривает ситуации запредельного насилия в зонах боевых действий, но «как хорошие люди превращаются в злых» — это всего лишь более наводящая на размышления и более впечатляющая формулировка вопроса, почему (обычные) люди становятся преступниками. По мнению данного автора, в тех ситуациях, где в самой основе армии заложены элементы гомофобии, женоненавистничества и превосходства над всеми врагами, физическое и психологическое насилие — даже в самых ужасающих формах, — которому систематически подвергают гражданских лиц и пленных (от изнасилования в Нанкине и резни в деревне Ми Лай до надругательств и пыток в тюрьме Абу-Грейб), можно в значительной степени объяснить ситуативными и системными факторами. Однако если эти факторы действительно являются гораздо

22 Этой мыслью я обязан Анн-Мари Ля Розе.

23 Philip Zimbardo, *The Lucifer Effect: Understanding How Good People Turn Evil*, Random House, New York, 2007.

лучшим объяснением, чем склонности исполнителей преступлений, то, как доказывает Зимбардо, есть опасность, что законное наказание преступников само по себе не достигнет поставленной цели.

На самом деле, и знаменитый стэнфордский эксперимент с имитацией тюрьмы²⁴, и настоящая тюрьма Абу-Грейб доказали, что ситуация имеет значение. «Социальные ситуации могут оказывать более глубокое воздействие на поведение и мыслительные процессы индивидумов, групп и национальных лидеров, чем мы способны представить»²⁵. В частности, «власть ситуации более заметна в нестандартном окружении, когда люди не могут опереться на предыдущий опыт для выбора новых вариантов поведения. В таких ситуациях обычные структуры вознаграждений изменяются, и ожидания оказываются нарушенными»²⁶. Однако системы также имеют значение, поскольку они предоставляют институциональную поддержку, авторитет и ресурсы, которые позволяют ситуациям разворачиваться так, как это происходит»²⁷. Следовательно, дегуманизация — «предположение, что другие люди не обладают теми же чувствами, мыслями, ценностями и целями в жизни, что и мы»²⁸, — эта основополагающая зловещая предпосылка к совершению любых невообразимо жестоких насильственных действий, теперь является не проблемой «плохих яблок», но проблемой «плохих бочек». Подводя итог, можно сказать, что «плохие системы создают плохие ситуации, которые создают плохие яблоки, которые создают плохие поступки...»²⁹

Наконец, что касается определения ответственности, я поддерживаю ту точку зрения, которая выходит за рамки конкретной ответственности отдельного преступника и возлагает вину на структуру, на организацию. И на мой взгляд — поскольку я умышленно не учитываю ситуации, в которых нарушение гуманитарных прав кажется самостоятельным решением одного человека, — бремя доказывания лежит на тех, кто отрицает эту точку зрения. Данные, полученные в других областях научных исследований, таких как изучение экономической преступности³⁰, действительно доказывают, что вполне возможен

24 Стэнфордский эксперимент 1974 г. подробно описан Зимбардо, см. выше примечание 23.

25 Ibid., p. 211.

26 Ibid., p. 211.

27 Ibid., p. 236.

28 Ibid., p. 222.

29 Ibid., p. 445.

30 Michael Gilbert and Steve Russell, «Globalization of criminal justice in the corporate context», *Crime, Law and Social Change*, Vol. 38 (3) (2002), pp. 211–38.

подход, при котором на корпорации, совершающие преступные действия, возлагается полная ответственность. «Корпорация не обладает — в физическом смысле — мозгом, в котором могли бы зародиться намерение или способность к действию, необходимые для возникновения традиционной уголовной ответственности. Однако у нее есть нервный центр, состоящий из процессов принятия решений, которые регулируют корпоративные действия и приводят к решениям, имеющим юридическую силу»³¹.

Давайте теперь обратимся к некоторым иным способам, которые люди изобрели для решения проблемы девиантного поведения. Сравнение с иными представлениями о преступлении, преступнике и наказании может породить новые идеи и гипотезы.

Преступление и обычное право

Существуют общества или общины, в которых мирный путь является преобладающим способом реагирования на преступность. Мирным он является в том смысле, что основная цель общественной реакции прежде всего не наказать правонарушителя, но помочь ему. И это становится возможным, потому что никогда не упускаются из вида потерпевшие или окружающая социальная среда. Как верно заметил Рулан, «в сфере правонарушений наказанию подлечит в меньшей мере проступок, нежели отсутствие взаимности и сбалансированности поведения между правами и обязанностями»³². Также достаточно часто преступление рассматривается как рана, которую нужно залечить, а не как проступок в западном уголовном смысле этого слова. Это, в свою очередь, оказывает огромное влияние на роль суда в вынесении приговора. Поскольку окончательным искомым результатом является решение, приемлемое для всех заинтересованных сторон, постоянное внимание уделяется реабилитации (процессу восстановления поврежденных личных и общественных связей) и компенсации (процессу возмещения ущерба пострадавшему лицу).

Нет нужды говорить, что используемый в этих судебных обычаях язык является языком повседневным. Подобным же образом важные юридические понятия западного права не имеют эквивалентов

31 Ibid., p. 220.

32 Норбер Рулан, *Юридическая антропология*. М., 1999 (Norbert Roulant, *Anthropologie juridique*, Presses Universitaires de France, Paris, 2nd edn, 1990).

в традиционном праве, а традиционное правовое мышление избирает иные пути, чем те, к которым мы привыкли на Западе.

Навахо: уголовное судопроизводство как процесс примирения

По мнению навахо, реакция на преступление, по существу, основывается на идее о том, что цель суда — примирение. Роберт Яззи, главный судья народа навахо, говорит: «Наша практика назначения наказаний предусматривает примирение *до* того, как заявляется об обвинении, *после* такого заявления, *до* вынесения приговора и *после* вынесения приговора»³³. Центральная роль примирения и тот факт, что приоритет отдается восстановлению общественных связей, отражают весьма специфичный взгляд на преступника. На вопрос: «Кто он?» последует ответ: «Он тот, кто не выказывает уважения к правильным отношениям. Этот человек мало уважает других. Навахо говорят о таком человеке, что *«он ведет себя так, будто у него нет родственников»*³⁴. Однако, согласно миропониманию навахо, как объясняет судья Яззи, когда кто-то ведет себя подобным образом, «его родственники несут определенную ответственность: стыдно иметь родственника, который выступает против других людей. Это вредит *вашиим* отношениям с другими людьми. Поэтому вы берете на себя ответственность за действия своего родственника. То же самое относится к потерпевшим. Если мой родственник пострадал, я обязан вмешаться и помочь ему»³⁵. Когда это происходит, привлекают родственников и назначается примиритель.

И тогда начинается то, что лежит в основе всей процедуры — «обговаривание». Это процесс, в котором участвуют не только родственники с обеих сторон, но и друзья, соседи и иные заинтересованные лица. После молитвы, которую обычно произносит старейшина, участникам предлагают рассказать о случившемся и что они по этому поводу чувствуют. Когда все выскажутся, примиритель обращается к соответствующему преданию («форма прецедента, который все уважают»). Важно отметить, что это не является посредничеством: примиритель имеет весьма твердое мнение о том, что он услышал во вре-

33 Robert Yazzie, «The Navajo response to crime», *Justice as Healing*, Vol. 3 (2) (1998), p. 3 (курсив мой).

34 Ibid., p. 1 (Курсив мой. — А.К.).

35 Ibid., p. 2 (Курсив мой. — А.К.).

мя «обговаривания». Наконец после того, как прочтена молитва и все выразили свои чувства, обычно люди достигают общего решения о том, что делать, подписывают документ и планируют, что необходимо предпринять с практической точки зрения.

Тем временем происходит нечто очень важное между потерпевшим и лицом, играющим в традиционном обществе роль инспектора, наблюдающего за условно осужденными (чаще всего это один из родственников потерпевшего): решается проблема возмещения ущерба. Навахо используют термин «*nalyeeh*», что можно перевести как «возмещение ущерба», или «компенсация». Цель состоит не в том, чтобы исправить преступника, но в том, чтобы исправить содеянное им. В ходе переговоров, которые следуют затем³⁶, достигается соглашение относительно того объема компенсации, который часто может быть просто символическим. В заключение снова процитируем Яззи: «Примирение... заставляет преступников взглянуть на самих себя и на последствия своих действий. Во многих программах помощи жертвам забывают, что у жертв есть семьи и что родственники — один из лучших источников помощи. Вот, в двух словах, ответ навахо на преступность»³⁷.

«Исправление ошибок» (хо'опонопоно) у коренных гавайцев

Основная черта гавайской культуры состоит в том, «что гавайцы всегда предпочитают такой стиль социального взаимодействия, когда подчеркивается межличностное согласие и происходит уклонение от открытого конфликта»³⁸. Хо'опонопоно и есть метод обращения с любым событием, которое может угрожать этому согласию или подорвать его. Поэтому, в принципе, он имеет очень широкое применение — от конфликтов в семье через социальные проблемы и неспособность адаптироваться до собственно девиантного поведения и преступности. Основные этапы этого обычая таковы: *вступление*

36 Иногда переговоры могут быть прерваны вмешательством неиндейского суда, как в следующем примере: «Семьи трех молодых людей, которые изнасиловали молодую женщину навахо, собирались передать двадцать одну голову скота семье потерпевшей. Суд штата имел юрисдикцию в отношении этого дела и отказался обеспечить исполнение этого соглашения. Женщина была опозорена из-за того, что публичный символ ее невинности не был доставлен к ее дому, и не получила ничего» (ibid., p. 3).

37 Ibid., p. 4.

38 Victoria Shook, *Ho'oponopono*, University of Hawai'i Press, Honolulu, 1985, p. 4.

с оценкой и подготовкой участников и официальным изложением проблемы; *обсуждение*, ведущее к выявлению проблемы; *решение* посредством признания, прощения и при необходимости возмещения ущерба и *завершение*. Все эти этапы одинаково важны; они следуют один за другим в логическом порядке как органичные средства управления «тем, в какой степени группа сохраняет ценности сотрудничества, доверия и взаимосвязанности, которые присущи хо'опнопоно»³⁹. И обеспечение этой взаимосвязанности является одной из главных задач того, кто руководит процессом, — по традиции, это кто-то из старших членов семьи или уважаемый человек со стороны.

Этот метод особенно интересен для наших целей, потому что он используется и в разнообразных ситуациях, участники которых не являются частью гавайского общества, и среди субъектов, между которыми отсутствуют общественные отношения. Трудно объяснить подробно, каким образом это удастся. Несомненно, это связано с культурными процессами, которые помогают переступить культурные границы. Здесь можно сказать только нечто весьма очевидное, а именно, что перенос процесса решения проблем аборигенами в иной культурный контекст обречен на неудачу, если не иметь представления о «местных особенностях». Это означает, что начинать следует с воссоздания социально-экономической и культурной среды, где произошло событие, с которым мы намереваемся разобраться (в чем бы ни заключалась проблема). Нам также необходимо оценить ситуацию, чтобы установить, например, существуют ли другие правовые системы одновременно с господствующей и какого рода правосудие здесь работает. Возможно, такие основные понятия, как «преступник», «преступление» и «потерпевший», не обладают теми значениями, которые мы, западные люди, им обычно придаем. Нет нужды говорить, что этот вопрос приобретает исключительную важность, когда речь идет о закрытых группах, вроде воинских подразделений, экипажей, бригад и так далее, поскольку эти группы тяготеют к выработке собственного кодекса норм поведения, который иногда противоречит официальной правовой системе. Вследствие этого может случиться, что преступные действия, совершенные членами группы, более не рассматриваются в качестве таковых. Принципы солидарности и верности группе могут оказывать столь сильное давление на группу вооруженных лиц, что нарушения гуманитарного права, совершенные некоторыми ее членами, более

39 Ibid., p. 90.

не воспринимаются как таковые или оправдываются сохранением этих ценностей. Здесь перед нами предстает конфликт между определенными этическими принципами военных⁴⁰, с одной стороны, и законом — с другой.

В заключение этого раздела мне следует указать, что идея о том, чтобы помочь преступнику «исправить ошибку», не совсем чужда и западной криминологической и правовой мысли или судебной практике. В последние двадцать лет осуществляются программы восстановления и воссоединения, которые опираются на этиологические теории, подчеркивающие ключевую роль общества и семейных связей. В качестве примера может служить понятие воссоединяющего стыда, введенное Брейтуэйтом⁴¹. Если говорить вкратце, автор доказывает, что уровень преступности варьируется в зависимости от различной степени внушения чувства стыда в связи с правонарушением. В Японии, где внушение чувства стыда обладает огромным воздействием на граждан, уровень преступности очень низок. По мнению автора, подобное превентивное воздействие объясняется наличием в обществе таких характеристик, как коммунитарность и взаимозависимость, что снижает склонность к беловоротничковым преступлениям, а также к общеуголовным преступлениям. Он считает, однако, что внушение чувства стыда начинает приводить к обратным результатам, когда стыд является клеймящим, то есть в него не включен элемент воссоединения человека с социумом.

Трудно сказать, насколько эффективен подобный подход. В недавнем исследовании, проводившемся в России⁴², авторы делают вывод, что полученные «результаты неоднозначны. Внушение клеймящего стыда связывается с неправомерным поведением в будущем, однако внушение воссоединяющего стыда также безусловно предвещает предполагаемое преступление/девиантное поведение». Такие «неоднозначные результаты», возможно, как предполагают эти ученые, объясняются тем, что теория нуждается в дальнейшем уточнении. А может быть, и тем, что внушение стыда, вероятно, обладает различными оттенками значения в Японии и в России.

40 См., например, Richard A. Gabriel, *To Serve with Honor: A Treatise on Military Ethics and the Way of the Soldier*, Praeger, New York, 1982.

41 Брейтуэйт Дж., *Преступление, стыд и воссоединение*. М., 2002. (John Braithwaite, *Crime, Shame and Reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989).

42 Ekatarina V. Botchkovar and Charles C. Tittle, «Crime, shame and reintegration in Russia», *Theoretical Criminology*, Vol. 9 (4) (2005), pp. 401–42.

Заключительные соображения

Позвольте мне в нескольких словах подытожить сказанное в данной статье. Во-первых, кажется очевидным, что ни теория, ни данные наблюдений не подтверждают общие утверждения о сдерживающем эффекте наказаний (штрафов и (или) тюремного заключения). Напротив, они предостерегают против слепого и огульного применения негативных санкций. С учетом этого и придерживаясь аргументации Чамблисса, следует признать, что наказание (или его угроза) может обладать индивидуальным превентивным действием в тех случаях, когда субъекты (индивидуумы или группы) действуют без особой готовности и разумно, просчитав сначала все «за» и «против» (категория А). Соотносится ли такой идеальный тип преступника (и если да, то в какой степени) с конкретными типами преступных действий, например, с нарушениями прав человека, этот вопрос остается открытым, и ответ на него может быть получен только на основании практического опыта. Однако, опираясь на здравый смысл, я готов предположить, что в тех случаях, когда вооруженные люди планируют преступные действия, по отдельности или в группах, напрямую или косвенно (типичный случай практического поведения), их готовность не должна быть очень высокой. В рассказах о войне мы находим множество примеров неоднократных нарушений прав человека, совершаемых одними и теми же преступниками, и я склонен полагать, что — неизвестно, в каком числе случаев, — нарушения воспринимаются преступниками как общепринятая практика. Мы знаем, что даже пытки можно превратить в обыденную работу⁴³.

Во-вторых, возвращаясь к двум приведенным антропологическим примерам традиционного права, очевидно, что процесс примирения навахо, в отличие от того, что происходит в западном судопроизводстве с момента создания современного государства, плотно сосредоточен на потерпевших и общественных отношениях вокруг них. Для навахо все конфликтующие стороны — хозяева конфликта. Если воспользоваться терминологией Кристи, конфликт является их имуществом⁴⁴. Поэтому, с одной стороны, потенциально разрушительные последствия столкновения, ограничивающегося лишь преступником и потерпевшим, значительно уменьшаются. С другой стороны, сам

43 Сегодня существует значительное количество свидетельств того, что называют «банальностью зла» (Hannah Arendt, *Eichmann in Jerusalem*, Praeger, New York, 1963) или «обыденностью зла» (Cottino, см. выше примечания 10 и 22).

44 Nils Christie, *Conflicts as Property*, *The British Journal of Criminology*, 17, pp. 1–15, 1977.

факт, что конфликт является «общей собственностью», в том смысле, что он принадлежит всем субъектам, участвующим в процедуре судопроизводства, имеет тенденцию способствовать решению конфликта, не ограниченному более отношениями преступник–потерпевший, но открытому и касающемуся структуры общества в целом. Если это считать самой главной целью любой судебной системы, тогда нам есть чему поучиться у навахо.

То, что я сказал, верно и для гавайского метода хо'опонопоно, который требует, однако, дополнительного комментария. Поразительный результат этого традиционного способа решения конфликтов таков: он, кажется, работает даже в том случае, когда стороны принадлежат к разным культурам и (или) не связаны друг с другом родством или иными социальными отношениями. Я не отрицаю возможной проблематичности переноса незападного процесса решения проблем аборигенами в иной культурный контекст, но мне кажется, что в данном случае, может быть, стоит — со всей возможной осторожностью — продолжать дальнейшие исследования и эксперименты.