

# II. Наказание

- Глава 1. Общие принципы наказания
- Глава 2. Мягкость наказаний

# Глава 1. Общие принципы наказания

«Пусть наказания будут умеренны и пропорциональны правонарушениям. Пусть смертный приговор выносится только виновным в убийстве. Пусть будут отменены публичные казни, возмущающие человечность»[119]. Во второй половине XVIII века протесты против публичных казней слышатся всюду: среди философов и теоретиков права, юристов, парламентариев; в наказах третьего сословия, среди законодателей ассамблей. Необходимо наказывать иначе: пора положить конец физическому поединку между сувереном и осужденным, прекратить рукопашную схватку мести суверена с затаенным гневом народа, воплощаемую палачом и жертвой. Очень скоро публичная казнь начинает казаться невыносимой. Она возмутительна со стороны власти, прибегающей к тирании, проявляющей необузданность, жажду мести и «жестокое наслаждение наказанием»[120]. Она постыдна со стороны жертвы, которую не просто ввергают в отчаяние, но и принуждают благословлять «небо и судей небесных, покинувших ее»[121]. И в любом случае, публичная казнь опасна, поскольку в ней обретают опору, противостоя друг другу, насилие короля и насилие народа. Власть суверена словно не замечает в этом соперничестве в жестокости вызов, который сама же бросает и который однажды может быть принят: «Привыкнув видеть, как льется кровь», народ вскоре поймет, что «она может быть отомщена только кровью»[122]. В церемониях казни, вмещающих в себя столько противоположных целей, очевидно пересечение чрезмерности вооруженного правосудия и гнева народа, которому угрожают. Жозеф де Местр[123] усматривает в этом отношении один из фундаментальных механизмов абсолютной власти: палач действует как сцепление между королем и народом; причиняемая им смерть подобна гибели крепостных, строивших Санкт-Петербург, невзирая на топи и чуму: она – принцип всеобщности; из единоличной воли деспота она делает закон для всех, а каждое из уничтоженных тел превращает в краеугольный камень государства. Важно ли, что она поражает и невиновных! Реформаторы XVIII века, напротив, изобличают в этом опасном ритуальном насилии то, что с обеих сторон выходит за рамки законного отправления власти: по их мнению, здесь тирания сталкивается с бунтом; они вызывают друг друга. Здесь двойная опасность. Необходимо, чтобы уголовное правосудие прекратило мстить и стало наказывать.

Необходимость наказания без публичной казни и пытки сначала выразилась как крик души или негодующей природы; наказывая худшего из убийц, нужно видеть и уважать в нем хотя бы одно – «человека». В XIX веке придет день, когда «человек», открытый в преступнике, станет мишенью уголовно-правового вмешательства, объектом исправления и преобразования, окажется в центре целого ряда странных наук и практик – «пенитенциарных», «криминологических». Но в эпоху Просвещения человек противопоставляется варварской жестокости публичных казней отнюдь не как тема положительного знания, а как законный предел: законная граница власти карать. Не та, что

должна быть достигнута, чтобы преобразовать его, но та, что должна остаться неприкосновенной, чтобы сохранить уважение к нему. *Noli me tangere*[124]. «Человек», на которого указывают реформаторы в противовес деспотизму эшафота, становится также человеком-мерой: не вещью, но властью.

И вот проблема: как человек-предел может быть противопоставлен традиционной практике наказаний? Каким образом он становится великим моральным обоснованием реформистского движения? Откуда столь единодушное отвращение к пытке и лирическая приверженность необходимой «гуманности» наказания? Или, что то же самое, как два элемента, присутствующие во всех требованиях смягчения наказаний, именно «мера» и «гуманность», сопрягаются друг с другом в единой стратегии? Эти элементы столь необходимы и все же столь неопределенны, что именно они, неизменно вносящие диссонанс и связанные прежним двусмысленным отношением, предстают и сегодня всякий раз, когда ставится проблема экономии наказаний. XVIII столетие как будто породило кризис упомянутой экономии и, чтобы разрешить его, предложило основополагающий закон («мерой» наказания должна быть «гуманность»), но не вложило в этот закон (рассматриваемый тем не менее как непреложный) точного смысла. Необходимо, стало быть, рассказать о рождении и первоначальной истории этой загадочной «мягкости».

\* \* \*

Возносят хвалу великим «реформаторам» (Беккариа, Сервану, Дюпати, Лакретелю, Дюпору, Пасторэ, Тарже, Бергассу[125], составителям и авторам наказов депутатов генеральных штатов и Конституанты) за то, что они принудили к восприятию мягкости судебный аппарат и «классических» теоретиков, которые еще в конце XVIII века приводили против нее убедительные доводы[126].

Однако необходимо поместить эту реформу в контекст процесса, недавно вновь обретенного историками в результате исследования судебных архивов: процесса ослабления наказаний в XVIII веке, или, точнее, двойного движения, в котором в течение указанного периода преступления как будто утрачивают жестокость, а наказания в ответ теряют долю своей интенсивности, но ценой усилившегося вмешательства власти. Действительно, с конца XVII века наблюдается значительное снижение числа убийств и вообще физически агрессивного поведения; правонарушения против собственности приходят на смену насильственным преступлениям; кража и мошенничество теснят убийства и телесные повреждения; не имеющая четких границ, спорадическая, но распространенная преступность беднейших классов сменяется преступностью ограниченной и «искусной»; преступники в XVII веке – «люди изнуренные, голодные, живущие одним моментом, разгневанные: преступники временные»; в XVIII же – «изворотливые, хитрые, расчетливые продувные бестии», «маргиналы»[127]. Наконец, изменяется сама внутренняя организация преступности: сплоченные и сильные банды злодеев (грабители, действовавшие небольшими вооруженными отрядами, шайки контрабандистов, нападавшие на агентов откупного ведомства, отставные солдаты или дезертиры, бродяжничающие группами) начинают распадаться; преследование их становится более успешным, и потому, несомненно, чтобы стать незаметными, они

разбиваются на все более мелкие группы, часто просто горстки; они действуют все больше; «перебежками», меньшими силами и с меньшим риском, кровопролития: «Физическая ликвидация или организационное дробление крупных банд... после 1755 г. открывают простор для преступлений против собственности, совершаемых грабителями и воришками в одиночку или мелкими группами, редко более чем вчетвером»[128]. Общее, движение уводит противозаконность от нападения на тела к более или менее прямому расхищению имущества и от «массовой преступности» – к «преступности по краям», являющейся отчасти делом профессионалов. Наблюдается как будто постепенный спад – «уходит напряженность, господствовавшая в отношениях между людьми... лучше контролируются жестокие импульсы»[129], – и сами противозаконные действия отпускают тело и обращаются на другие цели. Смягчение характера преступлений опережает смягчение законов. Но эту перемену невозможно отделить от нескольких процессов, лежащих в ее основе. Первым из них, как отмечает П. Шоню, является изменение воздействия экономических факторов, общий подъем уровня жизни, значительный демографический рост, увеличение богатства и собственности и «вытекающая отсюда потребность в безопасности»[130]. Кроме того, на протяжении всего XVIII века наблюдается некоторое ужесточение правосудия, становятся более строгими многие пункты законодательных текстов: так, в Англии в начале XIX века смертным приговором каралось 223 преступления, и 156 из них были добавлены в течение предыдущего столетия[131]; во Франции законодательство о бродяжничестве начиная с XVII века неоднократно обновлялось и ужесточалось; более жесткое и скрупулезное отправление правосудия начинает учитывать массу мелких правонарушений, которым прежде удавалось ускользнуть от наказания с большей легкостью: «В XVIII веке правосудие делается более медлительным, более тяжелым и строгим по отношению к участвовавшим кражам, становясь в этом смысле буржуазным и классовым»[132]; рост, главным образом во Франции и особенно в Париже, полицейского аппарата, препятствующего развитию открытой организованной преступности, вынуждает ее принимать более скрытые формы; ко всем этим мерам предосторожности необходимо добавить весьма распространенную уверенность в неуклонном и опасном росте количества преступлений. Хотя современные историки отмечают уменьшение числа организованных преступных банд, Ле Трон[133] говорит, что они налетают на всю сельскую Францию, подобно тучам саранчи: «Это прожорливые насекомые, которые изо дня в день уничтожают припасы земледельцев. Это самые настоящие вражеские войска, разбредшиеся по всей территории, живущие в свое удовольствие, словно в завоеванной стране, и устанавливающие оброки под именем “милостыни”». Они обходятся беднейшим крестьянам дороже, чем подати: там, где обложение наиболее высокое, крестьяне отдают не меньше трети своих доходов[134]. Большинство наблюдателей утверждают, что преступность возрастает; в их числе, разумеется, сторонники более строгих мер; но и те, кто считает, что правосудие, ограниченное в применении насилия, будет более эффективным и менее расположенным отступить перед последствиями собственных шагов[135]; а также магистраты, сетующие на загроможденность множеством процессов: «Нищета народа и падение нравов умножили число преступлений и преступников»[136]. Во всяком случае, об этом свидетельствует реальная практика судов. «Революционную и имперскую эру предвещают уже последние годы монархии. В судебных процессах 1782–1789 гг. поражает рост напряженности. Налицо строгость к беднякам, ответный отказ свидетельствовать, возрастание взаимного недоверия, ненависти и страха»[137].

На самом деле смещение преступности от «кровавой» к «мошеннической» составляет часть сложного механизма, включающего в себя развитие производства, рост богатства, более высокую юридическую и моральную оценку отношений собственности, более строгие методы надзора, весьма жесткое распределение населения «по графам», усовершенствование техники розыска и получения информации, поимки, осведомления: изменение характера противозаконных практик соотносится с расширением и совершенствованием практик наказания.

Означает ли это общее преобразование установки, «изменение, относящееся к области духа и подсознания»[138]? Пожалуй, но скорее и прежде всего следует видеть в этих процессах попытку отладить механизмы власти, образующие каркас жизни индивидов, приспособить и усовершенствовать механизмы, которые обеспечивают каждодневное наблюдение за поведением, личностью, деятельностью индивидов, за их на вид незначительными жестами, – которые отвечают за них: новую политику в отношении множества тел и сил, составляющих население. Возникает, несомненно, не столько новое уважение к человеческому в осужденном (ведь казни с применением пыток все еще часты и карают даже за легкие преступления), сколько тенденция к более тонкому и справедливому правосудию, к более тщательному уголовно-правовому надзору за телом общества. Одно автоматически влечет за собой другое: порог на пути к тяжким преступлениям становится выше, возрастает нетерпимость к экономическим правонарушениям, контроль становится все более повсеместным, уголовно-правовые вмешательства – одновременно более ранними и частыми.

Если сопоставить этот процесс с критическим дискурсом реформаторов, то вырисовывается замечательное стратегическое совпадение. Прежде чем сформулировать принципы нового наказания, реформаторы ставили в упрек традиционному правосудию именно чрезмерность наказаний, но чрезмерность, которая связана больше с отсутствием правил, чем со злоупотреблением властью наказывать. 24 марта 1790 г. Турэ[139] начинает в Конституанте дискуссию о новой организации судебной власти. По его мнению, судебная власть «искажена» во Франции тремя факторами. Частным владением: судебные должности продаются, передаются по наследству, имеют рыночную стоимость, т. е. правосудие отягощено чуждыми ему элементами. Смешением двух типов власти: той, что отправляет правосудие и выносит приговор на основании закона, и той, что создает закон как таковой. Наконец, целым рядом привилегий, которые делают отправление правосудия непоследовательным: существуют суды, судопроизводства, участники процессов и даже правонарушения «привилегированные» и выходящие за пределы общего права[140]. Такова лишь одна из бесчисленных критических формул, предъявленных правовой системе в течение последних по крайней мере пятисот лет; все они объясняют «искажение» судебной власти неупорядоченностью правосудия. Уголовное правосудие оказывается неупорядоченным прежде всего из-за множественности инстанций, которые несут ответственность за его отправление, но отнюдь не образуют единую и непрерывную пирамиду[141]. Оставляя в стороне религиозную юрисдикцию, необходимо обратить внимание на несогласованность, взаимоналожения и конфликты различных форм правосудия: правосудия сеньоров, все еще сохраняющего важное значение в наказании мелких правонарушений; королевского правосудия, представленного многочисленными и плохо координированными судебными органами (королевские суды часто конфликтуют с

окружными, а главное – с гражданскими и уголовными судами, недавно созданными в качестве промежуточных инстанций); правосудия, которое по праву или фактически отправляется административными (например, интендантами[142]) или полицейскими (прево[143] или полицейскими лейтенантами[144]) инстанциями. Надо добавить сюда право короля или его представителей принимать решение о заключении или ссылке, не следуя никакой правовой процедуре. Многочисленные инстанции в силу самой их множественности нейтрализуют друг друга, и не могут охватить тело общества во всей его полноте. Парадоксально, но их переплетение оставляет многочисленные лакуны в уголовном правосудии. Лакуны, обусловленные различиями в обычаях и процедурах, несмотря на общее Уложение 1670 г.; лакуны, вызванные внутренними конфликтами вокруг разделения сфер компетенции; лакуны, порожденные частными интересами – политическими или экономическими, – защищаемыми каждой инстанцией; наконец, лакуны, являющиеся результатом вмешательства королевской власти, которая может стать препятствием (посредством помилований, смягчения наказаний, передачи дела в государственный Совет или непосредственного давления на магистратов) для правильного, строгого отправления правосудия.

Критика реформаторов направлена не столько на слабость или жестокость власти, сколько на ее плохую экономию. Слишком много власти у низших судебных органов, которые могут – поощряемые невежеством и бедностью осужденных – игнорировать право осужденных на апелляцию и бесконтрольно приводить в исполнение самоуправные приговоры. Слишком много власти у стороны обвинения, которая располагает практически неограниченными средствами проведения расследования и дознания, тогда как обвиняемый противостоит ей буквально безоружным, а потому судьи иногда чрезмерно строги, иногда же, напротив, чересчур снисходительны. Слишком много власти в руках судей, которые могут довольствоваться ничтожными доказательствами, если те «законны», и наделены излишней свободой в выборе наказания. Слишком много власти у «людей короля», причем и по отношению к обвиняемым, и по отношению к другим магистратам. Наконец, слишком много власти у короля, который может приостановить рассмотрение дела в суде, изменить решение суда, отстранить магистратов от ведения дела, сослать их, заменить судьями, действующими от его имени. Паралич правосудия объясняется не столько ослаблением власти, сколько ее дурно регулируемым распределением, сосредоточением в определенном числе точек и вытекающими отсюда конфликтами и неувязками.

Болезнь власти связана с неким главным избытком: с тем, что можно назвать избыточной властью короля, в которой право наказывать тождественно личной власти суверена. Теоретическое отождествление, делающее короля *fons justitiae*[145]; но его практические последствия проявляются даже в том, что по видимости противостоит суверену и ограничивает его абсолютизм. Именно потому, что король в интересах казны присваивает себе право продавать судебные должности, «принадлежащие» ему, он сталкивается с магистратами – владельцами собственных должностей, которые не только несговорчивы, но и невежественны, своекорыстны, зачастую готовы пойти на сговор. Именно потому, что король постоянно учреждает новые должности, он умножает конфликты между властью и сферами их компетенции. Именно потому, что король имеет слишком сильную власть над своими «людьми» и наделяет их почти дискреционными полномочиями, он обостряет конфликты в судебном ведомстве. Именно потому, что король внедряет в правосудие

чрезмерно большое число упрощенных процедур (юрисдикция прево или полицейских лейтенантов) или административных мер, он парализует нормальное правосудие, делает его то снисходительным и непоследовательным, то слишком поспешным и строгим[146].

Критиковали не только и не столько привилегии правосудия, его произвол, старинное высокомерие и безграничные права, сколько смешение его слабости и чрезмерности, избыточности и лакун, а главное, сам принцип их смешения – избыточная власть монарха. Истинная цель реформы, даже в самых общих ее формулировках, состояла не столько в том, чтобы установить новое право наказывать на основе более справедливых принципов, сколько в том, чтобы заложить новую «экономю» власти наказывать, обеспечить ее лучшее распределение, – чтобы она не была ни чрезмерно сконцентрирована в нескольких привилегированных точках, ни слишком разделена между противостоящими друг другу инстанциями, но распределялась по однородным кругам, могла действовать повсюду и непрерывно, вплоть до мельчайшей частицы социального тела[147]. Реформу уголовного права должно понимать как стратегию переустройства власти наказывать в соответствии с модальностями, которые делают ее более упорядоченной, более эффективной, постоянной и детализированной в своих проявлениях, словом – увеличивают эффективность власти при снижении ее экономической и политической себестоимости (отделяя ее, с одной стороны, от системы собственности, купли-продажи, подкупа для получения не только должностей, но и самих приговоров, а с другой – от произвола монархической власти). Новая юридическая теория уголовно-правовой системы фактически открывает новую «политическую экономию» власти наказывать. Отсюда понятно, почему у «реформы» нет единого истока. Реформа не была инициирована ни наиболее просвещенными подсудимыми, ни философами, считавшими себя врагами деспотизма и друзьями человечества, ни даже общественными группами, противостоящими парламентариям. Вернее, она была выношена не только ими; в глобальном проекте нового распределения власти наказывать и нового распределения ее воздействий сходится много различных интересов. Реформа не подготавливалась вне судебного аппарата и не была направлена против всех его представителей; она готовилась главным образом изнутри – многочисленными магистратами на основе их общих целей и разделявших их конфликтов, вызванных борьбой за власть. Конечно, реформаторы не составляли большинства магистратов, но именно законоведы наметили основные принципы реформы: должна быть создана судебная власть, недостижимая для непосредственного влияния власти короля. Власть, которая будет лишена всякой претензии на законотворчество; будет отделена от отношений собственности; и не имея иных ролей, помимо судебной, будет исполнять свою единственную функцию в полную силу. Словом, судебная власть должна зависеть отныне не от многочисленных, «прерывистых», подчас противоречивых привилегий власти суверена, но от непрерывно, сплошь распределяемых воздействий государственной власти. Этот основополагающий принцип определяет общую стратегию, вмещающую в себя много противоречивых мнений. Мнений философов, таких, как Вольтер, и публицистов, таких, как Бриссо[148] или Марат; но и магистратов, чьи интересы были все же весьма различными: Ле Трона, советника орлеанского уголовного суда, и Лакретеля, заместителя прокурора в парламенте; Тарже, который вместе с парламентами противостоял реформе Мопу[149]; но и Ж. Н. Моро, поддерживавшего королевскую власть против парламентариев; мнения магистратов Сервана и Дюпати, не соглашавшихся со своими коллегами, и др.

На протяжении XVIII века внутри и вне судебного аппарата, в каждодневной судебно-уголовной практике и критике институтов формируется новая стратегия практического отправления власти наказывать. И собственно «реформа», как она формулируется в теориях права или намечается в проектах, представляет собой политическое или философское продолжение этой стратегии и ее изначальных целей: сделать наказание и уголовное преследование противозаконностей упорядоченной регулярной функцией, сопряженной с обществом; не наказывать меньше, но наказывать лучше; может быть, наказывать менее строго, но для того чтобы наказывать более равно, универсально и неизбежно; глубже внедрить власть наказывать в тело общества.

\* \* \*

Итак, рождение реформы связано не с новой чувствительностью, а с новой политикой по отношению к противозаконностям.

Вообще говоря, при королевском режиме во Франции каждый общественный слой располагал собственным полем терпимой противозаконности: невыполнение правил, многочисленных эдиктов или указов являлось условием политического и экономического функционирования общества. Черта, характерная не только для абсолютизма? Несомненно. Но противозаконности в ту эпоху были столь глубоко укоренены в жизни каждого слоя общества и столь необходимы, что обладали в некотором смысле собственной последовательностью и экономией. Иногда они принимали форму абсолютно законосообразную – как привилегии, предоставляемые некоторым индивидам и общинам, – и превращались в устоявшиеся льготы. Порой – форму массового неподчинения: десятилетиями, а то и столетиями указы издавались и переиздавались, но никогда не выполнялись. Бывало, законы постепенно предавались забвению и внезапно вновь становились актуальными, – то при молчаливом согласии властей, то из нежелания или просто невозможности принудить к исполнению закона и задержанию нарушителей. В принципе, самые обездоленные слои общества не имели привилегий: но они извлекали выгоду – в рамках полей, отведенных им законом и обычаем, – из пространства терпимости, завоеванного силой или упорством; и пространство это было для них столь необходимым условием существования, что часто они готовы были пойти на бунт, чтобы отстоять его. Периодически предпринимавшиеся попытки сократить его путем восстановления старых правил или совершенствования репрессивных методов вызывали народные волнения, точно так же как посягательства на привилегии возмущали знать, духовенство и буржуазию.

Необходимая противозаконность в специфических формах, порожденных внутри себя каждым слоем общества, была связана с рядом парадоксов. В низших слоях она отождествлялась с преступностью, от которой юридически (если не морально) ее трудно было отделить: начиная с налоговых правонарушений до нарушения таможенных правил, контрабанды, грабежа, вооруженной борьбы со сборщиками налогов, даже с самими солдатами, и вплоть до бунта наблюдается непрерывность, где трудно провести границы; или, опять-таки, бродяжничество (строго наказуемое в соответствии с никогда не выполнявшимися указами) со всевозможными хищениями, грабежами, даже убийствами оказывало радушный прием безработным, рабочим, самовольно покинувшим работодателей,

прислуге, имевшей причины убежать от хозяев, терзаемым подмастерьям, дезертирам, всем тем, кто хотел укрыться от принудительной вербовки на военную службу. Таким образом, преступность растворялась в более широкой противозаконности, к которой простонародье было привязано как к условию своего существования; и наоборот, противозаконность была неременным фактором роста преступности. Отсюда двусмысленность народного отношения к преступникам. С одной стороны, преступник – особенно контрабандист или крестьянин, сбежавший от помещика-лихоимца, – вызывал к себе искреннюю симпатию: его насильственные действия рассматривались как прямое продолжение старых битв. С другой стороны, человек, который под прикрытием допускаемой народом противозаконности совершал преступления, наносящие ущерб тому же народу (например, нищенствующий бродяга – вор и убийца), легко становился предметом особой ненависти: ведь он делал объектом преступления самых обездоленных, тогда как противозаконность являлась неотъемлемым условием их существования. Таким образом, вокруг преступников завязывались в узел прославление и порицание; действительная помощь и страх чередовались по отношению к этому подвижному, неустойчивому населению: люди знали, что оно совсем близко, и вместе с тем – что в нем может возникнуть преступление. Народная противозаконность окутывала ядро – преступность, которая была ее крайней формой и ее внутренней опасностью.

Между противозаконностью низов и противозаконностью других общественных сословий не было ни полной схожести, ни глубинной противоположности. Вообще говоря, различные противозаконности, характерные для каждой общественной группы, поддерживали отношения не только соперничества, конкуренции, конфликта интересов, но также взаимной поддержки и участия: землевладельцы не всегда осуждали нежелание крестьян платить некоторые государственные или церковные подати; новые предприниматели часто приветствовали отказ ремесленников соблюдать фабричные правила; весьма широкой поддержкой пользовалась контрабанда (что доказывает история Мандрэна[150], которого любил народ, принимали в замках и защищали парламентарии). В XVII веке дело доходило до того, что отказы от уплаты податей и налогов перерастали в серьезные бунты в далеко отстоящих друг от друга слоях общества. Словом, игра противозаконностей была частью политической и экономической жизни общества. Более того: некоторые преобразования (состояние подвешенности, в каком оказались правила Кольбера[151], несоблюдение таможенных правил в королевстве, распад цеховых практик) происходили в бреши, которая ежедневно расширялась народной противозаконностью; буржуазия нуждалась в этих преобразованиях; именно они отчасти обеспечивали экономический рост. И терпимость становилась поощрением.

Но во второй половине XVIII века процесс начинает менять направление. Прежде всего, с общим возрастанием богатства, но также и по причине бурного демографического роста главной мишенью народной противозаконности становятся не столько права, сколько имущество: мелкое воровство и кражи сменяют контрабанду и вооруженную борьбу против сборщиков налогов. При этом основными жертвами часто оказываются крестьяне, фермеры и ремесленники. Несомненно, Ле Трон не преувеличивал действительную тенденцию, когда писал, что крестьяне страдают от лихоимства бродяг еще сильнее, чем от требований феодалов: теперь воры обрушиваются на них, словно полчища вредных насекомых, пожирая урожай и разоряя закрома[152]. Можно сказать, что в XVIII веке постепенно нарастает

кризис народной противозаконности; и ни волнения в начале Революции (в связи с отменой прав сеньоров), ни позднейшие движения, в которых соединялись борьба против прав собственников, политический и религиозный протесты и отказ от несения воинской повинности, не вернули народной противозаконности былой привлекательности. Далее, хотя значительная часть буржуазии весьма легко приняла противозаконность в отношении прав, оказалось, что ей трудно смириться с преступлениями против права собственности. С этой точки зрения совершенно типична проблема крестьянской преступности в конце XVIII века и особенно после Революции[153]. Переход к интенсивному сельскому хозяйству оказывает все более серьезное ограничительное давление на право пользования общинными землями, на традиционно сложившиеся практики, на мелкие оправдываемые противозаконности. Более того, земельная собственность, частично приобретенная буржуазией и освобожденная от феодальных пошлин, некогда ее отягощавших, становится абсолютной собственностью: все послабления, которых крестьянство добилось и сохранило (отмена прежних обязательств или упрочение незаконных практик, как-то: право выпаса скота на чужих лугах после первого покоса, сбор хвороста и т. п.), теперь отменяются новыми землевладельцами, считающими их просто-напросто воровством (отчего в народе начинается ряд цепных реакций, все более противозаконных или, если хотите, преступных: ломают изгороди, крадут и режут скот, поджигают, нападают, убивают)[154]. Противозаконность, затрагивающая права, хотя часто она обеспечивает выживание наиболее обездоленных, с установлением нового статуса собственности становится противозаконностью в отношении собственности. И как таковая подлежит наказанию.

И эта противозаконность, невыносимая для буржуазии в отношении земельной собственности, нетерпима и в отношении собственности торговой и промышленной. Развитие портов, возникновение крупных складов, где хранится товар, и огромных цехов (с большим количеством сырья, инструментов и готовых изделий, которые принадлежат предпринимателю и с трудом поддаются надзору) тоже требуют строгого подавления противозаконностей. Поскольку богатство начинают вкладывать в товары и машины с невиданным прежде размахом, требуется систематический и вооруженный отпор противозаконности. Это явление, безусловно, особенно ощутимо там, где происходит наиболее интенсивное экономическое развитие. На примере Лондона Колькхаун с цифрами в руках доказывает настоятельную необходимость сдерживания многообразных противозаконных практик: по оценкам предпринимателей и страховых компаний, стоимость украденных товаров, импортированных из Америки и хранящихся на складах по берегам Темзы, достигала в среднем 250 000 фунтов стерлингов в год. В самом лондонском порту (не считая арсеналов и окрестных пакгаузов) ежегодно похищали товаров примерно на 500 000 фунтов стерлингов. Надо добавить еще 700 000 фунтов, приходящихся на украденное в самом городе. По мнению Колькхауна, в этих постоянных расхищениях следует принять во внимание три явления: пособничество и часто активное участие служащих, сторожей, мастеров и рабочих: «Всякий раз, когда много рабочих собирается в одном месте, среди них обязательно оказывается много негодяев»; – существование целой организации незаконной торговли, начинающейся в цехах или доках и проходящей через скупщиков краденого (оптовиков, специализирующихся на определенном товаре, и розничных скупщиков, на чьих витринах выставлены «жалкие кучи железа, лохмотьев, плохой одежды», а в конурах за лавкой спрятаны «дорогостоящие морские боеприпасы, медные болты и гвозди, куски чугуна и драгоценных металлов, привезенных из западной Индии, мебель и поношенная

одежда, покупаемая мастерами») к перекупщикам и разносчикам, доставляющим краденое в далекие села[155]; – наконец, подделку денег (по всей Англии постоянно работали 40–50 фабрик, чеканивших фальшивые деньги). Работу этого огромного предприятия, включающего расхищение и конкуренцию, облегчает целый ряд обычаев: одни из них практически равноценны исторически сложившимся правам (таковы, например, право подбирать куски железа и обрывки снастей вокруг судов или перепродавать сахарную крошку); другие носят характер морального одобрения: так, сами воры рассматривают воровство как своего рода контрабанду, которую «они не считают серьезным преступлением»[156].

Итак, стало необходимо взять под контроль незаконные практики и ввести новое законодательство, их квалифицирующее. Правонарушения должны быть четко определены и гарантированно караться, в массе отклонений от нормального порядка (то терпимых, то наказуемых слишком жестко, несоразмерно с тяжестью содеянного) необходимо вычлнить то, что является нетерпимым правонарушением, правонарушители должны задерживаться и наказываться. С новыми формами накопления капитала, новыми производственными отношениями и новым юридическим статусом собственности все народные практики, принадлежащие – в их спокойной, повседневной и терпимой или, наоборот, насильственной форме – к противозаконностям в отношении прав, были силой сведены к противозаконности в отношении собственности. Кража постепенно становится первой из основных лазеек, позволяющих обойти закон в движении, преобразующем общество юридическо-политического взимания в общество присвоения орудий и продуктов труда. Или, другими словами, экономия противозаконности перестроилась с развитием капиталистического общества. Противозаконность в отношении собственности отделилась от противозаконности в отношении прав. Это разделение выражает борьбу классов, поскольку, с одной стороны, противозаконность, наиболее характерная для низших классов, посягает на собственность, направлена на насильственное перераспределение собственности, и поскольку, с другой стороны, буржуазия сохраняет за собой противозаконность в отношении прав: возможность обходить собственные правила и законы, отгородить для себя огромный сектор экономического оборота путем искусного использования пробелов в законе – пробелов, предусмотренных умолчаниями или оставшихся не заполненными благодаря его фактической терпимости. И это великое перераспределение противозаконностей выражается даже в специализации судебных каналов: для преступлений против собственности (кражи) – обычные суды и наказания; для противозаконностей в отношении прав (мошенничество, увиливание от уплаты налогов, неправомерная торговая деятельность) – особые суды, где достигались соглашения, компромиссы, накладывались уменьшенные штрафы и т. п. Буржуазия оставила за собой богатую область противозаконности в отношении прав. И в то самое время, когда совершается этот раскол, вырисовывается необходимость постоянного надзора, главным образом – за противозаконностью в отношении собственности. Теперь необходимо избавиться от прежней экономии власти наказывать, основывающейся на принципе путаной и прерывистой множественности инстанций, от распределения и концентрации власти соотносительно с фактической инерцией и неизбежным попустительством, от наказаний, зрелищных в своих проявлениях и не продуманных в применении. Необходимо определить стратегию и методы наказания, которые позволили бы заменить экономию судебных издержек и чрезмерности экономией непрерывности и постоянства. Короче говоря, реформа

уголовного права возникла на стыке борьбы со сверхвластью суверена и с инфравластью противозаконностей, право на которые завоевано или терпится. И реформа оказалась не просто временным результатом чисто случайного столкновения по той причине, что между сверхвластью и инфравластью образовалась целая сеть отношений. Форма верховной монархической власти, возлагая на суверена дополнительную ношу зрелищной, неограниченной, персональной, неравномерной и «прерывистой» власти, предоставляет подданным свободу для постоянной противозаконной деятельности; такая противозаконность – своего рода коррелят монархической власти. А значит, выступать против различных прерогатив монарха – то же, что выступать против существования противозаконностей. Эти две мишени продолжают друг друга. И в зависимости от обстоятельств и конкретных тактик реформаторы делали ударение на той или другой. Примером может служить Ле Трон, физиократ и советник орлеанского уголовного суда. В 1764 г. он опубликовал исследование о бродяжничестве, этом рассаднике воров и убийц, «которые живут в обществе, не являясь его членами», ведут «настоящую войну против всех граждан» и находятся среди нас «в состоянии, кое существовало, видимо, до установления гражданского общества». Он требует применения к бродягам наиболее суровых наказаний (что характерно, он удивляется тому, что принято относиться к ним более снисходительно, чем к контрабандистам); он хочет, чтобы полиция была укреплена, чтобы коннополицейская стража преследовала бродяг с помощью населения, страдающего от их набегов; он требует, чтобы эти бесполезные и опасные люди «были приструнены государством и принадлежали ему, как рабы хозяевам»; если же понадобится, следует устраивать массовые облавы в лесах и выкуривать бродяг из их логовища, причем всякий, кто поймает бродягу, должен получить вознаграждение: «Убившему волка платят 10 ливров. А бродяга много более опасен для общества»[157]. В 1777 г. во «Взглядах на уголовное правосудие» тот же Ле Трон требует, чтобы прерогативы стороны обвинения были сокращены, чтобы обвиняемые считались невиновными вплоть до возможного осуждения, чтобы судья был справедливым арбитром в споре между ними и обществом, чтобы законы были «незыблемыми, постоянными и как можно более четко определенными» и подданные знали, «за что их наказывают», чтобы судьи были просто «инструментом закона»[158]. Для Ле Трона, как и для многих других в ту эпоху, борьба за установление границ власти наказывать была непосредственно связана с необходимостью более строгого и постоянного контроля над народной противозаконностью. Понятно, почему критика публичной казни имела столь важное значение для реформы уголовного права: казнь была формой, зримо соединявшей в себе неограниченную власть суверена и вечно бодрствующую народную противозаконность. Гуманность наказаний есть правило для режима наказаний, устанавливающее их пределы для обеих сторон. «Человек», которого должно уважать в наказании, является юридической и моральной формой, придаваемой этому двустороннему установлению пределов.

Но хотя верно, что реформа как теория уголовного права и как стратегия власти наказывать обрела четкие контуры в точке совпадения двух указанных целей, своей устойчивостью в будущем она обязана тому, что в течение долгого времени на переднем плане оставалась вторая из них. Именно потому, что давление на народные противозаконности стало – в период Революции, затем в эпоху империи и, наконец, на протяжении всего XIX столетия – важнейшим императивом, реформа смогла перейти от стадии проекта к институционализации и практическому осуществлению. Иными словами, хотя новое

уголовное законодательство как будто бы предполагает смягчение наказаний, более четкую их кодификацию, заметное сокращение произвола, более широкое согласие относительно власти наказывать (в отсутствии более реального распределения ее отправления), в действительности оно основывается на перевороте в традиционной экономике противозаконностей и на жесткой необходимости поддерживать их новое регулирование. Система уголовных наказаний должна рассматриваться как механизм, призванный дифференцированно управлять противозаконностями, а не уничтожить их все.

\* \* \*

Поставить новую цель и изменить масштаб. Определить новую тактику для достижения цели, тактику, которая является теперь более тонкой, но также и более широко распространенной в общественном теле. Найти новые методы регулирования наказания и адаптации его последствий. Установить новые принципы регуляции, совершенствования, обобщения и унификации искусства наказывать. Сделать однородным его применение. Снизить экономическую и политическую стоимость наказания путем увеличения его эффективности и числа каналов. Словом, создать новую экономию и новую технологию власти наказывать. Таковы, несомненно, существенно важные задачи уголовно-судебной реформы в XVIII веке.

На уровне принципов новая стратегия легко вписывается в общую теорию договора. Гражданину предлагается принять раз и навсегда вместе с законами общества и тот закон, в соответствии с которым он может быть наказан. Тогда преступник оказывается существом, парадоксальным с юридической точки зрения. Он нарушил договор и потому является врагом всего общества; но при этом он участвует в применяемом к нему наказании. Малейшее преступление направлено против всего общества, и все общество – включая преступника – участвует в малейшем наказании. Следовательно, уголовное наказание есть обобщенная функция, сопряженная со всем телом общества и с каждым его элементом. Здесь встает проблема «меры» и экономии власти наказывать.

Действительно, правонарушение противопоставляет индивида всему общественному телу; для того чтобы наказать его, общество вправе подняться против него всем корпусом. Борьба неравная: все силы, вся мощь, все права – у одной стороны. И справедливо: ведь дело касается защиты каждого индивида. Так устанавливается грозное право наказывать, ибо правонарушитель становится общим врагом. На самом деле он хуже врага, поскольку наносит удары изнутри общества, – он предатель. «Чудовище». Как же обществу не иметь абсолютного права на него? Как не требовать его простого и безусловного уничтожения? И если справедливо, что принцип наказаний должен быть записан в договоре, то разве, рассуждая логически, граждане не должны признать справедливой высшую меру наказания для тех из них, кто нападает на все общественное тело? «Всякий злоумышленник, посягая на законы общественного состояния, становится, по причине своих преступлений, мятежником и предателем родины; в такой ситуации сохранение государства несовместимо с сохранением жизни преступника; один из двух должен погибнуть; виновного предают смерти не как гражданина, но как врага»[159]. Право наказывать из мести суверена превращается в защиту общества. Но оно снова включает в себя элементы столь сильные,

что становится едва ли не еще более грозным. Злоумышленник спасается от угрозы, которая по самой своей природе избыточна, но подвергается ничем не ограниченному наказанию. Возврат к устрашающей чрезмерной власти. И отсюда необходимость установить для власти наказывать принцип умеренности.

«Кто не содрогнется от ужаса, читая в истории об ужасных и бессмысленных мучениях, которые изобретались и хладнокровно применялись чудовищами, называвшими себя мудрыми?»[160] Или: «Законы призывают меня к ужаснейшему наказанию преступлений. Я соглашаюсь, разъяренный преступлением. Но что это? Моя ярость превосходит само преступление... Боже, запечатлевший в наших сердцах отвращение к страданиям нашим собственным и наших ближних, неужели те самые твари, что созданы Тобой слабыми и чувствительными, изобрели столь варварские, столь утонченные пытки?»[161] Принцип умеренности наказаний, даже по отношению к врагу общественного тела, формулируется сначала как душевное движение. Скорее, как крик, что вырывается из тела, возмущенного зрелищем (пусть даже воображаемым) чрезмерной жестокости. Принцип, по которому уголовноисполнительная система должна оставаться «гуманной», реформаторы формулируют от первого лица. Слово в нем непосредственно выражается чувствительность того, кто говорит; словно философ или теоретик во плоти встает между палачом и жертвой, чтобы утвердить собственный закон и навязать его наконец всей экономии наказания. Не означает ли этот лиризм неспособность рационально обосновать расчет наказания? Где можно найти грань между принципом договора, изгоняющим преступника из общества, и образом чудовища, «изрыгаемого» природой, как не в самой человеческой природе, которая проявляется – не в строгости закона, не в жестокости преступника – в чувствительности разумного человека, создающего закон и не совершающего преступлений?

Но обращение к «чувствительности» не выражает в точном смысле теоретическое бессилие. В сущности, оно содержит в себе расчет. Требуемые уважения к себе тело, воображение, сердце на самом деле принадлежат не наказываемому преступнику, а людям, подписавшим договор и имеющим право применить к преступнику власть, даваемую объединением. Страдания, которые должны исключать любое смягчение наказаний, – страдания судей или зрителей, испытывающих душевную черствость, жестокость, порождаемые знанием, или, наоборот, необоснованную жалость и снисходительность: «Боже, помилуй мягкие, чувствительные души, на которые сии ужасные казни воздействуют как род пытки»[162]. Что требует заботы и расчета, так это обратные последствия наказания для карающей инстанции и отправляемой ею власти.

Здесь корни принципа, согласно которому всегда следует применять «гуманные» наказания к преступнику, хотя он вполне может быть предателем и чудовищем. Если отныне закон должен обращаться «гуманно» с теми, кто «вне природы» (тогда как прежнее правосудие негуманно обращалось с теми, кто «вне закона»), то не по причине некоей глубинной человеческой природы, сокрытой в преступнике, а ради необходимого регулирования воздействий власти. Именно экономическая «рациональность» и должна рассчитывать наказание и предписывать соответствующие методы. «Гуманность» – почтительное наименование экономии и ее скрупулезных расчетов. «В том, что касается наказания, минимум диктуется гуманностью и рекомендуется политикой»[163].

Для того чтобы понять эту технику и политику наказания, представим себе предельное преступление: чудовищное злодеяние, попирающее самые непреложные законы. Оно совершилось бы на самой грани возможного, в столь необычных условиях, в столь глубокой тайне, с такой безудержностью, что не могло бы не быть уникальным, во всяком случае, последним в своем роде: никто никогда не смог бы повторить его; никто не смог бы избрать его примером для себя или даже возмутиться им. Оно обречено на бесследное исчезновение. Этот аполог[164] о «крайнем преступлении» для новой уголовно-правовой системы есть то же, что первородный грех – для прежней: чистая форма, в которой проявляется смысл наказания.

Должно ли быть наказано такое преступление? Какова в таком случае мера наказания? Какова польза от наказания его для экономии власти наказывать? Наказание за такое преступление было бы полезно в той мере, в какой позволило бы возместить «ущерб, причиненный обществу»[165]. И вот, если оставить в стороне собственно материальный ущерб – который, даже когда он невозместим, как в случае убийства, имеет малое значение для общества в целом, – вред, причиняемый преступлением телу общества, заключается в вызываемом им беспорядке: в провоцируемом возмущении, подаваемом примере, желании повторить его, если оно не наказано, в возможности его широкого распространения. Наказание может быть полезным, если имеет целью следствия преступления, т. е. ряд беспорядков, которые оно может инициировать. «Соотношение между наказанием и характером преступления определяется влиянием нарушения договора на общественный порядок»[166]. Но влияние преступления не обязательно прямо пропорционально его жестокости: преступление, ужасающее сознание, часто влечет за собой меньше последствий, чем проступок, который все терпят и готовы повторить. Великие преступления – редкость; с другой стороны, существует опасность, несомая и распространяемая обычными преступлениями. Поэтому не следует искать качественной зависимости между преступлением и наказанием, их равенства в жестокости: «Могут ли вопли несчастного пытаемого вернуть из глубин безвозвратно ушедшего уже совершенное деяние?»[167]. Надо рассчитывать наказание, памятуя о его возможном повторении, а не в зависимости от характера преступления. Надо принимать во внимание будущий беспорядок, а не прошлое правонарушение. Надо добиваться того, чтобы у злоумышленника не возникло желания повторить преступление и чтобы возможность появления подражателей была исключена[168]. Итак, наказание должно быть искусством последствий; вместо того чтобы противопоставлять чрезмерность наказания чрезмерности проступка, надлежит соразмерять друг с другом два следующих за преступлением ряда: его собственные следствия и следствия наказания. Преступление, не имеющее последствий, не требует наказания; так же как (по другой версии того же аполога) общество, находящееся на грани распада и исчезновения, не имеет права возводить эшафоты. Самое «предельное» из преступлений не может не остаться безнаказанным.

Это старая концепция. Наказание исполняло роль примера задолго до реформы XVIII века. То, что наказание направлено в будущее и что по крайней мере одной из его главных функций является предотвращение преступления, было одним из расхожих обоснований права наказывать. Но является и новое: профилактика преступлений как результат наказания и его зрелищности – а следовательно, и чрезмерности – становится теперь принципом экономии наказания и мерой его справедливых масштабов. Необходимо

наказывать ровно в той мере, какая достаточна для предотвращения возможного преступления. Следовательно, наблюдается изменение в самой механике примера: в уголовно-правовой системе, использующей публичные казни и пытки, пример является ответом на преступление; он должен, посредством своего рода двойственной демонстрации, обнаруживать преступление и в то же время – взнуздывающую его власть монарха. В уголовно-правовой системе, где наказание рассчитывается с учетом последствий преступления, пример должен отсылать обратно к преступлению, но в предельно сдержанной форме, указывать на вмешательство власти, но максимально экономно; в идеальном случае он должен также препятствовать последующему новому оживлению и преступления, и власти. Отныне пример – не обнаруживающий, проявляющий ритуал, но знак, служащий препятствием. Посредством этой техники карательных знаков, разворачивающей в противоположную сторону все временное поле уголовно-правового наказания, реформаторы хотели дать власти наказывать экономичный, эффективный инструмент, который способен распространиться по всему телу общества, кодифицировать все его поведение, а значит, уменьшить всю неопределенную область противозаконностей. Семиотическая техника, которой пытаются вооружить власть наказывать, основывается на пяти-шести основных правилах.

Правило минимального количества. Преступление совершается потому, что обеспечивает определенные выгоды. Если связать с идеей преступления идею скорее невыгоды, нежели выгоды, оно перестанет быть желаемым. «Для достижения цели наказания достаточно, чтобы причиняемое им зло превышало выгоду, которую виновный мог бы извлечь из преступления»[169]. Можно и даже нужно признать родственность преступления и наказания, но уже не в прежней форме, где публичная казнь должна была быть равна преступлению по силе и вдобавок обнаруживать избыточную власть суверена, осуществляющего законное мщение; квазиравенство на уровне интересов: чуть выгоднее избежать наказания, чем пойти на риск, связанный с преступлением.

Правило достаточной идеальности. Если мотивом преступления является ожидаемая выгода, то эффективность наказания заключается в ожидаемой невыгоде. Поэтому «боль»[170], составляющая сердцевину наказания, – не столько действительное ощущение боли, сколько идея боли, неудовольствия, неудобства, – «боль» от идеи «боли». Наказание должно использовать не тело, а представление. Или, точнее, если оно использует тело, то не столько как субъекта, переживающего боль, сколько как объект представления: воспоминание о боли должно предотвратить повторение преступления, точно так же как зрелище, сколь угодно искусственное, физического наказания может предотвратить распространение заразы преступления. Но не боль как таковая является инструментом техники наказания. Следовательно, надо по мере возможности избегать торжественных эшафотов (за исключением тех случаев, когда требуется действенное представление). Тело «выпадает» как субъект наказания, но не обязательно как элемент зрелища. Упразднение публичных казней, которое при возникновении теории получило лишь лирическое выражение, теперь может быть выражено рационально: максимальное значение надо придавать представлению боли, а не телесной реальности ее.

Правило побочных эффектов. Наказание должно оказывать наибольшее воздействие на тех, кто еще не совершил проступка; рассуждая логически, если можно быть уверенным в том,

что преступник не совершит преступление повторно, то это должно доказывать другим, что он наказан. Центробежное усиление воздействия, приводящее к парадоксу: в расчете наказаний наименее интересным элементом является преступник (если нет оснований полагать, что он совершит преступление еще раз). Беккариа иллюстрирует этот парадокс, предлагая заменить смертную казнь пожизненным рабством. Не является ли такое наказание физически более жестоким, чем смерть? Вовсе нет, говорит Беккариа: ведь боль, причиняемая рабством, подразделяется для осужденного на столько же частей, сколько мгновений ему осталось жить; это бесконечно делимое наказание, элейское, куда менее суровое, чем исполнение смертного приговора, недалеко отстоящее от публичной казни. Но для тех, кто видит рабов или представляет их себе, претерпеваемые ими страдания концентрируются в одной-единственной мысли; все моменты рабства стягиваются в одно представление, которое становится поэтому более ужасным, чем мысль о смерти. Это экономически идеальное наказание: оно минимально для того, кто его претерпевает (и будучи превращен в раба, не способен совершить свое преступление еще раз), и максимально для того, кто рисует его в воображении. «Среди наказаний и способов их применения соразмерно преступлениям надо выбирать средства, производящие наиболее длительное впечатление на умы людей и наименее жестокие по отношению к телу преступника»[171].

Правило абсолютной достоверности. Мысль о всяком преступлении и ожидаемой от него выгоде должна быть связана с мыслью о наказании и его результате – совершенно определенной невыгоде; связь между ними должна расцениваться как необходимая и неразрывная. Этот общий элемент достоверности, обеспечивающий эффективность уголовно-исполнительной системы, включает ряд конкретных мер. Законы, квалифицирующие преступление и устанавливающие наказание, должны быть абсолютно ясными, «с тем чтобы каждый член общества мог отличить действия преступные от действий добродетельных»[172]. Законы должны быть опубликованы и доступны каждому; нужны не устные традиции и обычаи, а письменное законодательство – «прочный памятник, напоминающий об общественном договоре», открытые для всеобщего ознакомления печатные тексты: «Лишь книгопечатание делает хранителем священного свода законов все общество, а не горстку избранных»[173]. Монарх должен отказаться от права прощения, и тогда сила, присутствующая в мысли о наказании, не будет ослабляться надеждой на монаршее вмешательство: «Дать знать людям, что преступление может быть прощено и что наказание не является его непременно следствием, значит взлелеять в них надежду на безнаказанность... законы должны быть неумолимыми, а те, кто приводит их в исполнение, непреклонными»[174]. А главное, ни одно совершённое преступление не должно ускользнуть от взгляда тех, кто вершит правосудие. Ничто так не ослабляет действие законов, как надежда на безнаказанность. Можно ли утвердить в умах граждан строгую связь между преступлением и наказанием, если известен коэффициент, определяющий малую вероятность последнего? Не приходится ли делать наказание тем более устрашающим и жестоким, чем менее страшатся его по причине необязательности его исполнения? Вместо того чтобы подражать старой системе и быть «строже, надо быть бдительнее»[175]. Отсюда идея, что механизм правосудия надо усилить органом надзора, который работал бы с ним в одной связке и позволял бы либо предотвращать преступления, либо, если они уже совершены, арестовывать преступников; полиция и юстиция должны действовать вместе, как два взаимодополнительных элемента одного процесса: полиция –

гарантируя воздействие «общества на каждого индивида», юстиция – гарантируя «права индивидов по отношению к обществу»[176]; таким образом каждое преступление будет выведено на свет дня и непременно наказано. Но необходимо также, чтобы судопроизводство не было тайным, чтобы причины, по которым обвиняемого осуждают или оправдывают, были известны всем и чтобы каждый мог знать основания для наказания: «Пусть судья выскажет свое мнение во всеуслышание, пусть зачитает в суде текст закона, на основании которого выносится обвинительный приговор... пусть судебные процедуры, сокрытые во мраке судейских канцелярий, будут открыты всем гражданам, интересующимся судьбой осужденного»[177].

Правило общей истины. Совершенно банальный принцип, за которым скрывается важное преобразование. Старая система судебных доказательств, применение пыток, вырывание признаний, использование публичной казни, тела и зрелища для воспроизведения истины в течение долгого времени изолировали уголовно-правовую практику от обычных форм доказательства: полудоказательства производили полуистины и полупреступников; слова, вырванные под пытками, считались более ценными и правдивыми; предположение о виновности влекло определенную степень наказания. Неоднородность этой системы и обычной системы доказательства стала скандалом лишь тогда, когда власти наказывать для ее собственной экономии потребовалась атмосфера неопровержимой очевидности. Как можно неразрывно связать в сознании людей мысль о преступлении с мыслью о наказании, если реальность наказания не всегда следует за реальностью преступления? Установление этой связи во всей очевидности и в соответствии с общепризнанными методами становится задачей первостепенной важности. Верификация преступления должна подчиняться критериям, общим для всякой истины. В используемых аргументах, в получаемых доказательствах судебное суждение должно быть однородно со всяким нормальным суждением. Стало быть, налицо отказ от «судебного» доказательства, отказ от пытки, потребность в полной демонстрации для удостоверения истины, уничтожение какого бы то ни было соотношения между степенями подозрения и степенями наказания. Подобно математической истине, истинность преступления должна быть признана только в том случае, если она полностью доказана. Отсюда вытекает, что вплоть до окончательного доказательства факта совершенного преступления обвиняемый должен считаться невиновным и что для получения доказательства судья должен использовать не ритуальные формы, а обычные инструменты, обычный человеческий разум, присущий также философам и ученым: «Теоретически я рассматриваю судью как философа, который намерен открыть интересную истину... Мудрость его позволит ему охватить все обстоятельства и взаимоотношения, свести воедино или развести все, что надо свести или развести, дабы прийти к здравому суждению»[178]. Расследование, упражнение обычного разума, отставляет старую инквизиторскую модель и принимает куда более гибкую, дважды удостоверенную (наукой и здравым смыслом) модель эмпирического исследования. Отныне судья подобен «штурману, ведущему судно между скалами»: «Какие доказательства или улики будут сочтены достаточными? – Никто не дерзнет определить это в общей форме. Поскольку обстоятельства подвержены бесконечным изменениям, поскольку доказательства и улики необходимо черпать из обстоятельств, яснейшие доказательства и улики должны изменяться соответственно»[179]. Отныне судебно-правовая практика должна подчиняться общему или, скорее, комплексному режиму истины, в котором разнородные элементы – научное доказательство, свидетельство органов чувств и здравый

смысл – переплетаются, с тем чтобы сформировать «глубинное убеждение» судьи. Хотя уголовное правосудие сохраняет формы, гарантирующие его справедливость, отныне оно открывается для любых истин, если они очевидны, хорошо обоснованны и общепризнанны. Судебный ритуал сам по себе уже не производит отдельную истину. Его возвращают в поле общих доказательств. С многочисленными научными дискурсами завязываются трудные, бесконечные отношения, которые уголовное правосудие пока не способно контролировать. Хозяин правосудия отныне не является хозяином его истины.

Правило оптимальной спецификации. Для того чтобы судебно-правовая семиотика покрывала все поле противозаконностей, уменьшения количества которых добиваются, все правонарушения должны получить определение; все они должны быть классифицированы и собраны в виды. Следовательно, необходим кодекс, причем достаточно точный, где был бы четко обозначен каждый тип правонарушения. Молчание закона не должно возвращать надежду на безнаказанность. Требуется исчерпывающий, ясный кодекс, определяющий преступления и устанавливающий наказания[180]. Но та же настоятельная необходимость полного совпадения всех возможных правонарушений и следствий-знаков наказания заставляет идти дальше. Мысль об одном и том же наказании воспринимается по-разному: штраф не пугает богатого, как бесчестье не пугает человека с дурной репутацией. Вред, причиняемый преступлением, и значение последнего как примера различны в зависимости от общественного положения правонарушителя: преступление, совершенное знатным, наносит больший ущерб обществу, чем преступление простолюдина[181]. Наконец, наказание должно предотвращать повторение преступления, а значит, учитывать глубинную природу самого преступника, возможную степень его порочности, внутреннее качество его воли: «Из двух людей, совершивших одинаковую кражу, кто виновен больше – тот, кто едва сводит концы с концами, или тот, кто купается в роскоши? Из двух клятвопреступников кто виновен больше – тот, кому с малых лет внушали чувство чести, или тот, кто был предоставлен сам себе и не знал преимуществ образования?»[182]

Одновременно с необходимостью параллельной классификации преступлений и наказаний возникает необходимость индивидуализации наказания в соответствии с особым характером каждого преступника. Эта индивидуализация ляжет тяжелым грузом на всю историю современного уголовного права; ее корни именно здесь: в терминах теории права и в соответствии с требованиями повседневной практики индивидуализация, несомненно, прямо противоположна принципу кодификации; но с точки зрения экономии власти наказывать и методов, с помощью которых хотят распространить по всему общественному телу точно подогнанные знаки наказания – без излишества, но и без лакун, без ненужного «расходования» власти, но и без робости, – становится очевидно, что кодификация системы преступления – наказания и модуляция пары преступник – наказание идут бок о бок, что одно требует другого. Индивидуализация предстает как конечная цель точно подогнанного кодекса.

Но индивидуализация по своей природе совершенно отлична от модулирования наказания в старой правовой системе. Для уточнения характера наказания старая система – и в этом она следовала христианской пенитенциарной практике – использовала два ряда переменных: «обстоятельства» и «намерения», т. е. элементы, позволяющие квалифицировать деяние как таковое. Модулирование наказания принадлежало к «казуистике» в широком смысле слова[183]. Теперь же зарождается модулирование, относящееся к самому

правонарушителю, к его характеру, образу жизни и мыслям, к его прошлому, к «качеству», а не к намерению его воли. Угадывается, как пока еще не заполненное место, то пространство, где в судебно-правовой практике психологическое знание придет на смену казуистической системе права. Конечно, в конце XVIII века до этого момента еще далеко. Связь между кодексом и индивидуализацией искали в научных моделях той эпохи. Естественная история предлагала, несомненно, наиболее адекватную схему: таксономию видов, построенную как их непрерывная градация. Стремятся стать этаким Линнеем[184] для области преступлений и наказаний, добиться, чтобы каждое конкретное правонарушение и каждый наказуемый индивид могли без малейшей опасности произвола войти в сферу действия общего закона. «Необходимо составить таблицу всех родов преступлений, которые можно наблюдать в различных странах. Сообразуясь с перечнем преступлений, надо произвести деление на виды. Наилучшим основанием для деления является, на мой взгляд, различие целей. Деление должно быть таким, чтобы каждый вид совершенно четко отличался от другого и чтобы каждое конкретное преступление, рассматриваемое во всех его отношениях, помещалось между тем, что должно предшествовать ему, и тем, что должно следовать за ним, в строжайшем порядке. Необходимо, наконец, сопоставить эту таблицу с другой, классифицирующей наказания, так чтобы обе точно соответствовали друг другу»[185]. В теории или, скорее, в мечтах двойная таксономия наказаний и преступлений должна разрешить проблему: но как применить сформулированные законы к конкретным индивидам?

Вдали от этой умозрительной модели в ту же эпоху создаются формы антропологической индивидуализации, пока в самом приблизительном виде. Рассмотрим сначала понятие рецидива. Нельзя сказать, что оно не было известно старому уголовному праву[186]. Но теперь оно становится характеристикой самого преступника, способной изменить вынесенный приговор: согласно законодательству 1791 г., рецидивисты почти во всех случаях подвергались удвоенному наказанию; закон от флореаля[187] года X предписывал клеймить их буквой «Р»; а уголовный кодекс 1810 г. налагал на них либо максимально возможное нормальное наказание, либо чуть более суровое. Учитывая рецидив, метят не в человека, который совершил уголовно наказуемое деяние, а в преступного субъекта как такового, в намерение воли, что проявило его внутренне преступный характер. Постепенно, по мере того как объектом судебно-правового вмешательства становится не преступление, а преступность, противопоставление преступника, совершившего преступление впервые, и рецидивиста приобретает большее значение. И исходя из этого противоположения, усиливая его в некоторых пунктах, тогда же формируется понятие преступления «по страсти» – невольного, непредумышленного преступления, связанного с исключительными обстоятельствами, которые, хотя и не извиняют его вполне (в отличие от безумия), все же не позволяют считать его обычным преступлением. Уже в 1791 г. Ле Пелетье заметил, что тонкая градация наказаний, представленная им Конституанте, способна отвратить от преступления «злоумышленника, хладнокровно планирующего злодеяние», ибо его может остановить мысль о наказании; с другой стороны, эта градация бессильна против преступлений, вызванных «неистовыми страстями, которые пренебрегают последствиями»; но это не имеет значения, поскольку такие преступления не обнаруживают в их авторах «укоренившейся злокозненности»[188].

За гуманизацией наказаний просматриваются все те правила, что предписывают или, скорее, требуют «мягкости» как рассчитанной экономии власти наказывать. Но они также вызывают смещение точки приложения упомянутой власти: отныне это уже не тело с ритуальной игрой чрезмерных страданий, торжественных клеймений в ритуале публичной казни; это сознание или, скорее, игра представлений и знаков, циркулирующих молчаливо, но необходимым и очевидным образом в сознании всех и каждого. Более не тело, а душа, сказал Мабли. И совершенно ясно, что он имел в виду: коррелят техники власти. Старые карательные «анатомии» отброшены. Но действительно ли мы вступили в эру нетелесных наказаний?

\* \* \*

Итак, в исходной точке можно поместить политический проект «квадрильяжа» противозаконностей, скрупулезного разнесения их по клеточкам, проект, обобщающий функцию наказания и распределяющий с целью контроля власть наказывать. Отсюда вырисовываются две линии объективации преступления и преступника. С одной стороны, преступник, рассматриваемый как общий враг, преследование которого отвечает общим интересам, выпадает из договора, дисквалифицирует себя как гражданина и возникает как дикая часть природы, как бы неся ее в себе; он предстает негодяем, чудовищем, сумасшедшим, возможно – больным и, вскоре, «ненормальным». Именно в этом качестве он подвергнется однажды научной объективации и соответствующему «лечению». С другой стороны, необходимость измерять изнутри воздействие карающей власти предписывает тактику воздействия на всех преступников, будь то действительных или возможных: тактику, предполагающую организацию поля предотвращения преступлений, расчет интересов, циркуляцию представлений и знаков, создание горизонта достоверности и истины, сообразовывание наказаний со все более тонкими переменными; все это также ведет к объективации преступников и преступлений. В обоих случаях очевидно, что отношение власти, лежащее в основе отправления наказания, начинает дублироваться объектным отношением, которое вовлекает в себя не только преступление как факт, устанавливаемый в соответствии с общими нормами, но и преступника как индивида, познаваемого в соответствии с особыми критериями. Ясно также, что это объектное отношение не накладывается извне на практику наказания – в отличие от запрета, налагаемого на чрезмерную жестокость публичной казни пределами чувствительности, или от рационального («научного») исследования наказываемого индивида. Процессы объективации зарождаются в самих тактиках власти и в организации ее отправления.

Однако эти два типа объективации, возникающие вместе с проектом уголовно-правовой реформы, весьма отличаются друг от друга как своим развитием во времени, так и последствиями. Объективация преступника как человека вне закона, как естественного человека, – пока лишь возможность, линия горизонта, где сливаются темы политической критики и фигуры воображения. Придется долго ждать того момента, когда *homo criminalis* станет объектом в поле познания. Напротив, объективация другого типа дала много более ранние и определенные результаты (такие, как кодификация, квалификация преступлений, установление шкалы наказаний, процедурные правила, определение роли судей), потому что она была тесно связана с реорганизацией власти наказывать. А также потому, что она

опиралась на дискурс, уже созданный идеологами[189]. В сущности, этот дискурс давал (через теорию интересов, представлений и знаков, через восстанавливаемые им последовательности и генезисы) своего рода общий рецепт отправления власти над людьми: «сознание» как поверхность для надписывания знаков власти, использующей семиотику как инструмент; подчинение тел посредством контроля над мыслями; анализ представлений как принцип политики тела, гораздо более эффективной, нежели ритуальная анатомия пыток и казней. Учение идеологов было не только теорией индивида и общества; оно развилось как технология тонких, эффективных и экономичных отправлений власти в противовес чрезмерным расходам, сопряженным с властью суверена. Прислушаемся еще раз к тому, что сказал Серван: мысль о преступлении и мысль о наказании должны быть тесно связаны и «следовать друг за другом без перерыва... Сформировав в сознании граждан цепочку мыслей, вы сможете гордиться тем, что исполняете роль их вождей и хозяев. Глупый деспот приковывает рабов железными цепями; истинный политик связывает их еще крепче цепью их собственных мыслей; первое ее звено он закрепляет в надежной точке – в разуме. Связь эта тем крепче, что мы не знаем, чем она держится, и считаем ее делом собственных рук. Отчаяние и время разъедают скрепы из железа и стали, но бессильны против привычного соединения мыслей, разве лишь укрепляя его. На мягких волокнах мозга возводится прочный фундамент мощнейших империй»[190].

Семиотическая техника наказаний, «идеологическая власть», останется – по крайней мере отчасти – в подвешенном состоянии и сменится новой политической анатомией, где тело (но в новой форме) опять станет главным героем. И эта новая политическая анатомия обеспечит пересечение двух расходящихся линий объективации, которые наметились в XVIII веке: той, что отвергает преступника «с другой стороны» – со стороны природы против природы, и той, что хочет контролировать преступность путем рассчитанной экономии наказаний. Взгляд на новое искусство наказания сразу обнаруживает, что семиотическая техника наказания вытесняется новой политикой тела.

# Глава 2. Мягкость наказаний

Искусство наказывать должно основываться, стало быть, на целой технологии представления. Такое предприятие может быть успешным только в том случае, если составляет часть некой естественной механики. «Подобно силе притяжения, тайная сила вечно влечет нас к нашему благополучию. На этот импульс воздействуют лишь препятствия, воздвигаемые законами. Все поступки человека вытекают из этой внутренней склонности». Подобрать надлежащее наказание для преступления – значит найти невыгоду, мысль о которой лишает мысль о преступлении всякой привлекательности. Искусство сталкивающихся энергий, искусство ассоциативно связанных образов, создание устойчивых связей, не боящихся времени: надо образовывать пары представлений с противоположными значениями, устанавливать количественные различия между действующими силами, вводить игру знаков-препятствий, которые могут подчинить движение сил отношению власти. «Пусть мысль о жестокой публичной казни вечно живет в сердце слабого человека и преобладает над чувством, толкающим его на преступление»[191]. Знаки-препятствия должны образовывать новый арсенал наказаний, подобно тому как раньше карательные знаки организовывали вокруг себя публичные казни. Но для того чтобы действовать, они должны удовлетворять нескольким условиям.

1

Они должны быть как можно менее произвольными. Правда, само общество определяет, исходя из собственных интересов, что должно расцениваться как преступление: преступление не есть нечто «природное». Но, чтобы наказание представлялось уму при первой же мысли о преступлении, нужна как можно более непосредственная связь между наказанием и преступлением: связь по сходству, аналогии, смежности. Надо, «насколько возможно, привести наказание в соответствие с природой преступления, чтобы страх перед наказанием уводил сознание с пути, на который его толкает перспектива извлечь выгоду из преступления»[192]. Идеальное наказание должно отражать преступление, за которое оно карает; таким образом, для всякого размышляющего о наказании оно неминуемо будет знаком данного преступления; а перед тем, кто грезит о преступлении, тотчас предстанет знак наказания. Утвердится устойчивая связь, расчет соотношения между преступлением и наказанием и количественная оценка интересов; кроме того, наказание, принимая форму естественного следствия, не будет казаться проявлением произвола человеческой власти: «Выводить преступление из наказания – лучший способ соразмерить наказание с преступлением. В этом торжество правосудия, но и торжество свободы, поскольку наказания проистекают уже не из воли законодателя, а из природы вещей; здесь нет уже насилия человека над человеком»[193]. В наказании, которое аналогично преступлению, карающая власть действует незаметно.

Реформаторы предложили целую коллекцию наказаний, институционально естественных и по форме напоминающих состав преступления. Возьмем, например, Вермея: тех, кто посягает на свободу общества, надо лишать личной свободы; злоупотребляющие преимуществами вами, предоставляемыми законом, и привилегиями, обеспечиваемыми государственной службой, должны быть лишены гражданских прав; взяточничество и ростовщичество должны караться штрафом, кража – конфискацией имущества, «тщеславие» – позором; убийство наказывается смертью, поджог – сожжением. Отравителю «палач поднесет кубок и выплеснет содержимое в лицо, дабы заставить его осознать чудовищность совершенного злодеяния, воскресив перед ним картину преступления; засим палач бросит его в котел с кипящей водой»[194]. Просто мечтания? Возможно. Но принцип символической связи четко сформулировал уже Ле Пелетье, когда в 1791 г. представил Конституанте новое уголовное законодательство: «Необходимо четкое соотношение между природой преступления и природой наказания»; преступник, прибегший к насилию, должен подвергнуться физическим страданиям, лодырь – изнурительному труду, подлый – бесчестью[195].

Несмотря на жестокости, весьма напоминающие пытки и казни королевского режима, в наказаниях, как бы повторяющих преступления, действует совсем другой механизм. Зверство не противопоставляется зверству в поединке власти; это уже не симметрия мщения, а прозрачность знака относительно того, что он означает; на театре наказаний требуется установить отношение, которое непосредственно понятно чувствам и может служить основанием для простого расчета: своего рода разумная эстетика наказания. «Не только в изящных искусствах надлежит точно следовать природе. Политические институты, по крайней мере те, коим свойственны мудрость и долговечность, основываются на природе»[196].

Наказание должно вытекать из преступления, закон – восприниматься как необходимый порядок вещей, а власть – действовать, прикрываясь мягкой силой природы.

2

Этот набор знаков должен накладываться на механику сил: уменьшать желание, делающее преступление привлекательным; усиливать интерес, заставляющий бояться наказания; изменять соотношение интенсивностей, так чтобы представление о наказании и связанных с ним невыгодах было более живым, чем представление о преступлении и связанных с ним удовольствиях. Словом, здесь целая механика интереса, его движения, способа, каким человек его себе представляет, и живости этого представления. «Законодатель должен быть искусным зодчим, который умеет использовать все силы, способствующие прочности здания, и ослаблять все силы, что могут его разрушить»[197]. Ряд средств. «Идти прямо к истокам зла»[198]. Сломать побудительный мотив, что питает представление о преступлении. Ослабить вызвавший его интерес. За преступлениями, порождаемыми бродяжничеством, стоит лень – с ней и надо бороться. «Нельзя добиться успеха, сажая нищих в смрадные тюрьмы, больше похожие на клоаки»; надо принуждать их к труду. «Лучший способ наказать их – заставить работать»[199]. Против дурного пристрастия – хорошая привычка, против одной силы – другая сила, но сила чувствительности и страсти, а не вооруженной власти. «Не следует ли выводить все наказания из этого принципа, который

столь прост, столь уместен и уже хорошо известен, – выбирать их из того, что наилучшим образом подавляет намерение, приведшее к совершённомu преступлению?»[200]

Повернуть силу, побудившую преступника к преступлению, против нее самой. Разделить интерес, использовать его, с тем чтобы наказание стало внушать страх. Пусть наказание раздражает и стимулирует больше, чем преступление прельщает. Если к преступлению привело самолюбие – надо ранить самолюбие, превратить его в наказание. Бесчестящие наказания эффективны, потому что направлены против самого корня преступления – тщеславия. Фанатики кичатся и своими убеждениями, и пытками, которые претерпевают. Поэтому надо направить против фанатизма питающее его надменное упрямство: «Уничтожить его осмеянием и позором; если наказание состоит в унижении высокомерного тщеславия фанатиков перед большой толпой, можно ожидать прекрасных результатов». Было бы совершенно бесполезно, с другой стороны, подвергать их физическим страданиям[201].

Оживить полезный и добродетельный интерес, столь ослабленный преступлением. Чувство уважения к собственности – к богатству, но также уважение к чести, свободе и жизни: вот что теряет преступник, когда крадет, клеветает, похищает или убивает. Значит, надо снова научить его этому чувству. И его начинают учить ради его же блага; ему показывают, что значит потерять свободу распоряжаться своим имуществом, честью, временем и телом, чтобы он уважал ее у других[202]. Наказание, формирующее устойчивые и легко читаемые знаки, должно также пересоставить экономию интересов и динамику страстей.

3

Отсюда полезность модуляции наказания во времени. Наказание преобразует, изменяет, устанавливает знаки, ставит преграды. Полезно ли наказание, остающееся неизменным и постоянным? Наказание, не имеющее конца, было бы противоречивым: все ограничения, которые предписываются осужденному и из которых он, став добродетельным, не сможет извлечь пользу, будут лишь пыткой; и усилия, направленные на его перевоспитание, обернутся для общества напрасным беспокойством и пустыми тратами. Если есть неисправимые, надо иметь решимость их уничтожить. Но по отношению к остальным наказание действительно только в том случае, если имеет конец. С таким анализом согласились участники Конституанты: кодекс 1791 г. предусматривает смертную казнь для предателей и убийц; все другие наказания должны ограничиваться определенным сроком (и продолжаться не более двадцати лет).

Что главное, роль длительности должна быть неотделима от экономии наказания. В самой своей жестокости публичные казни имели тенденцию к следующему результату: чем серьезнее преступление, тем короче наказание. Длительность играла определенную роль и в прежней системе наказания: дни у позорного столба, годы изгнания, часы умирания на колесе. Но то было время испытания, а не продуманного преобразования. Теперь длительность должна способствовать надлежащему воздействию наказания: «Продолжительная последовательность болезненных лишений, избавляющая человечество от ужаса пытки, воздействует на виновного гораздо сильнее, чем преходящее мгновение боли... Она постоянно напоминает людям, на чьих глазах длится, о законах мщения и

оживляет в каждом мгновении целительного страха»[203]. Время, оператор наказания.

Но хрупкая механика страстей не должна сдерживаться прежним образом и с той же настойчивостью, когда страсти начинают преобразовываться. Наказание должно смягчаться по мере достижения результатов. Наказание вполне может быть фиксированным, т. е. определенным в соответствии с законом и равным для всех, но его внутренний механизм должен быть изменяемым. В законопроекте для Конституанты Ле Пелетье предложил систему убывающих наказаний: приговоренный к самому тяжелому наказанию должен находиться в карцере (с цепями на руках и ногах, в темноте и одиночестве, на хлебе и воде) только на первой стадии заключения; ему должно быть позволено работать сначала два, а потом три дня в неделю. По отбывании двух третей предписанного срока можно перевести его на режим «стесненности» (освещенная клетка, цепь на поясе, работа в течение пяти дней в полном одиночестве, остальные два дня – вместе с другими заключенными; работа должна оплачиваться, чтобы он мог улучшить свой ежедневный рацион). Приближаясь к концу срока, заключенный может перейти на тюремный режим: «Он каждый день встречается с другими заключенными для совместной работы, а если хочет – то работает в одиночестве. Рацион зависит от труда»[204].

4

Для осужденного наказание есть механика знаков, интересов и длительности. Но виновный – лишь одна из мишеней наказания. Ведь наказание направлено главным образом на других, на всех потенциально виновных.

Знаки-препятствия, постепенно запечатлеваемые в представлении об осужденном, должны циркулировать быстро и широко; они должны усваиваться и перераспределяться всеми; они должны формировать дискурс, в котором каждый сообщает со всем миром и запрещает преступление, они – настоящая монета, заменяющая в умах людей ложные выгоды от преступления.

Каждый должен расценивать наказание не только как естественное, но и как соответствующее своим интересам; видеть в нем свою выгоду. Довольно зрелищных, но бесполезных наказаний. Довольно тайных наказаний. Наказание должно рассматриваться как вознаграждение, которое виновный выплачивает каждому из сограждан за преступление, нанесшее ущерб всем им. Наказания должны «без конца воспроизводиться перед глазами граждан» и «выявлять общественную полезность общих и индивидуальных действий»[205]. В идеале осужденный предстает своего рода рентабельной собственностью: работником на службе у всех. Зачем обществу уничтожать жизнь и тело, которые оно может присвоить? Полезнее заставить его «служить государству, отбывая рабство, более или менее длительное в зависимости от характера преступления». Во Франции множество непроезжих дорог, препятствующих торговле; воры, которые тоже мешают свободной циркуляции товаров, могут заняться постройкой больших дорог. Куда красноречивее смерти «пример человека, который всегда перед глазами, лишен свободы и вынужден употребить остаток дней своих на возмещение вреда, нанесенного им обществу»[206].

При старом режиме тело осужденного становилось собственностью короля, монарх ставил на нем свое клеймо и обрушивал на него всю мощь своей власти. Теперь осужденный должен быть скорее общественной собственностью, предметом коллективного и полезного присвоения. Вот почему реформаторы почти всегда предлагали общественные работы как одно из лучших наказаний. Их поддержали в этом указы третьего сословия: «Пусть приговоренные к наказанию (за исключением смертного) осуждаются на общественные работы ради блага страны и на срок, пропорциональный совершенному преступлению»[207]. Общественные работы означали две вещи: коллективную заинтересованность в наказании осужденного и зримый, контролируемый характер наказания. Таким образом, виновный платит дважды: выполняемой работой и производимыми знаками. В сердце общества, на площадях или больших дорогах, осужденный образует средоточие выгоды и значения. Очевидно, что он служит каждому, но вместе с тем внедряет в сознание всех граждан знак преступления – наказания: вторая, чисто моральная, но гораздо более реальная полезность.

5

Отсюда – вся искусная экономия публичности. В пытке и казни основой примера является устрашение: физический ужас, коллективный страх, образы, отпечатывающиеся в памяти зрителей, словно клеймо на щеке или плече осужденного. Теперь основание примера – урок, дискурс, расшифровываемый знак, явление и картина общественной нравственности. Отныне церемония наказания будет подкрепляться не устрашающим воспроизведением власти монарха, а восстановлением уголовного кодекса, коллективным упрочением связи между мыслью о преступлении и мыслью о наказании. В наказании уже не надо усматривать присутствие монарха, в нем следует видеть сами законы. Законы связывают конкретное преступление с конкретным наказанием. За совершением преступления немедленно следует наказание, вводя в действие дискурс закона и показывая, что кодекс связывает не только мысли, но и реальности. Связь, непосредственная в тексте, должна быть непосредственной и в действиях. «Вспомните первые моменты, когда весть об ужасном деянии облетает наши города и села: рядом с гражданами словно ударила молния; все охвачены негодованием и ужасом... Это самый подходящий момент для наказания: не дайте преступлению остаться безнаказанным, поторопитесь уличить и осудить преступника. Возводите плахи, разжигайте костры, волочите виновного по площадям, созывайте людей громкими криками. Тогда они станут рукоплескать вашим приговорам, как провозглашению мира и свободы. Вы увидите, что они сбегутся на ужасные зрелища, ожидая присутствовать при торжестве законов»[208]. Публичное наказание есть церемония мгновенного раскодирования.

Закон перестраивается, он возвращается на свое место со стороны преступления, которое его нарушило. Злоумышленник, напротив, отделяется от общества. Он уходит. Но не в тех двусмысленных празднествах королевского строя, где народ неизбежно участвовал как преступник или зритель, а в скорбной церемонии. Общество, вновь обретшее свои законы, теряет гражданина, который их нарушил. Публичное наказание должно обнаруживать двойную беду: нарушение законов и необходимость расстаться с одним из граждан. «Свяжите с публичной казнью самую грустную и самую трогательную церемонию; пусть сей ужасный день будет днем траура для всего отечества; пусть общая скорбь отпечатается повсюду аршинными буквами... Пусть судья с траурным крепом, облаченный в черное,

объявит народу о посягательстве и печальной необходимости законной мести. Пусть сцены этой трагедии всколыхнут все чувства, все нежные и достойные привязанности»[209].

Смысл траура должен быть ясен всем. Каждый элемент ритуала должен говорить, рассказывать о преступлении, напоминать о законе, показывать необходимость наказания и обосновывать его меру. Плакаты, объявления, знаки, символы должны распространяться в больших количествах, чтобы каждый мог уяснить их значение. Публичность наказания не должна иметь своим физическим последствием устрашение; она призвана открыть книгу для чтения. Ле Пелетье полагал, что раз в месяц люди должны иметь возможность посетить осужденных «в их жалком застенке: тогда они смогут прочесть начертанные большими буквами над дверью имя виновного, описание его преступления и приговор»[210]. И несколько лет спустя Бексон[211] нарисует настоящий герб карающего правосудия в наивном военном стиле имперских церемоний: «Осужденного на смерть доставят на плаху в телеге, “затянутой черно-красной материей или выкрашенной в эти цвета”. Предатель будет облачен в красную рубаху с начертанным спереди и сзади словом “предатель”. На голову отцеубийцы накинута черное покрывало, на рубахе вышьют кинжал или орудие убийства. Красная рубаха отравителя будет расписана змеями и другими ядовитыми тварями»[212].

Этот доходчивый урок, это ритуальное раскодирование надо повторять как можно чаще. Пусть наказания будут скорее школой, чем празднеством, скорее вечно открытой книгой, нежели церемонией. Длительность, делающая наказание эффективным для виновного, полезна и для зрителей. Они должны иметь возможность в любой момент заглянуть в постоянно доступный словарь преступления и наказания. Тайное наказание – наполовину тщетное наказание. Надо позволить детям приходить в места, где отбывают наказание, и постигать там азы гражданственности. А взрослые люди должны периодически вновь изучать законы. Давайте представим места отбывания наказаний как некий Сад законов, куда по воскресеньям приходят семьи. «Я хотел бы, чтобы время от времени, предварительно подготовив умы разумной речью о сохранении общественного порядка, о полезности наказания, юношей да и взрослых водили на рудники, на каторжные работы, где они видели бы ужасную судьбу каторжников. Такие паломничества были бы полезнее тех, что турки совершают в Мекку»[213]. Ле Пелетье считал наглядность наказаний одним из основных принципов нового уголовного кодекса: «Часто, в специально отведенное время присутствие людей должно навлекать позор на головы виновных; а присутствие виновного в том жалком положении, в которое он ввергнут совершенным преступлением, – служить полезным назиданием для человеческих душ»[214].

Задолго до того как преступника стали рассматривать как предмет науки, в нем видели фактор воспитания. Некогда предпринимались благотворительные посещения заключенных с целью разделить их страдания (практика, введенная или перенятая XVII столетием); теперь полагают, что дети, побывав у заключенных, поймут полезность закона применительно к преступлению: получают живой урок в музее порядка.

Это позволит изменить направленность традиционного дискурса преступления. Важная забота составителей законов XVIII столетия: как приглушить сомнительную славу преступников? Как положить конец эпопее великих преступников, прославляемых в альманахах, листках, народных легендах? Если раскодирование наказания осуществлено успешно, если траурная церемония проходит должным образом, то преступление начинает восприниматься как несчастье, а злоумышленник – как враг, которого вновь приучают к жизни в обществе. Вместо тех похвал, что превращают преступника в героя, в дискурсе людей будут обращаться лишь знаки-препятствия, убивающие желание совершить преступление рассчитанным страхом перед наказанием. Эта положительная механика полностью развернется в повседневной речи, которая будет непрерывно укреплять ее новыми рассказами. Дискурс станет проводником закона, постоянным принципом всеобщего раскодирования. Народные поэты наконец примкнут к тем, кто называет себя «миссионерами вечного разума»; они станут моралистами. «Исполненный ужасных образов и спасительных идей, каждый гражданин начнет распространять их в своей семье, и собравшиеся вокруг дети будут ловить его долгие повествования с жадностью, сравнимой лишь с пылом рассказчика, и благодаря им откроют свою юную па мять детальнейшему восприятию понятий о преступлении и наказании, о любви к законам и родине, об уважении и доверии к судебному ведомству. Селяне тоже познакомятся с этими примерами, посеют их вокруг своих хижин; вкус к добродетели пустит корни в их грубых душах, а злоумышленник, встревоженный общественным ликованием и напуганный огромным числом врагов, возможно, откажется от своих замыслов, исход которых столь же скор, сколь гибелен»[215].

Вот как, стало быть, можно представить себе город наказаний. На перекрестках, в садах, на обочинах ремонтируемых дорог и на возводимых мостах, в открытых для всех мастерских, в глубинах рудников, куда можно спуститься, – тысячи маленьких театров наказания. На каждое преступление – свой закон, на каждого преступника – свое наказание. Наказание наглядное, наказание, которое все рассказывает, объясняет, обосновывает себя, убеждает: плакаты, колпаки с надписями, афиши, объявления, символы, тексты – печатные или читаемые вслух – неустанно повторяют кодекс. Декорации, перспективы, оптические эффекты, изображения, создающие иллюзию реальности, иногда преувеличивают сцену, делая ее более страшной, чем она есть, но и более ясной. Оттуда, где располагается публика, можно поверить в некоторые жестокости, в действительности не существующие. Но главное в этих реальных или раздутых строгостях то, что, согласно строгой экономии, все они должны служить уроком: что каждое наказание должно быть апологом. И что одновременно со всеми прямыми образцами добродетели можно в любой момент увидеть, как живую сцену, несчастья порока. Вокруг каждого из моральных «представлений» будут толпиться школяры и учителя, и взрослые узнают, какие уроки преподают их детям. Уже не торжественный наводящий ужас ритуал публичных казней, а развертывающийся изо дня в день и на каждой улице серьезный театр с многочисленными и убедительными сценами. И народная память воспроизведет в молве суровый дискурс закона. Но может быть, над этими бесчисленными зрелищами и повествованиями следовало бы поместить главный знак наказания за самое ужасное преступление: краеугольный камень судебного здания. Во всяком случае, Вермей представил сцену абсолютного наказания, которая должна доминировать над театрами повседневного наказания: единственный случай, когда необходимо стремиться к бесконечности наказания, эквивалент – в новой уголовно-правовой системе – тому, чем было царевубийство в прежней. Виновному выколуют глаза; совершенно

нагим посадят в железную клетку, подвешат в воздухе над центральной площадью; его прикрепят к прутьям клетки железным ремнем, опоясывающим талию; до конца дней своих он будет питаться хлебом и водой. «Он испытает все тяготы, приносимые сменой времен года, голову его покроет снег и опалит обжигающее солнце. Именно в этой жестокой пытке, продолжении скорее мучительной смерти, чем тягостной жизни, можно будет действительно узнать злодея, отданного во власть суровой природе, обреченного никогда не видеть оскорбленных им небес и никогда не жить на оскверненной им земле»[216]. Над карательным городом – железный паук, и преступник, распятый таким образом новым законом, – отцеубийца.

---

Целый арсенал живописных наказаний. «Избегайте налагать одинаковые наказания», – предостерегал Мабли. Изгнана идея уравнительного наказания, модулируемого только в зависимости от тяжести проступка. Вернее, использование тюрьмы как общая форма наказания никогда не присутствует в этих проектах специфических, зримых и «говорящих» наказаний. Заключение предусматривается, но как одно из наказаний; как особое наказание за определенные правонарушения, которые ущемляют свободу индивида (похищение) или вытекают из злоупотребления свободой (беспорядки, насилие). Оно предусматривается также как условие, позволяющее применить другие наказания (например, каторжные работы). Но оно не покрывает всего поля наказания, поскольку его единственный принцип вариативности – длительность наказания. Точнее говоря, идею заключения как меры наказания открыто критикуют многие реформаторы. Потому что заключение не может учитывать специфику преступлений. Потому что оно не воздействует на публику. Потому что оно бесполезно, даже вредно для общества: дорогостоящее, укрепляет осужденных в праздности, умножает их пороки[217]. Потому что осуществление такого наказания трудно контролировать, и существует опасность бросить заключенных на произвол тюремщиков. Потому что работа, сводящаяся к лишению человека свободы и надзору за ним, – упражнение в тирании. «Вы настаиваете, что среди вас есть чудовища; и если такие мерзавцы существуют, то законодатель должен, пожалуй, рассматривать их как убийц»[218]. Тюрьма в целом несовместима со всей этой технологией наказания – следствия, наказания – представления, наказания – общей функции, наказания – знака и дискурса. Тюрьма – мрак, насилие и подозрение. «Мрачное место, где взгляд гражданина не может сосчитать жертв, а потому число их не может служить примером... Между тем если бы удалось без умножения преступлений добиться большей доходчивости наказаний, то в конце концов удалось бы сделать их менее необходимыми; притом мрак тюрем рождает недоверие у граждан; они с легкостью заключают, что в тюрьмах вершатся большие несправедливости... Что-то явно не так, раз закон, имеющий в виду благо масс, постоянно вызывает ропот, а не благодарность»[219].

К идее о том, что тюремное заключение могло бы, как это происходит сегодня, покрывать срединное пространство между смертной казнью и легкими наказаниями, реформаторы не могли прийти сразу.

Проблема в следующем: в течение очень короткого времени тюремное заключение стало основной формой наказания. В уголовном кодексе 1810 г. различные формы тюремного заключения занимают почти все поле возможных наказаний между смертной казнью и

штрафами. «Что такое система наказания, принятая новым законом? Это тюремное заключение во всех его формах. Действительно, сравните четыре основных наказания, сохраненные в этом уголовном кодексе. Принудительные работы – форма заключения. Каторга – тюрьма на открытом воздухе. Содержание в местах лишения свободы, одиночное заключение, исправительное заключение – в некотором смысле просто различные названия для одного и того же наказания»[220]. Империя сразу решила воплотить в жизнь законосообразное заключение, выстроив для этого целую карательную, административную и географическую иерархическую лестницу: на самой нижней ступени, при каждом мировом судье, – камеры предварительного заключения муниципальной полиции; в каждом округе – тюрьмы; в каждом департаменте – исправительные дома; на самом верху – несколько центральных тюрем для осужденных преступников или тех, кто осужден уголовным судом на срок свыше года; наконец, в некоторых портах – каторжные тюрьмы. Было запланировано огромное тюремное здание, различные ярусы которого должны были в точности соответствовать уровням административной централизации. Эшафот, где тело казнимого преступника предоставлялось ритуально проявляемой силе монарха, и карательный театр, где представление наказания было постоянно доступно общественному телу, были заменены огромным, замкнутым, сложным и иерархизированным сооружением, встроенным в самое тело государственного аппарата. Совершенно другая «материальность», совершенно другая физика власти, совершенно другая манера захватывать тела людей. Во времена Реставрации и Июльской монархии, за исключением некоторых моментов, во французских тюрьмах содержится от 40 до 43 тысяч заключенных (примерно один заключенный на 600 жителей). Высокая стена – уже не та, что окружает и защищает, не та, что символизирует власть и богатство, но предельно замкнутая на себе самой, не проходимая ни в каком направлении, скрывающая отныне таинственную работу наказания – станет почти подручным, находящимся порой в самом центре городов XIX столетия монотонным образом (сразу материальным и символическим) власти наказывать. Уже во время Консулата министра внутренних дел обязали разобраться с тем, какие «надежные места» действуют и какие могут быть использованы как тюрьмы в разных городах. Несколько лет спустя были отпущены средства на постройку новых крепостей гражданского порядка – соответствующих величию власти, которую они должны были выражать и обслуживать. Первая империя использовала их для другой войны[221]. Менее расточительная, но более упорная экономия позволила завершить их строительство на протяжении XIX века.

Во всяком случае, менее чем через двадцать лет столь четко сформулированный Конституантой принцип особых, тщательно подобранных и эффективных наказаний, долженствующих служить уроком для всех, стал законом о тюремном заключении за правонарушения любой степени тяжести, кроме тех, что требовали смертной казни. Театр наказаний, о котором мечтали в XVIII веке и который должен был воздействовать главным образом на умы потенциальных подсудимых, заменили единообразным тюремным аппаратом, раскинувшим сеть массивных тюремных зданий по всей Франции и Европе. Но двадцать лет, пожалуй, слишком большой срок для столь ловкого маневра. Можно сказать, что он осуществился почти мгновенно. Достаточно взглянуть на проект уголовного кодекса, представленный Ле Пелетье. Принцип, сформулированный в начале, устанавливает необходимость «точных соотношений между природой правонарушения и природой наказания»: боль для тех, кто совершил жестокие преступления, труд для лодырей, позор

для падших душ. Но на самом деле предлагаемые суровые наказания сводятся к трем формам заключения: карцер, т. е. заключение, отягчаемое различными мерами (одиночеством, темнотой, ограничениями в пище); «стесненность», где дополнительные меры смягчены; наконец, собственно тюрьма, в сущности – простое заключение. Столь торжественно провозглашенное разнообразие сводится в итоге к единообразному и серому наказанию. И действительно, одно время некоторые депутаты удивлялись тому, что вместо установления естественного соотношения между преступлениями и наказаниями был принят совсем другой план: «Что же, если я предал родину, меня сажают в тюрьму; если я убил отца, меня сажают туда же; все преступления, какие только можно вообразить, наказываются одним и тем же единообразным способом. Так и видится лекарь, предлагающий одно лекарство от всех болезней»[222].

Эта быстрая замена не была привилегией Франции. Она произошла и в других странах. Когда вскоре после публикации трактата «О преступлениях и наказаниях» Екатерина II приказала составить «новое Уложение», урок Беккариа о специфичности и разнообразии наказаний не был забыт; он был повторен почти дословно: «Гражданская вольность тогда торжествует, когда законы на преступников выводят всякое наказание из особого каждому преступлению свойства. Все произвольное в наложении наказания исчезает. Наказание не должно происходить от прихоти законоположника, но от самой вещи; и не человек должен делать насилие человеку, но собственное человека действие»[223]. Несколько лет спустя общие принципы Беккариа легли в основу нового тосканского кодекса и кодекса, данного Австрии Иосифом II. И все же оба этих законодательства сделали тюремное заключение – модулируемое в его длительности и подкрепляемое в некоторых случаях клеймением и кандалами – практически единственным наказанием: минимум тридцать лет тюрьмы за покушение на монарха, за изготовление фальшивых денег и убийство, отягощенное грабежом; от пятнадцати до тридцати лет за преднамеренное убийство и вооруженный грабеж; от одного месяца до пяти лет за простую кражу и т. д.[224]

Но подчинение судебной-правовой системы тюрьме вызывает удивление, поскольку тюрьма не была (хотя сама собой возникает мысль об обратном) наказанием, которое уже прочно закрепилось в системе наказаний непосредственно за смертью и естественно заняло место, освободившееся после прекращения публичных казней. В сущности, тюрьма – и в этом отношении многие страны находились в той же ситуации, что и Франция, – занимала в системе наказаний лишь ограниченное и маргинальное положение. Это доказывают тексты. В Уложении 1670 г. тюремное заключение не указывается среди наказаний по приговору суда. Несомненно, пожизненное или временное тюремное заключение применялось наряду с прочими наказаниями в соответствии с некоторыми местными обычаями[225]. Но утверждали, что оно вышло из употребления, как и другие пытки: «Раньше были наказания, которые уже не практикуются во Франции, например запечатление вины на лице или лбу осужденного и пожизненное тюремное заключение; точно так же преступника уже не приговаривают к растерзанию хищными зверями и не посылают на рудники»[226]. В действительности, однако, тюрьма упорно продолжает существовать как наказание за незначительные правонарушения, применяемое в согласии с местными обычаями и привычками. В этом смысле Сулатж говорил о «легких наказаниях», не упомянутых в Уложении 1670 г.: порицании, выговоре, запрете на проживание в определенном месте,

удовлетворении оскорбленному и временном заключении. В некоторых областях, особенно тех, что в значительной мере сохранили судебный партикуляризм, наказание в форме тюремного заключения было еще широко распространено, но сталкивалось с некоторыми трудностями, как в недавно аннексированном Руссийоне[227].

И все же, несмотря на разногласия, юристы твердо придерживались принципа, что «в нашем гражданском праве тюремное заключение не расценивается как наказание»[228]. Роль тюрьмы – удерживать человека и его тело как залог: *ad continendos homines, non ad puniendos*[229] – гласит пословица. С этой точки зрения заключение подозреваемого играет роль, сходную с заключением должника. Посредством тюремного заключения обеспечивают гарантии, а не наказывают[230]. Таков общий принцип. И хотя заключение подчас, и даже в важных случаях, служит наказанием, оно выступает главным образом как замена: заменяет каторгу для тех, кто не может там работать, для женщин, детей, инвалидов: «Приговор к тюремному заключению на какой-то срок или пожизненному равнозначен осуждению на каторжные работы»[231]. В этой равнозначности достаточно четко просматривается возможная смена. Но для того чтобы она произошла, тюрьма должна была изменить свой юридический статус.

Надлежало также преодолеть второе, значительное – по крайней мере для Франции – препятствие. Тюрьму делало негодной для этой роли особенно то, что на практике она была непосредственно связана с королевским произволом и с чрезмерностью монаршей власти. Работные дома, приюты тюремного типа, «королевские приказы» или предписания полицейских лейтенантов, указы короля о заточении без суда и следствия (выхлопотанные нотаблями или родственниками) составляли целую репрессивную практику, которая сосуществовала с «законным правосудием», а чаще противостояла ему. И это «внесудебное» заключение отвергали и классические юристы, и реформаторы. Тюрьма – создание государя, сказал традиционалист Серпийон, прикрываясь авторитетом судьи Буйе: «Хотя монархи по государственным соображениям склоняются иногда к применению такого наказания, обычное правосудие к нему не прибегает»[232]. Реформаторы очень часто характеризуют тюремное заключение как образ и излюбленное орудие деспотизма: «Что сказать о тех тайных тюрьмах, что порождены в воображении пагубным духом монархизма и предназначены главным образом для философов, в чьи руки природа вложила факел и кои осмелились осветить свою эпоху, либо для благородных и независимых душ, коим недостает трусости умолчать о бедствиях своей родины, – о тюрьмах, мрачные двери которых распахиваются таинственными указами и навеки проглатывают несчастных жертв? Что сказать о самих указах, шедеврах изощренной тирании, что уничтожают принадлежащую каждому гражданину привилегию быть выслушанным до вынесения приговора? Они в тысячу раз опаснее для людей, чем изобретение Фалариса[233]...»[234]

Несомненно, эти протесты, исходящие от людей со столь различными взглядами, направлены не против заключения как законного наказания, а против «незаконного» применения самочинного, неопределенного по сроку заключения. Тем не менее тюрьма всегда воспринималась, вообще говоря, как запятнанная злоупотреблениями властью. Многие наказы третьего сословия отвергают тюрьму как несовместимую с нормальным правосудием. Иногда во имя классических юридических принципов: «Тюрьмы предназначались законом не для наказания, а для содержания под арестом...»[235] Иногда

из-за последствий заключения, карающего тех, кто еще не осужден, передающего и распространяющего зло, которое оно должно предупреждать, наказывающего всю семью и тем самым противоречащего принципу «адресности» наказаний; говорят, что «тюрьма не есть наказание. Человеколюбие восстает против ужасной мысли, что лишить гражданина самого драгоценного, опозорить его, погрузив в преступную среду, оторвать его от всего, что ему дорого, а то и раздавить, лишить всех средств к существованию не только его самого, но и его семью, – это не наказание»[236]. Депутаты неоднократно требуют отмены домов заключения: «Мы считаем, что дома заключения должны быть стерты с лица земли...»[237] И действительно, декрет от 13 марта 1790 г. постановляет освободить «всех лиц, содержащихся в заключении в крепостях, монастырях, работных домах, полицейских тюрьмах и всех прочих тюрьмах по королевским указам или по приказам представителей исполнительной власти».

Каким образом тюремное заключение, совершенно явно связанное с противозаконностью, избобличаемой даже во власти монарха, так быстро стало одной из основных форм законного наказания?

\* \* \*

Наиболее частое объяснение указывает на образование в течение классического века нескольких великих моделей карательного заключения. Их престиж – тем более высокий, что самые последние из них пришли из Англии и особенно из Америки, – будто бы позволил преодолеть двойное препятствие: вековые правила юстиции и деспотическую сторону действия тюрьмы. Очень быстро, кажется, эти препятствия были сметены карательными чудесами, захватившими воображение реформаторов, и заключение стало серьезной реальностью. Важность этих моделей не вызывает сомнения. Но сами они, прежде чем обеспечить решение, ставят проблемы: проблемы, связанные с их существованием и распространением. Как могли они зародиться и, главное, быть приняты столь повсеместно? Ведь легко доказать, что, хотя в некоторых отношениях эти модели соответствуют основным принципам уголовной реформы, во многих других отношениях они абсолютно разнородны и даже несовместимы.

Старейшая из моделей, которая, как принято считать, в той или иной мере вдохновила все остальные, – амстердамский Распхёйс, открытый в 1596 г.[238] Первоначально он предназначался для нищих и малолетних злоумышленников. Он действовал в соответствии с тремя основными принципами. Срок наказаний – по крайней мере в известных рамках – мог определяться администрацией сообразно с поведением заключенного; такая свобода действий администрации иногда предусматривалась самим приговором: в 1597 г. одного заключенного приговорили к двенадцати годам тюрьмы, но в случае его удовлетворительного поведения срок мог быть сокращен до восьми лет. Предусматривался обязательный труд, работали вместе с другими заключенными (одиночные камеры использовались лишь в качестве дополнительного наказания; заключенные спали по двое-трое на одной койке, в камерах содержалось от 4 до 12 человек); за выполненную работу получали вознаграждение. Наконец, строгий распорядок дня, система запретов и обязанностей, непрерывный надзор, наставления, духовное чтение, целый комплекс

средств, «побуждающих к добру» и «отвращающих от зла», удерживали заключенных в определенных рамках изо дня в день. Можно рассматривать амстердамский Распхёйс как основополагающий образец. Исторически он послужил связующим звеном между столь характерной для XVI века теорией педагогического, духовного преобразования индивидов путем непрерывного упражнения и пенитенциарными техниками, возникшими во второй половине XVIII века. И он задал созданным тогда трем другим институтам основные принципы, которые каждый из них развил в собственном особом направлении.

В работном доме в Генте принудительный труд был организован главным образом на основании экономических принципов. Утверждали, что праздность – основная причина большинства преступлений. Исследование – несомненно, одно из первых – состава приговоренных в пределах юрисдикции Алоста в 1749 г. показало, что преступниками были не «ремесленники или пахари (работяги думают лишь о работе, что их кормит), а лентяи, предавшиеся попрошайничеству»[239]. Отсюда идея дома, который в некотором смысле обеспечил бы применение универсальной трудовой педагогики к тем, кто уклоняется от работы. Такой подход дает четыре преимущества: сокращает число уголовных преследований, дорого обходящихся государству (во Фландрии экономия должна была составить свыше 100 000 ливров); избавляет от необходимости возврата денег, выплачиваемых разоренным бродягами лесовладельцам; создает массу новых работников, которая «благодаря конкуренции способствует снижению стоимости рабочей силы»; наконец, позволяет настоящим беднякам получить максимальную благотворительную помощь[240]. Эта полезная педагогика должна была оживить в лентяе тягу к труду, вернуть его в систему интересов, где работа предпочтительнее лени, образовать вокруг него компактное, упрощенное принудительное сообщество, где действует ясная максима: хочешь жить – трудись. Обязательный труд, но и обязательное денежное вознаграждение, позволяющее заключенному улучшить свою участь во время и после заключения. «Человеку, который не имеет средств к существованию, необходимо внушить желание добыть их с помощью работы, сначала в условиях полицейского надзора и дисциплины. В некотором смысле его заставляют работать. Потом его привлекают заработком. Нравы его улучшаются, возникает привычка к труду, ему не приходится думать о еде, и он бережется к выходу на свободу небольшую сумму», он учится ремеслу, «которое позволит ему не беспокоиться о средствах к существованию»[241]. Перестройка homo oeconomicus исключала применение слишком кратких и слишком долгих наказаний: первые не позволили бы заключенному приобрести навык и вкус к труду, вторые сделали бы обучение ремеслу бессмысленным. «Шести месяцев слишком мало для того, чтобы исправить преступников и вселить в них трудовой дух»; с другой стороны, «пожизненное заключение ввергает в отчаяние; преступники становятся равнодушными к исправлению нравов и духу труда, их ум занимают лишь планы побега и бунта; и раз уж не сочли целесообразным лишить их жизни, зачем же делать ее невыносимой?»[242] Срок наказания имеет смысл лишь в том случае, если возможно перевоспитание и экономическое использование исправившегося преступника.

К принципу труда английская модель добавляет как главное условие исправления изоляцию. Схему задал в 1775 г. Хенуэй, обосновавший ее прежде всего отрицательными доводами: скученность в тюрьме способствует распространению дурных примеров и создает возможность побега в настоящем и шантажа или сообщничества – в будущем. Тюрьма будет слишком похожа на мануфактуру, если позволить заключенным работать вместе. Далее

следовали положительные соображения: изоляция вызывает «страшный шок», который, защищая заключенного от дурных влияний, помогает ему углубиться в себя и вновь услышать в недрах своего сознания голос добра; работа в одиночестве должна быть не только ученичеством, но и обращением; она должна перестраивать не только игру интересов, присущих homo oeconomicus, но и императивы морального субъекта. Одиночная камера, техника христианского монашества, сохранившаяся лишь в католических странах, становится в этом протестантском обществе инструментом, с помощью которого можно перестроить одновременно и homo oeconomicus, и религиозное сознание. Тюрма должна образовывать «пространство между двумя мирами», между преступлением и возвратом к праву и добродетели; место преобразования индивида, которое вернет к государству утраченного гражданина. Аппарат для преобразования индивидов, который Хенуэй называет «реформаторием»[243]. Эти общие принципы Говард и Блэкстоун привели в действие в 1779 г., когда независимость Соединенных Штатов положила конец высылкам из Англии и началась подготовка закона для изменения системы исполнения наказаний. Тюремное заключение с целью преобразования души и поведения вошло в систему гражданского права. Преамбула к закону, составленная Блэкстоуном и Говардом, характеризует заключение в его тройной функции – как устрашающего примера, инструмента обращения индивида и условия для обучения ремеслу: подвергнутые «одиночному заключению, регулярному труду и влиянию религиозного наставления», некоторые преступники смогут «не только вселить страх в тех, кто захотел бы последовать их примеру, но и исправиться и приобрести привычку к труду»[244]. Отсюда – решение построить две исправительные тюрьмы, специально для мужчин и для женщин, где изолированные друг от друга заключенные должны выполнять «самые рабские работы, как нельзя лучше соответствующие невежеству, нерадивости и закоснелости преступников»: идти за колесом, запускаящим машину, крепить вал, полировать мрамор, трепать пеньку, обдирать рашпилем кампешевое дерево, кромсать ветошь, изготавливать веревки и мешки. В действительности была построена только одна исправительная тюрьма, в Глочестере, и она лишь отчасти отвечала первоначальному плану: одиночное заключение для наиболее опасных преступников, для остальных – совместная работа днем и изоляция ночью.

Наконец, филадельфийская модель. Несомненно, наиболее известная: ведь она воспринималась в связи с политическими нововведениями американской системы и, в отличие от других, не была обречена на немедленный провал и забвение. Ее постоянно критиковали и преобразовывали вплоть до серьезных дискуссий о пенитенциарной реформе в 30-х годах XIX столетия. Во многих отношениях тюрьма Уолнат Стрит, открытая в 1790 г. под непосредственным влиянием квакеров, строилась по модели Гента и Глочестера[245]. Там предусматривались обязательная работа в цехах, постоянная занятость заключенных, финансирование тюрьмы за счет их труда, но и выплата индивидуальных вознаграждений за труд как средство, обеспечивающее возвращение заключенных, в моральном и материальном отношении, в суровый мир экономики; если заключенных «постоянно использовать на производственных работах, они обеспечат оплату тюремных расходов, не будут бездельничать и смогут накопить некоторые средства к моменту окончания срока»[246]. Жизнь распланирована в соответствии со строжайшим распорядком дня и протекает под неусыпным надзором; каждый момент дня посвящается определенной конкретной деятельности и несет с собой собственные обязательства и запреты: «Все заключенные встают на рассвете и, застелив койки, умывшись и справив прочие потребности, обычно

начинают работу с восходом солнца. С этого момента никто не может войти в помещения и другие места, за исключением цехов и мест, отведенных для работы... С наступлением сумерек звонит колокол, извещающий об окончании работы... Заключенным дается полчаса, чтобы приготовить постели, после чего не разрешаются громкие разговоры и малейший шум»[247]. Как в Глочестере, одиночное заключение не тотально: оно применяется лишь к отдельным заключенным, которые в былые времена получили бы смертный приговор, и к заключенным, заслужившим особого наказания уже в тюрьме: «Без занятий, без развлечений, без уверенности в скором освобождении», заключенный проводит «долгие тревожные часы наедине с мыслями, посещающими всех виновных»[248]. Наконец, как в Генте, срок заключения может изменяться в зависимости от поведения заключенного: изучив дела, тюремные инспектора получают от властей – до 1820-х годов без особых трудностей – помилования для заключенных, отличившихся хорошим поведением.

Кроме того, тюрьма Уолнат Стрит характеризуется некоторыми чертами, специфическими для нее или по крайней мере развившимися то, что потенциально присутствовало в других моделях. Прежде всего, это принцип неразглашения наказания. Хотя приговор и основания для него должны быть известны всем, наказание должно осуществляться тайно; публика не должна вмешиваться ни как свидетель, ни как гарант наказания; уверенность в том, что за тюремными стенами заключенный отбывает наказание, должна быть достаточным уроком: надо положить конец уличным зрелищам, открытым законом 1786 г., который принуждал некоторых осужденных к общественным работам в городах или на крупных дорогах[249]. Наказание и его исправительное воздействие – процессы, развертывающиеся между заключенным и надзирателями. Эти процессы приводят к преобразованию всего индивида: его тела и привычек – посредством ежедневного принудительного труда, его сознания и воли – благодаря духовному попечению: «Библия и другие книги о жизни в вере всегда под рукой. Священники различных церквей, действующих в городе и окрестностях, служат поочередно по одному разу в неделю, а все другие духовные наставники имеют доступ к заключенным в любое время»[250]. Но это преобразование вверено самой администрации. Одиночества и самоанализа недостаточно; недостаточно и чисто религиозных увещаний. Работа над душой заключенного должна производиться как можно чаще. Тюрьма, являющаяся административным аппаратом, должна быть в то же время машиной по изменению сознания. При поступлении в тюрьму заключенному зачитывают устав. «Вместе с тем инспектора стремятся укоренить в нем моральные обязательства, соответствующие его положению, разъясняют ему, какое правонарушение по отношению к ним он совершил, каким злом оно оказалось для общества, под защитой коего он находится, и необходимость возмещения ущерба примерным поведением и исправлением. Затем они заставляют его обещать с радостью выполнить свой долг и вести себя достойно; они объясняют ему, что при хорошем поведении он может надеяться на освобождение до истечения срока... Время от времени инспектора обязаны беседовать с преступниками об их долге перед людьми и обществом»[251].

Но самое важное, несомненно, то, что условием и следствием этого контроля и преобразования является формирование знания об индивидах. Одновременно с новым заключенным администрация Уолнат Стрит получает отчет о совершённом им преступлении и сопутствовавших обстоятельствах, резюме допроса обвиняемого, сведения о его поведении до и после вынесения приговора: все это необходимо знать, чтобы «определить,

какое лечение и помощь требуются для искоренения его старых привычек»[252]. И на протяжении всего заключения он подвергается наблюдению, его поведение изо дня в день документально фиксируется, и инспектора (в 1795 г. – двенадцать знатных горожан), дважды в неделю по двое посещающие тюрьму, получают информацию о происходящем, осведомляются о поведении каждого заключенного и решают, кто заслуживает ходатайства о снисхождении. Постоянно совершенствуемое знание индивидов позволяет подразделить их в тюрьме не столько по совершённым преступлениям, сколько в соответствии с обнаруженными наклонностями. Тюрьма становится своего рода постоянной обсерваторией, дающей возможность распределить разные пороки или слабости. Начиная с 1797 г. заключенные делились на четыре класса: первый составляли те, кто приговорен к одиночному заключению или совершил серьезные правонарушения в тюрьме; ко второму принадлежали те, кто «хорошо известен как матерый преступник... порочен, опасен, неустойчив в своих склонностях или непредсказуем в поступках» и проявил все эти качества за время пребывания в тюрьме; третий класс включает в себя тех, «чей характер и обстоятельства до и после осуждения заставляют заключить, что они не являются закоренелыми преступниками»; наконец, особое отделение, испытательный класс для тех, чей характер еще не известен, или для тех, кто во всяком случае не заслуживает зачисления в предыдущие категории[253]. Организуется целый корпус индивидуализирующего знания, область значения которого – не столько совершённое преступление (по крайней мере не оно одно), сколько потенциальная опасность, сокрытая в индивиде и проявляющаяся в его наблюдаемом каждодневном поведении. С этой точки зрения тюрьма действует как аппарат познания.

\* \* \*

Между карательным аппаратом, предлагаемым фламандской, английской и американской моделями, между этими «реформаториями» и всеми наказаниями, придуманными реформаторами, имеются точки сходства и различия.

Точки сходства. В первую очередь, налицо изменение временного направления наказания. Задача «реформаториев» также состоит не в том, чтобы изгладить преступление, а в том, чтобы воспрепятствовать его повторению. Это механизмы, направленные в будущее и устроенные так, чтобы исключить повторение злодеяния. «Цель наказаний – не искупление преступления, по справедливости остающееся в воле Всевышнего, но предупреждение правонарушений того же рода»[254]. В Пенсильвании Бакстон заявил, что принципы Монтескье и Беккариа должны иметь отныне «силу аксиом», что «предупреждение преступлений – единственная цель наказания»[255]. Итак, наказывают не для того, чтобы было искуплено преступление, а для того, чтобы преобразовать преступника (реального или потенциального); наказание должно быть сопряжено с определенной исправительной техникой. В этом отношении к юристам-реформаторам близок Раш – если, конечно, следующие его слова лишены метафорического смысла: люди изобрели машины, облегчающие труд; куда большей похвалы был бы достоин изобретатель «самых быстрых и эффективных методов восстановления порочной части человечества в добродетели и счастье и удаления из мира некоторой доли порока»[256]. Наконец, англосаксонские модели, подобно проектам законодателей и теоретиков, предполагают методы

индивидуализации наказания: срок, вид, интенсивность, способ исполнения наказания должны соответствовать характеру индивида и исходящей от него опасности для других. Система наказаний должна быть открыта для индивидуальных переменных. В своих общих чертах модели, более или менее вдохновленные амстердамским Распхёйсом, не противоречили проектам реформаторов. На первый взгляд может даже показаться, будто они были лишь их развитием – или эскизом – на уровне конкретных учреждений.

И все же при определении техники индивидуализирующего исправления возникает весьма очевидное различие. Различие в процедуре подхода к индивиду, в способе, каким карательная власть берет его под контроль, в орудиях, какие она использует для осуществления преобразования, различие – в технологии наказания, а не в его теоретическом обосновании, в отношении, которое оно устанавливает между телом и душой, а не в способе, каким оно встраивается в правовую систему.

Возьмем метод реформаторов. Какова точка приложения наказания, захвата контроля над индивидом? – Представления: представления о его интересах, о преимуществах и невыгодах, удовольствии и неудовольствии; и если наказание захватывает тело, применяет к нему техники, мало отличающиеся от пытки, то в той мере, в какой оно является – для осужденного и для зрителей – объектом представления. Каким инструментом воздействуют на представления? – Другими представлениями или, скорее, ассоциациями идей (преступление – наказание, воображаемая выгода от преступления – невыгода от наказаний); эти пары действуют лишь как элемент публичности: сцены наказания, устанавливающие или укрепляющие их в глазах всех, дискурс, который распространяет, каждый момент вводит в обращение игру знаков. Роль преступника в наказании заключается в том, чтобы вновь вводить наряду с кодексом и преступлениями реальное присутствие означаемого, иными словами наказания, которое в соответствии с задачами кодекса должно безошибочно связываться с правонарушением. Избыточное и зримое производство этого означаемого, а значит, реактивация означаемой системы кодекса, идеи преступления, служащего знаком наказания, – вот какой монетой правонарушитель выплачивает свой долг обществу. Индивидуальное исправление должно, следовательно, обеспечивать перекалфикацию индивида в субъекта права путем укрепления систем знаков и распространяемых ими представлений.

Аппарат исправительного наказания действует совершенно иначе. Точка приложения наказания здесь – не представление, а тело, время, обычные жесты и деятельности, а также душа, но лишь как вместительница привычек. Тело и душа как принципы поведения образуют элемент, который отныне подлежит карательному вмешательству. Не как искусству представлений, а как обдуманному манипулированию индивидом: «Всякое преступление излечивается благодаря физическому и моральному воздействию»; следовательно, для выбора наказаний необходимо «знать принцип ощущений и симпатий, имеющих место в нервной системе»[257]. Что касается используемых инструментов, то это уже не игра представлений, но применяемые на практике и повторяемые формы и схемы принуждения. Упражнения, не знаки: расписание, организация времени, обязательные движения, регулярная деятельность, раздумье в одиночестве, работа сообща, молчание, прилежание, уважение, хорошие привычки. И наконец, посредством техники исправления стремятся восстановить не столько правового субъекта, захваченного фундаментальными интересами

социального договора, сколько покорного субъекта, индивида, подчиненного привычкам, правилам, приказам, власти, которая постоянно отправляется вокруг него и над ним и которой он должен позволить автоматически действовать в себе самом. Имеется, следовательно, два совершенно различных способа реакции на правонарушение: можно или восстанавливать юридического субъекта общественного договора, или формировать покорного субъекта согласно общей и детализированной форме власти.

Несомненно, все их различие было бы разве что умозрительным – поскольку в обоих случаях речь идет, по существу, о формировании послушных субъектов, – если бы наказание как «принуждение» не влекло за собой несколько важных последствий. Дрессировка посредством детально расписанного времени, приобретение привычек и принуждение тела подразумевают совершенно особое отношение между тем, кого наказывают, и тем, кто наказывает. Отношение, не просто делающее зрелищное измерение ненужным, но исключающее его[258]. Наказывающий должен иметь тотальную власть, которую не может нарушить третья сторона; исправляемый должен быть полностью захвачен отправляемой над ним властью. Обязательная тайна. И отсюда автономия, по крайней мере относительная, этой техники наказания: она должна обладать собственным действием, собственными правилами, собственными методами, собственным знанием; она должна устанавливать свои нормы, определять свои результаты. Здесь разрыв, во всяком случае различие, между властью наказывать и судебной властью, объявляющей виновного и устанавливающей общие границы наказания. Два этих следствия – тайна и автономия в отправлении карательной власти – неприемлемы для теории и политики наказания, имеющей в виду две цели: обеспечить участие всех граждан в наказании общественного врага и сделать отправление власти наказывать адекватным и прозрачным относительно законов, публично устанавливающих ее пределы. Тайные наказания и наказания, не предусмотренные законодательством; власть наказывать, отправляемая во мраке в соответствии с критериями, ускользающими от контроля, и с помощью таких же инструментов, – и в результате вся стратегия реформы рискует быть скомпрометирована. После вынесения приговора образуется власть, напоминающая ту, что действовала в прежней системе. Власть, осуществляющая наказания, грозит быть такой же самочинной, такой же деспотичной, как та, что некогда их устанавливала.

Коротко говоря, различие таково: карательный город или принудительное заведение? С одной стороны, функционирование власти наказывать, распределенной по всему пространству общества; присутствующей повсюду как сцена, зрелище, знак, дискурс; удобочитаемой, как открытая книга; действующей путем постоянного перекодирования сознания граждан; обеспечивающей подавление преступления благодаря препятствиям, поставленным перед мыслью о преступлении; воздействующей невидимо и ненавязчиво на «мягкие волокна мозга», как сказал Серван. Власть наказывать, которая распространяется по всему протяжению общественной сети, действует в каждой ее точке и в конечном счете воспринимается уже не как власть одних индивидов над другими, а как непосредственная реакция всех на каждого. С другой стороны, компактное функционирование власти наказывать: принятие ею на себя полной ответственности за тело и время виновного, управление его жестами и поведением посредством системы власти и знания; согласованная ортопедия, применяемая к виновным для индивидуального исправления; автономное отправление этой власти, отделенное как от тела общества, так и от судебной

власти в строгом смысле слова. За возникновением тюрьмы стоит институционализация власти наказывать или, точнее, вопрос: в каком случае власть наказывать (с ее принятой в конце XVIII столетия стратегической целью, состоящей в снижении числа народных противозаконностей) отправляется более оптимально – когда скрывается за общей социальной функцией, в «карательном городе», или когда облекается в форму принудительного института, действует в замкнутом пространстве «реформатория»?

Как бы то ни было, можно сказать, что в конце XVIII века наличествуют три способа организации власти наказывать. Первый – тот, что еще сохраняется и основывается на старом монархическом праве. Два других зиждутся на превентивном, утилитарном и исправительном понимании права наказывать, принадлежащего всему обществу; но они весьма отличаются друг от друга на уровне предусматриваемых ими механизмов. Вообще говоря, в монархическом праве наказание – церемониал власти суверена; в нем используются ритуальные метки мщенья, наносимые на тело осужденного, и он развертывает перед глазами зрителей ужасное действие, которое тем ужаснее, чем более прерывисто, нерегулярно всегда возвышающееся над собственными законами физическое присутствие монарха и его власти. Юристы-реформаторы, со своей стороны, рассматривают наказание как процедуру нового определения индивидов как субъектов, как правовых субъектов; в этой процедуре используются не метки, а знаки, кодированные совокупности представлений и образов, наиболее быстрое распространение и как можно более универсальное принятие которых обеспечивает сцена наказания. Наконец, в создававшемся тогда проекте института тюрьмы наказание – техника принуждения индивидов; она использует не знаки, а методы муштры тел, оставляющей в поведении следы в виде привычек; и она подразумевает установление особой власти для управления наказанием. Суверен и его сила, тело общества, административный аппарат. Метка, знак, след. Церемония, представление, отправление. Победенный враг, правовой субъект в процессе нового определения, индивид, подвергаемый непосредственному принуждению. Пытаемое тело, душа и ее манипулируемые представления, муштруемое тело. Вот три ряда элементов, характеризующих три механизма, которые сталкиваются друг с другом во второй половине XVIII века. Их нельзя ни свести к теориям права (хотя они частично совпадают с такими теориями), ни отождествить с аппаратами или институтами (хотя они опираются на них), ни вывести из морального выбора (хотя они находят свое обоснование в морали). Это модальности, согласно которым отправляется власть наказывать. Три технологии власти.

Стало быть, проблема состоит в следующем: как произошло, что именно третья технология была в конечном счете принята? Как принудительная, телесная, обособленная и тайная модель власти наказывать сменила репрезентативную, сценическую, означающую, публичную, коллективную модель? Почему физическое отправление наказания (не пытка) заменило – вместе с тюрьмой, служащей его институциональной опорой, – социальную игру знаков наказания и распространяющее их многословное празднество?