

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 вычленишь 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.

Версия #1

Зверобой создал 26 мая 2025 14:01:22

Зверобой обновил 26 мая 2025 14:03:00