

Г. А. Есаков, Т. Г. Понятовская,
А. И. Рарог, А. И. Чучаев

УГОЛОВНО-ПРАВОВОЕ ВОЗДЕЙСТВИЕ

Монография

Под редакцией
доктора юридических наук,
профессора
А. И. Рарога



Геннадий Есаков

Уголовно-правовое воздействие

«Проспект»

Есаков Г. А.

Уголовно-правовое воздействие / Г. А. Есаков — «Проспект»,

ISBN 978-5-39-210816-9

В монографии рассматриваются теоретические основы учения об уголовно-правовом воздействии: его понятие, сущность, формы, историческое и доктринальное обоснование права государства на осуществление уголовно-правового воздействия. После характеристики основных форм уголовно-правового воздействия исследуется проблема юридических лиц как объектов уголовно-правового воздействия. Предлагаемое издание рассчитано на научных работников, преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов, работников правоприменительных органов.

ISBN 978-5-39-210816-9

© Есаков Г. А.

© Проспект

Содержание

ГЛАВА 1. ПОНЯТИЕ УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ	6
§ 1. Сущность уголовно-правового воздействия	6
§ 2. Общая характеристика уголовно-правового воздействия	20
ГЛАВА 2. ПРАВО НАКАЗАНИЯ (JUS PUNIENDI [1])	34
§ 1. Теории права наказания	34
§ 2. Понятие и признаки наказания	52
§ 3. Объект уголовного наказания	63
Конец ознакомительного фрагмента.	67

**Г. А. Есаков, Т. Г. Понятовская,
А. И. Рарог, А. И. Чучаев**
УГОЛОВНО-ПРАВОВОЕ ВОЗДЕЙСТВИЕ
Монография
*Под редакцией доктора юридических
наук, профессора А. И. Рарога*



• ПРОСПЕКТ •

ebooks@prospekt.org

ГЛАВА 1. ПОНЯТИЕ УГОЛОВНО-ПРАВОВОГО ВОЗДЕЙСТВИЯ

§ 1. Сущность уголовно-правового воздействия

В уголовном праве Российской Федерации термин «уголовно-правовое воздействие» не является традиционным и широко употребляемым. Согласно ст. 2 УК РФ для осуществления охраны прав и свобод человека и гражданина, собственности, общественного порядка и общественной безопасности, окружающей среды, конституционного строя, обеспечения мира и безопасности человечества, а также предупреждения преступлений устанавливаются виды наказаний и иные меры уголовно-правового характера. Однако ни общей дефиниции, раскрывающей сущностные и другие отличительные признаки, ни конкретного перечня таких мер законодателем не приводится.

В доктрине вопрос о понятии, признаках и видах мер уголовно-правового характера относится к числу дискуссионных. Возрастающий к нему интерес объясняется современной уголовно-правовой политикой, имеющей тенденцию к дифференциации и комплексности государственного принуждения. В специальной литературе в таком контексте все чаще используются словосочетания «уголовно-правовое воздействие»¹, «меры уголовно-правового воздействия»², «система мер уголовно-правового воздействия»³.

В ряде норм уголовного и уголовно-исполнительного законодательства говорится об оказании на осужденных исправительного (ст. 68 УК РФ, ст. 8 УИК РФ), общественного (ст. 9 УИК РФ) и воспитательного (глава 15 УИК РФ) воздействия. Один из видов принудительных мер уголовно-правового характера легально именуется принудительными мерами воспитательного воздействия.

Показательным в этом отношении является зарубежный опыт юридической техники. Уголовное законодательство многих государств предоставляет правоприменителю возможность выбора не только из множества наказаний, но и из числа иных мер принуждения. В Общей части Уголовного закона Латвии предусматриваются иные принудительные меры воздействия, о мерах исправления и безопасности говорится в специальной главе УК ФРГ, средствам уголовного воздействия посвящена одна из глав УК Литовской Республики⁴.

Потребность и целесообразность «обогащения» понятийного аппарата науки уголовного права вызваны «ограниченными» гносеологическими возможностями словосочетания «меры уголовно-правового характера».

По справедливому замечанию А. С. Пунигова, термин «меры уголовно-правового характера» слишком широкий по объему, не отображает специфики обозначаемых средств. Его

¹ См.: Кошаева Т. О. Уголовная ответственность как вид юридической ответственности // Журнал российского права. 2004. № 8. С. 48, 50; Коваленко С. Э. О некоторых формах реализации уголовной ответственности // Правовая политика и правовая жизнь. 2002. № 4. С. 176.

² См., например: Назаренко Г. В. Принудительные меры медицинского характера в уголовном праве. М., 2000. С. 7; Прохоров В. С., Кропачев Н. М., Тарбагаев А. Н. Механизм уголовно-правового регулирования: норма, правоотношение, ответственность. Красноярск, 1989. С. 7, 88, 93; Тарасов А. Н. Условное осуждение по законодательству России: вопросы теории и практики. СПб., 2004. С. 67, 91; Чуцаев А. И., Абдрахманова Е. Р. Лишение свободы и проблемы его реализации. Ульяновск, 1996. С. 61.

³ См.: Кондалов А. Н. Условное осуждение и механизмы его обеспечения: автореф. дис... канд. юрид. наук. Казань, 2000. С. 4–6.

⁴ См.: Крастиньш У. Я. Системность и иные уголовно-правовые меры принудительного воздействия // Системность в уголовном праве: мат. II рос. конгресса уголовного права. М., 2007. С. 216–217.

неопределенность «вносит путаницу в уяснение содержания исследуемого понятия и не добавляет строгости в употребление терминологии»⁵.

Недостаток легального наименования проявляется и в том, что оно не позволяет перейти на новый уровень исследования, усматривая в совокупности качества, не свойственные отдельным составляющим. Определение понятия мер уголовно-правового характера зачастую дается посредством перечисления двух групп признаков: свойств, общих для уголовно-правовых мер (включая наказание), и свойств, отличающих наказание и иные меры. Более емкое терминологическое сочетание «уголовно-правовое воздействие», напротив, ориентирует на проведение системного научного анализа.

Системный подход является общенаучным инструментом получения нового знания и включает комплексное видение сложных явлений в многообразии составляющих их связей, как внутренних, так и внешних (от греч. *systema* – «составленное из частей», «соединенное»). В философии данная категория обозначает объект, организованный в качестве целостности, где энергия связей между элементами системы превышает энергию их связей с элементами других систем. Семантическое поле такого понятия включает термины «связь», «элемент», «целое», «единство», «структура» – как схема связей между элементами⁶.

Основу уникальности и цельности любого явления, в том числе и системного, составляет его сущность – внутреннее содержание, выражающееся в единстве всех многообразных и противоречивых форм его бытия⁷. Сущностью обусловлены функциональное значение, отличительные признаки и свойства явления. В истории философии сущность определялась как начало понимания вещей, их вечный принцип бытия, внутренняя структура, первичное, устойчивое и необходимое качество (в противовес качествам вторичным, изменчивым и второстепенным)⁸.

Исходя из сложившегося анализа мер уголовно-правового характера вопрос об их сущности, как правило, не ставился. Учитывая, что не все черты, присущие явлению, выступают первичными и определяющими, представляется необходимым провести обстоятельное изучение свойств системы мер уголовно-правового характера, обозначить качество этих свойств и выявить в итоге сущность уголовно-правового воздействия.

Пожалуй, единственной неоспоримой чертой мер уголовно-правового характера является их нормативная определенность⁹. Закрепление в уголовном законе свидетельствует о принадлежности данных мер к средствам государственного регулирования общественных отношений и указывает на их особое предназначение, выраженное задачами УК РФ. По столь явному внешнему признаку, вытекающему из самого термина, не представляет трудностей провести разграничение уголовно-правового воздействия, к примеру, от гражданско-правового и административно-правового воздействия.

Руководствуясь признаком формального выражения, логично предположить, что все средства, регламентированные УК РФ, выступают мерами уголовно-правового характера и образуют уголовно-правовое воздействие. Однако основывать научную теорию на внешнем формальном критерии и, более того, относить его к сущностным признакам правового фено-

⁵ Пушгов А. С. К вопросу о понятии «меры уголовно-правового характера» // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: мат. 4-й междунар. науч. – практич. конф. 25–26 января 2007 г. М., 2007. С. 291.

⁶ Всемирная энциклопедия: Философия / под ред. А. А. Грицанова. М., 2001. С. 936.

⁷ Философский энциклопедический словарь / под ред. С. С. Аверинцева, Э. А. Араб-Оглы, Л. Ф. Ильичева и др. М., 1989. С. 638.

⁸ См.: Новая философская энциклопедия / под ред. В. С. Степина, А. А. Гусейнова, Г. Ю. Семигина и др.: в 4 т. Т. 3. М., 2001. С. 682.

⁹ См.: Звечаровский И. Понятие мер уголовно-правового характера // Законность. 2007. № 1. С. 20; Келина С. Г. «Иные меры уголовно-правового характера» как институт уголовного права // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: мат. 4-й междунар. науч. – практич. конф. 25–26 января 2007 г. М., 2007. С. 285, 286; Уголовное право России. Общая часть / под ред. А. Н. Игнатова, Ю. А. Красикова. М., 2008. С. 351; и др.

мена не представляется обоснованным. Уголовный закон определяет множество институтов, имеющих отличные цели, основания применения и содержание. Нормативную определенность следует рассматривать как вторичный признак уголовно-правового воздействия, обусловленный его социально-правовой значимостью.

Не столь однозначно решается вопрос об отнесении мер уголовно-правового характера к мерам государственного принуждения. Большинство отечественных и зарубежных криминалистов отвечают на него положительно. Так, У. Я. Крастиныш пишет, что общим для уголовно-правовых мер воздействия и наказания является то, что они «реализуются в принудительном порядке: их назначают и исполняют соответствующие, уполномоченные на то государственные институты»¹⁰.

Иной точки зрения придерживается С. Курганов. На его взгляд, принуждение свойственно лишь наказанию, в то время как альтернативные меры – любой вид освобождения от наказания или от его отбывания – не являются мерами принуждения, не влекут за собой наступления неблагоприятных правовых последствий для виновного лица¹¹.

С последним утверждением сложно согласиться. Некорректно отождествлять содержание уголовно-правовой меры и государственного обеспечения ее реализации. Способ обеспечения отличает право от иных форм социального регулирования. Отглагольное существительное «принуждение» образовано от слова «принудить», означающего «приневолить, заставить сделать что-либо»¹². Отсюда под государственным принуждением понимается возможность государства обязать субъекта помимо его воли и желания совершить определенные действия либо воздержаться от их совершения.

Принудительность выступает неотъемлемым признаком как права в целом, так и отдельных его норм. Обеспеченность реализации права государственным принуждением обоснованно определяется как необходимый внешний фактор функционирования правовых положений. Лишь имея под собой потенциальное силовое вмешательство уполномоченных на то властных органов, право может называться общеобязательной системой формально определенных правил поведения и выступать действенным и эффективным средством урегулирования общественных отношений. Первичность (сущностность) признака принудительности относительно государства и права является весьма спорной, в то время как необходимость такого их признака не вызывает сомнений.

Исходя из лексического толкования освобождение от уголовной ответственности и (или) от наказания (от его отбывания) допустимо относить к специальным уголовно-правовым мерам. Слово «мера» в русском языке имеет три значения: единицы измерения; границы проявления чего-нибудь и средства для осуществления чего-нибудь, мероприятия¹³. Думается, что именно в последнем из контекстов слово «мера» употребляется для обозначения мер уголовно-правового характера.

Однако не каждый факт легального освобождения виновного от уголовной ответственности, наказания или его отбывания является безусловным и исключает возложение на лицо, совершившее преступление, других, пусть и менее ощутимых, но все же неблагоприятных правовых последствий (ст. 73, 90, 92 УК РФ). Более того, нормы уголовного права, носящие поощрительный характер, могут сохранять возможности по усилению остроты влияния в случае поведения, недостойного примененного поощрения (ч. 2 и 3 ст. 74, ч. 4 ст. 90 УК РФ).

Таким образом, об уголовно-правовом воздействии справедливо говорить как о виде государственного принуждения. При этом последнее является одним из способов исполнения

¹⁰ Крастиныш У. Я. Указ. соч. С. 215.

¹¹ Курганов С. И. Меры уголовно-правового характера // Уголовное право. 2007. № 2. С. 61.

¹² См.: Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. Т. 3. М., 1994. С. 1126; Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. М., 1999. С. 595.

¹³ См.: Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. С. 350.

мер уголовно-правового характера, в использовании которого не всегда возникает необходимость. Данный признак не принадлежит к категории исключительных качеств рассматриваемого явления, не позволяет отграничить уголовно-правовое воздействие от близких ему мер уголовно-процессуального, административно- и гражданско-правового характера. Принудительность следует рассматривать как формальный критерий, указывающий на внешние атрибуты уголовно-правовых мер, а именно обеспеченность их реализации.

Более дискуссионен вопрос о характере мер уголовно-правового воздействия. На взгляд большинства ученых, кара – одно из отличий наказания от иных мер. Другие криминалисты полагают, что все меры уголовно-правового характера являются карательными, в той или иной мере ограничивают (лишают) лицо в его правах, свободах и интересах.

Именно кару как негативную, соответствующую представлениям о справедливости и неотвратимую оценку содеянного и виновного, их осуждение и порицание, В. К. Дуюнов предлагает считать внутренним смыслом уголовно-правового воздействия¹⁴. Логично предположить, что, выражая сущность воздействия в целом, кара необходимо должна характеризовать и все возможные его проявления. По В. К. Дуюнову, к их числу принадлежат:

- превентивное влияние уголовно-правовых норм;
- случаи освобождения лица от уголовной ответственности по нереабилитирующим основаниям;
- привлечение виновного к уголовной ответственности с применением в необходимых случаях наказания или иных мер уголовно-правового воздействия;
- придание осужденному особого правового статуса в течение срока отбытия наказания и сверх этого срока – судимости¹⁵.

Можно выделить ряд противоречий в предлагаемой автором концепции. Во-первых, карательный характер приобретает ответ государства не только на совершение правонарушения, но и на склонность к его совершению. Представляется, что необходимость и законность уголовно-правового воздействия обуславливается противоправными действиями лица, но отнюдь не его мыслями и убеждениями (ст. 8 УК РФ).

Во-вторых, весьма спорно наличие карательного воздействия в факте освобождения лица от уголовной ответственности по нереабилитирующим основаниям. Обозначенная позиция не соответствует юридической природе данного института как выражения безусловного отказа (воздержания) государства от официального признания лица виновным в совершении преступления в расчете на его законопослушное поведение в будущем¹⁶. Правовым результатом освобождения является полное прекращение всех отрицательных последствий, которые могли бы быть применены за общественно опасное деяние.

В-третьих, отождествление кары с осуждением и порицанием представляется необоснованным. В русском языке слово «кара» исконно употребляется в значении (сурового) наказания, возмездия, казни, строгого взыскания¹⁷. «Упрек», «укор», «порицание» и «осуждение» являются синонимами и толкуются как выражение неудовольствия, неодобрения, обвинения в худом и проч.¹⁸ Несмотря на схожий вокализм слов «кара» и «корить» (от корня «кор»),

¹⁴ См.: Дуюнов В. К. Механизм уголовно-правового воздействия: теоретические основы и практика реализации: дис... д-ра юрид. наук. Тольятти, 2001. С. 27.

¹⁵ Дуюнов В. К. Указ. соч. С. 86–87.

¹⁶ См. подробнее: Егоров В. С. Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности. М., 2002. С. 76; Ендольцева А. В. Институт освобождения от уголовной ответственности: проблемы и пути их решения. М., 2004. С. 72–73.

¹⁷ См.: Большой толковый словарь русского языка / под ред. С. А. Кузнецова. СПб., 2000. С. 417; Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. Т. 2. М., 1994. С. 912; Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. С. 265.

¹⁸ См.: Большой толковый словарь русского языка / под ред. С. А. Кузнецова. С. 925, 1394; Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. Т. 4. М., 1994. С. 1048; Даль В. И. Толковый словарь живого великорусского языка: в 4 т. Т. 3. М., 1994. С. 828; Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка: С. 465, 564, 836.

их этимология, равно как и содержание, различны¹⁹. Кара предполагает отрицательную «нравственную, социально-политическую и условно-юридическую оценку преступления и личности преступника»²⁰, основывается на ее наличии, но не тождественна ей.

Таким образом, кара не может выступать сущностью уголовно-правового воздействия. Наиболее справедливо связывать ее с сущностью уголовного наказания²¹. В таком качестве кара заключает в себе основное отличие наказания от иных мер уголовно-правового воздействия, выражая большую степень интенсивности, силы и продолжительности оказываемого влияния. Остальные меры не столь ограничительны; опосредуемые ими обременения служат либо средством контроля и воспитания (условное осуждение, судимость, принудительные меры воспитательного воздействия), либо средством обеспечения безопасности (личной, общественной) и психиатрического лечения (принудительные меры медицинского характера).

В то же время правоограничительный характер обуславливает общий для всех уголовно-правовых мер признак направленности принудительного влияния или объекта воздействия.

В гносеологии под объектом понимают то, на что направлена познавательная субъектная активность, часть объективной реальности, которая вступила во взаимодействие с субъектом. Любая субъектная деятельность целесообразна и имеет объект приложения своих сил²².

Достаточно близко к смысловому контексту «объекта» стоит термин «предмет» (от лат. *objicio* – «бросаю вперед», «противопоставляю»), рассматриваемый как аспект, сторона объекта, находящаяся в области интересов конкретного исследования²³. Иными словами, предмет представляет собой составную часть объекта, непосредственно вступившую во взаимодействие с субъектом и изменяющуюся под влиянием его активной целенаправленной деятельности.

Выделяют объекты сенсительные, доступные чувственному познанию, и интеллигибельные, умопостигаемые в условиях невозможности восприятия с помощью чувств²⁴. Специфика социальной деятельности заключается в значительно более частой объективации нематериальных социокультурных явлений.

В общей теории познания и в частных областях знаний весьма спорным является вопрос о роли личности в структуре субъект-объектного взаимодействия. Представляется, что системно и аксиологически недопустимо рассматривать человека (личность) в качестве объекта какой-либо деятельности. М. Б. Хомяков отмечает, что личность есть единственная ценность, обладающая реальным существованием²⁵. По Н. А. Бердяеву, человек – «образ и подобие абсолютного бытия», «субъект высшего самосознания», «малая вселенная», «микрокосм», потому не может выступать объектом научного познания²⁶.

Абстрагируясь от ценностного подхода в интерпретации субъект-объектных отношений, отметим следующее. Личность (человек) – «интегральное, бесконечно богатое конкретным

¹⁹ См.: Фасмер М. Этимологический словарь русского языка: в 4 т. Т. 2. СПб., 1996. С. 190, 320.

²⁰ Дуонов В. К. Указ. соч. С. 35.

²¹ См.: Астемиров З. А. Проблемы теории уголовной ответственности и наказания. Махачкала, 1987. С. 76; Чуцаев А. И., Абдрахманова Е. Р. Указ. соч. С. 73; Яковлева Л. В. О сущности наказания // Закон и право. 2003. № 8. С. 37.

²² См.: Новая философская энциклопедия / под ред. В. С. Степина, А. А. Гусейнова, Г. Ю. Семигина и др.: в 4 т. Т. 3. М., 2001. С. 136; Философский энциклопедический словарь / под ред. С. С. Аверинцева, Э. А. Араб-Оглы, Л. Ф. Ильичева и др. С. 437.

²³ См. подробнее: Новая философская энциклопедия / под ред. В. С. Степина, А. А. Гусейнова, Г. Ю. Семигина и др. Т. 3. С. 330; Соколов Р. Ю. Социальная деятельность: структура и основные параметры: дис... канд. филос. наук. Ставрополь, 2006. С. 20.

²⁴ См.: Белов М. В. Философия философии (самоопределение философии в акте рефлексивного мышления). Пермь, 2003. С. 96.

²⁵ См.: Хомяков М. Б. Личность как сущность человеческой природы // Личность и мир: филос. – публ. альманах. М., 1999. С. 23.

²⁶ См.: Феномен человека: Антология / под ред. П. С. Гуревича. М., 1993. С. 29–33.

содержанием понятие»²⁷. Определение в качестве объекта личности в целом методологически необоснованно в силу смысловой неопределенности данного термина.

В современной юридической доктрине и смежных с ней науках (философии права, социологии) вопрос об объекте права, правоотношения, ответственности, наказания вызывает неподдельный интерес. Ни один из этих терминов не имеет на настоящий момент общепризнанного толкования. Например, в литературе под объектами данных понятий понимают общественные отношения, охраняемые законом и нарушаемые (поставленные под угрозу нарушения) совершением деяния²⁸; общественно опасное деяние²⁹, уголовная ответственность³⁰; наказание, а равно воспитание и перевоспитание лиц, совершивших преступление³¹; личность, ее воля³², тело и (или) душа³³, окружение виновного и социум в целом³⁴, фактическое поведение субъекта само по себе либо направленное на удовлетворение жизненных благ³⁵; само благо, находящееся в распоряжении управомоченной стороны и охраняемое государством³⁶.

Теории объекта уголовно-правового воздействия, как правило, не имеют под собой методологической основы и противоречат большинству философских критериев субъект-объектного отношения.

Исходя из интегративного свойства правоограничительности отдельных мер уголовно-правового воздействия и их системного целого представляется направленной принуждающего влияния усматривать в правах и свободах лица. Совокупность прав и свобод в юриспруденции называют «правовым статусом личности»³⁷. Следовательно, под объектом уголовно-правового воздействия обоснованно понимать правовой статус личности³⁸, а под его предметом – отдельные права и свободы, ограничиваемые при реализации той или иной формы уголовно-правового принуждения.

Термин «правовой статус личности» достаточно часто используется в специальной литературе при определении ответственности. Например, В. В. Мальцев трактует уголовную ответственность как «основанное на уголовном законе и определяемое совершенным преступлением ухудшение правового статуса лица, заключающееся в лишении или ограничении его прав и свобод»³⁹. С ограничением правового статуса связывают уголовную ответственность, а также отдельные меры уголовно-правового характера (чаще всего наказание) и другие криминалисты⁴⁰.

²⁷ Гибадуллина Н. И. Личность как способ человеческой экзистенции: автореф. дис... канд. филос. наук. Чебоксары. 2006. С. 12.

²⁸ См., например: Петрова Г. Объект уголовно-правового отношения // Уголовное право. 2003. № 2. С. 61.

²⁹ См.: Сумачев А. В. Уголовное правоотношение. Тюмень, 2001. С. 14.

³⁰ См.: Миронов А. Н. Уголовные правоотношения // Российский следователь. 1999. № 2. С. 18.

³¹ См. об этом: Прохоров В. С., Кропачев Н. М., Тарбагаев А. Н. Указ. соч. С. 115.

³² См.: Кули Ч. Х. Человеческая природа и социальный порядок. М., 2000. С. 300.

³³ См.: Мартынов М. Ю. Индивид в условиях дисциплинарной власти: автореф. дис... канд. филос. наук. Чебоксары, 2004. С. 15.

³⁴ См.: Перминов О. Г. Функции и задачи уголовного наказания в борьбе с преступностью // «Черные дыры» в российском законодательстве. 2002. № 4. С. 16.

³⁵ См.: Хропанюк В. Н. Теория государства и права / под ред. В. Г. Стрекозова. М., 2005. С. 313.

³⁶ См., например: Алексеев С. С. Общая теория права: в 2 т. Т. 2. М., 1982. С. 154; Теория государства и права / под ред. В. Д. Первалова. М., 2004. С. 228; Уголовное право / под ред. Н. И. Ветрова, Ю. И. Ляпунова. М., 2007. С. 203.

³⁷ См.: Воеводин Л. Д. Конституционные права и обязанности советских граждан. М., 1972. С. 23, 25, 35; Витрук Н. В. Правовой статус личности в СССР. М., 1985. С. 7.

³⁸ См.: Имамов М. М. Виды наказаний и принципы формирования их системы: автореф. дис... канд. юрид. наук. Казань, 2004. С. 15; Сундуров Ф. Р. Наказание и альтернативные меры в уголовном праве. Казань, 2005. С. 11; Чуцаев А. И., Абдрахманова Е. Р. Указ. соч. С. 28.

³⁹ Мальцев В. В. Социальная ответственность личности, уголовное право и уголовная ответственность // Правоведение. 2000. № 6. С. 169.

⁴⁰ См., например: Велиев С. А. Общее понятие и значение уголовной ответственности // «Черные дыры» в российском

Воздействие на личность, включая его исправление, может происходить лишь косвенным образом и заключается в лишении либо ограничении какого-либо права в необходимой и достаточной мере для осознания субъектом ценности понесенной (возможной) утраты и воздержания от совершения общественно опасного деяния (исключение в интерпретации психологического восприятия составляют принудительные меры медицинского характера, поскольку реализуются в отношении невменяемого лица).

Таким образом, одним из общих признаков мер уголовно-правового характера выступает их правоограничительное влияние. Объектом уголовно-правового воздействия как частью объективного бытия, на которую направлена практическая активность субъекта уголовно-правовой деятельности, является правовой статус лица, совершившего общественно опасное деяние. Предмет составляют отдельные права и свободы личности, ограничиваемые при реализации той или иной формы (меры) уголовно-правового принуждения.

Однако ни характер воздействия, ни его направленность (объект) не могут быть признаны сущностью рассматриваемой системы, поскольку раскрывают содержательную сторону понятия либо являются его внешним, атрибутивным свойством.

Иная концепция сущности уголовно-правового воздействия предлагается В. Ф. Ширяевым. Интегративным свойством такой системы, на его взгляд, выступает единый результат, на который направлены все ее элементы, выраженный целями уголовного наказания: восстановлением социальной справедливости, исправлением осужденного, предупреждением совершения новых преступлений. Отсюда систему мер уголовно-правового воздействия автор определяет как совокупность ограниченного количества элементов, носящих основной или вспомогательный характер, объединенных результатом ее направленности, выраженным в целях наказаний, регламентированных УК РФ⁴¹.

Думается, что сам выбор системообразующего (сущностного) свойства является не совсем удачным. Цель представляет собой идеальный или реальный предмет сознательного или бессознательного стремления субъекта, финальный результат, на который преднамеренно направлен процесс. В корреляции категорий «цель» и «средство» доминирующей является первая, поскольку в праксеологическом отношении цель корректирует инструментальное соответствие и рациональную эффективность избираемых средств⁴². Несмотря на это, цель выступает внешним по отношению к явлению признаком.

Система, образованная по столь пространному критерию (даже с соблюдением его соответствия для каждого из элементов), может включать различные феномены, отмечая их назначение, но не природу. При этом одним из требований, обеспечивающих стабильность и жизнеспособность системного целого, в литературе называют однотипность и качественную взаимообусловленность его составляющих. Ю. В. Голик отмечает, что «изъятие или добавление какого-то элемента в структуру множества может привести к утрате существующего качества этого множества. Таким образом, нечто, существовавшее именно как нечто особенное, перестает таковым быть и превращается в нечто новое, с новым качеством, либо прекращает свое существование»⁴³.

законодательстве. 2004. № 1. С. 100; *Егоров В. С.* Теоретические вопросы освобождения от уголовной ответственности. С. 23, 41; Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под ред. В. М. Лебедева. М., 2005. С. 175, 202; *Новоселов Г. П.* Учение об объекте преступления. Методологические аспекты. М., 2001. С. 160; Уголовное право Российской Федерации. Общая часть / под ред. Л. В. Иногамовой-Хегай. М., 2006. С. 226; и др.

⁴¹ См.: *Ширяев В. Ф.* Наказание в системе мер уголовно-правового воздействия: содержание, проблемы совершенствования: дис... канд. юрид. наук. Ярославль, 2001. С. 49.

⁴² См.: Новая философская энциклопедия / под ред. В. С. Степина, А. А. Гусейнова, Г. Ю. Семигина и др.: в 4 т. Т. 4. М., 2001. С. 317, 320.

⁴³ *Голик Ю. В.* Нужна новая редакция Уголовного кодекса Российской Федерации // Системность в уголовном праве: мат. П. рос. конгресса уголовного права. М., 2007. С. 117.

Элементный состав системы, предлагаемой В. Ф. Ширяевым, напротив, достаточно неоднороден и образует две самостоятельные подсистемы – основную и вспомогательную. Роль доминанты и основной системы выполняет наказание, а единым критерием отбора «вспомогательных» элементов является возможность определять, ограничивать, усиливать или смягчать его применение⁴⁴. Однако принятое основание отбора соблюдено не было. В системе уголовно-правового воздействия наряду с положениями, касающимися назначения, замены и освобождения от наказаний, оказались принудительные меры медицинского характера, принудительные меры воспитательного воздействия и досудебные меры уголовно-процессуального принуждения⁴⁵.

Рассмотрение последних в качестве отдельных составляющих уголовно-правового воздействия вызывает более всего вопросов. Достаточно сложно усмотреть влияние ареста, подписки о невыезде, залога и проч. на применение наказания.

Описываемое автором единство образовавшейся совокупности представляется мнимым. Анализ норм отечественного уголовного и уголовно-процессуального законодательства не позволяет заключить, что цели восстановления социальной справедливости, исправления осужденного и предупреждения совершения преступлений другими лицами (общее предупреждение) присущи каждому из элементов системы В. Ф. Ширяева.

Так, цели применения принудительных мер медицинского характера закреплены законодательно. Ими являются излечение (улучшение психического состояния) лиц, совершивших общественно опасное деяние и страдающих психическим заболеванием, исключаяющим их вменяемость, а также предупреждение совершения ими новых деяний, предусмотренных УК РФ (ст. 98 УК РФ). Целей восстановления социальной справедливости, исправления лица и общей превенции перед принудительными мерами медицинского характера не ставится.

Назначение принудительных мер воспитательного воздействия регламентировано не столь четко. Исходя из содержания ч. 1 ст. 90, ч. 2 ст. 92 УК РФ можно заключить, что их целями выступают исправление несовершеннолетнего и специальная превенция. Относительно реализации прочих предполагаемых результатов воздействия ответить с полной степенью уверенности, основываясь лишь на толковании уголовно-правовых норм, не представляется возможным. Думается, что решение этого вопроса определяется не единством системы мер уголовно-правового характера, а особенностями принудительных мер воспитательного воздействия как одного из элементов, ее составляющих.

Постановка целей, аналогичных целям наказания, является более чем спорной применительно к мерам процессуального принуждения. В отличие от наказания такие меры обладают иной правовой природой. Анализ ст. 97, ч. 1 ст. 111 УПК РФ позволяет сделать вывод, что они служат реализации задач уголовного судопроизводства (обеспечению безопасности участников уголовного судопроизводства, сохранности доказательств, исполнения приговора) и предупреждению совершения правонарушений. Во время назначения мер процессуального принуждения лицо не выступает носителем правового статуса осужденного, отсутствует юридический факт признания его виновным в совершении преступления, следовательно, нет и оснований предполагать, что он нуждается в исправлении, а уголовно-правовое воздействие в отношении него может восстановить справедливость.

Пожалуй, единственной общей целью перечисленных В. Ф. Ширяевым правовых явлений служит предупреждение совершения новых общественно опасных деяний со стороны лиц, к которым они применены. Именно цель специальной превенции указывается многими крими-

⁴⁴ См.: Ширяев В. Ф. Указ. соч. С. 46.

⁴⁵ См. там же. С. 47.

налистами в числе основных признаков, объединяющих меры уголовно-правового характера (Ф. Б. Гребенкин⁴⁶, С. Г. Келина⁴⁷).

Можно сделать вывод, что концепция В. Ф. Ширяева носит искусственный, а не онтологический характер. Автор исходит не из сущности уголовно-правового воздействия как системного явления;

взятые в совокупности элементы не обладают признаками устойчивости, целостности и качественного единообразия.

Представляется, что сущностное определение уголовно-правового воздействия необходимо основывать на его терминологическом толковании. Слово «воздействие» является отглагольным существительным. Воздействовать означает оказывать влияние, добиться (-иваться) необходимого результата⁴⁸. Глагол образован посредством добавления к слову «действовать» соответствующей приставки. В этимологическом словаре значение приставки «воз» (древнерусское «въз») определяется как «за кого (что), вместо кого (чего)»⁴⁹. Отсюда термин «воздействие» отражает не просто деятельную активность, а подчеркивает отношение производности такой деятельности, ее возвратность (кому-то за что-то). Следовательно, уголовно-правовое воздействие есть ответная целенаправленная активная деятельность, имеющая уголовно-правовую основу.

Сущностной чертой, объединяющей все меры уголовно-правового воздействия, является то, что предусмотренное уголовным законом принуждение выступает ответом государства на определенные действия субъекта. Исходя из этого сущностью уголовно-правового воздействия наиболее обоснованным представляется считать ответ, реакцию государства на такие действия. Под «реакцией» понимается «противодействие», «отпор», «сопротивление». Реагировать – значит отзываться каким-либо образом на раздражение, воздействие извне, проявлять свое отношение к чему-либо⁵⁰.

Анализ научной литературы показывает, что из числа признаков мер уголовно-правового характера основание их применения вызывает у криминалистов более всего вопросов. Именно этот критерий зачастую относится к категории сущностного свойства и порождает значительные расхождения в интерпретациях прочих (вторичных) качеств.

50 ученым-юристам, имеющим ученую степень доктора или кандидата юридических наук, был задан вопрос о том, что следует называть термином «уголовно-правовое воздействие». Наименьшее количество экспертов (8 %) определили его как реакцию государства на общественно опасное деяние, не связанную с привлечением лица к уголовной ответственности. 16 % фактически отождествили рассматриваемое явление и уголовную ответственность. Значительное количество опрошенных (34 %) полагали, что это синоним уголовно-правового регулирования. Наиболее распространенным мнением (42 %) является характеристика уголовно-правового воздействия в качестве негативной реакции государства на общественно опасное деяние, что более содержательно, чем понятие «уголовная ответственность» и менее широко в сравнении с «уголовно-правовым регулированием».

Таким образом, проведенная экспертная оценка не дала однозначного ответа на вопрос о сущности уголовно-правового воздействия. Однако во всех предлагаемых вариантах ответов ограничителем объема понятия выступало именно основание ответной государственной деятельности. Следовательно, вопрос об основании рассматриваемого явления требует более обстоятельного изучения.

⁴⁶ См.: Гребенкин Ф. Б. Понятие, признаки и виды иных мер уголовно-правового характера // Системность в уголовном праве: мат. II рос. конгресса уголовного права. М., 2007. С. 126.

⁴⁷ См.: Келина С. Г. Указ. соч. С. 285.

⁴⁸ См.: Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. С. 92.

⁴⁹ См.: Фасмер М. Этимологический словарь русского языка: в 4 т. Т. 1. СПб., 1996. С. 333.

⁵⁰ См.: Ожегов С. И., Шведова Н. Ю. Толковый словарь русского языка. С. 670.

В специальной литературе можно встретить «сложные» конструкции уголовно-правового воздействия, в которых обозначаемое этим термином понятие оценивается широко за счет включения явлений, имеющих различные, нередко не связанные между собой основания.

Такая ситуация является следствием теорий, обосновывающих первичность иных признаков правового феномена (например, упоминаемая ранее концепция карательной сущности уголовно-правового воздействия В. К. Дуюнова). Автор полагает, что основание воздействия должно рассматриваться в двух аспектах: как основание криминализации общественно опасных деяний и как основание практической реализации кары в отношении лиц, виновных в их совершении. Соответственно, по В. К. Дуюнову, имеют место два вида оснований уголовно-правового воздействия. Объективное существование преступности как основание создания уголовного законодательства и конкретное общественно опасное деяние, содержащее все признаки состава преступления, как основание реализации воздействия в отношении определенного лица⁵¹.

Ближних взглядов придерживается Ф. К. Набиуллин. Автор не уточняет основания воздействия. Однако из данного им определения содержания воздействия четко просматривается сложный неоднородный состав:

- преступление;
- поощряемое государством посткриминальное поведение (добровольная явка с повинной, способствование раскрытию преступления, возмещение причиненного ущерба, примирение с потерпевшим) и истечение сроков давности как основания освобождения от уголовной ответственности;
- невиновно совершенное общественно опасное деяние;
- принятие и вступление уголовно-правовой нормы в законную силу⁵².

Обозначенные выводы свидетельствуют об искусственном объединении в рамках одного термина нескольких правовых феноменов: реакцию государства на общественно опасное деяние, государственное реагирование на желательное посткриминальное поведение и действие уголовного закона во времени и пространстве. Эти феномены имеют не только нетождественные основания, но и различное предназначение. В контексте предупредительного влияния уголовного закона целесообразней говорить не об «уголовно-правовом воздействии», а применять термин «действие» или «влияние» уголовного закона.

По мнению ряда криминалистов, меры уголовно-правового характера (воздействия) могут применяться в ответ на разнообразное правовое поведение. По И. Э. Звечаровскому, «изменение уголовно-правового статуса субъекта может быть следствием не только преступного, но и любого поведения, имеющего уголовно-правовое значение», которое «как разновидность правового поведения включает в себя и противоправное, и правомерное уголовно-правовое поведение»⁵³.

В общей теории права к правовому поведению, помимо правомерного и правонарушающего, относят также злоупотребление правом и объективно противоправное деяние⁵⁴. Понимая под основанием воздействия любое уголовно-правовое поведение, более последовательным было бы включать все его виды, в том числе злоупотребление правом и объективно противоправное деяние.

Однако И. Э. Звечаровский особо подчеркивает то, что объективно противоправное деяние лица, не обладающего способностью осознавать фактический характер и общественную опасность своих действий (бездействия) и (или) руководить ими в силу психического заболе-

⁵¹ См.: Дуюнов В. К. Указ соч. С. 39, 49.

⁵² См.: Набиуллин Ф. К. Некарательные меры уголовно-правового характера: природа, система и социально-правовое назначение: автореф. дис... канд. юрид. наук. Казань, 2008. С. 11, 12.

⁵³ Звечаровский И. Указ. соч. С. 20.

⁵⁴ См. об этом: Теория государства и права / под ред. В. Д. Перевалова. С. 259–266.

вания, не имеет уголовно-правового значения. Как следствие, автор не наделяет принудительные меры медицинского характера статусом уголовно-правовых мер⁵⁵.

Несмотря на обозначенные рамки, данная точка зрения фактически означает отождествление уголовно-правового воздействия со всеми средствами регулирования уголовных правоотношений. На это С. И. Курганов вполне справедливо задается вопросом: насколько методологически корректно объединять в одном понятии разные по сущности, характеру и целевой направленности институты. Сам С. И. Курганов в качестве основания применения мер уголовно-правового характера рассматривает только правонарушающее поведение, полагая, что это соответствует и интуитивному представлению о мере уголовно-правового характера как мере, соотносимой с наказанием (принуждением)⁵⁶.

С указанным также сложно согласиться. Правонарушение является родовым юридическим понятием, охватывающим гражданско-правовые деликты, административные правонарушения, дисциплинарные проступки и преступления. Заметим, что в мышлении и науке философская категория «сущность» характеризует устойчивое, инвариантное свойство, выражающее переход от многообразия изменчивых форм явления к его внутреннему содержанию и единству⁵⁷. Предлагаемая С. И. Кургановым интерпретация сущности уголовно-правового воздействия является, по меньшей мере, некорректной и требует значительного уточнения.

Природа уголовного права проявляется в борьбе с правонарушающим деянием, признаки которого определены ст. 14 УК РФ. Иное поведение (как поощряемое уголовным законом, так и пресекаемое им) имеет вторичный характер и именуется «посткриминальным». В связи с этим представляется недопустимым унифицировать несовпадающие по времени возникновения и степени вредоносности действия (бездействие), а также объединять в единое системное целое, порождаемые столь отличными фактическими основаниями акты государственного реагирования.

Широкий подход к основаниям уголовно-правового воздействия размывает рамки правового явления. При этом утрачивается его исключительность и возникает весьма негативная перспектива ассоциирования самых ограничительных из арсенала государственного принуждения мер с фактически любым правовым поступком.

Многие ученые основанием применения мер уголовно-правового воздействия считают совершение деяния, содержащего все признаки состава преступления (ст. 14 УК РФ). Основным аргументом в поддержку данной точки зрения является ч. 2 ст. 2 УК РФ, указывающая на назначение наказаний и иных мер уголовно-правового характера «за совершение преступлений»⁵⁸.

Необходимо отметить, что в уголовно-правовой доктрине реакция государства на преступление наиболее часто ассоциируется с другим термином – «уголовная ответственность», отсутствие легального определения которого восполняет множество различных концепций. Теоретики права, признавая многоаспектность данного социально-правового явления, под его сущностью понимают либо обязанность правонарушителя претерпеть неблагоприятные последствия и дать отчет в содеянном⁵⁹, либо негативную реакцию общества и государства на правонарушение, своеобразную форму их защиты⁶⁰.

⁵⁵ См.: Звечаровский И. Указ. соч. С. 20.

⁵⁶ Курганов С. И. Указ. соч. С. 62.

⁵⁷ См.: Новая философская энциклопедия / под ред. В. С. Степина, А. А. Гусейнова, Г. Ю. Семигина и др.: в 4 т. Т. 3. М., 2001. С. 682.

⁵⁸ См.: Келина С. Г. Указ. соч. С. 284; Пунигов А. С. К вопросу о понятии «меры уголовно-правового характера». С. 292, 293.

⁵⁹ См., например: Комаров С. А. Основы государства и права. М., 1997. С. 76, 77; Липинский Д. А. Формы юридической ответственности // Вестник Волжского университета. Серия «Юриспруденция». Тольятти, 1999. Вып. 4. С. 63; Хропанюк В. Н. Указ. соч. С. 334.

Аналогичная ситуация сложилась и в уголовном праве. В большинстве случаев ответственность рассматривается то с точки зрения лица, нарушившего уголовно-правовой запрет (как обязанность виновного)⁶¹, то с точки зрения государства, этот запрет установившего (в качестве оценки деяния и его деятеля, их осуждения и порицания)⁶². Встречаются попытки объединения двух названных концепций и рассмотрения уголовной ответственности в качестве правоотношения, в содержании которого одновременно выделяются два аспекта: «активный» (право и обязанность государства требовать с виновного ответа за нарушение установленного запрета) и «пассивный» (обязанность лица дать отчет в содеянном)⁶³. Однако желание раскрыть многогранность ответственности в попытке обогатить теорию может привести к противоположному результату: отождествлению правовых явлений и, как следствие, стиранию четких граней понятийного аппарата. В то же время выделение главного, сущностного свойства вовсе не означает упрощения сложной конструкции. «Явление богаче сущности, ибо оно включает в себя не только обнаружение внутреннего содержания, существенных связей объекта, но и всевозможные случайные отношения, особенные черты последнего. Явления динамичны, изменчивы, в то время как сущность образует нечто сохраняющееся во всех изменениях»⁶⁴.

Так, А. И. Рарог характеризует уголовную ответственность как сложное социально-правовое последствие совершения преступления, содержание которого включает четыре элемента: обязанность лица дать отчет в содеянном; выраженную в судебном приговоре отрицательную оценку деяния и порицание лица, его совершившего; назначенное виновному наказание или иную меру уголовно-правового характера; судимость как специфическое правовое последствие осуждения с отбыванием назначенного наказания⁶⁵. Говоря же о сущности, автор подчеркивает, что она «выражается именно в обязанности лица, совершившего преступление, дать отчет перед государством в содеянном, подвергнуться осуждению, наказанию и иным неблагоприятным юридическим последствиям, предусмотренным уголовным законом»⁶⁶.

Данная точка зрения представляется наиболее справедливой. Подтверждением ее состоятельности служат философское, социологическое и в большей степени лингвистическое толкования термина «ответственность» через обязанность, обязательство, сознательное осуществление требований, долг⁶⁷. Более того, нормы об уголовно-правовом принципе вины (ст. 5 УК РФ), общих условиях уголовной ответственности (ст. 19 УК РФ), определении интеллектуально-волевого критерия невменяемости (ст. 21 УК РФ) выражают единый тезис: нет вины – нет ответственности, в то время как отсутствие вины вовсе не означает отсутствия уголовно-правового воздействия.

⁶⁰ См., например: Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права. М., 2005. С. 467; Теория государства и права / под ред. В. Д. Первалова. С. 266.

⁶¹ См.: Загородников Н. И. О пределах уголовной ответственности // Советское государство и право. 1967. № 7. С. 39–40; Уголовное право России. Общая часть / под ред. А. И. Рарога. М., 2007. С. 64; Уголовное право России. Общая часть: учебник / под ред. А. Н. Игнатова, Ю. А. Красикова. М., 2008. С. 100, 104; Чистяков А. А. Содержательная сторона уголовной ответственности // Закон и право. 2003. № 12. С. 45.

⁶² См.: Велиев С. А. Общее понятие и значение уголовной ответственности. С. 99–100; Тарбагаев А. Н. Ответственность в уголовном праве // Правоведение. 1994. № 3. С. 104; Ткачевский Ю. М. Уголовная ответственность // Уголовное право. 1999. № 3. С. 38; Ткачевский Ю. М. Понятие уголовной ответственности, ее суть и цели // Вестник Моск. ун-та. Сер. 11. Право. 2000. № 6. С. 17; Уголовное право: учебник / под ред. Н. И. Ветрова, Ю. И. Ляпунова. М., 2007. С. 66.

⁶³ См.: Базылев Б. Т. Юридическая ответственность как охранительное правоотношение // Советское государство и право. 1980. № 8. С. 122; Дуюнов В. К. Указ. соч. С. 18.

⁶⁴ Философский энциклопедический словарь / под ред. С. С. Аверинцева, Э. А. Араб-Оглы, Л. Ф. Ильичева и др. С. 638.

⁶⁵ См.: Уголовное право России. Общая часть / под ред. А. И. Рарога. М., 2007. С. 62.

⁶⁶ Уголовное право России. Общая часть / под ред. А. И. Рарога. М., 2007. С. 64.

⁶⁷ См.: Российская социологическая энциклопедия / под ред. Г. В. Осипова. М., 1998. С. 355–356; Словарь современного русского литературного языка / под ред. А. М. Бабкина, Е. Э. Биржаковой, В. В. Виноградова и др.: в 17 т. Т. 8. М.; Л., 1959. С. 1272; Философский энциклопедический словарь / под ред. С. С. Аверинцева, Э. А. Араб-Оглы, Л. Ф. Ильичева и др. С. 453.

Справедливо замечено: «Из того, что в ч. 2 ст. 2 УК РФ говорится о мерах уголовно-правового характера за совершение преступлений, еще не следует, что все меры уголовно-правового характера применяются только за их совершение»⁶⁸. Анализ иных норм уголовного закона дает тому подтверждение.

В соответствии с нормами УК РФ меры уголовно-правового характера (воздействия) могут применяться не только к виновным в совершении преступления, но и к лицам, совершившим общественно опасное деяние, не содержащее всех признаков состава преступления. По п. «а» ч. 1 и 2 ст. 97 УК РФ основаниями применения принудительных мер медицинского характера выступают общественно опасное деяние, предусмотренное Особенной частью УК РФ, совершенное в состоянии невменяемости, и психическое расстройство, связанное с возможностью причинения лицом иного существенного вреда либо с опасностью для себя или других лиц.

Признак общественной опасности является полностью самодостаточным и не зависит от иных свойств правонарушающего деяния, обозначенных в законе. Г. П. Новоселов пишет: «Закрепив виновность в качестве самостоятельного признака понятия преступления, ныне действующий УК РФ тем самым дал основание полагать, что объективный характер общественной опасности нужно усматривать в ее независимости от воли и сознания как законодателя, так и лица, совершившего общественно опасное деяние»⁶⁹.

Ранее общественная опасность признавалась признаком только преступного деяния. В настоящее время способность причинять вред либо создавать опасность его причинения характеризует любое правонарушающее поведение. Видовое различие последнего обнаруживается в степени проявления такого свойства. «Не только само наличие этого свойства, но и его величина (мера, уровень и т. п.) обуславливаются обстоятельствами, касающимися специфики объекта и внешней стороны посягательства, включая место, время, способ, обстановку совершения деяния»⁷⁰.

Вызывает недоумение сложившаяся в отечественной уголовно-правовой науке «практика игнорирования» иных мер уголовно-правового характера. В то время как для уяснения смысла ч. 2 ст. 2 УК РФ применяется буквальное толкование, целому институту уголовно-правовых норм не придается соответствующего значения.

Отсутствие виновности совершенного деяния не умаляет его общественной опасности и не говорит о том, что поведение невменяемого находится вне сферы действия уголовного закона.

В. А. Пимонов полагает, что укоренившейся в науке и законодательстве подход к определению задач и принципов уголовного права, основанный на теориях личной виновной ответственности субъекта, является неперспективным и методологически неверным. Автор подчеркивает, что ответственность – не единственная форма реализации правового запрета⁷¹.

Неполнота научного понятия столь же нефункциональна, как и его «размытость». Содержательная ущербность является локальным недостатком и в текущем периоде менее заметна. Ее отрицательный эффект более всего отражается на перспективах развития доктрины и практики, снижая эвристическую ценность научных категорий.

Таким образом, под основанием уголовно-правового воздействия наиболее справедливо понимать общественно опасное деяние, запрещенное уголовным законом.

Принимая во внимание все изложенное выше, можно сделать следующие выводы.

⁶⁸ Курганов С. И. Указ. соч. С. 59.

⁶⁹ Новоселов Г. П. Учение об объекте преступления. Методологические аспекты. М., 2001. С. 101.

⁷⁰ Новоселов Г. П. Учение об объекте преступления. Методологические аспекты. С. 101.

⁷¹ См.: Пимонов В. А. Иные (некарательные) меры в уголовном праве России: современное состояние и перспективы развития // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: мат. 5-й междунар. науч. – практич. конф. 24–25 января 2008 г. М., 2008. С. 106, 109.

Легальный термин «меры уголовно-правового характера» следует заменить на более подходящее терминологическое сочетание «уголовно-правовое воздействие». В научно-практическом отношении последнее имеет ряд преимуществ. Оно конкретно, отражает целостность обозначаемого явления, полнее определяет его правовую природу и прочие признаки.

Фактическим основанием применения мер уголовно-правового воздействия выступает как содержащее все признаки состава преступления деяние, так и объективно противоправное действие (бездействие), совершенное лицом в состоянии невменяемости. Поэтому под сущностью уголовно-правового воздействия следует понимать ответные действия государства, применяемые к лицу, совершившему общественно опасное деяние, запрещенное уголовным законом.

Уголовно-правовое воздействие и уголовная ответственность – сущностно различные понятия. Первое представляет собой совокупность способов уголовно-правового выражения государственного принуждения в ответ на общественно опасное деяние, запрещенное уголовным законом. Второе – сложное социально-правовое последствие преступления, основанное на обязанности лица, обусловленной виновностью совершенного деяния, подвергнуться государственному принуждению.

§ 2. Общая характеристика уголовно-правового воздействия

Выражением сущности правового понятия выступает его содержание. Сущность не просто составляет внутреннюю черту явления, но и соответствующим образом проявляется вовне, определяя способ своей объективации. Основание воздействия является неоднородным, включает в себе различные посягательства на охраняемые уголовным законом общественные отношения, поэтому ответная государственная деятельность также должна отвечать данному требованию.

В контексте содержания уголовно-правового воздействия традиционно используется термин «мера», понимаемый как относительно самостоятельное средство (способ) выражения уголовно-правового реагирования. Необходимой предпосылкой реализации принципа справедливости и обеспечения эффективности уголовно-правовой реакции на нарушение нормы права выступает наличие разумного выбора из числа элементов системы воздействия конкретной меры, которая более прочих соответствует характеру и степени общественной опасности деяния, обстоятельствам его совершения и данным о личности (ст. 6 УК РФ).

Как отмечалось, вопрос о перечне мер уголовно-правового воздействия в науке уголовного права остается открытым. Переименование раздела VI УК РФ на «Иные меры уголовно-правового характера» и включение в него новой главы 15¹ «Конфискация имущества» не внесло ясность в решение данной проблемы. Большинство ученых полагают, что законодателем предпринят лишь первый шаг на пути к систематизации названных мер и обозначен неполный перечень. Другие оспаривают принадлежность регламентированных разделом VI УК РФ принудительных мер медицинского характера и конфискации имущества к иным мерам уголовно-правового воздействия².

В научной литературе к числу мер уголовно-правового характера относят различные институты. Дискуссионность данного вопроса объясняется несовпадением критериев определения перечня таких мер. В ряде случаев их роль выполняется признаками воздействия, реже подчеркивается особо.

С. И. Курганов достаточным для придания уголовно-правовым институтам статуса мер уголовно-правового характера признает основание реализации таковых – правонарушающее поведение. Как следствие, совокупный перечень мер воздействия весьма внушителен. Автор рассматривает в данном качестве наказание, принудительные меры воспитательного воздействия и медицинского характера, конфискацию имущества, продление испытательного срока при условном осуждении, отмену условного освобождения от уголовной ответственности несовершеннолетнего, отмену условного осуждения, отмену условно-досрочного освобождения от отбывания наказания и отсрочки отбывания от наказания, а также замену наказания более строгим³.

Можно отметить, что некоторые из перечисленных С. И. Кургановым средств находятся в весьма тесном взаимодействии. К примеру, продление испытательного срока при условном осуждении и отмена условного осуждения выступают способами уточнения и конкретизации испытания. Представляется нелогичным, что автор, аргументированно исключив из перечня мер уголовно-правового характера условное осуждение, внес в него производные правовые

¹ См.: Курганов С. И. Указ. соч. С. 59.

² См., например: Звечаровский И. Указ. соч. С. 19–20; Целев В. Ф. Конфискация имущества: новое пришествие // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: мат. 4-й междунар. науч. – практич. конф. 25–26 января 2007 г. М., 2007. С. 297–298.

³ См.: Курганов С. И. Указ. соч. С. 60, 62.

средства. Аналогичная связь имеется у наказания и замены наказания. При этом С. И. Кургановым принимается во внимание лишь факт замены более строгой мерой, что формально отвечает критерию правонарушающего поведения, но фактически приводит к парадоксальной ситуации. Наблюдается дробление единых уголовно-правовых институтов, которое нарушает системность уголовного права как отрасли в целом.

Сущностного признака, несмотря на его первичность среди прочих свойств реагирования на общественно опасное деяние, недостаточно для определения содержания этого феномена.

И. Э. Звечаровским при определении мер уголовно-правового характера применяются два критерия: сущностный и содержательный. По нему, такие меры, во-первых, применяются к лицу, совершившему преступление, независимо от юридической природы его посткриминального поведения, во-вторых, влекут изменение уголовно-правового статуса виновного⁴.

Зачастую под уголовно-правовым статусом лица понимается специальный отраслевой правовой статус как совокупность специфических прав и обязанностей, закрепленных соответствующей отраслью права. Большинство правообязанностей уголовного права выступают ограничениями по отношению к правам и обязанностям иных отраслей (общего правового статуса личности).

Коль скоро основанием воздействия выступает как правонарушающее, так и правомерное уголовно-правовое поведение, то изменение уголовно-правового статуса И. Э. Звечаровским допускается как в сторону его ограничения, так и в сторону расширения.

Рассматривая предложенную автором систему мер уголовно-правового характера⁵, можно отметить, что содержательный критерий в ее формировании не был определяющим. Так, вызывает сомнения отнесение к такой системе всех видов освобождения от уголовной ответственности, большинство из которых (ст. 75, 76, 78, ч. 2 ст. 84 УК РФ) не несут в себе ни дополнительных ограничений, ни новых правовых возможностей. Правовой статус виновного не подвергается в данном случае каким-либо изменениям, несмотря на нереабилитирующие основания освобождения.

Предложенная систематизация вызывает также значительную рассогласованность институционального содержания. Допускается смешение мер воздействия и средств конкретизации их содержания. В частности, в подсистему видов наказаний помимо самих наказаний включается смягчение или усиление этой меры вследствие обстоятельств, предусмотренных ст. 61–63 УК РФ, и назначения более мягкого наказания, чем предусмотрено за данное преступление при применении ст. 64 УК РФ. Другой пример: систему мер уголовно-правового характера образуют погашение или снятие судимости, в то время как сама судимость в качестве элемента данной системы не фигурирует.

Чаще содержательным признаком уголовно-правового воздействия называется только правоограничительная способность, что более соответствует самой сути и назначению уголовного права. Однако среди специальных критериев установления мер воздействия это замечание не столь распространено, а в качестве их свойства соблюдается, как правило, непоследовательно.

Так, Ф. К. Набиуллин неоднократно указывает, что мерам воздействия присущ признак правоограничительности. При этом многие институты, включенные им в перечень мер, в частности исключение уголовной ответственности при добровольном отказе от преступления, освобождение от уголовной ответственности, освобождение от наказания при вынесении обвинительного приговора, отсрочка отбывания наказания, не несут в себе лишений (ограничений) прав⁶.

⁴ См.: Звечаровский И. Э. Указ. соч. С. 20, 21.

⁵ См. там же. С. 21.

⁶ См.: Набиуллин Ф. К. Указ. соч. С. 14, 15, 21.

Эффективность определения содержания уголовно-правового воздействия зависит от углубленного изучения конкретизированного содержания уголовно-правового воздействия как совокупности составных элементов отдельных мер. В уголовно-правовой доктрине неоднократно предпринимались такие попытки. Однако собственно правовое содержание изучено слабо. Большинство работ освящаются криминологические аспекты – плоскость социально-психологического восприятия и значимости принуждения. В таком случае чаще подчеркивается различие иных мер и наказания.

Подтверждением тому может служить описание содержания уголовно-правового воздействия через категорию «кара». Как правило, виды наказания именуются карательными, а иные меры воздействия относят к числу некарательных средств⁷. Такой подход можно признать весьма интересным, однако в условиях преимущественно «разграничительного» исследования уголовно-правового воздействия он представляется не столь актуальным.

Помимо явно выраженного противопоставления воздействия в виде двух полярных подсистем (наказания и иных мер) допускается необоснованное смешение объективного и субъективного аспектов в их содержании. Мера воздействия определяется через степень выраженности «объективного свойства» вызывать страдания, устойчивые психические состояния неудовлетворенности, подавленности и озлобленности⁸. Логически неоправданно включать в содержание наказания субъективную оценку и восприятие меры принуждения лицом, ее претерпевающим.

Можно встретить и более дробное описание содержания мер уголовно-правового воздействия. К примеру, А. С. Пунигов выделяет меры уголовно-правового воздействия, состоящие: в карательном воздействии на лиц, уже совершивших преступные деяния, превентивном (корректирующем) – на неустойчивых лиц, воспитательном – на несовершеннолетних и медицинском – на лиц, страдающих психическим расстройством и совершивших общественно опасное деяние⁹.

Не умаляя научно-практической ценности подобных исследований, необходимо заметить, что в данных случаях имеет место описание не правового содержания воздействия, а его социально-психологической интерпретации. Социальный аспект не является специальным предметом исследования юридических наук. В рамках права он не может быть познан достаточно глубоко и должен выступать лишь средством объяснения и оценки правовых проблем.

Первостепенное значение имеет формальный аспект уголовно-правового воздействия – правовое содержание ответных государственных действий на совершение общественно опасного деяния. Лишь четко представляя правовое выражение государственной деятельности, можно определить процесс функционирования данного института, причины его неэффективности, обозначить пути совершенствования.

Неотъемлемой чертой правового воздействия выступает лишение или ограничение прав и свобод личности. Именно степень различия правового содержания позволяет констатировать несовпадения мер в социальной плоскости.

Весьма удачным представляется подход к определению содержательного критерия уголовно-правового воздействия А. С. Пунигова. По замечанию автора, такие меры должны отражать индивидуальность уголовно-правового значения. Под этим он понимает независимость

⁷ См. подробнее: *Борченко Д. Ю.* Конфискация имущества как мера уголовно-правового характера: понятие, природа, социальное предназначение и порядок применения: автореф. дис... канд. юрид. наук. Казань, 2007. С. 6, 11; *Набиуллин Ф. К.* Указ. соч. С. 7, 8, 13.

⁸ См.: *Набиуллин Ф. К.* Указ. соч. С. 8.

⁹ См.: *Пунигов А. С.* Иные меры уголовно-правового характера (понятие, виды, общая характеристика). Владимир, 2007. С. 21.

уголовно-правовых мер в применении друг от друга, их отличительность друг от друга по характеру и содержанию, а также различие правовых последствий их применения¹⁰.

Представляется излишним подчеркивать самостоятельность и независимость применения мер воздействия друг от друга, поскольку процессуальный критерий не влияет на сущностную и содержательную стороны правового явления. При этом нельзя не согласиться с автором в прочих аспектах «индивидуальности». При этом под индивидуальностью мер следует понимать содержательную исключительность набора составляющих правоограничений. Такая исключительность может быть вызвана особыми условиями или дополнительным основанием их назначения, спецификой субъекта, совершившего деяние, целями воздействия. При этом процессуально меры уголовно-правового воздействия могут находиться в определенной зависимости друг от друга (чаще наказания).

Степень правовых ограничений может быть определена через количественный и качественный аспекты, отражающие продолжительность (количество) и характер (качество) выраженных в наказании и иных мерах ограничений (лишений) прав.

Исходя из сказанного можно выделить два объективных критерия отнесения тех или иных уголовно-правовых средств и институтов к мерам уголовно-правового воздействия. Роль данных критериев выполняют наиболее узнаваемые и легко определяемые признаки явления, характеризующие его сущность и содержание. Во-первых, основанием назначения (применения) мер выступает совершение общественно опасного деяния, запрещенного уголовным законом. Во-вторых, такие меры обладают индивидуальным, оригинальным набором ограничений прав и свобод.

Рассматривая проблему содержания уголовно-правового воздействия, нельзя не упомянуть термин «форма». Зачастую о «формах» и «мерах» воздействия говорится как о равнозначных понятиях¹¹. Встречаются и весьма оригинальные интерпретации соотношения данных понятий.

Например, А. С. Пунигов полагает, что слова «мера» и «форма» не равнозначны. В контексте уголовной ответственности и уголовно-правового воздействия они соотносятся как «средство реализации» и «форма реализации». Первое представляется в качестве конкретных правоограничений, устанавливаемых в отношении лиц, совершивших деяния, в то время как вторая – более широким по значению способом осуществления уголовной ответственности, включающим помимо инструментов воздействия и другие элементы механизма реализации ответственности. Форма «олицетворяет собой систему средств и действий, посредством которых реализуется уголовная ответственность, отражая не только материальную, но и процессуальную стороны рассматриваемого правового феномена, который выступает здесь единым целым»¹².

Законодатель не совсем удачно раскрывает понятие условного осуждения через процедурные особенности его назначения (ст. 73). Нелогичным является и расположение данного института в главе 10 УК РФ «Назначение наказания». По замечанию Т. В. Кленовой, место расположения нормы об условном осуждении в УК РФ говорит об официально воспринятой концепции определения его как особого порядка назначения наказания¹³.

Большинство авторов признают сущностью условного осуждения условное освобождение от отбывания назначенного наказания. В этом случае условное осуждение соотносится с совершенным деянием через посредство наказания. Так, С. И. Курганов полагает, что условное осуждение представляет собой один из видов освобождения от наказания, основанием кото-

¹⁰ См.: Пунигов А. С. Иные меры уголовно-правового характера. С. 56, 65, 66.

¹¹ См.: Курганов С. И. Указ. соч. С. 60, 61.

¹² Пунигов А. С. Иные меры уголовно-правового характера. С. 29.

¹³ См.: Кленова Т. В. Условное осуждение как средство разрешения задач уголовной политики в России // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: мат. 3-й между-нар. науч. – практич. конф. 26–27 января 2006 г. М., 2006. С. 97.

рого является не преступное деяние, а установленные судом обстоятельства нецелесообразности реального отбывания кары¹⁴.

Подчеркивается не только приоритетность названного «сущностного» свойства условного осуждения, но и невозможность его сочетания с иными функциональными признаками. Э. А. Казарян в категоричной форме заявляет, что «условное осуждение не может быть “уголовно-правовой мерой общественной безопасности” по определению... при условном осуждении назначается наказание, а не иная мера уголовно-правового характера»¹⁵.

Сложившаяся тенденция понимания условного осуждения представляется односторонней.

Во-первых, не соответствующим закону является определение фактического основания условного осуждения. Часть 2 ст. 73 УК РФ к таким обстоятельствам в числе прочих относит характер и степень общественной опасности деяния. Совершение преступления выступает первичным юридическим фактом, допускающим возможность прочих необходимых условий.

Во-вторых, признание условного осуждения одним из видов освобождения от назначенного наказания вовсе не исключает возможности рассматривать его в качестве одной из мер, выражающих реакцию государства на совершение общественно опасного деяния. Условное осуждение выступает мерой воздействия, альтернативной наказанию, связанной с назначением последнего, но относительно самостоятельной от него.

В близком контексте, но применительно к уголовной ответственности употреблял термин «форма» А. Н. Игнатов. На его взгляд, формы уголовной ответственности представляют собой последовательно меняющиеся стадии, включающие уголовно-процессуальные, уголовно-правовые и уголовно-исполнительные процедуры¹⁶.

В обозначенных случаях происходит отождествление формы реализации воздействия и процесса реализации (механизма), что видится сомнительным. Этимология указанных терминов не дает оснований для подобного утверждения.

«Форма» и «содержание» или «форма» и «материя» выступают философскими категориями, используемыми для обозначения отношений между способом организации вещи и материалом, из которого данная вещь состоит. Они соотносительны акту и потенции, где материя – это потенция формы, а форма – актуализация материи. Форма есть воплощенное, определенным образом организованное содержание, но не сам процесс организации и воплощения материи.

Категориями «форма» и «содержание» объясняются целостность и видовое различие явления. Содержание, будучи определяющей стороной целого, представляет единство всех составных элементов объекта, а форма есть разнообразные способы существования и выражения содержания¹⁷.

Исходя из этого можно заключить, что форма уголовно-правового воздействия представляет собой способ организации государственного принуждения, выступающего реакцией на совершение лицом общественно опасного деяния. Заметим, что реализация уголовно-правового воздействия не исчерпывается назначением и исполнением одной из мер, регламентированных законом, а существует в правоприменительной практике в различном их сочетании. При этом мера уголовно-правового воздействия необязательно образует содержание одной из его форм.

¹⁴ См.: Курганов С. И. Указ. соч. С. 60.

¹⁵ Казарян Э. А. Указ. соч. С. 64, 65.

¹⁶ См.: Уголовное право России. Общая часть / под ред. А. Н. Игнатова, Ю. А. Красикова. М., 2008. С. 104.

¹⁷ См.: Новая философская энциклопедия / под ред. В. С. Степина, А. А. Гусейнова, Г. Ю. Семигина и др.: В 4 т. Т. 4. М., 2001. С. 262; Философский энциклопедический словарь / под ред. С. С. Аверинцева, Э. А. Араб-Оглы, Л. Ф. Ильичева и др. С. 595.

На наш взгляд, представляется целесообразным вести речь о формах реализации уголовно-правового воздействия, представляющих более сложную организацию правового реагирования, включающую ряд мер уголовно-правового характера. Каждая из форм воздействия отличается интенсивностью и содержанием оказываемого государственного принуждения, спецификой количественного (продолжительности) и качественного (характера) проявления ограничений.

Можно выделить пять таких форм.

Наиболее строгая форма воздействия сопряжена с реализацией наказания и сопутствующих ему мер.

Согласно ч. 1 ст. 43 УК РФ наказание применяется к лицу, признанному виновным в совершении преступления, и заключается в предусмотренных УК РФ лишении или ограничении прав и свобод этого лица. Совокупность таких правоограничений составляет наиболее значительные поражения осужденного, что выражается как в максимальной продолжительности воздействия (пожизненное лишение свободы), так и в наиболее значимом качественном правоограничении (смертная казнь). Качественные и количественные аспекты содержания наказания определяются конкретным видом и размером данной меры. Материализованная в наказании кара может состоять в лишении и ограничении принадлежащих осужденному прав и свобод в сфере действия конституционного, гражданского, трудового и других отраслей права.

Весьма тесную связь с наказанием имеет институт судимости. Содержание и правовая природа последнего выступают одним из предметов научных дискуссий, что объясняется неточностью уголовно-правовых и уголовно-исполнительных норм. Если ее функциональное значение регламентировано относительно определенно, то сущность законом не уточняется. Более того, исходя из наименования раздела IV УК РФ «Освобождение от уголовной ответственности и от наказания», включающего ст. 86 «Судимость», можно засвидетельствовать нелогичность изложения нормативного правового материала.

Согласно ч. 2 ст. 86 УК РФ лицо, освобожденное от наказания, считается несудимым. Отсюда большинство ученых справедливо отмечают, что судимость выступает правовым последствием наказания¹⁸. На обозначении данного факта определение уголовно-правовой природы судимости, как правило, ограничивается.

Непосредственным основанием реализации судимости является совершение общественно опасного деяния, на что указывает распространение ее действия на весь период отбывания наказания и время до момента его реализации (условное осуждение и отсрочка отбывания наказания беременным женщинам и лицам, имеющим малолетних детей). Судимость выступает не столько последствием наказания, сколько последствием его назначения (отбывания).

Судимость обладает собственным индивидуально определенным содержанием, которое не входит в состав наказания и не охватывается последним. Ее количественное содержание не вызывает сомнений. Это длящееся мероприятие, срок окончания которого определяется степенью тяжести общественно опасного деяния, видом основной меры воздействия (наказание, условное осуждение), характером посткриминального поведения виновного.

Качественное содержание судимости носит комплексный, сложный характер. Из контекста ч. 6 ст. 86 УК РФ можно заключить, что оно состоит в определенных правовых последствиях для осужденного, выполняющих ряд функций.

Во-первых, судимость выступает правовым средством (юридическим фактом) конкретизации содержания иных мер воздействия (наказания), что традиционно рассматривается в контексте уголовно-правового и уголовно-исполнительного значений данного понятия. Судимость

¹⁸ См.: Пушигов А. С. Иные меры уголовно-правового характера. С. 63.

утратила способность влиять на квалификацию содеянного, однако продолжает приниматься в расчет при определении рецидива и назначении наказания (ст. 18, п. «а» ч. 1 ст. 68 УК РФ).

Во-вторых, судимость является средством обеспечения безопасности, выполняя общеправовое значение.

В-третьих, судимость есть мера уголовно-правового воздействия, выражающая исключительно определенное содержание реагирования на совершение общественно опасного деяния. Для уяснения элементарного конкретизированного содержания судимости необходимо рассмотреть ст. 183 УИК РФ, посвященную контролю за лицами, освобожденными от отбывания наказания. Это общая норма, имеющая отношение к лицам, освобожденным от любого из наказаний по любому основанию, указанному в ст. 172 УИК РФ. В данном случае судимость составляют особые правоограничения лица в свободе передвижения, основанные на факте совершения общественно опасного деяния. Если не признать за судимостью статуса иной меры уголовно-правового воздействия, суть и целесообразность такого контроля будут не вполне понятны в случаях окончательного освобождения от наказания.

Несмотря на «зависимое» положение и недостаточную четкость правового определения сущности и содержания, судимость может быть названа одной из мер уголовно-правового воздействия.

К судимости близко примыкает административный надзор. Под административным надзором понимается осуществляемое органами внутренних дел наблюдение за соблюдением лицом, освобожденным из мест лишения свободы, установленных судом временных ограничений его прав и свобод, а также за выполнением возложенных на него обязанностей¹⁹.

Воздействие по первой из указанных выше форм на этом не ограничивается. Помимо перечисленного выше лицу, нуждающемуся в лечении психических расстройств, не исключающих вменяемости, наряду с наказанием могут быть назначены принудительные меры медицинского характера в виде амбулаторного принудительного наблюдения и лечения у психиатра (ст. 99 УК РФ).

Вторая форма – без назначения наказания – имеет место в случаях освобождения от наказания либо от отбывания назначенного наказания до момента фактической реализации кары с применением иной меры уголовно-правового воздействия. Уголовный закон предоставляет несколько вариантов освобождения лица от наказания:

- ст. 80²⁰ УК РФ (безусловное освобождение от наказания в связи с изменением обстановки);
- ст. 81 УК РФ (условное освобождение от наказания в связи с болезнью), кроме случаев, указанных в ч. 4 данной статьи;
- ст. 82, 82¹ УК РФ (отсрочка отбывания наказания, носящая условный характер);
- ст. 83 УК РФ (безусловное освобождение от отбывания наказания в связи с истечением срока давности обвинительного приговора суда);
- ст. 92 УК РФ (безусловное освобождение от наказания несовершеннолетних).

Не во всех перечисленных случаях справедливо говорить об оказании уголовно-правового воздействия. Таковое имеет место лишь при наличии каких-либо правовых ограничений, которые составляют содержание иных мер и накладываются на лицо, совершившее общественно опасное деяние. В частности, воздействие реализуется при назначении принудительных мер медицинского характера лицу, освобожденному от наказания в связи с болезнью,

¹⁹ Подробнее об административном надзоре см. § 3 гл. 6.

²⁰ См., например: *Келина С. Г.* Указ. соч. С. 287; *Ширяев В. Ф.* Состав преступления, а также совокупность наказаний и иных мер уголовно-правового воздействия – две взаимосвязанные системы (философское обоснование) // Системность в уголовном праве: мат. II рос. конгресса уголовного права. М., 2007. С. 530.

по ч. 1 ст. 81 УК РФ, а также при применении принудительных мер воспитательного воздействия к освобожденным от наказания несовершеннолетним по ч. 1, 2 ст. 92 УК РФ.

Весьма неоднозначно в уголовно-правовой литературе решается вопрос об отсрочке отбывания наказания. Данный институт уголовного права весьма часто рассматривается как одна из мер уголовно-правового воздействия¹. Для решения этой проблемы необходимо определиться с сущностным признаком отсрочки и ее правовым содержанием.

Отсрочка применения наказания (далее будет проанализирована только ст. 82 УК РФ) предполагает, что исполнение меры воздействия откладывается на определенный срок в связи с невозможностью или нецелесообразностью немедленной реализации. Справедливо замечено, что назначение отсрочки состоит в том, чтобы женщина могла нормально родить, а лицо, являющееся единственным родителем несовершеннолетнего, вырастить и воспитать ребенка. Основанием применения института является наличие у осужденной беременности или малолетнего ребенка у виновного²¹. Совершение общественно опасного деяния и назначение наказания служат предпосылками, значимыми юридическими фактами реализации нормы об отсрочке. Непосредственным же основанием отсрочки выступает факт наличия беременности или малолетнего ребенка.

Правовое содержание данного института не позволяет говорить о наложении на осужденного дополнительных правоограничений, обусловленных преступлением. Забота и воспитание ребенка – общая конституционная правообязанность каждого из родителей. По своей юридической природе отсрочка, предоставляемая беременным женщинам и лицам, имеющим малолетних детей, является условным освобождением от реального отбывания назначенного судом наказания.

В то же время лицо, получившее отсрочку отбывания наказания, считается судимым в течение всего периода отсрочки, испытывая правоограничения в свободе передвижения, подчиняясь контролю со стороны специализированного органа за своим поведением и за соблюдением условий предоставления отсрочки.

Во всех остальных случаях освобождения от наказания судимость не входит в содержание второй формы уголовно-правового воздействия, поскольку в соответствии с ч. 2 ст. 86 УК РФ лицо, освобожденное от наказания, считается несудимым.

По истечении срока давности исполнения обвинительного приговора суда уголовно-правовое воздействие в отношении лица, получившего отсрочку, прекращается. При отмене (ч. 2 ст. 82 УК РФ) либо окончании отсрочки (если не истекли сроки давности) – может продолжаться реализовываться по первой форме уголовно-правового принуждения.

Таким образом, вторая форма воздействия имеет место в случаях исполнения принудительных мер воспитательного воздействия и медицинского характера, при освобождении лица от наказания либо при реализации судимости в период отсрочки от отбывания наказания.

Основу третьей формы уголовно-правового воздействия образует условное осуждение, сочетаемое с содержанием судимости и дополнительными наказаниями.

Относительно правовой природы условного осуждения не сформировано единого мнения. УК РФ не дает ответа на данный вопрос.

В-третьих, освобождение – разовая акция, в то время как условное осуждение представляет собой процесс, продолжающийся в течение испытательного срока, выступающего количественным параметром правового содержания воздействия. Само терминологическое сочетание «испытательный срок» предполагает оказание определенного влияния. Продолжительность такого срока – важная составляющая определения правоограничительности этой меры. Думается, что законодательные критерии его установления не совсем удачны. Длительность испытания зависит от срока назначенного наказания. Имеет место опосредованная связь с основа-

²¹ См.: Казарян Э. А. Условные виды освобождения от наказания (понятие, виды, характеристика). Владимир, 2007. С. 118.

нием воздействия – общественно опасным деянием – через наказание, не применяемое под условием. Уместным было бы устранить такую зависимость.

В-четвертых, рассматривая условное осуждение лишь как вид освобождения от назначенного наказания, не представляется возможным обосновать целесообразность наложения составляющих его правоограничений, поскольку не все правовые последствия условного осуждения охватываются освобождением от наказания. Наличие открытого перечня правоограничений (ч. 5 ст. 73 УК РФ), предъявляемых к виновному, позволяет рассматривать условное осуждение как самостоятельную меру государственного принуждения и уголовно-правового воздействия, обладающую индивидуально-определенным качественным содержанием.

По правовому качеству накладываемые судом ограничения не должны каким-либо образом различаться с «неполным» перечнем законодателя. По справедливому замечанию И. А. Тарханова, «любой примерный перечень допускает использование и других мер, однако норма функционально ориентирует правоприменителя на допустимость назначения судом иных (прямо не предусмотренных законом), но однородных по характеру, сходных по направленности обязанностей»²².

Контраргументами противников признания условного осуждения мерой уголовно-правового характера являются указания на необязательность таких ограничений и отсутствие в них уголовно-правового характера²³.

С первым нельзя не согласиться. Согласно ч. 5 ст. 73 УК РФ возложение на виновного исполнения определенных обязанностей является правом суда. При этом обосновывается целесообразность установления хотя бы одного условия испытания в отношении каждого условно осужденного²⁴, предлагается внести изменения в уголовный закон, устанавливающие испытание условно осужденного как обязательное либо полномочия суда по последующему их назначению²⁵.

Уголовно-исполнительное законодательство предусматривает обязательное во всех случаях ограничение условно осужденного в правах на свободу передвижения, организацию своего времени. Согласно ст. 188 УИК РФ осужденный обязан отчитываться перед уголовно-исполнительными инспекциями и командованием воинских частей о своем поведении и являться по вызову в уголовно-исполнительную инспекцию. Однако представляется ошибочным относить такие ограничения к содержанию условного осуждения. В этом случае имеет место конкретизация содержания судимости. Согласно п. «а» ч. 2 ст. 86 УК РФ на время испытательного срока на осужденного накладываются ограничения, обусловленные судимостью.

Второй контраргумент, согласно которому перечисленные в ст. 73 УК РФ обязанности не носят уголовно-правового характера, представляется необоснованным. Автор не поясняет, из чего следует этот вывод. Налагаемые на условно осужденного ограничения в своей совокупности отвечают как первичному (сущностному), так и вторичным (формальным) качествам уголовно-правового воздействия. Они применяются к лицу, совершившему общественно опасное деяние, закреплены уголовным законом, обеспечены силой государственного принуждения, в той или иной степени ограничивают права и свободы.

²² Тарханов И. А. О конституционной обоснованности уголовно-правовых норм об освобождении от уголовной ответственности и наказания // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: мат. 4-й междунар. науч. – практич. конф. 25–26 января 2007 г. М., 2007. С. 258.

²³ См.: Казарян Э. А. Указ. соч. С. 65.

²⁴ См.: Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации / под ред. В. М. Лебедева. С. 175.

²⁵ См.: Лядов Э. В. К вопросу об испытательном сроке и требованиях, предъявляемых в этот период к условно осужденным // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: мат. 5-й междунар. науч. – практич. конф. 24–25 января 2008 г. М., 2008. С. 229, 230, 232.

Исходя из анализа основания и правового содержания условного осуждения можно заключить, что оно выступает индивидуальной, исключительно определенной мерой выражения реакции на совершение общественно опасного деяния.

Специфика третьей формы воздействия состоит в возможности, наряду с условным осуждением к одному из основных видов наказания, реального исполнения дополнительного наказания. «В подобных случаях имеет место одно осуждение, порождающее два вида уголовной ответственности»²⁶ или две формы уголовно-правового воздействия. Относительно необходимости в уголовном законе нормы (ч. 4 ст. 73 РФ), допускающей такую практику, высказываются противоположные точки зрения.

В. А. Ломако отмечал ряд положительных последствий реализации такого воздействия: дополнительное наказание устранит условия, способствующие совершению преступлений, повысит эффективность самого условного осуждения, заставит виновного и окружающих с большим уважением относиться к данной мере²⁷.

Весьма схожую мотивировку дает Э. В. Лядов²⁸.

Э. А. Казарян, напротив, полагает, что при условном осуждении дополнительное, как и основное наказание, не может быть исполнено реально. На его взгляд, это нарушает соотношение основного и дополнительного видов наказания, возникает «противоречие между необходимостью реального исполнения дополнительного наказания, которое по определению не может быть строже основного, и признанной судом возможности достижения целей наказания без реального отбывания основного наказания»²⁹.

Наиболее обоснованной видится точка зрения первой группы авторов. Описываемое противоречие в соотношении дополнительного и основного наказаний преувеличено. Напротив, имеет место дифференцированный подход к определению содержания воздействия, отвечающий уголовно-правовому принципу справедливости.

Четвертая форма выражения государственной реакции на совершение общественно опасного деяния имеет место при освобождении несовершеннолетнего (а в исключительных случаях и лица в возрасте от восемнадцати до двадцати лет) от уголовной ответственности с назначением ему принудительных мер воспитательного воздействия (ч. 1 ст. 90, ст. 96 УК РФ).

К ним законодатель относит: предупреждение; передачу под надзор родителей, лиц, их заменяющих, либо специализированного государственного органа; возложение обязанности загладить причиненный вред; ограничение досуга и установление особых требований к поведению несовершеннолетнего; помещение в специальное учебно-воспитательное учреждение закрытого типа органа управления образованием (ч. 2 ст. 90, ч. 2 ст. 92 УК РФ).

В научной литературе сложились две противоположные тенденции в определении природы названных средств.

Ряд криминалистов не склонны усматривать в их содержании наличие государственного принуждения. По И. Э. Звечаровскому, уголовно-правовой статус несовершеннолетнего изменяется вследствие применения не принудительных мер воспитательного воздействия, а предшествующих актов освобождения от уголовной ответственности или от наказания³⁰.

Несмотря на спорную мотивировку, необходимо признать, что в своей сути подобные высказывания справедливы. Не все из предлагаемых в ч. 2 ст. 90 УК РФ вариантов воздействия обладают правоограничивающими возможностями.

²⁶ Ткачевский Ю. М. Понятие уголовной ответственности, ее суть и цели. С. 14.

²⁷ См.: Ломако В. А. Применение условного осуждения. Харьков, 1976. С. 61.

²⁸ См.: Лядов Э. В. Дополнительные наказания, назначаемые при условном осуждении // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: мат. 4-й междунар. науч. – пра-ктич. конф. 25–26 января 2007 г. М., 2007. С. 245.

²⁹ Казарян Э. А. Указ. соч. С. 76.

³⁰ См., например: Звечаровский И. Э. Указ. соч. С. 20.

Е. В. Поводова справедливо отмечает, что принудительным содержанием не наполнены предупреждение и передача под надзор родителей (лиц, их заменяющих). Суть предупреждения сводится к разъяснению последствий совершенного преступления; лицо не несет никаких дополнительных обязанностей. И если первая мера посредством придания принуждению условного статуса и усиления последующего воздействия способна стать выражением государственного принуждения, то вторая не имеет под собой правового основания и не может обеспечиваться правовыми средствами. Воспитание и забота о детях – равное право и обязанность родителей, которые в случае совершения общественно опасного деяния явно выполнялись неэффективно³¹.

В остальных случаях принудительные меры воспитательного воздействия сопряжены с определенными правовыми ограничениями и возложением дополнительных обязанностей. При их исполнении несовершеннолетний может ограничиваться в свободе передвижения, общения, праве определения места пребывания, рода занятий, организации досуга, труда и др.

В рамках создания в Российской Федерации ювенальной юстиции представляется необходимым развитие видового разнообразия специальных мер воздействия в отношении несовершеннолетних и усиление их различий в характере и продолжительности элементарного содержания, как между собой, так и от близких по характеру наказаний.

Последняя, пятая, форма состоит в применении уголовно-правового воздействия к «страдающим психическими расстройствами лицам, совершившим общественно опасное деяние, и заключающееся в психиатрическом лечении этих лиц»³².

На взгляд многих авторов, принудительные меры медицинского характера не являются иными мерами уголовно-правового воздействия в силу специфики своего субъекта, оснований применения и содержания. Так, по С. Г. Келиной, отнесение законодателем их к иным мерам не совсем обоснованно. Автор считает, что из них таковыми могут быть признаны только меры, применяемые наряду с наказанием к лицам, виновным в совершении преступления и страдающим психическими расстройствами, не исключающими вменяемости³³.

Данная точка зрения не только сужает предмет уголовно-правового регулирования, но и искусственно разделяет меры медицинского характера на две группы, которым приписываются не просто формальные, а существенные отличия – разность правовой природы.

Особенностью данных мер воздействия следует признать фактические обстоятельства, обуславливающие их применение. Объединяет принудительное лечение с другими уголовно-правовыми мерами иницирующее их общественно опасное деяние. Индивидуальность проявляется во втором необходимом для оказания такого рода воздействия основании – наличии психического заболевания, исключающего (снижающего) возможность лица осознавать общественную опасность своих действий и (или) руководить ими.

Следует заметить, что время возникновения первого и второго оснований имеет большое значение для правовых последствий реализации лечения. Излечение лица, у которого психическое расстройство наступило после совершения преступления, в пределах сроков давности может привести к существенному изменению содержания уголовно-правового воздействия. Согласно ч. 4 ст. 81 УК РФ такие лица подлежат уголовной ответственности и наказанию, т. е. могут претерпевать правоограничения, составляющие первую из указанных форм.

Аналогично сущностному критерию воздействия, содержательный критерий принудительного лечения носит сложный состав. В нем необходимо выделять медицинский и правовой аспекты. Одна из основных причин отрицания уголовно-правовой природы принудительных

³¹ См.: Поводова Е. В. Принудительные меры воспитательного воздействия (проблемы теории и правового регулирования): дис... канд. юрид. наук. Владимир, 2005. С. 61–62, 74.

³² Батанов А. Н. Правовое регулирование принудительных мер медицинского характера / под ред. А. И. Чучаева. Ульяновск, 2005. С. 21.

³³ См.: Келина С. Г. Указ. соч. С. 286.

мер медицинского характера заключается в преимущественном рассмотрении медицинского и слабой изученности правового аспектов. В специальной литературе либо вообще не указывается на то, что они влекут ограничение лица в правах и свободах, либо данное обстоятельство замечается вскользь³⁴.

Познание медицинского содержания принудительного лечения в рамках уголовного права необходимо для уяснения конкретизированного содержания принуждения, способного обеспечить реализацию определенных медицинских мероприятий. Данное обстоятельство должно определять глубину и достаточность такого познания.

Право при реализации воздействия по пятой форме выполняет прикладную роль. Государственное принуждение направлено на обеспечение излечения лиц (улучшение их психического состояния) и предупреждение совершения новых общественно опасных деяний. Соблюдение врачебных рекомендаций, режима, лечебных, диагностических и реабилитационных мероприятий является обязательным. Обеспечение их выполнения осуществляется как медицинским персоналом, так и сотрудниками органов внутренних дел. Специальная превенция достигается, помимо указанных средств, изоляцией лица в психиатрическом стационаре. Как следствие, исполнение принудительных мер медицинского характера неизбежно ограничивает свободу лица и его личную неприкосновенность³⁵.

Особый статус конфискации позволяет дополнять содержание первых трех обозначенных выше форм принудительным безвозмездным обращением по решению суда в собственность государства указанного законом имущества. Законодатель разрешил первоначальную дискуссию по вопросу о правоприменительном акте, выступающим основой применения данного средства, указанием на реализующий его обвинительный приговор суда (ч. 1 ст. 104¹ УК РФ).

Вызывает поддержку новое определение правового статуса этого института. Анализ фактических и юридических оснований конфискации позволяет усматривать тождество с мерами уголовно-правового воздействия и массу различий с мерами уголовно-процессуального принуждения. Цели последних, а именно обеспечение установленного порядка уголовного судопроизводства, надлежащего исполнения приговора (ч. 1 ст. 111 УПК РФ), не соответствуют назначению рассматриваемого средства.

Качественное преобразование содержания данной меры исключает интерпретацию воздействия как карательного, так как изымается не все (часть) имущество виновного, а только незаконно приобретенное или незаконно используемое.

Неоднородный характер подлежащего конфискации имущества позволяет выделить три варианта правового воздействия, различающегося по содержанию лишений (ограничений).

Во-первых, лишение лица имущества, полученного в результате совершения преступлений, и доходов от его использования, включая то, во что это имущество и доходы были превращены или преобразованы (п. «а», «б» ч. 1 ст. 104¹ УК РФ). В данном случае производится изъятие из незаконного владения, что фактически означает приведение виновного в прежнее имущественное положение, которое у него было до совершения преступления. Имеет место так называемое «обратное восстановление», или реституция³⁶.

³⁴ См., например: Колмаков П. Понятие и сущность принудительных мер медицинского характера // Уголовное право. 2003. № 3. С. 27; Назаренко Г. В. Содержание принудительных мер медицинского характера // Уголовное право: стратегия развития в XXI веке: мат. 5-й междунар. науч. – практич. конф. 24–25 января 2008 г. М., 2008. С. 242–244.

³⁵ См. подробнее: Батанов А. Н. Указ. соч. С. 25, 114–119, 137, 146.

³⁶ См.: Беляев А. Новое уголовно-правовое регулирование конфискации имущества // Уголовное право. 2007. № 2. С. 17; Матвеева А. А. Конфискация имущества в современном законодательстве Российской Федерации // Системность в уголовном праве: мат. II рос. конгресса уголовного права. М., 2007. С. 269.

В этом случае в социально-правовом отношении изъятие имущества естественно, но зачастую нежелательно для недобросовестного приобретателя, фактически осуществляющего права владения, пользования и распоряжения.

Во-вторых, изъятие полученного законным путем имущества, используемого в качестве орудия, оборудования или иных средств совершения преступления (п. «г» ч. 1 ст. 104¹ УК РФ). Содержание государственного принуждения составляет невосстановимое и невознаградимое лишение лица возможности владеть, пользоваться и распоряжаться частью своего имущества, что серьезно ограничивает права и интересы «прежнего собственника» и исключает повторное использование предмета в противоправных целях³⁷.

В-третьих, конфискация имущества, используемого или предназначенного для финансирования терроризма, организованной группы, незаконного вооруженного формирования, преступного сообщества (п. «в» ч. 1 ст. 104¹ УК РФ). В зависимости от того, какое имущество направлено на финансирование преступной деятельности (собственное либо незаконно приобретенное), этот вариант воздействия конфискации имущества может заключаться в лишении права собственности либо реституции (соответственно).

Можно выделить и особый аспект воздействия конфискации при изъятии имущества, добытого преступным путем и находящегося у недобросовестного приобретателя, лица, принявшего имущество и знавшего (должного знать), что оно получено в результате преступных действий (ч. 3 ст. 104¹ УК РФ). По правовому содержанию это средство весьма близко к первому варианту воздействия конфискации. Происходит изъятие имущества из чужого незаконного владения.

По фактическому основанию данная норма выбивается из концепции уголовно-правового воздействия, поскольку оказание государственного принуждения происходит в отношении лица, не совершавшего общественно опасного деяния. Несмотря на это, она имеет непосредственное отношение к уголовному праву и вполне обоснованно включена в УК РФ, свидетельствуя о развитии институтов воздействия прикосновенных к преступлению лиц (физических и юридических)³⁸.

Таким образом, объединяющим фактором различных способов выражения принуждающего влияния государства в ответ на совершение лицом общественно опасного деяния является их элементарное правовое содержание. Уголовно-правовое воздействие состоит из совокупности индивидуально определенных правовых лишений (ограничений). Представляется обоснованным рассматривать данную характеристику в качестве интегративного свойства как отдельных мер уголовно-правового воздействия, так и их системного целого.

Обобщая изложенное, уголовно-правовое воздействие можно определить как целенаправленную активную деятельность государства, заключающуюся в основном на уголовном законе принуждающем влиянии посредством лишения либо ограничения прав и свобод лица, совершившего общественно опасное деяние.

Мерой уголовно-правового воздействия предлагается считать относительно самостоятельное средство выражения уголовно-правового реагирования на совершение общественно опасного деяния, обладающее индивидуально определенной совокупностью ограничений прав и свобод личности.

Более сложные способы организации государственного принуждения, состоящие из определенного сочетания мер уголовно-правового воздействия, целесообразно именовать формами реализации воздействия.

³⁷ См.: Кругликов Л. Л. Конфискация имущества как вид уголовного наказания // Уголовный процесс. 2005. № 11. С. 52–53; Лумтова И. А. Конфискация имущества как вид уголовного наказания // Уголовный процесс. 2005. № 11. С. 56.

³⁸ См.: Беляев А. Новое уголовно-правовое регулирование конфискации имущества // Уголовное право. 2007. № 2. С. 20; Егоров В. Сложности применения норм о конфискации имущества // Уголовное право. 2009. № 1. С. 21–22.

Уголовно-правовая регламентация не всегда отвечает действительной природе правового института. Зачастую место последних в УК РФ определяется процедурными особенностями их назначения и формальной связью с наказанием. Перечень иных мер уголовно-правового воздействия значительно шире, чем представлен в разделе VI УК РФ. Поскольку кардинальное реформирование уголовно-правовых норм, направленное на систематизацию правового материала, вследствие несформированности целостной научной теории уголовно-правового воздействия представляется преждевременным; видится необходимым внести ряд изменений, устраняющих явные логические недостатки расположения институтов судимости и условного осуждения. Из УК РФ должны быть исключены ст. 73, 74, 86, в то время как раздел VI УК РФ следует дополнить главами 14¹ и 14², посвященными судимости и условному осуждению соответственно.

ГЛАВА 2. ПРАВО НАКАЗАНИЯ (JUS PUNIENDI ¹)

§ 1. Теории права наказания

Проблема уголовного наказания представляет интерес для юристов уже не одно столетие. Ее не обходил вниманием, пожалуй, ни один ученый-криминалист, философ, богослов, психолог, социолог. Еще Н. Д. Сергеевский указывал, что, начиная с Гуго Гроция² к XIX в. сформировались 24 полных философских систем и около 100 отдельных правовых теорий, обосновывающих право наказывать³.

Иеринг писал: «Во всей области права нет другого понятия, которое могло бы, хотя бы приблизительно, равняться с понятием наказания в его культурно-историческом значении; никакое другое понятие не представляет собой лучшего отражения народной мысли, чувства и нравов современной ему эпохи; никакое другое понятие не связано так тесно со всеми фазами нравственного развития народа, как понятие наказания, мягкое и гибкое, как воск, на котором отпечатывается всякое давление, всякое ощущение. Лик права... на котором сказывается вся индивидуальность народа, его мысль и чувства, его спокойствие и страсти, развитие и грубость, короче, отражается, как в зеркале, вся его душа – уголовное право есть сам народ; история уголовного права есть часть психологии человечества»⁴.

Существование наказания во всех государствах во все времена в литературе XIX в. вызвало практически однозначную оценку: коль скоро это так, то нет необходимости искать основание карательной деятельности. Более того, А. Ф. Кистяковский, например, говорит: «Теоретический спор о том, необходимо или нет наказание, можно отчислить к числу столь же праздных, как праздны споры, необходимо или нет жить человеку в обществе»⁵.

А. С. Жиряев в лекциях по уголовному праву, изданных уже после смерти ученого, наоборот, утверждал, что «отыскание коренного начала уголовного права, т. е. такой аксиомы, из коей бы с неопровержимой последовательностью вытекали: 1) право государство наказывать

¹ Термин *jus puniendi* используется многими авторами. Так, А. Ф. Бернер указывает, что под ним следует понимать право государства на наказание (см.: Бернер А. Ф. Учебник уголовного права. Части Общая и Особенная. Т. I: Часть Общая. СПб., 1865. С. 4). Н. Д. Сергеевский считал это название неудачным. По его мнению, оно выражает право в субъективном смысле, т. е. основанную на законе «власть или возможность что-либо делать или не делать по своему усмотрению, между тем как вышеуказанный вопрос имеет своим содержанием следующую цель: указать отношение института наказания к государству, т. е. указать, необходим он или нет для государства: полезен ли он или нет; связан ли он с самой сущностью государства или нет. Выражение “*jus puniendi*”, право наказания, могло иметь значение строгого термина лишь для тех учений, которые возводили всю деятельность государства к велениям Божества и к полномочиям, исходящим от Божества или иного абсолютного, выше людей стоящего авторитета. За этими пределами выражение “право наказания” хотя и употребляется в литературе, но теряет свой точный смысл и обозначает не только право, но и обязанность и даже необходимость налагать наказания» (см.: Сергеевский Н. Д. Русское уголовное право. Пособие к лекциям. Часть Общая. Пг., 1915. С. 63).

² По мнению Гуго Гроция (*De jure belli ac pacis* (1625 г.)), право наказания есть естественное право, с одной стороны, и естественная обязанность – с другой. Таким образом, право наказывать вытекает из зла, содеянного преступником. Само же наказание выступает ничем иным, как злом, которое должно претерпеть всякий за зло, им причиненное. Преступник, совершая преступление, как бы заранее соглашается нести и наказание. Наказывая виновного, мы не причиняем ему обиды. В каждом наказании необходимо иметь в виду: 1) благо преступника; 2) пользу обиженного преступлением и 3) пользу общественную.

³ См.: Сергеевский Н. Д. Русское уголовное право. С. 70.

⁴ Цит. по: Сергеевский Н. Д. Философские приемы и наука уголовного права // Журнал гражданского и уголовного права. 1878. Кн. 2. С. 82.

⁵ Цит. по: Сергеевский Н. Д. Русское уголовное право. С. 70. Не соглашаясь с утверждением А. Ф. Кистяковского, И. Я. Фойницкий резонно замечает, что «есть предрассудки и суеверия, державшиеся веками и даже тысячелетиями; наука лишь после долгих усилий разрушает их, и далеко не все еще суеверия разрушены. Не принадлежит ли наказание к числу таких предрассудков? Исторические свидетельства, очевидно, дать ответ на этот вопрос не могут, и потому необходимо обратиться к иным источникам». По мнению автора, вопрос о наказании содержит два аспекта: первый – основы права наказания; второй – цели и свойства наказания (см.: Фойницкий И. Я. Учение о наказании в связи с тюремным содержанием. М., 2000. С. 9).

за преступление, 2) условия и степень обнаружения сего права и т. д. – составляет еще до сих пор не решенную проблему»⁶.

Наказание действительно существует издревле. Однако это обстоятельство не объясняет ни истоков, ни правовой природы, ни права государства на его применение. Уже в прошлые века в доктрине права было сформулировано положение, имеющее непреходящее значение: всякая деятельность власти должна иметь правовое основание; без этого правомерность уголовного наказания будет вызывать сомнение, его можно считать простым актом насилия органов власти, не имеющим ничего общего с целями и задачами государства. Кроме того, решение вопроса о праве государства на наказание напрямую затрагивает проблему применяемых карательных средств. Если субъектом наказания признается божество, а государство – лишь его представителем, то соответствующим образом должны быть организованы система видов наказания и порядок их применения; если же последнее наделяется правом наказания – карательные средства и реализация, очевидно, должны быть иными⁷.

А. Богдановский обращает внимание на то, что «процесс образования идеи наказания у всех народов одинаковый: везде совершается он по одним и тем же как будто непреложным логическим законам. Везде первой формой, в которую выливается понятие о наказании как возмездии за зло, является так называемая *месть* в обширном значении этого слова, – *самоуправство*. Рано или поздно эта форма сменяется другой, более правильной, менее неопределенной, так называемой *системой выкупов* (*jus compositionis*). Идея наказания в этой форме живет обыкновенно в народном праве чрезвычайно долго и тогда является в новой форме, когда является в народе сознание о государстве как о едином и живом организме, и о преступлении как действии, во всяком случае враждебном этому организму»⁸.

Исторически первым является понимание наказания как воздаяния или возмездия, по принципу: зло оплачивается злом, а добро – добром. Воздаяние и возмездие с древних времен иногда принимали за справедливое основание наказания, а в самой мести видели врожденное чувство справедливости – инстинктивное, не знающее границ, кроме зла, которое ее вызвало. В законах Моисея начало «око за око, зуб за зуб» выступает выражением не только самого воздаяния, но и его мерой.

По мнению С. Будзинского, почти у всех народов в первоначальном их состоянии понятие карательной власти общества связано с идеей очищения и умиловления божества путем применения наказания. Христианство, которое укрепило связь земной и будущей жизни, объявляет карательную власть наместником божества на земле, кару же – заменой и предотвращением божьего наказания, покаянием и побудительным мотивом к исправлению⁹.

Ф. Делп приходит к выводу, что частная месть стала исчезать во времена Олега. Оставшаяся некоторое время за убийство, она также подверглась различным ограничениям¹⁰, а в XI в., по сути, исчезла совсем, уступив место выкупам.

⁶ Жиряев А. С. Общая часть уголовного права // Юридический вестник. 1863. Вып. XXXI. С. 12.

⁷ См. об этом подробнее: Чучаев А. И. Уголовно-правовые взгляды Н. Д. Сергеевского. М., 2010. С. 115–117.

⁸ Богдановский А. Развитие понятий о преступлении и наказании в русском праве до Петра Великого. М., 1857. С. 5. Ф. Делп пишет: «Более или менее общие моменты этого первого развития состоят в следующем: а) обиженный, вследствие сделанного обидчиком предложения, соглашается продать принадлежащее ему право мести: эта продажа зависит совершенно от его произвола, он может не согласиться на предложение обидчика, и обычай этот отнюдь не касается обид жестоких, так называемых кровных, за которую месть продолжает считаться обязанностью обиженного; б) этот обычай делается общим, и непрерывное его применение, исключая прежнюю произвольность, основывает целый ряд выкупных цен для преступлений некровных. В свою очередь, обиды кровные начинают признаваться выкупаемыми, но выбор между продажей мести и действительным мщением предоставлен еще воле обиженного; в) наконец, произвол, существовавший дотоле для обид кровных, совершенно теряется в окончательно утвердившейся системе выкупов или в развившейся между тем карательной власти государства» (см.: Делп Ф. О наказаниях, существовавших в России до царя Алексея Михайловича. СПб., 1849. С. 78).

⁹ См.: Будзинский С. Начала уголовного права. Варшава, 1870. С. 316.

¹⁰ Это видно, например, из следующей статьи Русской правды: «1. Убить муж (б) мужа, то мстить брату брата, или сынову отца, либо отцу сына, или брату чаду, либо сестрину сынову; аще не будет кто мстыа, то 40 гривен за голову; аще будет русин,

В средневековой философии эта идея представлена следующим образом: если воля человека нарушает преступлением порядок божьей справедливости, «то она может возвратиться к нему и удовлетворить ему через наказание, т. е. в таком случае человек добровольно или вопреки своей воле должен страдать согласно справедливости божьей»¹¹.

При этом наказание выступает в качестве назидания для других. Поэтому «не нужно действовать под влиянием мести, которая довольствуется причинением зла тому, кто его учинил» (Ф. Аквинский).

Понятие наказания как удовлетворение справедливости встречается у Тертуллиана¹², св. Августина¹³ и св. Иоанна Златоуста¹⁴. Под влиянием их воззрений развивалось каноническое право, считавшее наказание благодеянием для преступника, и согласно христианской любви стремилось к умеренности в его применении¹⁵.

В конце XVIII – начале XIX в. заметное влияние на развитие уголовно-правовых теорий наказания оказали работы Канта (Основания метафизики нравов – (1785 г.); Критика практического разума (1788 г.); Метафизика нравов – (1797 г.) – сторонника теории «*формального* или *аналогического* возмездия, в противоположность материальному возмездию»¹⁶.

Кант отрицает благо, достигаемое путем наказания, т. е. использование личности человека как средства для достижения каких-либо целей, в том числе и возвышенных. Применение наказания для предупреждения преступлений называет принципом, уничтожающим всякую справедливость и узаконивающим фарисейский афоризм: «Лучше одному человеку умереть, чем всему народу погибнуть». По его мнению, только равное причиненному злу воздаяние (*jus talionis*) может выступать мерилем наказуемости деяния.

И. Я. Фойницкий указывает, что Цахариэ, в целом приняв исходную позицию Канта, пытаясь теоретически разрешить вопрос о соответствии между карой и виной, являвшийся особенно слабым местом своего предшественника, исходил из того, что всякое преступление

любо гридин, любо купчина, любо ябетник, любо мечник, аще изгой будеть любо словенин, то 40 гривен положите за нь» (см.: Российское законодательство ХХХ веков / под ред. О. И. Чистякова.: в 9 т. Т. 1: Законодательство Древней Руси. М., 1984. С. 47). Указанные ограничения применения частной мести выражались в том, что: а) за убийство мог мстить только один (из близких убитого); б) устанавливалась степень родства, до которой могла осуществляться месть; в) определялось возмездие на случай сокрытия убийцы, а также в случае, если некому было осуществить месть. «Окончательную отмену частной мести должно признать актом законодательной власти, но не обычая...» (см.: Денп Ф. Указ соч. С. 20).

¹¹ Будзинский С. Указ. соч. С. 317.

¹² Квинт Септимий Флорент Тертуллиан (155–220; по другим сведениям – 165–240) – выдающийся раннехристианский писатель и богослов, оставивший после себя около 40 трактатов, 31 из которых, в том числе «О покаянии», сохранился. Родился в Карфагене, был адвокатом; о некоем адвокате Тертуллиане содержится упоминание в Дигестах Юстиниана.

¹³ Августин (Аврелий) (354–430) – один из видных деятелей христианской церкви в эпоху ее огосударствления – так называемых «отцов церкви». Его трактат «О государстве божьем» (*De civitate Dei*), носящий гомилетико-экзегетический и полемический характер, оказал огромное влияние на формирование идеологии христианского средневековья.

¹⁴ Иоанн Златоуст (ок. 347–407) – архиепископ Константинопольский, святитель. Родился в Антиохии (современная Сирия). Литературное наследие святого Златоуста огромно (насчитывается более 1900 манускриптов) и превосходит объем творений любого из святых отцов Восточной церкви, даже если не считать книг, подлинность которых сомнительна. Как экзегет он стремился приблизить Библию к жизни паствы, постоянно подчеркивая связь сказанного в Священном Писании с духовной жизнью и поступками христианина. Применительно к наказанию Иоанн Златоуст считал, что оно должно усиливаться по мере способности наказываемого к исправлению и воздержанию.

¹⁵ Современные представители канонического права исходят из экклезиологического основания суда. Господь, проповедуя любовь к ближним, самоотречение и мир, не мог одобрять споры между учениками. Но сознавая человеческую немощь Своих последователей, Он указал им средства к прекращению тяжб: «Если же согрешишь против тебя брат твой, пойди и обличи его между тобою и им одним; если послушает тебя, то приобрел ты брата твоего; если же не послушает, то возьми с собою еще одного или двух, дабы устами двух или трех свидетелей подтвердилось всякое слово; если же не послушает их, скажи церкви, а если и церкви не послушает, то да будет он тебе как язычник и мытарь» (Мф. 18, 15–17). «Особенность наказаний, применяемых духовными судами, будь то епископский суд или тайный суд духовника, заключается в том, что главная цель их не в возмездии и даже не в ограждении церковного народа от преступных деяний, а во врачевании болезненных состояний души самих грешников. Покаяние так и именуется в канонах – «врачеванием»» (см.: Протоиерей Владислав Цыпин. Каноническое право. М., 2009. С. 639).

¹⁶ Будзинский С. Указ. соч. С. 316.

есть вторжение в свободу другого лица. Следовательно, по началу морального возмездия преступник настолько же должен быть стеснен в своей свободе, насколько он вторгся в сферу чужой свободы. Величина этого вторжения измерима арифметически¹⁷.

Генке, задавшийся той же задачей, находит указанное соответствие не во внешней стороне преступления, как это делает Цахариэ, а в сознании преступника. Кара направляется на личность преступника, поэтому возмездие до тех пор не может быть признано достигнутым, пока злая воля, против которой направлено наказание, не сменится доброй¹⁸.

К кантовской теории близки взгляды Гербарта, который при определении права наказания исходит из нравственного возмездия, признавая его необходимым по эстетическим основаниям. Преступление вызывает неудовольствие обиженного преступника; это неудовольствие нарушает нравственную гармонию, которая необходима для общежития, и поэтому должно быть аннулировано наказанием. Последнее примиряет преступника с обиженным и с целым обществом, восстанавливает гармонию в обществе.

Те же идеи развиваются Гейером.

Теория Канта не имела успеха среди криминалистов, даже приверженцы его философской критической системы не признали возможным следовать за ним в вопросе о наказании¹⁹. Ад. Франк пишет: «Третья школа – Канта и современных философов и публицистов, больше всего преданных спиритуализму, – требует, чтобы право наказания основывалось единственно на правосудии или на гармонии, существующей между нравственным злом и между страданием, на искуплении, налагаемом на виновного во имя необходимого удовлетворения требований совести. Достаточно сказать, что эта школа считает своими приверженцами Кузена, Гизо, Герцога ди Броли и автора “*Traite de droit penal*”, несчастного Росси, для того, чтобы показать, как важны для нашего предмета эта теория и выставляемые ею принципы»²⁰.

Ад. Франк подвергает критике и другие теории права наказания, в частности: как основанные на общественном интересе, на праве необходимой обороны, принадлежащего обществу; как выражение права, прямого нисшедшего от Бога, и как средство для отпущения за оскорбленное божественное величие; как основанные на договоре, в силу чего индивидуум отказался от своего права в пользу общества; как основанные на принципе нравственного искупления, принципе абсолютного правосудия, принципе воздаяния злом за зло²¹.

Учение о праве наказания, разработанное Гербартом, во многом созвучно концепции Канта, пожалуй, его можно признать за одну из разновидностей кантовской теории. Автор находит основание права наказывать в эстетических требованиях человеческой природы. У Гербарта эстетическое требование выступает таким же категорическим императивом, как и у Канта.

К середине XIX в. в доктрине уголовного права отчетливо выделился ряд направлений, по-разному рассматривавших право наказания. В литературе они именуются как теории, отрицающие право государства наказывать, и признающие таковое²².

С. В. Познышев делит все концепции по данному вопросу на: а) теории, признающие существование права государства наказывать в юридическом смысле (*jus puniendi*); б) теории, допускающие только нравственное оправдание или необходимость наказания (не юридическое

¹⁷ См.: Фойницкий И. Я. Учение о наказании в связи с тюремоведением. С. 20.

¹⁸ См.: Фойницкий И. Я. Указ. соч. С. 21.

¹⁹ Вместе с тем нельзя отрицать историческое значение теории Канта с учетом эпохи, в которой «господствовало самое широкое владельческо-полицейское направление. Преступник рассматривался как простое средство государственной власти» (Фойницкий И. Я. Учение о наказании в связи с тюремоведением. С. 22).

²⁰ Франк Ад. Философия уголовного права в популярном изложении / пер. с фран. Д. Слонимского. СПб., 1868 // Философия уголовного права / сост., ред. и вступ. статья Ю. В. Голика. СПб., 2004. С. 71.

²¹ См.: Франк Ад. Указ. соч. С. 71.

²² См.: Таганцев Н. С. Русское уголовное право. Лекции. Часть общая: В 2 т. Т. 2. М., 1994. С. 19.

право на карательную деятельность)²³. Критикуя такой подход, Н. С. Таганцев отмечает, что в этом случае автор исходит не из воззрений авторов соответствующих концепций, а из того, кто из криминалистов и каким аспектом рассматриваемого вопроса больше занимался²⁴.

Н. Д. Сергеевский выделяет две основные группы учений – теории абсолютные и теории относительные²⁵ и одну вторичную (смешанную, эклектичную). Кроме того, автор рассматривает новое учение, появившееся в середине XIX в., которое он предлагает называть правовым²⁶.

К первой теории предлагается относить: теологическую теорию, теорию диалектического возмездия и теорию справедливости как общего мирового закона. «Общим возражением против всех теорий этой группы служит то простое соображение, что все принимаемые ими основные начала или абсолюты представляются совершенно недоказанными, так что эти теории могут быть названы с равною основательностью и абсолютными, и произвольными»²⁷.

Так, представитель теологической школы Шталь выводит весь правовой порядок из воли божества, которое есть вместе с тем источник всякого права. Государственный порядок признается отражением божеского порядка. Право наказывать даруется Богом; наказание является актом божеского возмездия.

Теория диалектического возмездия Гегеля²⁸ исходит из положения о единстве реального и идеального мира; реальный мир есть идея, явившаяся вовне. Право есть осуществление разумной идеи воли; преступное деяние – отрицание этой идеи. Наказанием уничтожается указанное противоречие, следовательно, оно есть отрицание воли, не признающей право. По остроумному замечанию Лайстнера, субъектом карательного права у Гегеля выступает не государство, а сама идея. Но тогда возникает вопрос: на каком основании государство, которое есть не более как несовершенное выражение вечной идеи, принимает на себя право карать. Основываясь на утверждениях Гегеля, наказание должно было бы осуществляться само собой, без всякого участия государственных органов.

Последователь Гегеля Тренделленбург при определении права наказания исходит из того, что преступление по своей природе есть продукт внутренних качеств личности преступника,

²³ См.: Познышев С. Основные вопросы учения о наказании. М., 1904. С. 72.

²⁴ См.: Таганцев Н. С. Русское уголовное право. С. 19.

²⁵ А. С. Жиряев в целом следующим образом объясняет происхождение названий этих теорий и их суть: «Так как абсолютным называется то, что истекает из самой сущности вещи, независимо от отношения ее к другим вещам, относительным же то, что происходит только вследствие соотношения вещей, или связи какой-либо вещи с другой, то абсолютными теориями уголовного права называются те, которые считают наказание за такое следствие известных деяний, которое вытекает с разумною необходимостью из самой сущности сих деяний, даже, можно сказать, не вытекает из сущности, но уже содержится в этой сущности, принадлежит к этой сущности известных деяний; причем, принимая это разумное положение в его высшей отвлеченности, естественно, под субъектом такого деяния еще не разумеют человека вообще, тем менее гражданина известного государства, но субъект действия вообще, следовательно, и обитателей других планет и солнечных систем, обитателей неба и обитателей ада. Ибо понятие о наказании как о необходимо содержащемся в самой сущности известных деяний элементе так отвлеченно, что оно годится, т. е. может быть применено всюду: как к земле (т. е. к государству и догосударственному состоянию), так и вышеземным отношениям, к отношениям иных существ; поэтому-то эти теории так легко, бессознательно попадают в область божественного возмездия» (см.: Жиряев А. С. Общая часть уголовного права. С. 18).

²⁶ Н. Д. Сергеевский классификацию соответствующих теорий предваряет следующим замечанием: «Мы придерживаемся старой группировки, господствующей в большинстве учебников, так как новые группировки не представляются нам имеющими какое-либо преимущество перед старой. Вообще трудно сводить сложные отвлеченные системы в родовые группы по одному какому-либо признаку, которого очень часто и не имели в виду авторы учений. Всякая группировка заключает в себе лишь относительную правильность (т. е. с точки зрения излагателя), и во всякой могут быть найдены недостатки и непоследовательности» (см.: Сергеевский Н. Д. Русское уголовное право. С. 70, сноска). Между тем нам представляется обоснованной критика Н. С. Таганцевым классификации автора. С одной стороны, Н. Д. Сергеевский заявляет о необходимости отделять учения о праве наказания от теорий о содержании наказания, с другой стороны, зачастую сам этого требования не придерживается (см.: Таганцев Н. С. Русское уголовное право. С. 19, сноска).

²⁷ Сергеевский Н. Д. Русское уголовное право. С. 70–71.

²⁸ В других источниках это учение именуется теорией диалектического уравнивания или кары как диалектической необходимости (см., например: Фойницкий И. Я. Учение о наказании в связи с тюремноведением. С. 25).

поэтому для восстановления идеального содержания права (материальное нарушение может быть восстановлено) требуются меры, направленные на волю виновного лица. На основе этого делается вывод: наказание – это дисциплина; *jus puniendi* обусловлено потребностями потерпевшего, однако последние удовлетворяются не непосредственно, а путем восстановления общего правосостояния.

Другой сторонник учения Гегеля – Гельшнер в своих рассуждениях основывается на двойственной природе преступления, которая, по его мнению, проявляется в том, что, во-первых, преступление есть противоречие объективному праву. Вместо норм последнего преступник стремится утвердить свои собственные нормы. Во-вторых, преступление свидетельствует о противоречии субъективного произвола нравственному существу воли. Наказание должно уничтожить преступление и восстановить мощь объективного права; кроме того, оно же призвано истребить преступление в его внутреннем основании, загладив ту нравственную вину, из-за которой было совершено общественно опасное деяние. Следовательно, *jus puniendi* вытекает из необходимости восстановления права. Именно этим обстоятельством наказание отличается от мести.

Теория Гегеля весьма схожа с теориями математического уравнивания. «Рядом с основаниями сенсуальными²⁹ установление наказания определяется еще основами, вытекающими из человеческого ума, – сравнивать встречающиеся ему явления и, найдя соответствие между ними, уравнивать одно другим; отсюда взгляд на наказание как на *уравнивание, зачет* преступления»³⁰. В новейшее время представителями этого учения были Конт и его знаменитый последователь Литтре. Последний право наказания объяснял тем, что идея равенства двух величин вызывает идею зачета их вознаграждением; идея права на вознаграждение вызывает идею права наказания. В последнем случае юстиция вознаграждающая (*justice indemnissante*) сменяется юстицией карающей (*justice punissante*). Но в конце концов право наказания вытекает из права на вознаграждение, так как юстиция требует, чтобы всякий вред был вознагражден, даже если он причинен невольно³¹.

К теориям математического уравнивания близко примыкают теории экономического уравнивания. Их основой выступает следующий исходный тезис: потерпевшему и обществу преступлением причиняется вред, который должен быть заглажен. Поскольку содержание вреда может быть разным, то и заглаживание осуществляется по-разному. При нарушении интересов оно выражается в вознаграждении, при нарушении прав – удовлетворении, исполнении обязательства, вытекающего из нарушенного права. Исходя из этого сформировались два относительно самостоятельных направления рассматриваемых теорий: а) экономическое в собственном смысле слова; б) юридическое.

Первое нашло отражение в концепции Монтескье и Беккариа, было воспринято Екатериной II. Согласно этому учению наказание должно определяться свойством преступления, лишая преступника того самого блага, которое он хотел отнять или отнял у потерпевшего.

По Велькеру – одному из ярких представителей собственно экономического направления, наказание предполагает вину как свою причину. Он выделяет три вида социально-психологических последствий, наступающих в результате совершения преступления: а) утрату надлежащего доверия и уважения к преступнику; б) оскорбление правовой воли граждан и соблазн умаления достоинства установленного правового порядка, так как безнаказанно нарушаемая норма теряет всякое уважение; в) умаление достоинства потерпевшего, оскорбление его граж-

²⁹ Сенсуальный (от лат. *sensualis* – чувственный) – основанный на собственных чувствах, ощущениях; сенсуализм – философское учение, признающее единственным источником познания ощущения (см.: Словарь иностранных слов в русском языке. М., 1996. С. 628).

³⁰ Фойницкий И. Я. Учение о наказании в связи с тюрьмоведением. С. 23.

³¹ См.: Фойницкий И. Я. Учение о наказании в связи с тюрьмоведением. С. 24.

данской чести; у оскорбленного теряется уважение к закону и появляется соблазн идти преступным путем.

Велькер делает вывод: вред от преступления не может быть заглажен в гражданско-правовом порядке, восстанавливающим лишь материальные нарушения, поэтому необходимы меры другого порядка – преступник должен отбыть личное наказание для вознаграждения за причиненный им вред. Следовательно, право наказания, по автору, кроется в необходимости возмещения вреда.

Юридическое направление наиболее полно представлено в творческом наследии Гейнце. Он исходит из того, что абсолютное обоснование наказания вытекает из безусловной необходимости государственной жизни. «В преступлении против государства заключается отпадение от нашей цивилизации, высшей и необходимой формой которой является государство, то это последнее и должно быть исполнителем наказания»³². Наказание в таком случае выступает как совершение преступником чего-либо в пользу общества, отбывание известной повинности для того, чтобы восстановить правовое равенство с остальными гражданами, нарушенное преступлением. Право государства налагать наказание базируется на признании государственной формы общежития, необходимой для цивилизации. «Преступление и наказание в их совокупности представляют собой голову Януса: лицо с печатью неправды есть преступление; лицо с печатью правды – наказание. Наказание не есть вовсе противоположение преступлению... но, наоборот, выражение его значения для права», – пишет Гейнце³³.

Оценивая взгляды автора, Н. Д. Сергеевский обоснованно замечает, что ученый обосновывает право государства наказывать преступника на двух положениях, которые сами нуждаются в доказательствах: а) государственный строй безусловно необходим для выполнения высшего назначения человечества; наказание есть единственное и безусловно необходимое средство для восстановления преступника в достоинстве полноправного члена правового союза³⁴.

Лайстнер в целом основывается на той же исходной позиции, что и Гейнце, однако приходит к совершенно иным выводам. Он пишет: «Последствие преступного деяния есть не исключение и отрешение преступника от общей воли, а наоборот, подчинение его воле пострадавшего, в качестве которого является прежде всего потерпевший индивид, а затем государство. В то время как преступник, вторгаясь в чужую сферу, мыслит себя господином в ней, – пострадавший, с своей стороны, сознает только одно, именно, что действующий вступил в область подчинения его воле, и рассматривает его поэтому как подлежащего своему распоряжению»³⁵.

Таким образом, по Лайстнеру, наказание должно налагаться потерпевшим, тогда как в действительности преступник наказывается государством. Это обстоятельство ученый объясняет тем, что в применении наказания жертвой преступления есть момент, который и обусловил существующий порядок: пострадавший, осуществляя право наказания, может покарать преступника сильнее, чем предусмотрено законом. Это в свою очередь также образует преступление, в связи с чем уже преступник приобретает право наказания. Именно поэтому государство берет на себя обязанность назначения наказания и его применения.

Право потерпевшего «наложить на преступника руку» и образует право наказания. Однако Лайстнер не указывает, на чем основано это право, тем самым фактически уходит от ответа на вопрос о *jus puniendi*. В его теории нет доказательств и о передаче потерпевшим права наказания государству.

³² Цит. по: Сергеевский Н. Д. Русское уголовное право. С. 75.

³³ Сергеевский Н. Д. Русское уголовное право. С. 118.

³⁴ См.: Сергеевский Н. Д. Русское уголовное право. С. 76–77.

³⁵ Цит. по: Сергеевский Н. Д. Русское уголовное право. С. 77.

Сопоставление концепций Гейнце и Лайстнера показывает, что фактически авторы стоит на противоположных точках континуума. Один исходит из представления о том, что преступное деяние есть отрешение от права и правового союза, другой преступлением признает вторжение в чужую сферу права. Один видит сущность наказания в его реализации, другой – в отвлеченном представлении о подчиненности преступника воле потерпевшего. Один полагает, что наказание налагается в интересах самого преступника для его примирения с обществом, другой считает, что наказание не приносит преступнику ничего, кроме страданий. Отсюда и различные выводы относительно обусловленности права наказания; один основывает право государства наказывать из необходимости соответствующего порядка для цивилизации³⁶, другой признает, что *jus puniendi* устанавливается *eo ipso* (тем самым, в силу этого) самим актом вторжения в чужую сферу.

«...Весь порок рассмотренных теорий, – пишет И. Я. Фойницкий, – состоит в том, что каждая из них принимала одно из оснований наказания за исключительное; каждая из них верна настолько, насколько ею признается приводимое в ней основание, и ошибочна настолько, насколько ею забываются остальные»³⁷.

Теория мировой справедливости зиждется на идее о том, что справедливость – наказание зла и вознаграждение добродетели. Справедливость – закон, которому подчиняется все сущее на земле, в том числе, разумеется, и человек³⁸.

Представитель этой концепции Росси предполагает, что наказывающий по отношению к наказываемому находится в положении нравственного превосходства. При этом правосудие осуществляется законной властью, признанную разумом и черпающую из последнего свою нравственную силу, свой авторитет. Существование власти основано на природе общества, назначением которого является осуществление нравственного правосудия, составляющего основной закон человеческого бытия. Отрицать право общественной власти наказывать – значит отрицать социальный порядок и самое общество, а тем самым природу человека и возложенный на него нравственный порядок.

К сожалению, автор не объясняет свое представление о нравственном правосудии и не отвечает на вопрос о том, почему на обществе лежит обязанность его отправления.

Критикуя в целом теории справедливости, Н. Д. Сергеевский указывает на ошибочность самой исходной идеи: «Рассматривая мир в целом, мы не можем найти там ни добра, ни зла, ни наказания, ни вознаграждения. Понятия эти суть понятия исключительно человеческие и притом общественные; для человека вне общества они существовать не могут. Возведение понятия справедливости в мировой закон лишает его всякого определенного содержания»³⁹.

По сути, тот же методологический недостаток присущ и очень близкой теории *jus puniendi* в концепции представителей врожденной справедливости. Во-первых, ее авторы (Блунчли и др.) не приводят каких-либо доказательств, что она существует на самом деле. Все доводы сводятся к тому, что всякий человек ощущает невольное удовольствие при виде торжества справедливости и, наоборот, неудовольствие, когда справедливость нарушается. Как по этому поводу иронично заметил Н. А. Неклюдов, «человеку присуще известного рода чувство или начало, благодаря которому оно должно, по необходимости, считать, белое белым, черное черным»⁴⁰.

³⁶ К. Маркс также писал, что наказание есть «средство самозащиты общества против нарушений условий его существования, каковы бы ни были эти условия» (см.: Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 8. С. 531).

³⁷ Фойницкий И. Я. Учение о наказании в связи с тюремным содержанием. С. 29.

³⁸ Эта идея очень образно и последовательно нашла отражение в трагедиях Шекспира и Шиллера.

³⁹ Сергеевский Н. Д. Русское уголовное право. С. 71.

⁴⁰ Бернер А. Ф. Учебник уголовного права. Части Общая и Особенная. Т. I. Часть Общая. С. 89 (ссылки на данный учебник даются потому, что примечания, приложения и дополнения по истории русского права и положительному законодательству написаны магистром уголовного права Н. А. Неклюдовым).

Кроме того, обращает на себя внимание главное противоречие, присущее данной концепции: справедливость и преступление – понятия несовместимые. Справедливость как врожденное чувство должна исключать преступное поведение человека по определению.

По сути, на позициях теории справедливости основана концепция

С. В. Познышева⁴¹. Конструкция автора выглядит следующим образом. В человеке заложено стремление к наибольшему возможному счастью. Это стремление – нравственный закон человеческой природы, оно влечет человека к жизни в государстве как такой форме общежития, которая более всех прочих создает условия для счастья.

Однако государство немислимо без принуждения; наказание представляет особый вид принуждения, необходимый при наличии соответствующих оснований. Поэтому государство отправляет уголовное правосудие; но это нельзя признать правом наказания, отправление указанного правосудия выступает его обязанностью⁴².

«Возведение наказания к свойствам природы человека, которые автор, едва ли правильно, называет «нравственным» законом, представляется излишним для всей теории Познышева. Признание и доказательство безусловной необходимости уголовного правосудия для государства как правопорядка исчерпывает уголовно-юридическую постановку вопроса; все же дальнейшее, указания на природу человека и присущий ему нравственный закон, сводится к объяснению происхождения и сущности самого государства»⁴³.

Таким образом, можно заключить: абсолютные теории сконцентрировали свое внимание на абстрактной сущности наказания как последствия преступления, относительные теории – на его формах и конкретном содержании; из положений абсолютных теорий явствует, что уголовное правосудие для своего основания не нуждается ни в каких специальных целях, относительные же теории доказывают, что отдельные виды наказаний должны быть целесообразными.

В теории уголовного права выделялось и третье направление, так называемое смешанное, представляющее собой эклектичный набор положений абсолютных и относительных теорий. Его последователи, например, «указывая на врожденную справедливость как на основание наказания, в то же время признают и другие его основания, исправление преступника и т. д.» (А. Ф. Кистяковский)⁴⁴.

Меркель, Гейнце, Лайстнер, Биндинг и отчасти Бар, критикуя указанные направления в теории уголовного права, фактически создали новую доктрину, которая, как уже указывалось, вошла в литературу под названием юридической, или правовой.

Уголовно-правовые теории, суть которых заключается в определении *jus puniendi* исходя из идеи права, в целом основываются на следующем постулате: правовой порядок общественной жизни, составляющий необходимый ее элемент, требует охраны от нарушений всеми зависящими от государства средствами, в том числе и путем применения наказания. Разумеется, конкретные концепции отличаются между собой нюансами, относящимися к отдельным характеристикам рассматриваемого феномена.

Так, по мнению Гуго Майера, для права наказания достаточно как фактической необходимости последнего, так и того, что оно соответствует сущности права; в нем выражается запрет деяний, противоречащих интересам общества.

Право наказания, по Биндингу, вытекает из права на подчинение или послушание. Последнее определяет сущность правовых норм и принадлежит государству как верховному защитнику права по отношению к отдельным гражданам. *Jus puniendi* возникает только в связи

⁴¹ Следует заметить, что ранее С. В. Познышевым предпринимались попытки отрицания права наказания. Он считал, что обоснование юридического права наказывать несовместимо с элементарными понятиями права, в особенности права в субъективном смысле (см.: Познышев С. К вопросу о праве наказания // Журнал гражданского и уголовного права. 1897. № 4).

⁴² См. подробнее: Познышев С. Основные вопросы учения о наказании. М., 1904.

⁴³ Сергеевский Н. Д. Русское уголовное право. С. 73.

⁴⁴ Цит. по: Сергеевский Н. Д. Русское уголовное право. С. 74.

с совершенным деянием (неправды или деликта). Согласно законодательству у государства есть право требовать подчинения всем его требованиям или запретам. Виновный пренебрегает своей обязанностью послушания, совершая деяние, запрещенное законом. В связи с этим у государства возникает выбор: либо никак не реагировать на совершенное деяние, другими словами, оставить его без последствий, либо реализовать свое право на подчинение. Право на повиновение, чтобы быть реальным, превращается в осуществляемое путем принуждения право требования от преступника удовлетворения за вред, причиненный правопорядку. Это право наказывать принадлежит только государству, оно вытекает из факта неподчинения ему⁴⁵.

Вероятно, целесообразно специально остановиться на воззрениях о праве наказания выдающихся представителей российской уголовно-правовой науки XIX в., к которым, безусловно, относятся Н. С. Таганцев, Н. Д. Сергеевский, В. Д. Спасович и И. Я. Фойницкий. Все они представляют разные школы уголовного права, их взгляды на *jus puniendi* существенно отличаются как от изложенных, так и друг от друга, что оправдывает самостоятельный анализ их концепций.

В основе позиции Н. С. Таганцева лежит положение, которое встречается и в концепции других авторов, – карательное право государства обусловлено интересами общества («общества»). Всякое организованное общество, начиная с его первобытных форм и кончая современными государствами, имеет известный уклад, т. е. соответствующее устройство экономики, хозяйства, быта, семьи и т. д., берет под охрану материальные и духовные ценности членов общества, упорядочивает взаимные отношения по поводу различных интересов правовыми нормами, обеспечивая подчинение последним имеющимся у него средствами всех и каждого. Всякое посягательство на данные нормы признается недозволенным, однако отдельную группу деяний общество признает особо важными и в связи с этим предусматривает возможность применения наказания. «Власть применения... карательных мер в тесном смысле принадлежит... в современных государствах органам верховной государственной власти как представительнице общества;... нужно решить, имеет ли разумное оправдание эта деятельность и какое именно? Составляет ли оно одно из прав, принадлежащих государству как юридическому организму?» – пишет Н. С. Таганцев⁴⁶.

Ответы на поставленные вопросы автор, вопреки мнению других криминалистов, предлагает искать не в свойствах личности отдельного лица, а в свойствах общества. Поэтому проявление инстинкта мести, по его мнению, есть прототип, но не источник карательного права государства.

Стремление же объяснить происхождение *jus puniendi* как его уступку государству путем соглашения, договора и т. д. зиждется на фикции, которой нет оправдания ни в истории, ни в условиях государственного строя в XX в. Эта концепция непригодна и для определения объема, и свойств карательной деятельности.

«Объяснение происхождения карательной власти государства божественным уполномочием представляется кощунственной попыткой уподобить земное правосудие, творение рук человеческих, полное несовершенств и ошибок, непогрешимому суду и воздаянию предвечного Зиждителя мира»⁴⁷.

⁴⁵ На наш взгляд, концепции Биндинга близки взгляды А. П. Чебышева-Дмитриева, который утверждал, что одно абсолютное, нравственное правосудие и воздаяние недостаточны для того, чтобы поддержать господство права. Поэтому необходимо внешнее, объективное принуждение к осуществлению права. Автор выстраивает следующую цепочку доводов: из требований нравственного закона вытекает обязанность общественной жизни, из обязанности общественной жизни – обязанность поддерживать господство права, из обязанности соблюдения права – необходимость внешнего принуждения к его реализации. При нарушении правосостояния (в современной интерпретации – нарушение правопорядка) государство должно применить принуждение, чтобы восстановить господство права. Таким принуждением и выступает наказание (см.: Чебышев-Дмитриев А. П. О праве наказания. Ярославль, 1859).

⁴⁶ Таганцев Н. С. Русское уголовное право. С. 36.

⁴⁷ Таганцев Н. С. Русское уголовное право. С. 36–37.

По мнению Н. С. Таганцева, право наказания (основания карательного права) порождено жизнью общества, разумностью целей его бытия, свойствами средств, необходимых для достижения этих целей, особенностями правопорядка как необходимого, принудительно поддерживаемого уклада общественной жизни.

Общественное бытие – неизбежное, из самой природы человека вытекающее условие его существования. Признание данного обстоятельства ведет к признанию необходимости и разумности условий, которые делают возможным функционирование социума, и прежде всего правового уклада общественной жизни. «Из необходимости и разумности общежития как условия существования и развития человечества, из необходимости и разумности правового уклада как условия правильного существования и развития общежития в связи с принудительным характером правовых положений вытекают не только необходимость и разумность правоохранительной деятельности государства, особым видом которой является и деятельность карательная, но и признание этой деятельности юридическим институтом, осуществлением властности путем юридического принуждения»⁴⁸.

В *jus puniendi* нельзя видеть только государственную деятельность, оправдываемую ее необходимостью и целесообразностью, в нем выражается право, покоящееся на сущности правовых норм, на природе правопорядка. Право подчиняться требованиям, закрепленным в норме, порождает и обязанность подчиняться мерам правоохраны. Правовые нормы создают для государства право на все необходимые и целесообразные (с точки зрения самого государства) принудительные меры, в том числе и на наказание.

Н. С. Таганцев критикует позицию Биндинга о превращении права на подчинение в право наказания. Автор подчеркивает, что уголовный закон выполняет две функции, одна из которых заключается в уголовном преследовании нарушений его положений, вторая – ограничении правоохранительной власти.

Охрана интересов, поставленных под защиту, вызывает необходимость принятия различных мер предупреждения возможных или готовящихся посягательств, в том числе и отнесенных законодателем к числу уголовно наказуемых. Карательная же деятельность предполагает устранение вреда, причиненного преступником, и такая деятельность для общества не менее важна, чем предупредительная. В этом случае предполагается принятие государством более энергичных и действенных мер, одним из которых является наказание.

«...Правомерность принятия этих мер вытекает не только из того, как учил... Фейербах, а ныне учит Биндинг, что учиненное посягательство на право уже было ранее запрещено государством под страхом наказания, но вместе с тем и из самой природы юридических норм, из того, что опасность для правопорядка, для правильного развития общественной жизни, наконец, для осуществления государственных целей, которую государство видит в посягательствах на правовые нормы, еще с большей силой выступает в случаях действительного учинения таких деяний. Предшествующая угроза уголовного закона дает, так сказать, только формальное основание для применения карательного права государства; но внутреннее обоснование и оправдание этой деятельности лежит в необходимости и разумности, действительной или кажущейся, уголовного запрета, по его содержанию, в предполагаемом государством вреде преступного деяния для отдельных лиц или целого общества»⁴⁹.

Н. Д. Сергеевский рассмотрение вопроса о праве наказания предваряет замечанием, позволяющим определить логику его теоретических построений. Как самостоятельные предметы исследования он выделяет сущность наказания (или значение уголовного правосудия в целом), формы наказания (или содержание карательных средств) и юридические свойства преступления.

⁴⁸ Там же. С. 38.

⁴⁹ Таганцев Н. С. Русское уголовное право. С. 40.

Преступление определяется им как противоправное и наказуемое действие. Его юридическая природа проявляется в нарушении положительного закона, а наказуемость основывается исключительно на уголовном законе. Противоправность характеризует внутреннее свойство преступления, другими словами, его содержание; наказуемость – внешнее свойство, определяемое последствиями, с наличием которых законодатель связывает деяние с преступлением (фактический вред, создание угрозы его наступления, непослушание велениям законодателя). Оба свойства преступления исторически изменчивы.

В качестве объекта карательной деятельности государства Н. Д. Сергеевский признает преступление. Существенное свойство преступника он ограничивает способностью этого лица нарушать законы государства (общества), в котором живет.

Следовательно, если преступление есть деяние, нарушающее нормы правопорядка, то наказание есть осуждение и порицание такого деяния. Всякий общественный порядок для его сохранения нуждается в запрещении некоторых форм поведения; «определение деяний, несовместимых с установленным порядком, есть не более как обратная сторона всякого порядка, столь же неизбежно необходимая, как и те нормы, которые определяют собой его положительные черты»⁵⁰. Правопорядок может существовать только тогда, когда имеется перечень преступлений, которые способны нарушить его, и когда осуществляется правосудие. Тем самым он охраняет свои нормы.

Государство по своей сути (как одна из форм правопорядка, по Н. Д. Сергеевскому) поставлено в безусловную необходимость отправлять уголовное правосудие – судить и наказывать преступников. В противном случае оно разложится.

Уголовное правосудие – необходимый элемент правопорядка, поэтому оно для своего обоснования не нуждается ни в абсолютных принципах, ни в особых специальных целях. Следовательно, государство имеет право наказывать потому, что оно не может существовать без уголовного правосудия; последнее входит в само понятие правопорядка. Другими словами, если существует правопорядок, то должно существовать и уголовное правосудие.

Уголовное правосудие самоцельно. Даже если организация предупредительной деятельности будет доведена до высокой степени совершенства, то все равно ни одно государство, как показывает исторический опыт, не отказывается от отправления правосудия; наоборот, все страны прилагают усилия к оптимизации уголовного судопроизводства и улучшению реализации наказания. Это, разумеется, не означает, что у государства есть безусловная необходимость казнить, лишать свободы и т. д. Причиняемые преступнику вред и страдания не связаны с сущностью наказания; они – лишь его неизбежная форма. Осуждение и порицание невозможны без причинения физического или морального вреда. Наказание, причиняя страдание преступнику, причиняет его и всему обществу; оно «есть меч без рукоятки, который наносит рану и тому, кто им действует» (Биндинг).

Рассматриваемый вопрос тесно связан с проблемой содержания карательных средств. Исходя из их сущности и значения при построении системы видов наказаний необходимо иметь в виду два правила: а) их экономию; б) необходимость предупредительной деятельности. Отсюда следует, что государство «не должно слишком щедро расточать наказания за маловажные нарушения и нарушения таких норм, которые и помимо наказания достаточно охраняются»⁵¹; законодатель должен ограничиваться наименьшим по возможности вредом, причиняемым виновному наказанием. Последнее предполагает и соответствующую организацию исполнения наказаний. Наконец, государственная власть обязана принимать меры к сокращению преступности.

⁵⁰ Сергеевский Н. Д. Русское уголовное право. С. 66.

⁵¹ Сергеевский Н. Д. Русское уголовное право. С. 75.

В формировании института наказания основное значение имеет положение личности в государстве – ее уважение как таковой или подавление государственным деспотизмом. Государство не должно переставать видеть в преступнике человека, более того, виновный должен стать объектом особой, специальной заботы.

Факторами, влияющими на указанный институт, также являются:

а) отношение государства к церкви и догмам религии; б) степень общей культуры и нравы общества; в) состояние государственного строя. «Чем слабее государство внутри себя, тем сильнее и жестче наказания» (Бернер).

Коль скоро наказание выступает прежде всего внешней формой осуждения и порицания преступника, то оно должно быть, во-первых, индивидуализировано и по возможности не затрагивать интересов других лиц; во-вторых, «отличаться постепенностью и должно обладать свойством делимости»⁵²; в-третьих, равным для всех классов; в-четвертых, содержать минимум страданий; в-пятых, преследовать достижение полезной цели, однако при этом человек не может превращаться в средство ее реализации.

В актовой речи в С.-Петербургском университете Н. Д. Сергеевский отмечал: «Никогда еще жизнь не предъявляла юристам такой массы практических вопросов, требующих немедленного разрешения, как в наши дни. Жизнь настойчиво требует ответа от теоретиков, но не выжидает его, а по-своему решает дело, хотя и дорого платит за каждую ошибку... Один из самых настойчивых для нашего времени практических вопросов – есть вопрос об устройстве карательных учреждений, об упорядочении уголовных наказаний»⁵³.

По Н. Д. Сергеевскому, основание наказания лежит в совершении преступления – оно налагается *quia peccatum est* (за грех, преступление, провинность). Практический же результат наказания – общий, не зависящий от специальных целей – создание духовной силы, противодействующей нарушениям закона.

При определении права наказания В. Д. Спасович исходит из того, что человек – существо не только свободное, но и справедливое. Последнее характеризует весь образ его действий, его нравы. Деяния, соответствующие началу справедливости, считаются нравственными, а не соответствующие – безнравственными⁵⁴.

Из начала справедливости вытекают права и обязанности. Осознанная необходимость действовать с уважением к своему и чужому достоинству характеризует обязанность лица, а требовать этого же от других – его право⁵⁵.

В силу различных обстоятельств люди объединяются в общество, в котором действует определенный порядок. Для охраны этого порядка из числа объединившихся выделяется общественная власть, выражающая общую волю общества.

Автор считает, что последнее возникает само собой, и долгое время человек подчиняется ему бессознательно как необходимости. Именно отсюда проистекает его нежелание подчиняться такому состоянию. Воображение человека подсказывает новый идеал. Таким обра-

⁵² Там же.

⁵³ Первоначально в сокращенном виде речь была опубликована в отчете о состоянии деятельности университета за 1892 г. В 1893 г. она вышла отдельной статьей под названием «Основные вопросы наказания в новейшей литературе» (см.: Журнал гражданского и уголовного права. Кн. 4. 1893. С. 1–24).

⁵⁴ Некоторые безнравственные деяния «затрагивают другие лица или само общество только в области экономической, материальных их благ и интересов – это преступления частные или гражданские. Против них достаточны меры гражданских взысканий, сводящиеся к удовлетворению преступником обиженного посредством взыскания с преступника приличного эквивалента за причиненный вред. Другие правонарушения затрагивают отдельные личности, целые группы в более важных их правах, при попрании коих невозможны никакой... порядок общественный. Это преступления общественные или уголовные. Для противодействия им власть общественная употребляет меры полицейские; старается остановить преступника на его пути расстроить его планы. При недостаточности как этих, так и других средств охранения потрясаемого порядка, она прибегает, наконец, к наказанию» (см.: Спасович В. Учебник уголовного права. СПб., 1863. С. 58).

⁵⁵ См.: Спасович В. Указ. соч. С. 56.

зом, возникает новое образование, необходимое для установления справедливости в обществе – государство⁵⁶.

Справедливым делает человека общество⁵⁷. В государстве же справедливость предполагает ограничение частного права общественным⁵⁸. «Ее можно назвать еще балансом между той долей сил и средств, которую каждое лицо берет из общего фонда народной цивилизации и суммой ограничений и услуг, которой оно жертвует для общества»⁵⁹.

Исходя из сказанного В. Д. Спасовичем определяется право наказания. По его мнению, наказание необходимо, поскольку: а) преступление вскрыло нравственную порчу преступника⁶⁰, которая может заразить все общество, быть опасной для него; б) преступление отражается в общественной совести, вызывает негодование и необходимость обуздания преступной воли лица; в) общество может и должно защищаться, иначе оно не могло бы существовать, так как все прочие средства, принимаемые государством, оказываются недостаточными.

«Преступник и общество отделены пропастью; преступление раскрыло в преступнике порчу нравственную... Обществу остается или

а) признать преступника существом совершенно уже испорченным, в котором совесть уже погасла, поступить с этим существом как с диким зверем или с врагом, отсечь от себя этот мертвый член, исключить его из общежития. С этой точки зрения не может быть безусловно отрицаемо даже и право государства на смертную казнь, если только доказано, что без пролития его крови государство не может считать себя безопасным (заметим, что на деле ни то ни другое не может быть доказано). Или б) если в преступнике совесть не совсем погасла и есть какая-нибудь надежда на то, что этот человек способен к общежитию или может со временем сделаться способным к общежитию при изменении окружающей его обстановки, то государство должно обратиться к источнику зла, к его же собственной воле свободной и потребовать от него, чтобы он примирился с совестью общественной; чтобы он искупил свою вину суммой дел добрых, которые бы заставили забыть о его прежних делах злых; чтобы наставленный, перевоспитанный и испытанный он вступил снова и без всякого пятна в то общество, которое удовлетворилось, что он его достоин и которое поэтому решило с ним помириться»⁶¹.

Позиция ученого достаточно противоречива (некоторые из приводимых им самим обстоятельств подвергнуты критике при анализе существовавших концепций⁶²), на что обоснованно обращает внимание Н. А. Неклюдов⁶³.

Вся теория В. Д. Спасовича покоится на формуле, заключающейся «1) в свойстве свободной воли желать и 2) осуществлять созданные воображением 3) идеалы справедливо-

⁵⁶ См. там же. С. 57.

⁵⁷ Автор пишет: «Справедливость есть способность, имеющая применение только в сфере общежития и до того нам при-суща, что исключить понятие о ней из нашего мышления и нашей совести мы никаким образом не можем. Она то же в области отношений человеческих, что истина в сфере знания: полнейшая гармония между двумя противоположными полюсами нашего существа – эгоизмом и общественностью, между нами, другими лицами и обществом» (см.: *Спасович В.* Указ. соч. С. 53).

⁵⁸ См.: *Спасович В.* Указ соч. С. 63.

⁵⁹ *Спасович В.* Указ соч. С. 58.

⁶⁰ По мнению В. Д. Спасовича, «человек по своей природе стремится к наслаждениям. Это начальное побуждение дает первый толчок самосознанию и приводит в деятельность нравственные его способности. Таких главных способностей душевных три: ум, воображение и воля. Ум почерпает материал для знания из троякого источника: мира внешнего, самосознания и предания... Воображение, или творчество, состоит в возможности представлять себе создания метафизические нашего ума как нечто самостоятельное, сообщать им наглядную пластичность... Воля состоит в возможности ставить целью для своих действий и осуществлять созданные идеалы» (см.: *Спасович В.* Указ. соч. С. 54).

⁶¹ *Спасович В.* Указ. соч. С. 63–64.

⁶² См. в учебнике критику В. Д. Спасовичем теорий Гегеля (с. 25), Канта (с. 18), необходимой обороны (с. 33), вознаграждения (с. 34), Бауэра (с. 38) и др.

⁶³ См.: *Бернер А. Ф.* Учебник уголовного права. Части Общая и Особенная. Т. I. Часть Общая. С. 46

сти»⁶⁴. Исходя из этого автор делает вывод: «Наказание есть охранение закона положительного, посредством исключения из общества тех, чья совесть разошлась, судя по их действиям внешним, с совестью общественной и не подчиняется сей последней, или посредством испытания и примирения с обществом тех нравственно павших, в которых идеал справедливости не совсем погас, с предоставлением им возможности войти опять в общение с людьми и образом своих действий заслужить опять... уважение, которого они по своей вине лишились»⁶⁵.

И. Я. Фойницкий, раскрывая природу *jus puniendi*, поступает достаточно своеобразно: вначале он говорит о том, чем нельзя признавать и с чем нельзя смешивать наказание, а затем – как следует понимать основы права наказания. Чтобы не нарушать логику автора, последуем этому же правилу.

По мнению ученого, наказание применяется государством в общегосударственных интересах, составляя не только право, но и обязанность государственной власти. «В области уголовной расправы частному лицу... принадлежит право обороны, обществу – право порицания, государству – право наказания»⁶⁶. В частности, поэтому наказание не может признаваться небесным воздействием за грехи.

Наказание нельзя отождествлять с невыгодными последствиями, которые наступают по законам природы в связи с пренебрежением ими. Так, жизнь за чужой счет сопровождается преступными способами, отучая человека от честного труда, составляющего единственную прочную основу благосостояния; игнорирование экономических законов, как правило, приводит к разорению и нищете. С определяемым государством наказанием они ничего общего не имеют.

Наказание – это не угрызения совести и внутреннее беспокойство, следующие за дурным поступком. Нередко эти внутренние мучения в высшей степени тяжелые, их гениально изобразил Ф. М. Достоевский. Но они не могут признаваться в качестве наказания, так как исходят не от государства и не зависят от него.

Наказание нельзя смешивать с мерами обороны, принимаемыми частным лицом в целях самозащиты. Данные меры могут лишить посягающего любых благ (т. е. нет конкретных указаний о тяжести вреда), осуществляются частными средствами и в частных интересах, тогда как наказание строго определяется государством и реализуется в его общих интересах.

Наказанием не могут признаваться иные меры, устанавливаемые для охраны и удовлетворения частных интересов (штрафы, неустойка и т. д.).

Наказание – не общественное порицание, которое складывается из воззрений отдельных лиц, составляющих общество. Такое порицание действительно может быть тяжелым для личности: общество закрывает перед ним все двери, лишает своего доверия, преследует своим презрением. «Но оно не есть наказание, как потому, что исходит не от государства, так и потому, что не зависит от государства. Никакое правительство не в силах принудить общество порицать такие поступки... Порицание относится к миру нравственному, наказание принадлежит области права. В понятии наказания содержится указание на обе стороны карательного отношения, оно означает право наказывающего применить его и обязанность наказываемого подчиниться ему. Порицание указывает только на деятельность одной стороны, порицающей; но указания на другую сторону это понятие не содержит...»⁶⁷

В определении основы *jus puniendi* нельзя исходить из права наказываемого. Наказание, как уже указывалось, есть самостоятельный акт государства, определяемый его собственными интересами. Применяя наказание, государственная власть не только реализует свое право, но и

⁶⁴ Бернер А. Ф. Учебник уголовного права. Части Общая и Особенная. Т. I. Часть Общая. С. 46.

⁶⁵ Спасович В. Указ. соч. С. 66.

⁶⁶ Фойницкий И. Я. Учение о наказании в связи с тюрьмоведением. С. 30.

⁶⁷ Фойницкий И. Я. Учение о наказании в связи с тюрьмоведением. С. 31.

обязанность, «однако эта обязанность не частного свойства, которую оно несет по отношению к отдельному лицу, но свойства публичного, определяемая интересами общегития»⁶⁸.

Исключив указанные основания права наказания, И. Я. Фойницкий приходит к выводу, согласно которому:

1) будучи государственным институтом, наказание назначается и реализуется во имя общих государственных интересов, а не для удовлетворения каких-нибудь отдельных интересов – частного лица, сословия, ведомства или власти; в противном случае оно превратилось бы в месть;

2) применение наказания создает между государством и наказываемым отношения, принадлежащие сфере публичного права⁶⁹;

3) наказание не должно отражать сословные различия, а быть равным для всех;

4) мерами наказания могут быть лишь такие блага наказываемого, которые находятся в зависимости от государства; если наказание направлено на интересы, которые не зависят от последнего, то государственное значение наказания существенно подрывается;

5) будучи лишением для наказываемого, наказание в то же время представляет известную невыгоду для государства, отсюда положение об экономии карательных средств⁷⁰.

Таким образом, И. Я. Фойницкий выделяет формальные и фактические (материальные) основания *jus puniendi*. По его мнению, формальным основанием наказания выступает воля государственной власти, являющейся ее субъектом; фактическим – разнообразные потребности человека, которые приводят к столкновениям между людьми⁷¹.

Теорий, отрицающих право наказывать, немного, впервые их краткий анализ дал В. Д. Спасович⁷². Характеризуя в целом концепции, отрицающие *jus puniendi*, ученый пишет, что их представители отвергают «один из самых существенных факторов нашего сознания – свободу воли... С отрицанием свободы воли должна исчезнуть и всякая ответственность человека за свои деяния... уголовное право теряет всякое под собой основание»⁷³.

Более подробная характеристика учений, отрицающих право наказания, представлена Н. А. Неклюдовым. Он выделяет восемь концепций:

«I. Учения, центр тяжести которых лежит в религиозном взгляде на мир вещественный и духовный, —

Система детерминистов или фаталистов.

II. Учения, опирающиеся главным образом на диалектику,

Система безнравственности наказания.

III. Учения, опирающиеся на *физиологию* и *анатомию человека*. Сюда относятся:

1. Система *френологов*, или *черепошупов*.

2. Система *кефалометров*, или *мозгомеров*.

3. Система *сенсуалистов*.

4. Система *физиогномиков*, или *лицеводов*.

⁶⁸ Там же.

⁶⁹ Эти отношения И. Я. Фойницкий именует карательными. «Карательное отношение, подобно иным юридическим отношениям, складывается из субъекта его – государства, объекта – наказываемого и действия, связующего субъекта с объектом – применения наказания» (см.: *Фойницкий И. Я. Учение о наказании в связи с тюремным содержанием*. С. 32, сноска).

⁷⁰ См.: *Фойницкий И. Я. Учение о наказании в связи с тюремным содержанием*. С. 31–32.

⁷¹ Ученый выделяет три группы потребностей: потребности материального существования; потребности, лежащие в чувственной, сенсуальной стороне человеческой природы; потребности, лежащие в умственной, интеллектуальной сфере человека. «Фемида, богиня юстиции, по преимуществу уголовной, изображается в форме женщины с повязанными глазами; в одной руке она держит меч, в другой весы. В этой символической форме меч – эмблема потребностей материального мира, женская фигура с повязкой на глазах – эмблема потребностей сенсуальных, весы – эмблема потребностей интеллектуальных» (см.: *Фойницкий И. Я. Учение о наказании в связи с тюремным содержанием*. С. 13, 15).

⁷² По сути, он очень коротко представил лишь позицию, отстаиваемую Оуэном.

⁷³ *Спасович В. Указ. соч.* С. 66.

IV. Учения, опирающиеся на *психологию* человека:

1. Система *прирожденной злобы*.

2. Система *несвободного проявления* врожденных инстинктов.

V. Учения, исходящие из физиологии и анатомии *общественного быта и строя*, — Система социалистов.

VI. Учения, исходящие из *психологии общественной*, из наблюдения всех явлений *жизни духовной*, —

Система статистиков.

VII. Учения, опирающиеся на изучении всей природы вообще, Система материалистов»⁷⁴.

Эта классификация подверглась критике и в первую очередь за то, что среди представителей концепций оказались и те, кто не только не отрицает *jus puniendi*, но и яростно его защищает.

Н. С. Таганцев всех указанных Н. А. Неклюдовым представителей концепций, не признающих право наказания, предлагает сгруппировать в три группы, как: а) отрицающих свободу воли, б) отрицающих существенную систему наказаний и в) отрицающих право государства наказывать.

Детерминисты вовсе не исключают ответственность лица за совершенное деяние, они лишь отказываются от принципа возмездия, или воздаяния как основы наказания, видя в наказании лишь средство общественной охраны. Вторая группа криминалистов по сути не отрицают право государства наказывать преступников, они, проповедуя разные взгляды на принципы вменения, сходятся в одном: вся система карательных мер или ее отдельные части лишены всякого разумного начала, в них можно отыскать лишь одно хаотическое наложение остатков разных веков, сохранивших свое бытие скорее по привычке, чем по необходимости. Представителей третьей группы, имеющих цельное учение о *jus puniendi*, по мнению Н. С. Таганцева, совсем немного, сам же он, как и Н. А. Неклюдов, ограничился анализом лишь учения Роберта Оуэна⁷⁵.

Оуэн — английский философ, педагог и социалист, один из первых социальных реформаторов XIX в. — исходит из гуманистических, но теоретически дискуссионных и практически не реализуемых положений⁷⁶. Он пишет: «Характер низших классов общества образуется в большинстве случаев под влиянием таких обстоятельств, которые неминуемо заставляют их следовать по пути крайней нищеты и порока и делают из них самых развратных и опасных членов государства. Большинство же остального общества воспитывается в принципах, идущих в разлад с человеческой природой и неминуемо вызывающих поступки, недостойные разумных существ... Таким образом, мир наполняется безумием и нелепостями, и во всех классах общества царствуют неискренность и разврат»⁷⁷.

Такое положение противоречит и природе человека, и разумным принципам организации общества. Человек, по мнению Оуэна, — существо сложное, его характер определяется частью врожденными способностями, частью внешними влияниями, окружающими каждого от рождения до смерти. Чувства и убеждения, образуемые независимо от его воли, высту-

⁷⁴ Бернер А. Ф. Учебник уголовного права. Части Общая и Особенная. Т. I. Часть Общая. С. 50.

⁷⁵ Следует заметить, что ученый очень тепло и с восхищением отзывался об Оуэне как «великом печальнике человеческих несчастий, апостоле любви и всепрощения, до гробовой доски сохранившего юношескую веру в человеческое сердце и еще на 85-м году своей жизни являвшегося на общественной арене худо слышавшим, слабым, но с той же проповедью уничтожения казней и возрождения человечества в стройной жизни общего труда» (см.: Таганцев Н. С. Русское уголовное право. С. 21).

⁷⁶ Основной работой Р. Оуэна, в которой рассматриваются проблемы права наказания, является «Образование человеческого характера», изданной в русском переводе в Санкт-Петербурге в 1865 г.

⁷⁷ Цит. по: Таганцев Н. С. Русское уголовное право. С. 21.

пают мотивами его поступка. Влияние внешней обстановки придает индивидуальность характеру каждого человека.

Преступник, т. е. член общества, наделенный наихудшими природными качествами и поставленный в наиболее вредные условия, должен быть предметом сострадания всех находящихся в лучшем положении. Наказывать его жестоко и несправедливо. Государство должно отказаться от своего права мстить и наказывать тех, кого оно же довело до преступлений.

«Но отрицая таким образом право государства мстить нарушителю, Оуэн и не затронул вопросов о праве государства охранять себя от грозящего вреда, о праве устранять и парализовать вредные результаты хотя бы и собственной вины, – и в этом теоретический пробел попытки Оуэна»⁷⁸.

Н. Д. Сергеевский упрекает автора в ненаучности его концепции. В частности, по его мнению, не выдерживает критики утверждение, что преступность порождается исключительно недостатками организации общества. «Не недостатки, не дурные только стороны общественной организации, а все, и дурные, и хорошие, служат почвой, на которой вырастают преступные деяния, под влиянием ближайших причин и условий, лежащих в личности преступника»⁷⁹.

Надо сказать, что концепция Оуэна не выдержала проверку и на практике⁸⁰.

Кроме указанной концепции Н. Д. Сергеевский к учениям, отрицающим право государства наказывать, относит и теорию лечения преступников, исходящую из того, что преступное деяние есть результат психической болезни. Следовательно, преступник – больной человек, его нужно лечить, а не наказывать.

Это учение в свое время имело большой успех, нередко использовалось российскими криминалистами и публицистами.

Следует сказать, что в советском и российском уголовном праве проблемы *jus puniendi* не исследовались.

⁷⁸ Таганцев Н. С. Русское уголовное право. С. 22.

⁷⁹ Сергеевский Н. Д. Русское уголовное право. С. 81.

⁸⁰ Оуэн вначале пытался реализовать свои планы в Нью-Ланарке. В 1799 г. он стал совладельцем (вместе с несколькими манчестерскими капиталистами) и управляющим бывшей фабрики своего тестя. Эта фабрика привлекала внимание многих и в первую очередь благодаря ее коммерческому успеху и благосостоянию рабочих. Был на этой фабрике и великий князь Николай Павлович, который, удивленный успехом Оуэна, предлагал ему вместе с двумя миллионами британцев переехать в Россию. В Нью-Ланарке главное внимание уделялось воспитанию детей, которые с двух лет поступали в особые заведения. Применяемые меры взыскания фактически убеждают в том, что Оуэн лишь изменил их содержание (денежные взыскания, «вменение в бесчестье», удаление из колонии и т. д.), а не отверг наказание как таковое. После краха фабрики Оуэн переехал в Америку, где в штате Индиана на реке Вабах организовал производительную общину «Новая гармония», устав которой основывался на принципах уравнительного коммунизма. Но попытка сразу изменить природу человека путем изменения внешних условий вновь завершилась неудачей. Закончилась банкротством и организация «Биржи трудового обмена» (Лондон, 1832 г.).

§ 2. Понятие и признаки наказания

Дореволюционные юристы понятие и сущность наказания выводили из права наказания. Так, С. Будзинский считал, что «когда кто-либо, превышая пределы своей индивидуальной свободы, нарушает общественный порядок, тогда государство противодействует такому нарушению. Это противодействие называется наказанием. Наказание есть внешнее принуждение, следующее за нарушение правила уголовного закона. Наказание есть внешнее принуждение потому, что никакое насилие, никакая сила не может быть непосредственно направлена на волю в ее существе. Поэтому воля за неисполнение обязанности может быть постигнута только в сфере внешних ее прав. Мотив всех человеческих деяний есть удовольствие или страдание; отсюда и наказание, долженствующее поразить преступника, может состоять в лишении известного блага или причинении страдания»¹.

А. Богдановский выделяет наказание в юридическом смысле, под которым понимает чувственное страдание или нравственное лишение, ограничение, следующее за всяким преступлением как его истинное, разумное и необходимое последствие и вместе с тем как совершенно равное за него воздаяние во имя оскорбленной идеи права и справедливости².

В отличие от *jus puniendi* понятию и сущности наказания в советском уголовном праве уделялось большое внимание³. В период формирования социалистической теории в первую очередь предпринимались попытки уяснения его специфических социальных функций и роли в новом обществе⁴.

Представляется, что главным в развитии института уголовного наказания того периода являлись взгляды руководителей коммунистической партии и государства, в частности В. И. Ленина, на роль репрессии, осуществляемой победившим пролетариатом. Кратковременный опыт Парижской коммуны служил обоснованием для вывода о недопустимости мягкости уголовно-правовых мер в отношении классовых врагов в период революции⁵. Указания В. И. Ленина находили воплощение в различных актах, содержащих уголовно-правовые нормы⁶.

¹ Будзинский С. Указ. соч. С. 246.

² См.: Богдановский А. Указ. соч. С. 5.

³ Ф. Р. Сундуrow выделяет следующие встречающиеся в советской литературе трактовки наказания: 1) реакция государства на совершенное преступление; 2) правовое последствие совершения преступления; 3) форма или способ реализации уголовной ответственности; 4) элемент содержания уголовной ответственности; 5) мера уголовно-правового воздействия на виновного в совершении преступления; 6) мера уголовно-правового характера; 7) кара (воздаяние виновному за содеянное); 8) взыскание; 9) страдание, тягота; 10) средство, сочетающее в себе убеждение и принуждение; 11) осуждение, порицание преступления и лица, его совершившего, от имени государства; 12) процесс наказания; 13) совокупность лишений или ограничений прав и свобод осужденного; 14) акт восстановления социальной справедливости; 15) средство исправления осужденного; 16) средство предупреждения преступления; 17) санкция уголовного закона; 18) конкретная мера наказания, назначенная осужденному, признанному виновным в совершении преступления; 19) общая уголовно-правовая категория; 20) отдельный вид наказания; 21) совокупное наказание (при сочетании основного и дополнительного(ых) видов наказаний). «В принципе любое из приведенных объяснений имеет... право на существование, поскольку раскрывает какую-то особую грань такого сложного явления, каковым представляется уголовное наказание, – его содержание, свойство, признак, функцию или цель. И большинство из них так или иначе должны быть приняты во внимание при определении наказания» (см.: Сундуrow Ф. Р. Наказание и альтернативные меры в уголовном праве. Казань, 2005. С. 37–38).

⁴ Н. В. Крыленко писал: «В основе нашей карательной системы лежит стремление к перевоспитанию преступника, а не к отпущению за совершенное деяние» (см.: Крыленко Н. В. Судебные речи. М., 1959. С. 54). Н. А. Черлунчакевич подчеркивал: «Для нас наказание лишено всяких элементов мести, оно – социальная защита личности» (Еженедельник советской юстиции. 1922. № 5. С. 9). Д. И. Курский на 3-й сессии ВЦИК 9-го созыва говорил, что «уголовный закон не стремится строить борьбу с преступлением на началах мести и устрашения. Ибо для нас преступник – это человек, который опасен в данное время, которого нужно или изолировать, или попытаться исправить, но которому ни в коем случае не надо мстить» (Курский Д. И. Избранные статьи и речи. М., 1948. С. 81).

⁵ См. об этом подробнее: Тоскина Г. Н. Уголовное наказание в законодательстве РСФСР и СССР (1917–1926 гг.). Ульяновск, 2005; Сулейманов А. И. Первый Уголовный кодекс РСФСР: концептуальные основы и общая характеристика. Владимир, 2006.

⁶ См., например: Обращение СНК ко всему населению от 26 ноября 1917 г. «О борьбе с контрреволюционным восстанием

Следует заметить, что в сфере уголовного права за первый год советской власти было принято свыше 200 декретов, а также других актов, регулирующих вопросы уголовного права⁷. При этом в указанный период не было попыток создать единую систему видов наказаний, последние устанавливались специально издаваемыми актами в отношении группы деяний либо даже какого-то отдельного общественно опасного деяния или для специально созданного судебного органа.

Становление системы наказаний в советской России в целом характеризовалось тем, что революционное правотворчество было присуще не только центру, но и губерниям, краям, областям, районам и даже отдельным селам⁸. Суды сами придумывали наказания исходя из революционного правосознания⁹.

Попытка законодательного определения наказания впервые была предпринята в постановлении Наркомата юстиции РСФСР от 12 декабря 1919 г. «Руководящие начала по уголовному праву РСФСР»¹⁰. Согласно постановлению «наказание – это те меры принудительного воздействия, посредством которых власть обеспечивает данный порядок общественных отношений от нарушителей последнего (преступников)» (ст. 7). «...Наказание не есть возмездие за “вину”, не есть искупление вины. Являясь мерой оборонительной, наказание должно быть целесообразно и в то же время совершенно лишено признаков мучительства и не должно причинять преступнику бесполезных и лишних страданий» (ст. 10 Руководящих начал)¹¹.

Начиная с Руководящих начал в доктрине наказания окончательно взяла верх концепция социальной защиты. В 1921 г. секцией судебного права и криминологии Института советского права был разработан проект общей части УК РСФСР, в котором вместо термина «наказание» был использован термин «меры социальной защиты». Такая замена мотивировалась выдвижением на первый план индивидуализации мер борьбы с преступниками для решения задачи специального предупреждения¹².

Данной идеей обуславливался и отказ от санкций уголовно-правовых норм, устанавливающих конкретное наказание за совершенное деяние¹³.

На этой же концепции основывался проект особенной части УК РСФСР, подготовленный комиссией общеконсультационного отдела Народного комиссариата юстиции (1921 г.). Система неопределенных приговоров корреспондировалась с институтом опасного или анти-

Каледина, Корнилова, Дутова, поддерживаемым Центральной Радой» // Сборник документов по истории уголовного законодательства СССР и РСФСР. 1917–1952 гг. М., 1953. С. 17.

⁷ См.: Уголовное право. История юридической науки / под ред. В. Н. Кудрявцева. М., 1978. С. 196.

⁸ См., например: Материалы Народного комиссариата юстиции. Вып. 1. М., 1918. Так, в с. Лубны Лебединского уезда Тамбовской губернии было принято собственное Уложение о наказаниях, а для его реализации создан революционный суд. В целом при определении наказания Уложение исходило из принципа талиона, содержало жестокие наказания, которые на практике применялись к виновным (см.: Новое слово. М., 1918. № 20). Согласно положениям о наказаниях, действовавших в Сарapulьском уезде, виновную в прелюбодеянии зарыли живой в землю (см.: Свобода России. М., 1918. С. 38).

⁹ Например, председатель суда Западно-Сибирской области и Степного края был осужден к наказанию в виде «утраты общественного доверия и запрещения выступать на собраниях» (см.: Материалы Народного комиссариата юстиции. Вып. 1. М., 1918. С. 4).

¹⁰ См.: Собрание узаконений РСФСР. 1919. № 66.

¹¹ Анализ наказания по Руководящим началам см.: Булатов С. Я. Руководящие начала по уголовному праву РСФСР // Правоведение. 1959. № 4. С. 130; Козловский М. Ю. Пролетарская революция и уголовное право // Пролетарская революция и право. 1918. № 1. С. 27. М. Ю. Козловский считает автором первоначальной редакции Руководящих начал (см.: Шишов О. Ф. Становление и развитие истории уголовного права в СССР. Проблемы Общей части (1917–1936 гг.). Вып. 1. М., 1981. С. 83).

¹² «По отношению к отдельным категориям преступников, – говорится в объяснительной записке к указанному проекту, – должны применяться репрессивные меры не в форме наказания в тесном смысле, а в виде так называемых мер социальной защиты. И поскольку наказание преследует задачу главным образом общего предупреждения, – меры социальной защиты имеют в виду специальное предупреждение, не теряя, конечно, своего общего мотивационного значения» (см.: Пролетарская революция и право. 1921. № 15).

¹³ Например, на III съезде деятелей советской юстиции М. Ю. Козловский говорил о принципиальной недопустимости санкций в советском уголовном законе (Материалы НКЮ. 1921. Вып. X. С. 81).

социального состояния лица (ст. 6), одним из источников которого признавалась так называемая врожденная ненормальность¹⁴.

В УК РСФСР 1922 г. применяются оба термина – и наказание, и меры социальной защиты. Понятие первого в Уголовном кодексе не дается, лишь указывается на его задачу: правовая защита государства от преступлений и от общественно опасных элементов (ст. 5).

«...Наказание и меры социальной защиты образовывали в УК РСФСР 1922 г. две самостоятельные системы карательных мер с одними и теми же функциями. Тем самым противоречивое отношение к наказанию советской уголовно-правой теории и судебной практики достигло апогея»¹⁵.

Основные начала уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1924 г. и принятый на их основе УК РСФСР 1926 г. полностью отказались от наказания, заменив его тремя видами мер социальной защиты¹⁶. Применение последних, по сути, не было дифференцировано, многие вопросы были отданы на усмотрение суда¹⁷.

Выступая в защиту новой концепции карательной деятельности советского государства, В. Ширяев, например, писал: «...Советское уголовное законодательство смотрело на наказание как на меру оборонительную и противопоставляло этот взгляд воззрениям буржуазного законодательства, построенным на идее возмездия»¹⁸.

С середины 1920-х гг. в теории уголовного права считалось, что наказание идеологически связано с представлением о возмездии, чуждым социалистическим идеям¹⁹.

Думается же, что основные причины замены наказания мерами социальной защиты на самом деле кроются в ином. Дело в том, что на практике, как писал А. А. Пионтковский, в силу различных обстоятельств политического характера возникает «необходимость применять принудительные меры к лицам, которые не совершили преступления, но которые являются по тем или иным основаниям (по своей прошлой деятельности, по своим связям с преступной средой и проч.) общественно опасными»²⁰.

Отказ от наказания повлек за собой применение мер уголовной репрессии не только в отношении лиц, совершивших преступление, но и их близких, знакомых, коллег и т. д. Люди могли нести ответственность за прошлые судимости, которые к тому времени уже были погашены. Так, в 1921 г. Центроугрозыск объявил «неделю воров», в течение которой арестовывались все, кто когда-либо привлекался к уголовной ответственности за имущественные преступления²¹.

Н. Ф. Кузнецова отмечает, что «объяснение новелле, даваемое Конституционной комиссией, сводилось якобы к необходимости отмежевания от буржуазного уголовного права с его пониманием наказания как кары и возмездия. Ряд ученых объясняли тогда позицию Основ-

¹⁴ См.: Герцензон А. А., Грингауз Ш. С., Дурманов Н. Д., Исаев М. М., Утевский Б. С. История советского уголовного права. М., 1947. С. 260–261.

¹⁵ Тоскина Г. Н. Указ. соч. С. 113.

¹⁶ См. подробнее: Калашикова А. И. Уголовный кодекс РСФСР: компромисс идеологии и науки. Ульяновск, 2009.

¹⁷ См. об этом: Бриллиантов А. В. Эволюция дифференциации наказания в докодифицированном советском уголовном законодательстве и первых уголовных кодексах // История органов внутренних дел России. Вып. 3. М., 2000. С. 174.

¹⁸ Ширяев В. Эволюция советского уголовного законодательства // Право и жизнь. № 1–5. Кн. 2–3. М., 1926. С. 77.

¹⁹ Н. Скрыпник, например, писал: «Не соображениями возмездия, мести, но соображениями защиты, обороны характеризуется уголовное право Советской республики» (см.: Скрыпник Н. Уголовная политика советской власти. Харьков, 1924. С. 21). При этом авторы не обращают внимания на то, что введение таких понятий, как «социально опасные элементы» и «меры социальной защиты» входило в противоречие с провозглашенным в УК РСФСР 1926 г. принципом виновной ответственности (ст. 11), устанавливало расплывчатые, неконкретные критерии связи с преступной средой и оценки прошлой деятельности, по существу смешивало административно-правовые меры воздействия с уголовно-правовыми, привело к необоснованному отказу от дополнительных мер уголовного наказания (см. подробнее: Чучаев А. И. Уголовный закон. Ульяновск, 1995).

²⁰ Пионтковский А. А. Сталинская Конституция и проект Уголовного кодекса СССР. М., 1947. С. 15.

²¹ См. подробнее: Тоскина Г. Н. Указ. соч. С. 117.

ных начал влиянием итальянской школы, прежде всего проекта кодекса Ферри²², сторонника социологической школы. Другие проектанты, например Н. В. Крыленко, связывали замену наказания мерами социальной защиты с буквальной трактовкой высказывания К. Маркса о том, что «наказание есть не что иное, как средство самозащиты общества против нарушений условий его существования». Догматизм от марксизма здесь налицо. Хорошо еще, что отказ от термина «наказание» никак не сказался на других институтах и нормах Основных начал²³.

Термин «наказание» впервые вновь был использован в постановлении ЦИК СССР от 8 июня 1934 г. «О дополнении Положения о преступлениях государственных (контрреволюционных и особо для Союза ССР опасных преступлениях против порядка управления) статьями об измене Родине»²⁴.

Активная разработка проблем наказания велась во время подготовки Основ уголовного законодательства Союза ССР и союзных республик 1958 г. и УК РСФСР 1960 г., а также в период их действия. В указанных актах законодатель не дал его определения, ограничившись упоминанием в них некоторых признаков наказания, хотя оно являлось основным способом реализации уголовной ответственности и выступало в качестве типичного правового последствия преступления. Дефиниция наказания разрабатывалась теорией уголовного права.

В. И. Курляндским было предложено наказанием считать меру государственного принуждения, применяемую по приговору суда к лицам, совершившим преступление²⁵. В целом соглашаясь с таким определением, М. Д. Шаргородский выразил мнение о том, что без указания оценочного характера и цели наказания такое понимание способа реализации уголовной ответственности будет охватывать и применяемые судом меры медицинского и педагогического характера, которые наказанием не являются. Правда, сам же он признавал, что они назначаются не по приговору, а по определению суда, но считал это производным, техническим моментом, не определяющим существа явления.

По мнению М. Д. Шаргородского, «наказание в советском уголовном праве – это мера государственного принуждения, применяемая только судебными органами к лицам, совершившим преступление. Наказание лишает преступника каких-либо принадлежащих ему благ и выражает отрицательную оценку преступника и его деяния государством. Наказание имеет целью предупреждение совершения новых преступлений со стороны лиц, их совершивших, и других неустойчивых членов общества»²⁶.

Против такого определения наказания возражал А. И. Марцев. Последний считал ошибочным признавать его мерой государственного принуждения, предложив рассматривать наказание как явление, характеризующееся тем, что оно: предполагает осуждение лица, виновного в совершении преступления, от имени государства; причиняет наказанному тяготы и лишения; допускается только на основании приговора суда; опирается на государственное принуждение²⁷.

Следует сказать, что в литературе предпринимались попытки выделить признаки наказания. В. Г. Смирнов, например, называл следующие: а) наказание применяется только по приговору суда; б) реализация мер наказания осуществляется лишь уполномоченными на то органами советского государства; в) наказанию свойствен момент порицания²⁸.

²² В 1919 г. Э. Ферри возглавлял комиссию по подготовке проекта уголовного кодекса, многие положения которого впоследствии вошли в фашистский итальянский Уголовный кодекс 1930 г.

²³ Курс уголовного права: в 5 т. Общая часть. Т. 1: Учение о преступлении / под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. М., 2002. С. 38.

²⁴ Собрание законов СССР. 1934. № 33.

²⁵ См.: Курляндский В. И. Уголовная ответственность и меры общественного воздействия. М., 1965. С. 30.

²⁶ Курс советского уголовного права: В 5 т. Т. 1. Л., 1970. С. 193.

²⁷ См.: Марцев А. И. Специальное предупреждение преступлений. Омск, 1977. С. 18.

²⁸ См.: Смирнов В. Г. Функции советского уголовного права. Л., 1965. С. 175–176.

И. С. Ной выделял пять таких признаков:

- а) осуждение лица, виновного в совершении определенного деяния, от имени государства;
- б) присущая видам уголовной кары наибольшая острота репрессии;
- в) применение этой кары лишь к лицам, виновным в совершении преступления;
- г) допустимость применения уголовной кары только по приговору суда;
- д) порождение судимости как последствия уголовной кары²⁹.

С точки зрения А. И. Марцева, В. Г. Смирнов, правильно определив признаки наказания, не привел их полного перечня, а у И. С. Ной он слишком расширен, в частности, необоснованно включены факт применения наказания «к лицам, виновным в совершении преступления», так как здесь речь идет об условии применения наказания, а не о его внешней характеристике, и судимость, которая является последствием наказания, а не его признаком.

Исходя из этого автор предлагает следующую формулировку рассматриваемого понятия: «Уголовное наказание представляет собой совокупность ограничений, которые государство устанавливает для осужденных, реализация которых обеспечивается государственным принуждением»³⁰. Таким образом, А. И. Марцев в предлагаемом определении частично раскрывает содержание наказания и указывает на один из аспектов механизма его реализации.

Т. Г. Понятовская видит в наказании воздаяние за виновное совершение преступления, заключающееся в предусмотренных уголовным законом лишении или ограничении прав и свобод лица³¹. Нетрудно заметить, что автор, формулируя дефиницию определяемого понятия, вводит понятие, которое в свою очередь также требует определения.

В литературе различается наказание как понятие и наказание как процесс³². Например, утверждается, что наказание сначала работает как безликая угроза, затем назначается конкретному лицу и, наконец, исполняется³³.

В целом не отрицая возможность выделения динамического аспекта наказания, В. И. Зубкова говорит не о трех, а четырех этапах его воздействия на общество и граждан. В то же время она подчеркивает, что «уголовное наказание как динамический процесс и как доктринальное определение существенно различаются между собой, представляет разные понятия...»³⁴

Уголовный кодекс РФ дает определение наказания, понимая под ним меру государственного принуждения, назначаемую по приговору суда. Наказание применяется к лицу, признанному виновным в совершении преступления, и заключается в предусмотренных УК РФ лишении или ограничении прав и свобод этого лица (ч. 1 ст. 43).

Таким образом, наказание: а) мера государственного принуждения; б) заключается в предусмотренных уголовным законом лишении или ограничении прав и свобод осужденного; в) применяется только к лицу, признанному виновным в совершении преступления, т. е. имеет строго личный характер; г) назначается по приговору суда; д) носит публичный характер.

Ф. Р. Сундуrow выделяет следующие его признаки: а) наказание – это мера принуждения; б) наказание выражает государственное принуждение; в) наказание назначается за преступле-

²⁹ См.: Ной И. С. Сущность и функции уголовного наказания в Советском государстве. Саратов, 1973. С. 45.

³⁰ Марцев А. И. Указ. соч. С. 19.

³¹ См.: Понятовская Т. Г. Концептуальные основы системы понятий и институтов уголовного и уголовно-процессуального права. Ижевск, 1996. С. 149.

³² Одним из первых это сделал М. И. Ковалев (см.: Советское уголовное право. Свердловск, 1971. С. 124), потом его поддержали другие авторы (см., например: Марцев А. И. Диалектика и вопросы теории уголовного права. Красноярск, 1990. С. 59).

³³ См.: Коробеев А. И., Усс А. В., Голик Ю. В. Уголовно-правовая политика. Тенденции и перспектива. Красноярск, 1991. С. 157.

³⁴ Зубкова В. И. Уголовное наказание и его социальная роль: теория и практика. М., 2002. С. 30–31.

ние; г) наказание назначается лицу, признанному виновным в совершении преступления, т. е. носит личный характер; д) наказание предусмотрено уголовным законом; е) наказание назначается судом; ж) наказание заключается в предусмотренных УК лишениях или ограничениях прав и свобод осужденного.

«Исходя из ст. 86 УК РФ в качестве признака наказания следует... выделить то, что оно влечет судимость. Что же касается указания о том, что наказание предусмотрено уголовным законом, то оно носит слишком общий характер. Этот признак делает возможным отграничение уголовного наказания от иных мер государственного принуждения, однако не позволяет отграничить его от иных мер уголовно-правового характера. Было бы поэтому более правильно указать в определении, что наказанием признается только такая мера государственного принуждения, которая включена в перечень видов наказания»³⁵.

Кроме того, автор считает необходимым в определении наказания отразить его цели, без этого оно теряет свой социальный подтекст и может выглядеть как вещь сама в себе, т. е. оторванной от реальной жизни³⁶. В дефиниции определяемого понятия следует, по мнению автора, указать на его связь с уголовной ответственностью³⁷.

С утверждениями Ф. Р. Сундунова вряд ли можно согласиться. Цели социально-правового явления не раскрывают сущности последнего, а указывают на те социальные результаты, которые государство рассчитывает достичь, применяя наказание. Иначе говоря, «для чего» отнюдь не означает, что вещь представляет собой. Связь явлений в дихотомии «уголовная ответственность – наказание» также не может характеризовать последнее как таковое, она лишь показывает определенные взаимосвязи рассматриваемых уголовно-правовых категорий. Относительно судимости автор сам же обоснованно подчеркивает, что она является последствием наказания, т. е. находится за границами последнего. Наказание может и не порождать судимости, однако оно от этого не перестает быть таковым.

Р. Р. Галиакбаров считает, что наказание выражается в определенных лишениях и ограничениях прав и свобод, является отрицательной оценкой личности преступника и его деяния от имени государства³⁸.

И. Я. Козаченко определяет наказание как предусмотренную уголовно-правовой нормой меру уголовной ответственности, назначаемую судом лицу, виновному в совершении преступления, ущемляющую его правовой статус и влекущую за собой судимость³⁹.

На связи наказания с уголовной ответственностью делает акцент Н. Ф. Кузнецова, отмечая, что оно выражает уголовную ответственность, олицетворяет ее, поскольку заключает в себе отрицательную оценку со стороны государства лица и совершенного им преступления⁴⁰.

В целях отграничения наказания от иных мер уголовно-правового характера М. Ф. Гареев законодательное определение наказания предлагает дополнить указанием на то, что «наказание есть мера государственного принуждения, предусмотренная перечнем видов наказаний, и назначается по приговору суда...»⁴¹ Вряд ли это нужно делать так, как предлагает автор. Во-первых, в данном случае наказание отождествляется с видом наказания, указанного

³⁵ Сундунов Ф. Р. Указ. соч. С. 22.

³⁶ Цели включает в понятие наказания М. М. Имамов (см.: *Имамов М. М.* Виды наказаний и принципы формирования их системы: автореф. дис... канд. юрид. наук. Казань, 2004. С. 6).

³⁷ См.: Сундунов Ф. Р. Указ. соч. С. 23.

³⁸ См.: Галиакбаров Р. Р. Уголовное право. Общая часть. Краснодар, 1999. С. 292.

³⁹ См.: Уголовное наказание: понятие, виды, назначение: в 3 т. Т. 3 / под ред. И. Я. Козаченко. Екатеринбург, 1994. С. 9.

⁴⁰ См.: Курс уголовного права: В 5 т. Общая часть. Т. 2: Учение о наказании / под ред. Н. Ф. Кузнецовой, И. М. Тяжковой. М., 2002. С. 6–11.

⁴¹ Гареев М. Ф. Цели иных мер уголовно-правового характера и средства их достижения по российскому уголовному праву: автореф. дис... канд. юрид. наук. Казань, 2005. С. 7.

в соответствующем перечне, а во-вторых, процессуальная форма его назначения не отражает сути определяемого понятия.

Наказание обеспечивается силой государственной власти, уклонение от его отбывания (исполнения) влечет соответствующие правовые последствия – замену более строгим видом наказания или образует новый состав преступления. Оно является одной из наиболее острых мер государственного принуждения⁴².

Исходя из этого признака в литературе разграничиваются наказание в правовом и этико-педагогическом значении этого понятия. Правда, следует заметить, что К. Маркс и Ф. Энгельс считали возможным наказание в бесклассовом обществе («при человеческих отношениях...»)⁴³. Однако такое наказание будет не правовым, а этико-педагогическим, характеризующимся тем, что оно полнее учитывает индивидуальность провинившегося. Центр тяжести в этом случае переносится на произнесение провинившимся приговора над самим собой; остальные люди по-товарищески стремятся помочь ему избавиться от наказания и возвратиться в общие ряды.

Следует подчеркнуть, что принуждение носит ограниченный характер. В борьбе с преступностью во главу угла поставлено ее предупреждение. В этом смысле решающее влияние оказывают политические, экономические, идеологические, социальные, культурно-воспитательные меры, осуществляемые государством. «В борьбе с преступлением неизмеримо большее значение, чем применение отдельных наказаний, имеет изменение общественных и политических учреждений»⁴⁴. Однако там, где меры убеждения не дают должного эффекта, государство вынуждено использовать и принуждение, в том числе уголовное наказание.

Убеждение и принуждение, являясь самостоятельными мерами воздействия, не противопоставляются друг другу. Они взаимосвязаны между собой. Так, к принуждению прибегают лишь тогда, когда метод убеждения не может дать положительных результатов; применяется оно на базе убеждения, к меньшинству на основе убеждения большинства; само является одним из средств, используемых в достижении убеждения; сфера его действия ограничена и должна неуклонно сокращаться; принуждение должно быть строго целесообразным.

Уголовное наказание по отношению к преступности вторично. Оно имеет дело не с причинами, порождающими ее, а со следствием – результатом действия этих причин. Являясь, таким образом, не главным и основным, а вспомогательным средством, наказание, тем не менее, не теряет своего значения как важной меры государственного принуждения.

⁴² В. И. Ленин считал, что формы принуждения определяются степенью развития революционного класса, различными особыми обстоятельствами. Он подчеркивал, что ошибка Парижской коммуны – в излишнем великодушии пролетариата: надо было истреблять своих врагов, а не стараться морально повлиять на них (см.: Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 36. С. 199).

⁴³ В «Святом семействе, или критике критической критики» они писали: «По Гегелю, наказание есть приговор, который преступник произносит над самим собой. Ганс пространнее развил эту теорию. У Гегеля эта теория является спекулятивным покрывалом древнего *jus talionis*, которое Кант развил как единственную правовую теорию наказания. У Гегеля самоосуждение преступника остается только “идеей”, спекулятивным истолкованием ходячих эмпирических уголовных наказаний. Поэтому выбор формы наказания он представляет каждой данной ступени развития государства, т. е. он оставляет наказание таким, каким оно существует. Именно в этом он является большим критиком, чем его критический подголосок. Такая теория наказания, которая в преступнике признает в то же время человека, может это делать только в абстракции, в воображении, именно потому, что наказание, принуждение противоречат человеческому образу действий. Кроме того, практическое осуществление такой теории оказалось бы невозможным. Место абстрактного закона занял бы чисто субъективный произвол, ибо от усмотрения официальных “почтенных и благопристойных” особ зависело бы, как в каждом отдельном случае сообразовать наказание с индивидуальностью преступника. Уже Платон понимал, что закон должен быть односторонним и должен абстрагироваться от индивидуальности. Напротив, при человеческих отношениях наказание действительно будет не более как приговором, который провинившийся произносит над самим собой. Никому не придет в голову убеждать его в том, что внешнее насилие, произведенное над ним другими, есть насилие, произведенное им самим над собой. В других людях он, напротив, будет встречать естественных спасителей от того наказания, которое он сам наложил на себя, т. е. отношение будет прямо-таки противоположным» (Маркс К., Энгельс Ф. Соч. 2-е изд. Т. 2. С. 196–197). В. И. Ленин в конспекте «Святого семейства» полностью приволил процитированное высказывание К. Маркса и Ф. Энгельса о наказании (см.: Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 29. С. 35–36).

⁴⁴ Ленин В. И. Полн. собр. соч. Т. 4. С. 408.

Наказание как мера государственного принуждения ограничена законодательными рамками, определяющими его виды и размеры (сроки).

Уголовная политика относительно наказания за преступления имеет два основных направления: первое – применение наказаний, не связанных с лишением свободы, условного осуждения, а в отношении несовершеннолетних – освобождения от наказания с применением принудительных мер воспитательного воздействия; второе – назначение лицам, совершившим тяжкие и особо тяжкие преступления, а также ранее судимым строгих мер наказания.

Принудительный характер уголовного наказания предполагает наличие определенных организационно-правовых мер по его исполнению, институциональных образований. Правовой основой исполнения конкретных видов наказаний является Уголовно-исполнительный кодекс РФ 1996 г., детально регламентирующий структуру государственных органов (исправительных учреждений, уголовно-исполнительных инспекций), порядок отбывания и исполнения наказания, меры поощрения осужденных, меры взыскания за нарушение режима, порядок применения силы и специальных средств, включая оружие, и т. д.

Некоторые советские криминалисты исходили из того, что убеждение и принуждение совмещаются непосредственно в содержании наказания. Так, И. И. Карпец писал: «Убеждение и принуждение сочетаются не только в общей системе мер, направленных на преодоление антиобщественных явлений в социалистическом обществе, но и непосредственно в содержании наказания как одного из средств борьбы с преступностью. Такое сочетание убеждения и принуждения в самом содержании наказания – характерная черта наказания в социалистическом обществе, вытекающая из принципиальных положений марксизма-ленинизма во взглядах на теорию и практику применения наказания»⁴⁵.

По мнению И. С. Ноя, наказание представляет собой принуждение, которое образует кару, и принуждение, лишенное кары, а также убеждение: «Карательный элемент здесь (в лишении свободы. – А. Ч.) выражается в самом факте лишения свободы. Однако этим не исчерпывается принудительная сторона наказания. Она выражается, кроме того, в режиме лишения свободы, в принуждении всех способных к труду заключенных заниматься общественно полезным трудом, повышать свой общеобразовательный уровень и т. п.»⁴⁶

Иными словами, с точки зрения автора, в содержание наказания кроме кары входят труд и политико-воспитательная работа. Это положение обоснованно подверглось критике со стороны А. Е. Наташева, А. Л. Ременсона, Н. А. Стручкова и др. А. Л. Ременсон писал: «Преступник должен бояться наказания. Это аксиома. Но если труд в местах заключения и политико-воспитательную работу, проводимую там, мы будем рассматривать как составную часть содержания наказания, то неизбежно приходим к выводу, порочному в своей основе, – что преступник должен бояться труда и политико-воспитательной работы»⁴⁷.

А. А. Пионтковский указывал: «Нельзя согласиться с утверждением И. С. Ноя, что специфическим признаком уголовной кары у нас стало не репрессивное, а моральное воздействие на осужденного. Такое утверждение – явное забегание вперед»⁴⁸.

Высказанное в литературе мнение, что в наказание входит и элемент воспитания, подвергнуто справедливой критике, так как оно основано на смешении самого наказания и тех

⁴⁵ Карпец И. И. Наказание. Социальные, правовые и криминологические проблемы. М., 1973. С. 63–64. Критику этого положения см.: Сундулов Ф. Р. Указ. соч. С. 32.

⁴⁶ Ной И. С. Вопросы теории наказания в советском уголовном праве. Саратов, 1962. С. 27.

⁴⁷ Ременсон А. Л. Вопросы лишения свободы и общее учение о наказании // Материалы научной конференции, посвященной проблемам исправительно-трудового права. Томск, 1961. С. 17.

⁴⁸ Курс советского уголовного права: в 6 т. Т. III. М., 1970. С. 29. Комментируя это высказывание, Ф. Р. Сундулов приходит к выводу, что вероятнее всего авторы в понятие кары вкладывают различное содержание. При этом он ссылается на А. А. Пионтковского (отца) (см.: Пионтковский А. А. Новые законы об условном осуждении в Швейцарии // Пионтковский А. А. Избранные труды: в 2 т. Т. 2. Казань, 2005. С. 12), который в качестве карательного средства рассматривал и условное осуждение, так как оно является элементом карательной системы государства (см.: Сундулов Ф. Р. Указ. соч. С. 33).

средств исправления осужденного и предупреждения совершения новых преступлений, которые применяются в процессе его исполнения. Следует, на наш взгляд, признать обоснованным вывод Н. А. Стручкова: наказание есть кара, которая сама по себе и карает, и воспитывает⁴⁹.

Наказание, согласно закону выступая в виде лишения или ограничения прав и свобод осужденного, по своей сути является карой за содеянное. Это означает, что оно назначается за совершение преступления; соответствует тяжести содеянного и личности виновного; заключается в себе принудительное причинение страданий, лишений и ограничений морального, политического, физического и имущественного характера.

Наказание должно причинять серьезные моральные страдания. Указание в законе на то, что оно не имеет своей целью причинение физических страданий или унижение человеческого достоинства (ст. 7 УК РФ), акцентирует внимание совершенно на ином обстоятельстве – недопустимости наказывать только ради таких страданий и унижений. Наказание вовсе не исключает, а наоборот, предполагает, что лицо, наказанное за совершение преступления, должно страдать. Иначе не будут реализовываться цели наказания. Через страдание, через осознание вреда, причиненного потерпевшему, через переживание этого государство старается добиться, чтобы преступник впредь не совершал преступлений.

Без кары уголовное наказание утратило бы свой смысл, оно не могло бы рассматриваться как принудительное средство в борьбе с преступностью, так как не способно было бы удерживать как самого преступника, так и других неустойчивых граждан от совершения преступления. Страдания, лишения и ограничения, присущие уголовному наказанию, необходимы для того, чтобы оно выполняло свое воспитательное назначение, воспринималось людьми как справедливая мера, назначенная судом в интересах общества и самого преступника.

Закрепленная в ст. 44 УК РФ система видов наказаний позволяет дифференцировать и индивидуализировать наказание, дает возможность избрать в отношении преступника комплекс правоограничений, соответствующий характеру и степени общественной опасности содеянного, мотивам преступления, личности виновного, характеру и размеру причиненного вреда, обстоятельствам, смягчающим и отягчающим наказание. Для различных видов наказания характерны различные правоограничения. Так, ограничения имущественного порядка содержатся в штрафе, обязательных и исправительных работах. Ограничения в сфере трудовых отношений наступают при лишении права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью. Лишение специального, воинского или почетного звания, классного чина или государственных наград затрагивает положение лица в обществе, его престиж, может повлечь за собой лишение льгот и преимуществ, вытекающих из указанных званий, чинов и наград, который виновный имел до осуждения.

Наибольшие правоограничения наступают для осужденного при применении лишения свободы и в первую очередь – пожизненного лишения свободы. Лишение свободы полностью меняет жизнь человека, ограничивает не только его личную свободу, но и многие другие права.

При этом ограничения устанавливаются двояко: прямым указанием в законодательстве на конкретные правоограничения и косвенно – посредством определенного режима, т. е. исходя из его содержания.

Содержание наказания характеризуется конкретным объемом кары, тем комплексом правоограничений, который присущ тому или иному виду наказания. Оно обладает качественно-количественной определенностью. С качественной стороны каждый вид наказания выражается в свойственных ему правоограничениях: лишение свободы – в изоляции осужденного в исправительном учреждении; штраф – в обязанности осужденного выплатить установленную приговором суда денежную сумму и т. д. С количественной стороны конкретные виды

⁴⁹ См. об этом подробнее: *Стручков Н. А.* Уголовная ответственность и ее реализация в борьбе с преступностью. Саратов, 1977. С. 59 и др.

наказания характеризуются величиной законодательно определенных правоограничений. Так, обязательные работы устанавливаются на срок от 60 до 240 часов и отбываются не свыше 4 часов в день; исправительные работы – на срок от 2 месяцев до 2 лет, при этом из заработной платы осужденного производятся удержания в доход государства в пределах от 5 до 20 %.

Таким образом, сущностью наказания является кара, выражающаяся в лишении или ограничении прав и свобод осужденного, а его содержанием – кара, свойственная конкретному наказанию.

Следует сказать, что некоторые авторы, отталкиваясь от законодательного определения наказания, считают ошибочными утверждения о том, что сущностью рассматриваемого уголовно-правового явления выступает кара. Так, по мнению В. Д. Филимонова, отказ Уголовного кодекса РФ от определения наказания как кары имеет свои основания, которые в первую очередь заключаются в том, что слова «наказание» и «кара» являются синонимами⁵⁰.

А. В. Наумов же утверждает, что по своему объективному содержанию наказание всегда есть кара. Более того, карательное содержание наказания, выражающее лишения и тяготы, испытываемые осужденным, в определенной мере является искуплением его вины. «Без кары наказание потеряло бы всякое предупредительное значение»⁵¹.

Эта же мысль подчеркивается Н. А. Беляевым, также признававшим кару сущностью наказания⁵².

С. И. Дементьев исходит из того, что преднамеренное причинение установленных законом страданий и лишений, образующих содержание кары, специально рассчитано на то, что лицо, виновное в совершении преступления, будет их претерпевать в процессе отбывания наказания⁵³.

Как отмечает С. В. Полубинская, «позиция С. И. Дементьева не соответствует законодательству и представляется крайне опасной для практики борьбы с преступностью», противоречит принципу гуманности, позволяет оправдать целями предупреждения преступлений и исправления осужденных наложение на последних неоправданно суровых мер, игнорировать права личности⁵⁴.

По мнению В. К. Дуюнова, понятия «кара» и «наказание» близки по значению, но не тождественны. Первое из них не является правовым (например, божья кара), относится к общей социологии и употребляется тогда, когда речь идет о реализации ответственности виновного за совершенный им «грех», проступок, преступление; другими словами, за зло, причиненное государству, обществу или отдельному лицу. Кара «не имеет своим обязательным содержанием или целью причинение боли и страданий, как считают многие авторы, это реакция на проступок определенного лица, носящая характер упрека, осуждения, порицания этого лица и совершенного им проступка, имеющая целью оказать на виновное лицо и его поведение необходимое воспитательно-психологическое и иное предупредительное воздействие»⁵⁵.

Конкретизируя содержание кары, автор указывает, что она представляет собой справедливое осуждение, порицание виновного, «объективное в своей основе соразмерное воздаяние ему за совершенный им проступок, которое вовсе не обязательно сопровождается страданиями осужденного»⁵⁶.

Исходя из указанных исходных положений, В. К. Дуюнов предлагает законодательно закрепить следующее определение рассматриваемого понятия: «Наказание является формой

⁵⁰ См.: Новое уголовное право России. Общая часть. М., 1996. С. 95.

⁵¹ Наумов А. В. Российское уголовное право. Курс лекций: в 2 т. Т. 1: Общая часть. М., 2004. С. 494.

⁵² См.: Беляев Н. А. Уголовная политика и пути ее реализации. Л., 1986. С. 64.

⁵³ См.: Дементьев С. И. Лишение свободы. Уголовно-правовые и исправительные аспекты. Ростов-н/Д., 1981. С. 45.

⁵⁴ См.: Полубинская С. В. Цели уголовного наказания. М., 1990. С. 7, 8.

⁵⁵ Дуюнов В. К. Проблемы уголовного наказания в теории, законодательстве и судебной практике. Курск, 2000. С. 44–45.

⁵⁶ Дуюнов В. К. Указ. соч. С. 49.

реализации кары – государственного осуждения преступления и лица, признанного виновным в его совершении. Наказание назначается по приговору суда в соответствии с положениями ст. 60... Кодекса и состоит в предусмотренных Кодексом лишении или ограничении прав и свобод осужденного»⁵⁷.

За совершенное преступление может назначаться только предусмотренная законом мера наказания. Применение иных видов наказания либо превышение пределов данного вида наказания, назначение вместо основного, скажем, дополнительного наказания – недопустимо.

Наказанию подлежит только то лицо, в действиях которого содержатся все признаки состава преступления. Следовательно, оно выступает правовым последствием преступления. В случае же совершения общественно опасного деяния невменяемым применяются принудительные меры медицинского характера: амбулаторное наблюдение и лечение у психиатра, лечение в психиатрическом стационаре общего или специализированного типа (в том числе в психиатрическом стационаре специализированного типа с интенсивным наблюдением).

Назначение наказания – не императив. Закон допускает и иную реакцию на преступление и лицо, его совершившее, – освобождение от наказания, например в связи с изменением обстановки (ст. 80¹ УК РФ), болезнью осужденного (ст. 81 УК РФ), истечением сроков давности обвинительного приговора суда (ст. 83 УК РФ) и др.

Конституцией РФ применение уголовного наказания отнесено к исключительной компетенции суда (ст. 49). Согласно ст. 296 УПК РФ суд постановляет приговор именем Российской Федерации. Разбирательство уголовных дел во всех судах открытое. В закрытом режиме оно может проводиться только в установленных законом случаях: разбирательство в суде может привести к разглашению государственной или иной охраняемой федеральным законом тайны; при рассмотрении уголовных дел о преступлениях, совершенных лицами, не достигшими возраста 16 лет, а также уголовных дел о преступлениях против половой неприкосновенности и половой свободы личности и других преступлениях, если это может привести к разглашению сведений об интимных сторонах жизни участников уголовного судопроизводства либо сведений, унижающих их честь и достоинство; в целях обеспечения безопасности участников судебного разбирательства и их близких. Однако приговор либо полностью, либо его вводная и резолютивная части все равно провозглашаются публично (ст. 241 УПК РФ).

Указанная процедура придает наказанию публичный характер. Кроме того, публичность наказания проявляется и в том, что вступивший в законную силу приговор обязателен для всех органов государственной власти, органов местного самоуправления, общественных объединений, должностных лиц, других физических и юридических лиц и подлежит неуклонному исполнению на всей территории Российской Федерации. Неисполнение приговора влечет за собой уголовную ответственность (ст. 392 УПК РФ).

Наказание включает в себе государственное порицание деяния и личности виновного.

Преступление, как известно, причиняет вред общественным отношениям, охраняемым уголовным законом, содержит значительную опасность для личности, общества и государства. Поэтому оно осуждается не только нравственно, но и запрещено уголовным законом. Личность преступника характеризуется искажением ценностно-нормативной ориентации. Назначая наказание за совершенное деяние, государство тем самым порицает его, осуждает, дает отрицательную оценку как содеянному, так и виновному лицу.

Таким образом, государственное порицание отражает негативную морально-политическую и правовую оценку деяния и личности виновного. Такое порицание полностью совпадает с воззрениями большинства граждан.

⁵⁷ Там же. С. 53. Оценивая данное предложение, Ф. Р. Сундуrow, на наш взгляд, обоснованно указывает: «В принципе упоминание в этом определении о каре мало что дает для прояснения сущности наказания. С таким же успехом можно утверждать, что оно является формой реализации государственного осуждения лица и учиненного им деяния. Тем более сам автор признает, что термин “кара” не является специфически уголовно-правовым» (Сундуrow Ф. Р. Указ. соч. С. 34).

§ 3. Объект уголовного наказания

Из законодательного определения наказания видно, что оно направлено на правовой статус личности¹. Как отмечал А. А. Жижиленко, «поскольку мы признаем, что наказание как вид правоохранительных средств заключает в себе отнятие у человека принадлежащего ему блага или умаление его, мы должны сказать, что все те меры, которые этого элемента в себе не заключают, не являются наказанием, хотя бы применение их и вызывалось наличностью преступного деяния»².

Содержание объекта наказания изменялось на протяжении всей истории. Так, согласно Русской правде подвергались воздействию главным образом имущественные права виновного. Денежные взыскания уплачивались за различные по тяжести и характеру преступления в виде штрафа в пользу государства (вира, продажа) и компенсации потерпевшему (урок, головничество).

Исключительные меры составляли поток и разграбление (ст. 35, 83, 84 Русской правды). Содержание потока заключалось в изгнании из общины, разграбление лишало виновного имущественных прав путем конфискации, а также трудовой свободы посредством превращения в холопов самого преступника и членов его семьи³. Русская правда не знает наказания в виде смертной казни.

Рассматриваемый период характеризуется отсутствием принципа личной ответственности за вину. Так, господин мог выкупить холопа у потерпевшего, уплатив последнему двойную цену вознаграждения (ст. 46, 63, 65 Русской правды)⁴. В иных случаях объектом уголовного наказания мог выступать правовой статус членов семьи виновного (ст. 83, 84 Русской правды) и имущественные интересы жителей местности, на территории которой произошло преступление (ст. 3 Русской правды).

Псковская судная грамота вводит новые виды наказания – смертную казнь и заключение в колодки. Смертная казнь обозначается формулой «живота не дати» и применяется за совершение особо тяжких преступлений, таких, как конокрадство, поджог, измена, кража из храма (ст. 7, 8).

Сословно-представительная монархия соответственно высокой оценке объекта посягательств, непосредственно направленных против государственных основ и интересов общественной элиты, производит усиление и карательных мер. Продолжают иметь место нормы о

¹ А. Э. Жалинский считает, что личный характер наказания лишь подтверждает теорию объекта наказания как личности в правовом, социальном и биологическом смыслах. Рассматривая обозначенные им аспекты, можно заключить, что в понимании автора воздействию подвергается личность:– как часть животного мира и вершина его эволюционного развития (*homo sapiens*), с присущими человеку анатомическими, генетическими, физиологическими и иными особенностями, составляющими биологический аспект;– в социальном смысле как отдельно взятый человек, достигший определенного уровня психологического развития и обладающий устойчивыми психическими свойствами; являющийся продуктом индивидуального опыта и социального взаимодействия и одновременно отдельной составляющей общественной организации, характеризующейся совокупностью уникальных индивидуальных черт, общественных связей и ролевых функций; как субъект социальных отношений и сознательной деятельности, свободно и ответственно определяющий свою позицию среди других посредством проявления мотивов поведения и практических действий, интересов, склонностей, мировоззрения и прочих черт;– в правовом – гражданин, наделенный правами и обязанностями, охраняемыми и гарантированными государством, и реализующий их в тех или иных урегулированных правом отношениях (см.: Уголовное право России. Общая часть / под ред. А. Н. Игнатова, Ю. А. Красикова. М., 1998. С. 368). Анализ этой позиции см.: Чучаев А. И., Фирсова А. П. Уголовно-правовое воздействие: понятие, объект, механизм, классификация. М., 2010. С. 93–95.

² Жижиленко А. А. Очерки по общему учению о наказании. Пг., 1924. С. 11.

³ См.: Российское законодательство X–XX веков / под ред. О. И. Чистякова: в 9 т. Т. 1: Законодательство Древней Руси. М., 1984. С. 87.

⁴ Как отмечает В. И. Сергеевич, господа должны были быть вызываемы в суд при слушании дел об их рабах для ограждения своих интересов. В Новгороде это право было формально признано, в других местах, возможно, практиковалось (см.: Сергеевич В. И. Древности русского права: в 3 т. Т. 1: Территория и население. М., 2006. С. 91).

возмещении вреда потерпевшему. Более того, несостоятельный преступник мог быть отдан истцу в холопы до отработки долга (ст. 1 °Судебника 1497 г.), что влекло существенное изменение правового статуса виновного, в особенности если последний относился до этого к категории свободных лиц. Однако имущественные взыскания перестают носить доминирующий характер, законодатель начинает затрагивать иные стороны правового статуса личности: права на телесную целостность и неприкосновенность, свободу, жизнь.

По Судебникам 1497 и 1550 гг. получает распространение новый вид воздействия – торговая казнь, представляющая собой телесное наказание в виде битья кнутом. Количество ударов нормативно не устанавливалось и, как полагают исследователи, определялось судом, исходя из конкретных обстоятельств дела⁵. Зачастую торговая казнь дополнялась тюремным заключением как на неопределенный срок, так и пожизненно (ст. 8-13, 33, 34, 52, 56 Судебника 1550 г.). Достаточно часто закон предписывает в наказание и саму смертную казнь: «живота не дати, казнити смертною казньо» (ст. 8, 9, 11, 13, 39 Судебника 1497 г.; ст. 5, 6, 57, 59–61 Судебника 1550 г.).

Последующие эпохи еще более характеризуют жестокость наказания, в особенности за преступления против религии, государства и монарха, сословный характер и неопределенность санкций. По Соборному уложению 1649 г. главенствующими становятся смертная и торговая казни. Формируются различные виды телесных наказаний и наказаний в виде лишения свободы.

По справедливому замечанию К. А. Сыча, свобода личности в условиях господства крепостного права не могла составлять годный объект уголовно-правового воздействия, поэтому в большинстве своем использовалась лишь наряду с лишением личности других благ (честь, гражданских и политических прав, свободы трудовой деятельности)⁶.

Уложение предусматривает возможность употребления заключенных на различного рода работах (XXI, 9), а ссыльным предписывает «в окраинных городах быть, в какой чин пригодится» (XXI, 9, 10).

Уголовное право продолжает отстаивать интересы потерпевшего от преступления, предусматривая возмещение материального и морального вреда (I, 5–7). Несостоятельному должнику денежные штрафы могли заменяться телесным наказанием (X, 91).

Из числа мер, посягающих на имущественные права виновного, наибольшее распространение имела конфискация имущества (II, 5, 9; XXI, 14, 17), при этом в ряде случаев усматривается соответствие характера содеянного и наказания за него.

Следует отметить, что объектом уголовного наказания продолжает оставаться правовой статус не только виновного. Правоограничения могли налагаться на членов семьи осужденного (II, 9; XXII, 73), господина дворового холопа (XXII, 66, 67) и ряд иных лиц. В ряде норм (II, 6-10) Уложение устанавливает начало личной ответственности, исключая наказание жен и детей изменников⁷.

⁵ См. подробнее: Рожнов А. А. Уголовное право Московского государства (XV–XVIII вв.). Ульяновск, 2007. С. 60. В целях устрашения исполнение наказания производилось прилюдно в местах большого скопления народа, что ограничивало не только права личности на здоровье и физическую неприкосновенность, но и ущемляло честь и достоинство осужденного. По свидетельству историков, данная мера часто представляла замаскированный вид смертной казни и понималась исполнителями как приказание засечь преступника до смерти, особенно в случаях, когда исполнять ее предписывалось «без потталыть» (см. об этом: Российское законодательство X–XX веков / под ред. О. И. Чистякова: В 9 т. Т. 2: Законодательство периода образования и укрепления Русского централизованного государства. М., 1985. С. 73).

⁶ См.: Сыч К. А. Уголовное наказание и его состав: теоретико-методологические аспекты исследования: дис... д-ра юрид. наук. Рязань, 2001. С. 45.

⁷ Н. Д. Сергеевский отмечает декларативность данных положений. «Слабость судебно-следственной власти, с одной стороны, и слабость средств полицейского надзора, с другой, вызвали действительную, практическую необходимость возлагать кару на лиц подозрительных и опасных, хотя бы виновность их не была доказана» (Сергеевский Н. Д. Наказание в русском праве ХVIII века. СПб., 1887. С. 67).

В некоторых случаях в качестве наказания государственной властью определяются церковные наказания, которыми являлись публичное покаяние в церкви и отсылка в монастырь или к духовным властям. Однако описание содержания таких мер и неопределенность формулировок оснований применения («за неистовство», «за скорбь и за изступление ума», «от пьянства вытрезвить») не позволяют говорить об их особой мягкости. Они включают комплексные обременения и затрагивают не только честь и достоинство лица, но и прочие социальные ценности: свободу, труд, физическую неприкосновенность⁸. Можно только предполагать, что по условиям содержания такие меры, ограничивающие свободу лица, были более благоприятны, чем зарождающиеся учреждения пенитенциарной системы.

Разрыв с историческими традициями, усиление монархии и укрепление военной мощи приводят к ужесточению репрессий. Российское уголовное законодательство начала ХУШ в., преследуя цели устрашения и извлечения государственной пользы, в качестве объектов воздействия использует жизнь, свободу, здоровье, телесную целостность, имущественные и трудовые права, а также иные ценные для личности блага. В Воинском артикуле Петра I доминирующее положение занимает смертная казнь (арт. 1, 3, 19, 20, 24, 97–99, 137–140, 154, 155, 160–163 и др.). Ее исполнение зачастую зависело от характера совершенного деяния и сопровождалось особыми страданиями виновного. Широко применялись болезненные и членовредительские телесные наказания.

Осужденные могли ограничиваться в свободе посредством ссылки (на определенный срок и бессрочно) и ссылки в каторжные работы (на галеры, строительство различных объектов) (арт. 167, 170), а также тюремного заключения (арт. 158). Ссылка в каторжные работы и ссылка на поселение приобретают все более отчетливые различия и становятся основными видами наказания. Косвенно свидетельством распространения ссылки может служить Указ от 8 января 1765 г., по которому свобода и трудовые права крепостных крестьян, «по продерзостному состоянию заслуживающих справедливое наказание», могли быть ущемлены по усмотрению помещиков посредством осуществления уголовной юрисдикции и ссылки крестьян на каторжные работы. Это максимальные возможности, предоставленные помещикам на протяжении всего времени существования крепостного права в России⁹.

Законодатель не перестает подвергать воздействию имущественные права виновного, применяя штрафы и конфискацию имущества. При этом характер совершенного преступного посягательства не принимается во внимание при установлении меры воздействия за него. Так, конфискация не обязательно применялась за корыстные или корыстно-насильственные преступления, виновный мог «живота лишен быть» и за общественно опасные деяния против религии, личности государя, военной службы (арт. 4, 5, 19, 20, 22, 23, 99 и др.).

Вводится особая система наказаний в отношении лиц, обладающих специальным правовым статусом военнослужащего. Так, офицеры могли подвергаться отставлению от службы (арт. 71), лишению чина и достоинства (арт. 114, 115, 128, 134), службе в качестве рядового, аресту у профоса (палача) (арт. 11), вычету из жалования (арт. 8, 100) и др.¹⁰

ХУШ в. вносит в карательную деятельность новые формы, в числе наиболее тяжелых мер такого рода находился новый вид наказания – шельмование. Оно заключалось в позорном обряде лишения прав состояния: «прибивания имени осужденного к виселице», преломления над ним шпаги (если преступник был дворянином) и исключения его из общества честных людей. Одним из последствий шельмования было то, что виновный лишался покровительства законов, поэтому посягательства на него не влекли ответственности. Особые виды воздей-

⁸ См.: *Сергеевский Н. Д.* Наказание в русском праве ХУП века. С. 247–249.

⁹ См. об этом: Российское законодательство X–XX веков / под ред. О. И. Чистякова: в 9 т. Т. 5: Законодательство периода расцвета абсолютизма. М., 1987. С. 499.

¹⁰ См. об этом подробнее: *Муфтиев Р. Г., Сидоркин А. И.* Воинские наказания в русском праве XVI – начале XX в. Уфа, 2008.

ствия составляют и церковные наказания, к примеру, уже упоминавшееся церковное публичное покаяние (толкования к арт. 1, 6, арт. 8).

Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 г. предусматривает сложную систему мер принуждения, включая общие наказания, дополнительные (ст. 61), особенные наказания за преступления и проступки по службе (ст. 65). Юридическая техника отражения объекта в лестницах уголовных и исправительных наказаний заключалась в переходе от наиболее к менее правоограничительным (ст. 17, 30 Уложения).

Обязательным дополнительным наказанием по Уложению 1845 г. выступало лишение прав («эволюционированное» шельмование). По объему правопоражения различались три его вида: максимум – лишение всех прав состояния; средний – всех особенных прав и преимуществ и минимум – некоторых прав и преимуществ. Осужденный лишался не только сословных, политических и имущественных прав, но и семейных (супружеских, родительских). Содержание ограничений находилось в непосредственной зависимости от правового статуса виновного и являлось неравномерным для лиц различных сословий¹¹. В ряде случаев правовой статус осужденного определялся конкретно (к примеру, ст. 43), однако большинство норм были отсылочными.

Последствием лишения лица «полноты средств юридической защиты и законного проявления своих сил и способностей» становился особый «правовой статус бесправия»¹².

По замечанию П. Д. Калмыкова, лишение лица покровительства закона ставило его в более уязвимое положение по сравнению с приговоренным к смерти, поскольку предоставляло «полную свободу всякому нанести ему всевозможный вред»¹³.

Однако А. В. Лохвицкий приходит к выводу, что понятие гражданской смерти представляет собой фикцию. Автор основывается на нормах Устава о ссыльных, согласно которым за осужденными сохранялись права на имущество, приобретенное в месте ссылки, возвращалось прежнее движимое имущество, взятое с собой, поощрялось заключение браков, а по истечении 10 лет они могли поступить в «звание государственных крестьян» и приобрести вытекающий из этого правовой статус¹⁴.

¹¹ См. подробнее: *Алексеев В. И.* Институт лишения прав как дополнительное наказание по Уложению о наказаниях 1845 г. // *Российский следователь.* 2006. № 4. С. 59.

¹² *Фойницкий И. Я.* На досуге: сборник юридических статей и исследований с 1870 года. Т. 1. СПб., 1898. С. 582–583.

¹³ *Калмыков П. Д.* Учебник уголовного права. Часть Общая. СПб., 1866. С. 53.

¹⁴ См.: *Лохвицкий А.* Курс русского уголовного права. СПб., 1867. С. 77.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.