Ю. Лившиц

НАКАЗАНИЕ ЗА ПРЕСТУПЛЕНИЕ:

понятие, цели, система

Курс лекций

1

Таллинн ' 2008

Печатается по постановлению Редакционно-издательского совета СГИ

Лившиц Ю.

Наказание за преступление: понятие, цели, система. Курс лекций 1. Социальногуманитарный институт. 2008,

Книга является продолжением ранее опубликованной работы «Преступление как виновное деяние: состав, противоправность, вина». (СГИ, Таллинн, 2004). Автор, доктор юридических наук, профессор, положил в основу предлагаемой читателю публикации свои лекции. прочитанные студентам факультета правоведения Социально-гуманитарного института. Материал охватывает широкий круг проблем понятия наказания, его целей, средств их достижения, системы, видов, относящихся к современному эстонскому, немецкому и российскому праву, регулирующему ответственность за преступления. Используется обширный иллюстративный материал. В дальнейшем автор рассчитывает опубликовать книгу, в которой будут рассмотрены вопросы назначения наказания и освобождения от него. интересующимся Настояшее издание адресовано всем читателям, пенитенциарного права, в первую очередь - преподавателям, докторантам, магистрантам, студентам, связанным с изучением юриспруденции на русском языке.

ISBN 99859634-5-8 (2006. a.) ISBN 9789985963456 (2007.a.)

© Ю. Лившиц

Введение

«Сказав «А», скажи и «Б» - так гласит народная мудрость. Недосказанность мешает и разочаровывает. Мешает понять смысл, не оставляет надежды удовлетворить ожидания.

Если ограничиться только «А», ничего страшного, конечно, не произойдет. В конце концов, каждый хозяин своего слова. Что захотел, то и высказал. И, тем не менее, информированность нуждается в полноте и завершенности.

Четыре года назад вышел из печати курс моих лекций о понятии преступления (виновного деяния) по современному наказательному праву Эстонии¹і. Он охватывал многие вопросы, касающиеся преступления, но все же покрывал не всю программу изучения Общей части наказательного права. Оставался не освещенным важный раздел курса - о наказании.

Теперь пришло время сказать «Б». Эта книга отведена учению и правовому регулированию наказания как важнейшего института соответствующей отрасли эстонского права. Правда, предмет изложения ограничен вопросами сущности наказания, его целей, средств, системы и видов.

Особенностью настоящего издания является то, что оно создано в электронном виде. Оно представляет собой соединение в единое произведение двух ранее вышедших моих книг: «Наказание за преступление: понятие, цели, средства, система. Таллинн: Социально-гуманитарный институт. 2006» и Таллинн: «Виды наказания за преступление. Социально-гуманитарный \mathbf{C} Пенитенциарного институт. 2007». созданием кодекса пенитенциарного права Эстонии не завершилась. Она продолжается и по сегодняшний день. Не буду говорить об изменениях, вносимых в статьи Они перманентны части кодекса. И не имеют реформаторского значения для отрасли права в целом. Иначе можно оценить поиск новых видов правового воздействия. В этом отношении необходимо было учесть те изменения, которые были внесены в кодекс уже после появления названных книг.

Основополагающую роль для национального права играют нормы международного права, что признано Конституцией Эстонской республики. Наряду с этим эстонское наказательное право в течении всей истории испытывало на себе влияние права других государств. Такой импульс развития усилился после вступления Эстонии в Европейский Союз. Правда, у последнего пока что нет своего модельного Уложения о наказаниях, которое предписывало бы государствам-членам руководствоваться в области противостояния преступности определенными общими рамочными нормативами, хотя идея о создании такого юридического акта высказывалась неоднократно, а в действующих актах ЕС уже содержатся некоторые принципиальные для наказательного права положения.

¹ Лившиц Юзеф. Преступление как виновное деяние: состав, противоправность, вина. Курс лекций. Социально-гуманитарный институт. Таллинн. 2004

И все-таки, решающее влияние на эстонское право оказало право государств, а не право Союза. В числе этих государств на одно из первых мест надо поставить ФРГ. Сравнение наказательного права Эстонии и Германии весьма продуктивно. Германское право стоит на мощном философском и правоведческом фундаменте. Компаративистский анализ с использованием германских материалов позволяет проникнуть в теоретические пласты нашего наказательного права, понять, откуда что взялось и какой смысл вложен в те или иные институты и нормы, относящиеся к проблематике наказания.

В то же время, находясь в здравом уме и светлой памяти, не стоит упускать из вида в качестве сопоставительного материала уголовное право Российской Федерации. Оно притягательно не только своим прошлым влиянием (достаточно сказать, что Karistusseadustik 1929 года имел своей основой идеи российского Уложения о наказаниях 1903 года. а кодекс 1992 года вплоть до его отмены 1 сентября 2002 года строился по российской модели). Сейчас оно динамично развивается, критически осмысливается в научных кругах, как с точки зрения нормотворчества, так и правоприменения. Даже если только исходить из того, что на чужих ошибках учатся, сравнение эстонского и российского права может принести свою пользу.

Таким образом, предлагаемый читателю курс лекций построен с учетом модного сейчас сравнительного правоведения.

Хотя в Общей части KS содержатся нормы о наказании, как за преступления, так и за проступки, последние из названных видов не стали предметом рассмотрения в данном курсе лекций. Из названия книги следует, что она посвящена только наказанию за преступление. Для такого решения имеются достаточные основания, о которых мне ранее уже приходилось писать.²

Стоило бы отметить еще такую особенность данной работы. Поскольку она создана как продолжение ранее изданного курса лекций и призвана обеспечить относительно полное и последовательное представление об Общей части наказательного права Эстонии, то использованный в курсе лекций о преступлении иллюстративный прием. применяется и в этой книге. Речь идет о разъяснении теории наказания и законодательных норм через разнообразную практику путем использования обширного материала по тематике лекций, полученного из СМИ, включая ресурсы Интернета. Как учебное пособие курс лекций иллюстрируется не только примерами, но также схемами и таблицами.

Пришлось пойти и на такой шаг. Некоторые фрагменты (их мало) из предыдущего курса лекции, имеющие непосредственное и существенное отношение к данному курсу, использованы в последнем без каких-либо изменений. Такое не пришлось бы делать, если бы все вопросы Общей части наказательного права удалось осветить в одной книге. Но такой возможности по техническим причинам не представилось.

А теперь об одной проблеме.

Эстонское (Karistusõigus) и русское наименования отрасли права говорят сами за себя. В отличие от того, что было до 1 сентября 2002 года, когда она

² Указ. Соч. с.7.

называлась Kriminaalõigus (уголовное право), упор в названии был сделан не на преступлении, а на наказании. И, разумеется, не случайно. Изменилась вся теоретическая концепция, многие институты и нормы права. На смену тому. что было разработано российской наукой уголовного права, пришли теории, признанные в европейских государствах, особенно в Германии и Франции. Обратим внимание: действующий на протяжении более. чем столетия, в первом из названных государств кодекс называется «Strafgezetsbuch» (Кодекс о наказании или Уложение о наказании). Karistusseadustik — так именовался в Эстонии до советской оккупации закон, устанавливавший наказание за преступление.

В первой книге курса лекций были приведены аргументы против того, чтобы в русском переводе с эстонского языка, новый кодекс имел то название, которое было дано ему переводчиками: Пенитенциарный кодекс, (а отрасль права - Пенитенциарное право). 3 Пенитенциарное право - это не право. наказание преступление, **устанавливающее** за a право обвинительного приговора суда, главным образом в виде такого наказания, как тюремное заключение. Когда появилось переведенное на русский язык эстонское наименование нового закона, термин «пенитенциарный» оказался давно уже занятым иной отраслью права. Это название происходит от наименования одного из видов тюремной системы, возникшего в XIX веке на территории США. Поэтому в предыдущем курсе лекций было предложено говорить не о пенитенциарном, а о наказательном праве, а название кодекса сохранить в его эстонском обозначении.

И все-же аргументов в пользу нынешнего названия отрасли права было найдено явно недостаточно, а их качество далеко не во всех случаях удовлетворяло поставленную цель. Вот эти доказательства:

- Основополагающие принципы отрасли права сформулированы в законе как основания применения наказания (ст. 2).
- ⊕ С наказанием, а не со степенью тяжести самого деяния, связано выделение степени тяжести преступлений (ст.4).
- ⊕ Вина центральная категория данной отрасли права практически важна как основание наказания (ст.56).⁴

И всё. Не трудно к тому же заметить, например, что первое положение без особого посягательства на существо вопроса, можно переформулировать и представить не как основание назначения наказания, а как общие устои всей отрасли.

Ha проблему онжом взглянуть c другой стороны. Знаменитый американский философ У. Джеймс говорил: «Улыбайтесь, и у вас будет хорошее настроение». Если отрасль права в своем наименовании содержит термин «karistus», а в русском переводе, переводчиками сделанным Государственной канцелярии, право называется пенитенциарным, почему бы

³ Указ.соч., с.с. 8-13

⁴ Указ. соч. с.12

содержание такой отрасли, ее предмет, не рассматривать так, как отрасль названа?

Такое предложение на первый взгляд может показаться парадоксальным. Разве будет разумно содержание выводить из названия, когда все должно быть наоборот? Надо, если одно не соответствует другому, менять название, но не содержание.

Так-то оно, конечно, так. Но ведь бывает, что тонкий намек указывает на толстое обстоятельство.

Тем не менее. подобного рода намек обычно создает только повод для обсуждения вопроса, не раскрывая его причину, которая прячется значительно глубже. В нашем случае она состоит в органической связи всех аспектов наказания, регулируемого материальным правом. Таких аспектов четыре:

- 1. понятие наказания и его виды;
- 2. применение и назначение наказания;
- 3. исполнение наказания;
- 4. освобождение от наказания.

Традиционно все перечисленные аспекты, кроме третьего, охватываются наказательным правом. Третий же является предметом регулирования исполнительным (пенитенциарным) правом. Выдвигаемая идея как раз и состоит в том, чтобы соединить все аспекты наказания в одной отрасли права.

Характерно, что подобного рода решение можно встретить в германском праве, являющимся путеводной звездой для разработчиков эстонских законов. «В ходе обновления уголовного права, - пишет известный германский криминалист профессор Г.-Г. Йешек, - была проведена и реформа исполнения наказания, т.е. *той части уголовного права*, которая регулирует применение наказания в виде лишения свободы и мер исправления и безопасности, связанных с лишением свободы в учреждениях юстиции, ведающих вопросами отбывания наказания. (выделено мной - Ю.Л.).»⁵

Исполнение наказания тесно связано со всеми иными аспектами наказания, так как каждый взятый в отдельности аспект предполагает наличие другого. Исполнение — это наказание в действии со всеми его карающими и педагогическими составляющими. Место исполнения наказания определяется тем, что именно посредством исполнения реализуются цели применения наказания, закрепленные в Пенитенциарном кодексе. При исполнении наказания складываются сложные правоотношения между осужденным лицом и исполнителем, в основе которых находятся их взаимно корреспондируемые права и обязанности, имеющие существенное значение для определения пределов допустимого поведения. Ограничиться только административным контролем над ходом исполнения наказания при сложной и внутренне противоречивой системе отношений осужденного с исполнителем наказания явно недостаточно.

-

⁵ Доктор права, профессор Г.- Г. Йешек. Реформа германского уголовного законодательства. Предисловие к кн. «Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии. СПб: Издательство «Юридический центр. Право», 2003, с.19.

предполагается И активная роль суда. Суд, выносящий обвинительный приговор, должен иметь полные представления о тех лишениях и возможностях для ресоциализации осужденного, которые обусловливают процесс исполнения наказания и связаны с определенным видом наказания. Суд должен отчетливо понимать зависимость от исполнения наказания требований к его применению и назначению, И при этом контролировать ход исполнения, препятствуя нарушениям обязанностей и злоупотреблениям прав. Решению таких задач может способствовать включение норм материального права об исполнения наказания в Пенитенциарный кодекс путем размещения соответствующих статей в специальном разделе кодекса об исполнении наказания

В русле тенденции размежевания материального и процессуального права необходимо развести материальное и процессуальное содержание исполнения наказания. Также, как это сделано сейчас по отношению к регулированию ответственности за совершение преступления (наказательное и уголовно-процессуальное право) и проступка (наказательное и деликтно-процессуальное право).

Таким образом, на мой взгляд, допустимо включение материальных положений нынешнего исполнительного права в состав наказательного права (которое обосновано сможет называться Karistusõigus — Пенитенциарным правом) и создание особой отрасли (Исполнительно—процессуального права) с включением в нее подробных нормативов о процедурах исполнения наказания.

Изложенное предложение нуждается в обстоятельном обсуждении со взвешиванием всех аргументов «за» и «против». Степень зрелости идеи пока что еще не столь велика, чтобы вопросы исполнения наказания в данной книге о наказании как институте наказательного права, было бы оправдано сосредоточить в отдельных лекциях, посвященной исполнению наказания. Но возможно разные сюжеты пенитенциарной тематики вкрапить в традиционные для наказательного права вопросы, что мной и сделано. Даже такой робкий шаг позволяет вещи называть своими именами: отрасль права считать пенитенциарной, а кодекс обозначать тем именем, которое ему дано на эстонском языке (Karistusseadustik (KS).

К сожалению, в данной публикации изложенный подход удастся использовать в незначительной степени. Он должен приобрести более значительный смысл и расширенные возможности в последующих публикациях, запланированных на ближайшие годы. Именно, там, где речь пойдет об отдельных видах наказания, и, особенно, о тюремном заключении, можно будет соединить в одну систему и характеристику наказания по КS, и вопросы исполнения наказания по собственно пенитенциарному праву, понимаемому в традиционном смысле этого слова.

В лекциях использован текст кодекса, перевод которого на русский язык напечатан в Правовых актах Эстонии с поправками, переведенными и опубликованными фирмой Estlex.

Последовательность освещаемых в курсе лекций вопросов не всегда соответствует структуре KS. На то это и курс лекций, чтобы отразить взгляд

автора на излагаемые нормативные положения в том виде, который оправдан методическими соображениями и индивидуальным видением проблем. «Если бы я мог думать, как все, зачем надо, чтобы все думали. Тогда я бы мог думать за всех»- сказал давным-давно восточный мудрец.

При написании книги и ее подготовке к изданию помощь приходила с разных сторон. Она была прямой и косвенной. Необходимо назвать имена докторов философии Габриеля Хазака и Валерия Бабака, доцента Геннадия Звонова, специалиста по электронным системам Анатолия Соколова, предоставивших некоторые свои материалы, которые с чувством благодарности были использованы при создании этой книги

Автор, как ему и положено, не теряет надежды, что от публикации будет польза. Во всяком случае, для тех читателей, которые заняты изучением пенитенциарного права на русском языке. Что же касается критических замечаний, то ради Бога! Приму с благодарностью. Но только, пожалуйста, аргументируйте свою позицию. Тогда наше общее дело, надеюсь, окажется в выигрыше.

Лекция 1. Понятие наказания

Аспекты понятия наказания: философско-этический, социологический. педагогический ,юридический. пенитенциарный. Юридическая ответственность и наказание. Идея делигитимации наказания. Анализ понятие наказания в теории немецкого, эстонского и российского права. Две группы признаков наказания. Признаки, отличающие наказание от других видов юридической ответственности. Строгость наказания. Особый характер лишений (кара). Наказание как упрек суда. Вина и наказание. Установление наказания KS. Назначение наказания судом. Правовые последствия наказания, предусмотренные КЅ. Правовые последствия наказания, предусмотренные иными законами. Занесение в регистр наказаний. Последствия уголовно-процессуального характера. Возмещение вреда, нанесенного необоснованным лишением свободы. Исключение возможности получения эстонского гражданства. Исключение активного и пассивного избирательного права. Признаки, отличающие наказание от иных мер воздействия. Принудительные меры медицинского характера. Принудительные меры в отношении несовершеннолетних. Конфискация. Общественнополезный труд.

1.1.Познавательные аспекты.

Трудно найти человека, который, как говорят, «на своей шкуре» не испытал бы, что такое наказание. Объем и число жизненных явлений, охватываемых этим понятием, столь велик, что ему впору обрести статус философской категории и стать объектом познания со стороны разных наук.

В философско-этическом плане наказание представляет собой реакцию человека, группы людей, социума на источник причинения зла в целях нейтрализации этого источника и возложения на него ответственности за содеянное.

Поскольку наказание причиняет человеку страдание, оно тоже в какой-то мере зло, но вынужденное. Гуго Гроций в своей книге «О праве войны и мира» (XYll в.) так сформулировал эту мысль: «Наказание есть зло, налагаемое из-за совершения зла» (poena est malum passionis guod inflgitur propter malumactionis). В то же время, наказание как реакция, направленная на предотвращение преступлений, не может быть лишенным свойств добра. Один из классиков немецкого наказательного права Франц фон Лист в XIX веке посчитал возможным заявить о том, что Особенную часть кодекса надо расценивать как Хартию свободы. И это объяснимо. Речь идет о защите при помощи наказания права каждого на свободную самореализацию личности без ущемления аналогичного права другого человека.

Как способ разрешения конфликта между добром и злом наказание нравственно оправдывается лишь тогда, когда оно само не лишается свойств добра, а становится абсолютным злом, вызывающим новый виток реакции на его причинение.

Устрашающие последствия вендетты (кровной мести), приводившие к исчезновению целых поселений людей, давно известны, и этот варварский обычай, хотя и сохраняется на некоторых территориях, но осуждается этической мыслью как серьезная опасность для социума.

Вообще, наказание, замешанное на мести, хотя получает оправдание даже среди отдельных цивилизованных народов («накажем потомков завоевателей за давнюю оккупацию нашей земли»), похоже на социальное заболевание, разлагающее основы гуманистической нравственности.

Где лгут и себе и друг другу, и память не служит уму, история ходит по кругу из крови - по грязи - во тьму.
(И. Губерман)

В принципе конфликт между добром и злом в абсолютном выражении не разрешим. Поэтому надежды на то, что наказание будет способствовать наступлению золотого века торжества справедливости, беспочвенны и утопичны. Но этический прогресс исключать нельзя. Если будет возможность убедиться в гуманизации средств разрешения названного конфликта, то всетаки наказание как достойная реакция на недостойное поведение получит существенное признание.

У этического аспекта наказания часто видна религиозная окраска и, более того, теологически сформулированная сущность. Все религии признают идею Божьей кары за прегрешения, а самое суровое наказание ожидает грешников на Страшном суде. »Любое несчастье,- разъясняет понятие теолог, - можно считать Божьим наказанием, если оно становится для нас сигналом к исправлению, переосмыслению жизни. Слово «наказание» имеет два смысла. По-славянски оно значит не «кара, избиение за грехи», а «наказ», то есть «учеба». Иногда несчастье — единственный способ оторваться от суеты и задуматься о своей душе. Бог посылает наказание, зная, что кто-то способен извлечь из беды уроки». 6

Социологический аспект наказания открывает возможность обратить внимание на жизненные противоречия, доходящие до конфликта, когда одна сторона конфликтных отношений позволяет себе разрешить противоречие путем применения наказания (кары) к другой стороне из-за того. что та какимто образом ущемила благо наказывающего лица. Социологический подход, так же как и философско-этический, дает возможность отметить большое разнообразие жизненных фактов, именуемых наказанием, и без того, чтобы их обязательно рассматривать в юридическом контексте. Важен сам по себе факт, содержащий признаки кары. Скажем, такого рода.

Оригинальный способ мести своему неверному мужу избрала жительница Англии. Правда, основной удар пришелся на любовницу нашкодившего супруга. Ее портрет был расклеен обманутой женой на городских улицах с указанием домашнего телефона и надписью: «Все мужчины, кто хорош в постели, обращайтесь!» Неизвестно, подтолкнула ли такая мера мужа уйти со стези разврата, но вот любовница не подходит к бывшему возлюбленному даже на пушечный выстрел. 7

С социологической точки зрения представляет интерес противодействие противоправному поведению в состоянии необходимой обороны. Действия обороняющегося лица закон оправдывает даже в тех случаях, когда исходом

⁶ Аргументы и факты. 2006, № 31, с.20

⁷ Молодежь Эстонии.. 11.10. 2003

столкновения становится гибель нападавшего (при отсутствии признаков превышения пределов необходимой обороны) Не суд, а сам обороняющийся в таком случае наказывает нападавшего, лишая его жизни.

. Это случилось в один из весенних дней 2006 г. в Мурасте, близко от Таллинна. В доме, что расположен в дачном поселке, находилась семья: Ивар (по словам соседей скромный и спокойный отец семейства), его жена и двое маленьких детей. Заботливая мама едва уложила детей спать, как со двора донесся резкий звук сигнализации, издаваемый семейной автомашиной, припаркованной возле дома. Через окно было видно, что около транспорта возится посторонний мужчина. Он на глазах изумленных жильцов дома разбил ветровое стекло, залез во внутрь салона и стал его крушить. Ивар по телефону вызвал на помощь полицию (которая так и не появилась на месте происшествия, вроде из-за того, что не смогла отыскать адресат в поселке, где не было вывесок с названиями улиц и номерами домов). Из машины в это время разносился страшный грохот. Как потом было установлено, вандалом оказался некто по имени Алексей (28 лет). Покончив с машиной, он стал ломиться в дом. Разбив оконное стекло, хулиган проник в помещение. В доме Ивар оказал сопротивление «непрошенному гостю», завязалась драка. Увидев, лежавшую на полу детскую игрушку, Алексей что-то прокричал о детях и стал прорываться на второй этаж, где находилась детская комната. Ивар успел схватить кухонный нож и нанес им Алексею три удара. В больнице нападавший скончался от ран.⁸.

В отличие от правомерного причинения вреда наказание может иметь вид преступления, предусмотренного наказательным законом. Криминальный способ «выбивания» долгов путем применения насилия и угроз является преступлением с точки зрения закона, но те, кто занимаются этим делом, полагают, что наказывают нерадивого должника, причем, по заслугам.

Известны случаи самоуправной расправы с людьми типа «суда Линча» только за то, что они имеют другой внешний вид, цвет кожи, национальность, иные взгляды и убеждения. В этой связи можно упомянуть злодеяния лиц по имени скинхеды.

Другим проявлением социологически значимых фактов наказания можно считать расправы в воровской, преступной среде, так называемые «разборки», в ходе которых вершится суд, основанный на воровских »законах» или преступных понятиях. Вот одно из газетных сообщений.

Как стало известно, в городе Кингисеппе Ленинградской области произошла «товарищеская встреча» групп нарвских и питерских уголовных элементов, Поводом послужила совместная разборка с одним из кингисеппских «авторитетов». В результате он был убит, его подручный ранен. Милицией возбуждено уголовное дело. Арестованы подозреваемые..9

Особую разновидность социологических фактов, связанных с проблемой наказания, представляет одностороннее девиантное (отклоняющееся) поведение, путем которого человек причиняет себе, подчас, неисправимый вред, как это случается при суициде (самоубийстве).

Покушение на самоубийство не наказуемо, хотя оно, как и само самоубийство, осуждается христианской моралью, которая предполагает наказание в рамках религиозного канона. Как за преступление по KS может быть наказано лицо, совершившее деяние, последствием которого стало

⁸ Расмус Кагге. Отец семейства, защищая детей, убил бандита. // Postimees, 26. 06.2006 Эстония. 11.09. 2001.

⁹ Мафия: международное сотрудничество..// Эстония. 25.11. 1993

самоубийство жертвы этого деяния. И то, только тогда, когда наказание установлено за конкретный вид преступления, следствием которого стало самоубийство. Таким составом преступления является изнасилование при отягчающих обстоятельствах (п.5 ст. ч.2 ст.141 KS).

Суицид может произойти по разным причинам, В их числе – раскаяние за ранее совершенные поступки. Человек становится судьей самому себе и выносит смертный приговор.

Ольга Ф. и ее друг Рустам 3 бросились с крыши двенадцатиэтажного дома, покончив жизнь самоубийством. Оба они были наркоманами, и постоянно нуждались в деньгах для приобретения зелья.

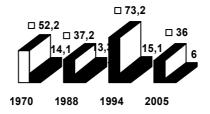
Ольга Ф. жила недалеко от того места, где оборвалась ее жизнь. Тихая. вежливая девушка. Любила рисовать, после школы поступила в педагогическое училище. Никто не заметил, как в ее жизнь вошли наркотики. Она бросила училище, на работу никуда не устроилась. Несколько раз лежала в больнице. В квартире стали бывать посторонние лица. Несколько лет назад там появился ее школьный товарищ Рустам 3., живший в соседнем доме. Ольга к этому времени окончательно стала наркоманкой.

За два дня до самоубийства у Ольги Ф погибла мать. Преступники зарезали женщину в ее собственной квартире, забрали телевизор и кое-что из мелких вещей. Тело женщины обнаружили, только когда ее дочь тоже была мертва. Тогда никто и не предполагал. что убийство родного человека организовала сама Ольга Ф. с помощью Рустама 3.

В кармане кофты девушки была обнаружена предсмертная записка, объяснившая все происшедшее. Отношения Ольги Ф. с матерью не ладились. Ольге нужны были деньги, а мать ей их не давала. Проблему решили с помощью ножа. Очнувшись от наркотического дурмана. молодые люди сами вынесли себе приговор. 10

Эстонской статистики мотивации суицидов не существует. Поэтому установить долю таких трагедий в общей массе не представляется возможным. Общее же количество самоубийств в Эстонии, выглядит следующим образом. (См. Гистограмму 1 (1).

Гистограмма 1(1). Количество самоубийств в Эстонии на 100 000 жителей в год 11



Мужчины Женщины

Данные гистограммы, показывающие сокращение суицидов, не должны вводить в заблуждение. Проблема остается, и она серьезна.

Самоубийства уносят больше человеческих жизней, чем войны и убийства вместе взятые, свидетельствуют эксперты Всемирной организации здравоохранения (ВОЗ). Доклад экспертов был представлен в рамках Всемирного дня предотвращения самоубийств. Ежегодно 20-60 миллионов человек принимают решение покончить с жизнью, причем около

¹⁰ Пуртова Н. Шаг в никуда. // Эстония. 11.04.1998

¹¹ Вярник Айри. Количество самоубийств снизилось.// Postimees .28.08. 2006

миллиона суицидальных попыток оказываются успешными, сообщил представитель Всемирной организации здравоохранения Жозе Бертолоте. Наиболее часто — почти в трети случаев — люди кончают с собой путем отравления пестицидами, информировал эксперт. Реже с этой целью используется огнестрельное оружие и лекарственные средства. Попытки самоубийства нередко предпринимают люди, страдающие депрессией, алкоголизмом и шизофренией. Наибольшее число самоубийств совершается в Прибалтике, России и Финляндии 12

Большой и важный комплекс проблем связан с наказанием, рассматриваемым в педагогическом аспекте.

Как в детской педагогике, так и в педагогике взрослых, существует значительный разброс мнений о роли наказания в процессе формирования и воспитания личности. Крайними позициями здесь можно считать, с одной стороны мнение, что воспитание начинается с запрета (а его нарушение влечет наказание провинившегося), с другой стороны, отрицание самой возможности использования наказания как воспитывающего средства.

Санкции за нарушение запрета, которые применяются в семейной жизни, в школах и детских учреждениях, чрезвычайно разнообразны. От ограничений в получении удовольствий до прямого физического воздействия. В конце концов, плохая оценка, которую учитель на уроке выставляет ученику, выполняет не только роль фиксатора низкого уровня знаний, но и наказания за этот уровень.. В русском Уложении о наказаниях уголовных и исправительных (1845 г.), действовало территории Эстонии которое на ДΟ 1935 Nuhtlusseadustik), был § 1592. Он предусматривал исправительную меру (не уголовное наказание) для непослушного ребенка. Родители могли посадить его в «особую тюрьму без судебного производства». По усмотрению родителей можно было уменьшить время заключения или полностью простить ребенка. ¹³. В английских школах порку розгами нерадивых учеников отменили лишь во второй половине XX века.

Многое с тех пор изменилось. Проект нового эстонского Закона о защите детей содержит запрет на применение к детям физического насилия, расцениваемого как наказание. К таким запрещенным наказаниям относятся:

- удар рукой, ногой и иными средствами, например, ремнем, прутом, палкой, ботинком;
- У встряска и швыряние;
- 🕐 царапанье, щипки, укусы, трепка за волосы;
- 🖰 вынужденное нахождение в неудобном положении;
- 🛡 пытки огнем, причинение ожогов;
- © принуждение есть неприятные для ребенка продукты и иные насильственные меры, например, мытье та мылом;
 - © иное поведение, доставляющее ребенку боль или неудобство. 14

Интересно отметить, что в данном случае (а также в ряду выше названных) наказание как социологический факт становится преступлением (а оно законом

¹² MedPortal. ru 11 09 06

¹³ Rebane, I. Algteadmisi kriminaalõigusist- Tallinn: Eesti Raamat. 1984, lk. 22-26

¹⁴ Агнесс Куус. Новый закон защитит детей от насилия. // Postimees. 7.02. 2006

предусмотрено) в юридическом смысле, влекущим по тому же закону наказание виновного лица.

Правовой аспект связан понятием юридической наказания ответственности. Она имеет более широкий чем наказание. смысл, Ответственность в общем юридическом плане предполагает не только санкции за правонарушения, но и меры по восстановлению нарушенного блага.

Особенно это характерно для ответственности по гражданскому праву. Хотя и этой отрасли права известны своеобразные наказания (правозащитные меры в обязательственном праве, такие как отступление и отказ от договора, или неустойка в качестве побочного обязательства как санкция за ненадлежащее исполнение обязанности, обусловленная соглашением сторон, пеня за просрочку исполнения обязанности).

Восстановительная функция ответственности в общей системе права в настоящее время получает все большее распространение, претендуя даже на то, чтобы стать своеобразным направлением развития пенитенциарного права.

Кроме того, в пенитенциарном праве наказание и ответственность соотносятся как особенное и общее, о чем подобнее речь пойдет в следующем параграфе.

Ответственность - это понятие общей теории права, которое по идее интегрирующую роль ПО отношению К **МК**ИТ**КНО**П должно играть ответственности, характерным для отдельных отраслей права. Можно, ответственность выделять конституционную (отставка например, правительства, импичмент президента, роспуск парламента) или ответственность государств по международному праву.

. Наряду с этим распространенным пониманием видов ответственности стало признание типичных признаков отдельных видов ответственности. определяемых характером взыскания: дисциплинарная, административная, процессуальная, имущественная, пенитенциарная. Имеются все основания говорить об ответственности должника по банкротному праву, но едва ли будет правильным выделять банкротную ответственность как особую разновидность, выходящую за пределы имущественной или пенитенциарной ответственности.

Для всех разновидностей юридической ответственности, с каких бы позиций их ни рассматривать, присущ ряд общих признаков.

- Она имеет ретроспективный характер (т.е. наступает за ранее совершенное правонарушение).
- Закреплена в правоустанавливающих актах.
- У Имеет ясно очерченное основание ответственности (его объективные и субъективные признаки).
- Содержит конкретные характеристики каждой разновидности санкций.
- Обусловлено жесткими процессуальными процедурами привлечения к ответственности и наложения взыскания.
- Предусматривает твердый порядок обжалования решения о привлечении к ответственности и наложения взыскания.

Располагает конкретными правилами исполнения решений о наложении взыскания.

Перечисленные особенности ответственности, взятые в их совокупности, у других аспектов понятия наказания не наблюдаются.

Наказание по пенитенциарному праву Эстонии с одной стороны, характеризуется, общими признаками, присущими любой разновидности наказания как вида юридической ответственности, с другой — обладает значительной спецификой. Придавая значение особенностям отрасли, теория пенитенциарного права даже исходит из того, что термин «наказание» должен использоваться только в смысле санкции за виновное деяние, но не более того.

Однако, как видно из материала данного параграфа. массовое правосознание не воспринимает такую позицию. 15

С этим обстоятельством приходится считаться. Народ имеет обоснованную возможность на творчество, в том числе по вопросам определения смысла правовых понятий. Может быть, плоды такой деятельности не следовало бы преувеличивать, как это делала в Германии позапрошлого века историческая школа права (Гуго, Савиньи, Пухта), но не считаться с ней было бы проявлением профессионального высокомерия. От обычного права имеется и практическая польза. Оно увеличивает видимость граней предмета правового регулирования. Если с этим не считаться, то к месту будет вспомнить афоризм Козьмы Пруткова: »Специалист подобен флюсу. Его раздувает в одну сторону». Хотя все-таки профессиональный подход должен определять пределы для стихийно-эмоциональных массовых суждений и оценок.

К тому же и в KS уже сделан шаг в сторону расширения понятия наказания на законодательном уровне. Теперь наказание признано правовым последствием не только преступления, но и проступка, Ранее же за проступок устанавливалось административное взыскание.

Справедливости ради необходимо отметить, что завоевывает себе сторонников (хотя их немного) и противоположная позиция, обосновывающая отказ от наказания. Причем, не только в педагогике, но и в пенитенциарном праве. В Германии она получила название делегитимации, так как ставит под сомнение легитимность всего наказательного права, его полезность для общества. Большую известность в этом отношении получила книга немецкого правоведа Арно Плака «Защитительная речь в отмену уголовного права». (Plack A. Plädoyer för die Abschafftung des Strafrechts).

Дискуссия о праве на существование института наказания, и всего уголовного права, не обошла стороной и российский юридический истеблишмент, а также общественное мнение в других регионах. Время от времени появляются предложения отменить наказание, которое, борясь со злом, по мнению авторов такого предложения, его только усугубляет.

16

¹⁵ Характерный пример. Статья юриста Инспекции по труду Тартумаа Неэну Павла. о дисциплинарном взыскании в трудовом праве озаглавлена так: :»Несправедливое наказание: оспорить !» // См. Postimees 7.02. 2006

«В дискуссиях об уголовном праве существует важная позиция, которая именуется аболиционизмом – пишет Нильс Кристи. - Аболиционисты ставят подобные вопросы: "Что это за логика и этика, с точки зрения которой создается убеждение, будто наказание имеет приоритет над примирением? Вы потеряли глаз из-за моего возмутительного поведения - но я отдам вам свой дом. Вы нанесли мне увечье, сбив меня на машине, но я вас простил". Наказание есть намеренное причинение боли. Но имеет ли сознательное причинение боли какие-то преимущества как инструмент восстановления попранных ценностей? Имеет ЛИ подобная боль преимущества, следовательно, приоритет над примирением, компенсацией и прощением?

Я разделяю философию, на которой базируются эти вопросы,- заключает автор,- но не могу полностью согласиться с аболиционистами. Наиболее радикально настроенные среди них хотят вообще отменить уголовное право и институт формального наказания. Но если следовать этой философии до конца, возникает ряд серьезных проблем». ¹⁶

С последним замечанием следует согласиться и лаконично пояснить это согласие ссылкой на оговорку, удачно сформулированную Конституционным судом ФРГ: «Уголовно правовая норма представляет собой по допустимому выражению Ultima ratio (последний довод) в инструментарии законодателя» ¹⁷

По наблюдению профессора Г.-Г.Йешека во второй половине прошлого века «в значительной степени достигнуто понимание того, что уголовное право из средств социального является только одним контроля наряду с другими...Одновременно в результате различного рода идеологических выступлений против всех репрессивных институтов государства в качестве ответной реакции сформировалось противоположное убеждение, что только уголовное право, ориентированное на принцип виновности, может защитить свободу общества, ибо только такое право рассматривает человека как ответственного гражданина, апеллируя своими требованиями и санкциями к благоразумию дисциплине, его делает полной ответственностью». 18

2. Анализ определений наказания.

Чтобы уяснить особенности наказания как института пенитенциарного права, следует проанализировать его определение. Но ни KS, ни StGB его не содержат, и лишь в УК РФ (ст.43) такое определение закреплено. В Эстонии, как и в Германии, признано целесообразным довериться доктрине. Между тем,

¹⁶ Кристи. Нильс Приемлемое количество преступлений. // Альманах «Неволя». №4. Приложение к журналу «Инлекс // Досье на цензуру».с.18

¹⁷ Цит. по: Jeschek H.-H. Strafrecht. Allgemeiner Teil. 4. Aufl. Berlin: Dunker & Humblot, 1988. S 3. См. Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. Москва: «Проспект» 2004, с 295.

¹⁸ Доктор права, профессор Г.- Г. Йешек. Реформа германского уголовного законодательства. Предисловие к кн. «Уголовный кодекс Федеративной Республики Германии. СПб: Издательство «Юридический центр. Право», 2003, с.22.

как и следовало ожидать, единого мнения теоретиков на этот счет не существует.

При характеристике мнений необходимо учитывать, что кодексы трех государств устанавливают виды правовых последствий противоправного деяния, к числу которых относится не только наказание. Это обстоятельство налагает свой отпечаток на дефиниции наказания, формулируемые представителями разных национальных школ. Эстонское пенитенциарное право и его доктрина, в этом отношении, как и во многих других, сходны с немецким, хотя и не тождественны ему.

Все чаще в юридической литературе и в средствах массовой информации обсуждается идея так называемой «третьей колеи правовых последствий». (Первая колея – наказание, вторая – иные меры воздействия, уже закрепленные недостаточной законе). Криминалисты озабочены эффективностью применения наказания. смысле предотвращения последующих как преступлений, так и заглаживания вреда, нанесенного преступлением потерпевшему. Приводятся заслуживающие внимания аргументы примирения преступника и потерпевшего с компенсацией допущения последнему ущерба и др.

Определить наказание не совсем просто.

Разногласия по этому вопросу среди германских криминалистов отчетливо заметны, например, из того обзора, который дает определениям понятия наказания в немецком праве профессор А.Э. Жалинский.

Он пишет, что «наказания — в словаре Крайфельдса, т.е. наиболее бесспорным образом,- определяются как грозящие на основе уголовного закона правовые последствия, соответствующего деянию противоправного и виновного поведения.» 19

Профессор Г.Штратенверт наказания в тесном смысле (Strafe),т.е. правовые последствия преступления (StGB § 38-45b), определяет как особую форму государственного принуждения, цель которого в первую очередь состоит в том, чтобы субъекту вчинить внешний упрек (übel), причинить в большей или меньшей степени ущерб его жизненным ценностям. ²⁰ Эта позиция профессора Г.Штратенверта лежит в основе последовательного рассмотрения наказания как компенсации за вину (Schuldausgleih); средства предупреждения преступлений; возмещения ущерба жертве. ²¹

Несколько иначе построена характеристика наказания у профессора Б.-Д. Мейера: «Наказание содержит в себе принудительно возложенные на субъекта страдания и как следствие, вытекающее из необходимого предшествующего виновного упрека, публичную социально-этическую негативную оценку виновно совершенного деяния» ²² Б.-Д. Мейер подчеркивает при этом, что : а) причинение страданий (невыгод, лишений) может иметь различный характер в

¹⁹ Greifelds, Rehtswörterbuch. S.1301

²⁰ Stratenwerh. G. Zum Begriff des »Rechtsgutes» // Festschrift fürThedor Lenckner zum 70.Geburtstag-S- 3-

²¹ lbid. S.4 ff.

²² Meier B.- D. Strafrechtliche Sanktionen/ Berlin: Springer. 2001. S 15.

зависимости от вида преступления, но всегда определяется нормативно (интересно его замечание, что в некоторых случаях лицо может и не воспринимать наказание как лишение, но это не отменяет данного свойства наказания); б) социально-этическая отрицательная оценка имеет, прежде всего, символическое значение, и без него первый элемент наказания не работает». ²³

Первое из приведенных определений, хотя автором обзора и признается бесспорным, отражает существо наказания только в его статичном проявлении как угрозу со стороны закона лицу, склоняющемуся к совершению виновного деяния. Такой подход важен, но недостаточен, так как не учитывает, что предупреждающая роль наказания перерастает в реально карающую роль после вступления в силу обвинительного приговора суда. Норма права. закрепленная в законе (в данном случае - о наказании) действует во времени до тех пор, пока в этом действии существует необходимость, если законом не установлено иначе.

То, что наказание рассматривается в качестве предусмотренного уголовным законом правового последствия, сомнений не вызывает. Но при одном условии: уголовный закон в узком смысле, не содержащий положений пенитенциарного права, не способен обрисовать все последствия, с которыми сталкивается осужденное лицо. Скажем, для лица. приговоренного к тюремному заключению, важно, в какой камере его будут содержать, какой работой он будет обременен, каких возможностей общения с внешним миром он будет лишен т.п. Подобного рода вопросы уголовным законом не решаются.

Второе из приведенных определений обосновано говорит о наказании как об особой форме государственного принуждения. В то же время понятие наказания раскрывается через его цель, что представляется с логической точки зрения не совсем корректным. Цель есть у чего-то, но что собой представляет это «что-то», о чьей цели идет речь? Включение цели в определении наказания уводит в сторону от ответа на этот вопрос. Привлекает в определении стремление раскрыть специфическое содержание наказания через его функции.

По этому пути идет и третье из приведенных определений. Хотя и оно не бесспорно. Едва ли обосновано введение в юридическое определение такого психологического понятия как «страдания». которое имеет более существенный смысл при выяснении индивидуальных переживаний того или иного осужденного, чем при построении модели. Или тут надо вводить какой-то дополнительный критерий (что является страданиями для «усередненного» человека) или ограничиться только такими признаками, которые адекватно фиксируются и могут быть стандартами. А именно: указать, какие лишения при наказании может установить государство для любого осужденного. Профессор Б.-Д. Мейер удачно говорит о том, что в понятии наказания приходится иметь дело с нормативами, и в этом смысле осужденный, не испытывающий страданий, все равно предполагается подвергшимся лишениям. Следует отметить, что подобная постановка вопроса для определения понятия

²³ Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. Москва: «Проспект» 2004, сс 303,304.

наказания, в целом, имеет важное содержательное значение. К этому вопросу в дальнейшем еще придется вернуться.

Два последних из анализируемых определений наказания обоснованно включают указания на такие основные свойства наказания, как лишения, которым подвергается осужденный, и упрек в его адрес со стороны суда. Что касается последнего свойства, то все-таки сомнительно утверждение о его символическом значении (третье определение наказания). То, что называется упреком и включено в понятие вины, более, чем символично, так как учитывается при решении ряда вопросов освобождения от наказания, когда лишения исключаются, но упрек продолжает действовать.

Такое понимание выводит на проблему соотношения ответственности и наказания в пенитенциарном праве, о чем разговор пойдет в дальнейшем.

работах эстонских криминалистов наказание общетеоретическом и функциональном направлениях. Наиболее всесторонне этот вопрос освещен в монографии профессора Яна Соотака. 24 подвергает анализу наказание в философско-правовом, государственноправовом аспектах, в связи с понятиями преступления и проступка, в аспекте юридической ответственности, собственно пенитенциарно-правовом.

Автор исходит из того, что наказание по своей сущности является социальным, публичным ценностным решением, осуждением государством виновного лица, совершившего правонарушение. При этом мы имеем дело не с идеальным, а с реальным осуждением, т.е. с реальным вредом (потерей и обременением), который причиняется виновному. Потери и обременения заключаются в причинении вреда интересам (ценностям, например таким, как свобода, имущество, авторитет лица). Прямые репрессии как независящие от целей наказания все-таки являются местью. 25

Отвергая признание наказанием всяческие акты возмездия, обусловленные иными целями применения наказания, чем те, которые названы в законе, профессор Я. Соотак приходит к заключению, что понятие наказания можно определить как содержащееся в законе и выраженное государством суровое осуждение лица, совершившего виновное деяние, т.е. как действие в отношении лица, имеющее стигматизирующий и истязающий характер. Наказание применяет назначенный государством специальный государственный орган - уголовный суд, делающей это в рамках специально предусмотренной процедуры. 26

Автор ЭТОГО определения признает, что использование понятия »истязающий характер» выглядит несколько средневеково. Тем не менее, такое использование считает вполне допустимым, как наиболее точное отображение существа вопроса.

Что касается понятия стигматизирования, то оно употребляется для обозначения того позора, который ложится на лицо в силу самого факта его

²⁴ Jaan Sootak. Karistusõiguse alused-Tallinn: Kirjastus Juura. 2002

²⁵ Указ соч. с., 179

²⁶ Определение в тексте выделено жирным шрифтом. Указ. соч., с.181.

осуждения судом за совершение преступления.²⁷ Хотя, как полагает профессор Я. Соотак, и тут можно увидеть определенную «циничность» использования термина, но и она оправдана. Существующая в наказании стигма уже влияет на предварительное расследование и дает тем самым особую окраску уже предварительному расследованию.

Стигматизирование выражается двояко. Во - первых, оно наносит ущерб социальному идентитету лица. Во-вторых, играет роль в так называемой реинтеграции опозоренного лица, т.е. в его возвращении в общество. Последнее свидетельствует о наличии более либерального варианта, хотя бы в смысле использования регистра наказаний. В более серьезных случаях, а также по отношению к особо опасным рецидивистам наказание становится более строгим видом воздействия.

В зависимости от используемой государством теории наказания на первое место выступает один или другой аспект. Или причинение виновному лицу ущерба или исправление виновного лица.

Должен отметить, что сомнения, возникшие у профессора Я. Соотака по поводу использования терминов «истязание» и «стигматизирование» более, чем обоснованы. И едва ли стоило ими пользоваться при раскрытии сущности наказания. Как известно, международное гуманитарное право стоит на позиции исключения из законодательства и практики различных проявлений истязания виновного лица и унижения его человеческого достоинства. С этим необходимо считаться не только из-за авторитета международного права, но и по принципиальным соображениям. Право XXI века не должно быть слепком с того, что имело место в прошлой истории со всеми ее печальными уроками.

Смущает и другое. Имеется в виду альтернатива: или причинение виновному лицу ущерба или исправление лица. Ведь на самом деле одно дополняет другое и не находится в альтернативном отношении. Тут допустимы акценты на тот или иной вариант, но не их противопоставление.

Включению в УК РФ определения наказания предшествовали длительные дискуссии на эту тему. Определение наказания, содержащееся в ст.43 УК, как бы подводит итоги спорам и примиряет контрастные позиции, но в тоже время обрамляет все институции наказания, определяя пределы их возможностей. Сказать, что вопрос решен окончательно и бесповоротно, тем не менее, нельзя. Мало, кто из участников обсуждений изменил свои взгляды, а методологическая роль определения по отношению к другим вопросам наказания оказалась относительной.

Согласно уголовно правовой норме наказание есть мера государственного принуждения, которая назначается по приговору суда лицу, признанному виновным в совершении преступления и заключается в предусмотренных Уголовным кодексом лишении или ограничении прав и свобод этого лица.

Определение, как представляется, схватывает отдельные моменты существа явления. Важно, что признаками наказания названы:

²⁷ Стигматизация – термин древнегреческого происхождения которым, кроме прочих значений, обозначалась метка, (клеймо), имевшееся на теле или голове раба. а также преступника.

- О государственно-принудительный характер,
- О применение наказания судом путем вынесения приговора,
- Необходимость для применения наказания вины лица в совершении

преступления,

- лишения, которым подвергается осужденное лицо,
- У установление этих лишений Уголовным кодексом.

С внешней стороны определение производит впечатление корректной и взвешенной формулировки, вроде бы способной отразить сущностные черты наказания. Однако симптоматично, что авторы учебников по уголовному праву зачастую, приведя официальное определение, считают необходимым создать и свое понимание наказания. как бы противопоставляя его нормативной установке.

Такая картина наблюдается, в частности, в книге созданной коллективом авторов, и отредактированной профессорами И. Я. Козаченко и З. А.Незнамовой. Автор главы 14 доцент Т.В. Кондрашова. после того, как приводит текст ст. 43 УК, предлагает свое определение. «Под наказанием по российскому уголовному праву, - пишет она, - следует понимать особую юридическую меру государственного принуждения, включающую в себя как карательные элементы, так и воспитательные, назначаемые судом лицу, виновному в совершении преступления, и влекущую судимость». (Это определение выделено жирным шрифтом). И далее: «Наказание выражает от имени государства и общества отрицательную правовую, социальную и моральную оценку преступного деяния и преступника».²⁸

Не буду касаться спорных идей этого определения. Важно другое. Официальная дефиниция почти сразу же после ее появления стала дополняться и оспариваться. Видно, и мне не избежать такого подхода.

Начну с того, что понимание наказания как меры довольно спорно. Наказание в уголовно правовом смысле — это, прежде всего, вид государственного принуждения, существующий наряду с другими видами. Мерой характеризуется не само наказание как таковое, а его размер. Наказание — это и то, и другое. Уголовно-правовое наказание соотносится с понятием государственного принуждения (наказания) как особенное с общим. Поэтому, в определении уголовно-правового наказания важно обратить внимание на видовые отличия. позволяющие отделить его от гражданско-правового принуждения или дисциплинарного взыскания и т.п.. Возможно стоило бы отметить, что наказание в уголовном праве является самым строгим с точки зрения законодательной власти видом принуждения.

Как назначается наказание — это вопрос вторичный по отношению к вопросу, что оно есть такое. Суд не может применить наказание, которое не предусмотрено Уголовным кодексом. И это обстоятельство, согласно принципу nulla poena sine lege, должно быть отражено в определении.

²⁸ Уголовное право. Общая часть. Ответственные редакторы доктор юридических наук, профессор И.Я.Казаченко и доктор юридических наук, профессор З.А.Незнамова. Москва: издательская группа НОРМА-ИНФРА М. 1998, с.315

Понятно, что наказание, названное в законе, и наказание, назначенное судом — это не одно и то же. В определении объективного права обычно приводятся именно его признаки, а не характеристики права субъективного. В определении же наказания как правового института почему-то такое размежевание не проводится. А зря.

Особый интерес вызывает TO место официального российского определения наказания, где указывается на применение наказания лицу, виновным В совершении преступления. Складывается впечатление, что в определении наказания закон отходит от традиционного для российского права понимания вины, основанного на психологической, а не на нормативной теории вины²⁹. Если вина выделяется в качестве самостоятельного основания для наказания, а не рассматривается только как элемент состава преступления, то этому понятию придается другой смысл, нежели чем тот, который известен как одна из характеристик состава преступления. Для того, чтобы признать лицо виновным, мало установить его психическое отношение к содеянному. Тут надо выяснить и то, почему это лицо, обладая свободой воли и выбора вариантов поведения, встало ПУТЬ нарушения на установленного законом. Иначе говоря, признать лицо виновным в совершении преступления и за это назначить ему наказание, означает нечто большее, чем определить действовало лицо умышленно или по неосторожности.

Наконец, надо сказать о таком признаке наказания как лишение или ограничение прав и свобод, когда эти лишения и ограничения предусмотрены Уголовным кодексом. Ранее уже применительно к немецкому праву говорилось, что УК не является единственным законом, где решается данный вопрос. Тоже самое можно адресовать и уголовному праву России.

Выше приведенные соображения о достоинствах и недостатках понимания наказания в праве трех государств позволяют назвать некоторые конструктивные элементы, важные для положительного содержания такого определения для эстонского пенитенциарного права.

1.3. Наказание как вид юридической ответственности

Выводы, следующие из проведенного сравнительного анализа, очевидно, должны основываться на двух посылках.

Было бы логично выделить те особенности, которые отличают наказание. устанавливаемое пенитенциарным правом, от других проявлений юридической ответственности. В первую очередь тех, которые тоже можно считать наказаниями, но не в пенитенциарном смысле.

Другая посылка — это естественное требование разграничения наказания и иных правовых последствий противоправного деяния, содержащего признаки состава преступления. (См. схему 2).

Виды юридической ответственности в какой-то мере можно разместить по ранжиру с учетом степени тяжести каждого из них. Если система будет построена по признаку убывающей тяжести, наказание по пенитенциарному

_

²⁹ Об этих теориях см. Ю.Лившиц. Указ. Соч., сс. 213-223

праву должно оказаться в основании пирамиды. Эта отрасль права располагает наказаниями, которых нет у других отраслей, а, с точки зрения тяжести лишений для осужденного, такие наказания явно лидируют. Законодательная власть, хотя прямо не формулирует такое решение вопроса, но оно видно из сравнения контекста законодательных актов, содержащих нормы разных отраслей права.

Как признак наказания, рассматриваемого в роли института пенитенциарного права, особая тяжесть наказания должна увязываться именно с позицией законодателя, но не с осознанием или ощущением этой тяжести осужденным лицом. Одно может совпадать с другим, но может и расходиться.

Кто решится утверждать, что дисциплинарное взыскание как вид ответственности по трудовому праву всегда легче, чем наказание по санкции KS? Расторжение трудового договора, лишающее работника средств к существованию, может оказаться с точки зрения индивидуального восприятия конкретного человека намного страшнее тюремного заключения, при котором



он будет иметь хоть какую ни есть крышу над головой и примитивное пропитание.

Нечто подобное человек переживает при выселении из квартиры за хроническую задолженность по оплате счетов и в целом ряде других случаев.

Закон предлагает общую мерку по отношению к конкретным людям, которую суд должен использовать с учетом индивидуальных обстоятельств, но пределы возможностей суда не бесконечны, так как он связан законом.

В те времена, когда в Эстонии действовал УК, созданный по российскому образцу, но со своими особенностями, дискутировался вопрос о соотношении понятий уголовной ответственности и наказания. Кодекс оперировал и тем, и другим понятием, но их различие выглядело весьма туманно. Для современного российского уголовного права эта тема продолжает оставаться актуальной, о чем свидетельствует ее довольно подробное изложение в учебниках по уголовному праву. 30

Слово «ответственность», хотя в KS и встречается, но эпизодически, Никаких особых указаний об ответственности как институте пенитенциарного права кодекс не содержит.

Тем не менее, такое положение едва ли может означать, что теория пенитенциарного права должна игнорировать проблему соотношения ответственности и наказания. Интерес к этой проблеме определяется тем, что каким - то образом надо объяснить применимость к пенитенциарному праву учения о юридической ответственности, без которого трудно себе представить общую теорию права.

Нельзя не принимать во внимание и ту взаимосвязь, которая сложилась пенитенциарным И уголовно-процессуальным правом. Отрасли материального процессуального права изначально предполагают существование друг друга, без чего каждый блок в отдельности становится бессмысленным. Административное право, наказательное право, отрасли частного права (гражданское и др.) превращаются в «мертвое право» без механизма применения их норм, и, особенно, - процедур деятельности правоприменительных органов. И наоборот, работа по защите правопорядка в области отношений, регулируемых той или иной отраслью материального права, сама по себе предполагает наличие таких отраслей.

Надо заметить, что взаимодействие материального и процессуального права имеет глубокие исторические корни, так как изначально эти правовые образования были слитны в пределах каждой отрасли, что в ряде случаев сохраняется и по сегодняшний день Примером чему является современное исполнительное право.

Общая историческая тенденция, тем не менее, складывается в ином направлении: происходит все более расширяющийся процесс отделения процессуального права от материального, хотя отдельные фрагменты одного блока могут сохраняться или возникать в другом. Скажем, решение ряда вопросов обстоятельств, исключающих противоправность деяния, как проблематики пенитенциарного права (причинение вреда подозреваемому лицу при его задержании, имитация преступления), предполагает использование норм Уголовно-процессуального кодекса. Привлечение к ответственности представляет собой процесс, который в процессуальном смысле начинается с привлечения в качестве подозреваемого, а потом и обвиняемого, на досудебном следствии и заканчивается вступлением в законную силу обвинительного приговора.

_

³⁰ См., например, ранее называвшийся учебник, сс. 58-77.

Признать вину лица — значит, возложить на лицо ответственность за совершенное деяние. Наказывать виновное лицо и как — этот вопрос можно решать лишь тогда, когда лицо признано виновным, т.е. несет ответственность за содеянное. Суд, установив ответственность лица, от имени государства выражает этому лицу упрек в том, что оно нарушило закон, имея возможность этого не делать. Такой упрек — составляющий элемент вины, ее оборотная сторона.

Но привлечь к ответственности можно и, не назначая наказания. KS такую возможность предусматривает. Тем не менее, освобожденное от наказания лицо подвергается каким-то ограничениям (скажем, надзору за ним), так как было привлечено к ответственности при установлении его вины. Лицо, которое при наличии вины освобождено от наказания, не освобождается от целого ряда обязанностей. Если наказание судом было назначено, то оно становится квинтэссенцией ответственности.

Вина и наказание должны быть строго индивидуализированы. Кара и упрек суда всегда имеют конкретного адресата. Иначе все теряет смысл. Встречаются время от времени ошибки, но они должны быть исправлены.

Житель Кохтла-Ярве Алексей Шинкаренко избежал обвинительного приговора суда, поскольку выяснилось, что посаженный в тюрьму друг представился его именем. Госсуд аннулировал, исходя из заявления вируского окружного прокурора Аве Арним, вердикт Ляэне-Вируского уездного суда, которым осенью минувшего года Алексея Шинкаренко признали виновным в краже. В октябре минувшего года кохтлаярвесца Шинкаренко признали виновным в том, что он украл из подъезда одного дома в Ляэне-Вирумаа велосипед, и мужчину отправили на полгода в тюрьму. Но в декабре выяснилось, что в тюрьме под именем Шинкаренко сидел и вовсе Александр Ромахов, который при задержании назвал личные данные своего знакомого Шинкаренко. Тогда находившийся под криминальной опекой и бывший на свободе настоящий Шинкаренко сообщил специалисту по криминальной опеке, что Ромахов сидит в тюрьме под его именем. Мать Шинкаренко сказала, что Ромахов жил у них прошлым летом, и поэтому у него был доступ к личным данным ее сына. Аве Арним сказала "Северному побережью", что при задержании личные данные вора проконтролировали настолько, насколько это было возможно. "Дело в том, что у этого лица не было паспорта, он якобы потерял его в 2003 году. Он помнил наизусть место жительства, день рождения Шинкаренко, даже имя его матери. Полиция проверила по своей базе данных, и, судя по фотографии, у Шинкаренко и Ромахова было некоторое внешнее сходство", — объяснила прокурор причины такой ошибки. Кроме того, как у Шинкаренко, так и у Ромахова был испытательный срок за совершенное ранее преступление. Странно было и то, что представившийся Шинкаренко Ромахов согласился на основании согласительного производства реально отправиться в тюрьму. На вопрос, каков был мотив Ромахова, прокурор ответила: "Ему было просто интересно поводить правоохранительную систему за нос 31

В наказании концентрируются те лишения. которые связаны с данным видом наказания и его размером, а также упрек суда лицу за совершенное виновное деяние (преступление).

Лишения (кара) чрезвычайно разнообразны. Они включены в легальные виды как основных, так и дополнительных наказаний, предусмотренных KS, Лишение свободы передвижения, волеизъявления, свободы удовлетворения

³¹ Северное побережье. 10. 06. 2005.

витальных потребностей, в том числе и - выбора пищи, сексуальных связей и др. – это примеры карательного содержания тюремного заключения.

Но надо понимать, что еще более существенный элемент кары состоит в неформальных отношениях между администрацией и заключенными тюрьмы, между самими заключенными, и такие отношения законом не урегулировать.

«Такое было ощущение, будто мы попали в концлагерь", — признается автор одного из писем, полученных республиканской газетой, подытоживая описание того, как встретили в Тартуской евротюрьме большую группу, этапированную из Центральной тюрьмы. "Это было просто варварство, — пишет осужденный. — Вещи вытряхивались из сумок и разбрасывались по камере, еще не убранной от строительной пыли. Раздели догола, собрали разбросанные вещи в кучи и запихнули в приготовленные мешки, будто какой-то мусор. Фотографии родных и близких, письменные и туалетные принадлежности, трусы, носки, футболки, обувь — все запихали в один мешок, чтобы отнести на склад. Ответ на все вопросы и просьбы один — не положено. Хотя с собой у нас были только вещи, которые осужденному Министерством юстиции разрешено иметь при себе. А для русскоязычных заключенных ответ был вообще изумительным: "Вы попали в эстонскую тюрьму, и порусски мы не понимаем". Главное, что это было сказано на чистом русском языке..." Далее описываются прочие многочисленные невзгоды обитателей евротюрьмы. директор тюрьмы и его замы, — задается автор письма вопросом, — не понимают, что все это ведет к беспорядкам со стороны заключенных? Да это уже начинает происходить: бьют стекла и ломают мебель, устраивают голодовки, вскрывают себе вены и что самое ужасное — начали вешаться от такой жизни... Мы хотим выйти по окончании срока полноценными и подготовленными к новой жизни людьми, а не психически больными, от которых общество может ожидать все, что угодно. Как известно, во всем мире тюрьма — это трудовая исправительная колония, а не комплекс по изготовлению дебилов, что в данный момент и происходит в Тартуской евротюрьме..»³²

В 2004 году, Министр юстиции заявлял о том, что через десять лет после восстановления независимости «от так называемой системы ГУЛАГа мы переходим к содержанию заключенных в камерах, где нет возможности возрождаться традициям преступников и их субкультуре». В рапорте Европейской Комиссии об успешном переходе на новую систему содержания заключенных было особо указано, что за последнее время в тюрьмах страны не было зарегистрировано убийств и побегов. А еще в 1992 году в местах лишения свободы произошло 22 убийства. ³³ Но, если только в течение первой половины 2006 года в тюрьмах Эстонии умерло десять человек, в числе которых трое совершили самоубийства, а один был убит, видно, что и в нашей пенитенциарной системе отнюдь не идеальное положение. ³⁴

Изучение положения в российских местах заключения выявило совсем неприглядную картину

«Административный беспредел, - сообщает один из авторов исследования,- возможен, когда все местные органы власти, которые должны следить за законностью в колонии, заодно с администрацией. Такое часто бывает, точно так же, как и беспредел, разрешенный, негласно, конечно, центральной властью. Были, например, в каждой тюрьме (и в СИЗО) пресс-хаты, да и в колониях их заводили. Если в пресс-хату(...) на зоне сажают зека, то чаще всего за его поведение - либо он слишком независим, либо на других заключенных оказывает не такое влияние, как хотелось бы администрации. Там его

³² Урбель Рейн .Три часа в евротюрьме.// День за днем. 24.01.2003

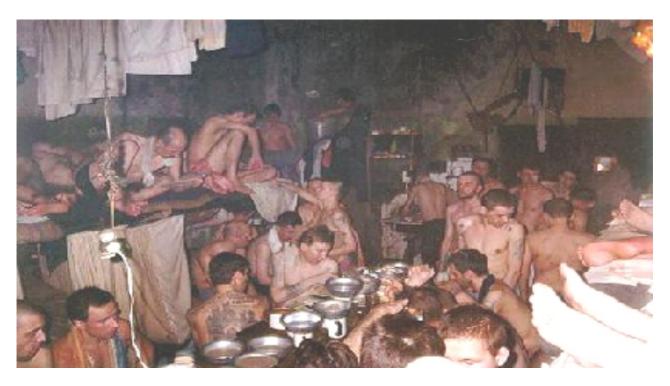
³³ Иконников Александр. Предпочтение – камерным тюрьмам.// Эстония. 22. 01. 2004 г

³⁴ Смерть за решеткой. // Вести дня. 19.06.2006.

обрабатывают "шерстяные" - зеки, приговоренные за свои дела тюремным миром к смерти или к опусканию. Этим людям терять уже нечего. Они любое требование администрации выполнят, лишь бы их к правильным арестантам не перевели, и согласны сидеть в пресс-хате до конца срока. За это они и (...) опускают тех, кого к ним для этого посадят ...»

Содержание в российских тюрьмах осужденных в общих камерах, от чего стремятся избавиться в эстонской пенитенциарной системе, само по себе является тяжелой карой. Достаточно посмотреть на фото, чтобы убедиться в правдивости такой оценки. ³⁵ (см. фото 1(3)





Общая камера в московской тюрьме «Матросская тишина». Конец XX века. Общая площадь камеры - 70 кв. м. Количество заключенных - 140 человек. Свободная на одного человека площадь - 0,2 кв.м.

Более того, упрек суда вместо того. чтобы вызывать раскаяние, может превратиться для лица в предмет гордости, свидетельство роста его авторитета среди людей, разделяющих его взгляды на жизнь. Распространенные среди осужденных, отбывающих тюремное заключение, знаки отличия, обычно в виде татуировок на разных частях тела, показывают, что тюремное заключение не скрывается как позор, а, наоборот, демонстрируется как жизненное достижение в виде определенных изображений и надписей. Вот, как выглядят подобные символы³⁶.(См.рис 1(4)

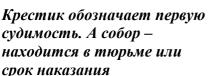
Рисунок 1 (4). Татуировки

_

³⁵ Ресурсы Интернета: Центр содействия реформе уголовного правосудия «Тюрьма и воля», http://www.prison.org/index.shtml

Kuritegelik subkultuur tätoveeringutes, **zestides**, **slängis**. **Koostanud Reit Maruste**. Tartu,1988. lk-39,38,45.







Отбывал наказание в тюрьме. (число куполов – количество судимостей)



Тюрьма- дом родной

Эффективность судебного упрека становится практически равной нулю, когда осужденный, выйдя из заключения, совершает новое преступление, и делает это только для того, чтобы вновь вернуться в тюрьму.

Именно так поступил 48-летний Александр X. Разбив форточку в хуторском доме. что в Харьюском уезде, он проник в помещение. Чужие вещи уносить не стал, а остался в комнате. Когда прибыл патруль, задержанный положил на стол перед собой свидетельство об освобождении из тюрьмы и попросил, чтобы его отправили обратно в место заключения. Патруль передал задержанного полиции, где Александр X. повторил свою просьбу. 37

В российском уголовном праве долгое время идет спор, является ли наказание карой или также содержит воспитательный элемент. В принципе такая дилемма не совсем корректна, так как кара воспитывает, а воспитание карает. Иное дело, что наказание предполагает метод «кнута и пряника», причем и то, и другое во многом зависит от индивидуальных особенностей осужденного лица. Не всегда, но случается так: то, что для одного «кнут», для другого – «пряник». Важен учет индивидуальности осужденного.

«Целью реформирования пенитенциарной системы,- сообщается на сайте Министерства юстиции Эстонии,-.была выработка гибкой и индивидуализированной пенитенциарной системы, при которой в центре внимания тюремного заключения находятся причины преступного поведения в каждом отдельном случае; направить заключенного на законопослушное поведение, а также поддерживать и увеличивать его способность к самостоятельной жизни путем пополнения навыков и знаний. Ресоциализация, или восстановление связей заключенного, происходит в основном путем предложения возможностей учебы и работы, социальной работы, психологических консультаций, религиозной деятельности и медицинской помощи. 38

Основанием для наказания служит вина лица (ч. 1 ст. 56, KS). Объяснение того, почему место основания наказания занимает именно вина, а не состав виновного деяния или противоправность, следует видеть в логике узнавания виновного деяния в конкретном акте человеческого поведения. Сначала устанавливаются признаки состава деяния, потом — отсутствие обстоятельств, исключающих противоправность, и, наконец, - отсутствие обстоятельств, исключающих вину (т.е. наличие вины). Такое положение,

-

³⁷ Postimees. 18.07.2006.

³⁸ http://www.vangla.ee Vanglad-Justitsministeerium

когда имеется третья ступень, но нет двух предыдущих (или какой-нибудь из них), не возможно даже предположить. Противоположная же ситуация концептуально оправдана и закреплена в законе.

В Эстонии существует единственный закон, которым устанавливается наказание за преступление как виновное деяние. Это – Karistusseadustik. Другой вид виновного деяния, проступок, может быть наказуем не только по нормам KS, но и нормам других законов (их больше ста). Так что, для наказания за преступление предусмотрен исключительный порядок. В этом отношении пенитенциарное право Эстонии отличается от соответствующей отрасли немецкого права, где наказуемость преступлений установлена тремя законами. Российское право признает в этом деле только УК.

Исключительный порядок установлен и для назначения наказания, что является прерогативой суда. Этот порядок действует одновременно с тем, при котором наказание за проступок могут назначить и суд, и разнообразные несудебные органы. Еще два сравнения. Дисциплинарное наказание на работника налагает работодатель, а взыскать неустойку или пени с должника, предусмотренные гражданско-правовым договором, имеет право кредитор.

Суд как орган государства, уполномоченный применять наказание за преступление, высказывая упрек осуждаемому лицу, стоит на позиции закона, а не на какой-либо иной. Русский криминалист профессор И.Я. Фойницкий высказал в свое время по этому поводу соображение, которое воспринимается и с позиции сегодняшнего дня. «Никакое правительство,- писал он,- не в силах принудить общество порицать такие поступки, которые по нравственным убеждениям членов общежития того не заслуживают; лица, совершающие самые тяжкие нарушения закона положительного, продолжают иногда пользоваться доверием и даже уважением со стороны общества». 39

Как видно из схемы 1, замыкает перечень особенностей наказания по пенитенциарному праву Эстонии, отличающих этот вид санкций от других видов юридической ответственности, отсылка к правовым последствиям наказания. Правовые последствия необходимо отличать от социальных. Правовые предусмотрены источниками права, их практическая реализация поставлена в рамки соответствующего законодательства.

Фактические последствия — это совсем другой вопрос. Они для лица могут быть позитивными и негативными, В последнем варианте они, в одних случаях, подпадают под действие законодательства, относящегося к разным, не пенитенциарным, отраслям права, а в других, - способны оставаться лишь на уровне скорбных фактов жизни, не поддающихся правовой регламентации.

Представлю вопрос в том виде, в какой он сформулирован в таблице 1(5).

Формально правовые последствия наказания поддаются классификации. В качестве оснований можно выбрать включенность последствий в KS и их закрепление в иных законах. (См.таблицу 1(5)

Таблица 1(5). Правовые последствия наказания

20

³⁹ Фойницкий И.Я. Учение о наказании в связи с тюрьмоведением. СПб., 1889, с. 25

Предусмотрены KS		Предусмотрены другими законами	
Последствие	Ста- тья KS	Последствие	Закон
Использование метода увеличения наказания на не отбытую часть нака -зания при осуждении лица за преступление, совершенное во время отбывания наказания	ч.2 ст. 65	Внесение в регистр наказаний	Закон о регистре наказаний (новый)
Прекращение действия испытатель -ного срока при совершении нового умышленного преступления лицом, ранее условно освобожденным от наказания в виде тюремного заключения или денежного взыскания	ч.4 ст. 73	Последствия процессуального характера	Уголовно- процессуалный кодекс
Обращение наказания к исполнению при совершении в течении испытательного срока нового умышленного преступления ранее условно-досроч-но освобожденным лицом,	ч.5 ст. 74		
Действие давности исполнения приговора	ст. 82		Закон о гражданстве Законы о выборах Рийгикогу, Собраний местных самоуправлений, Европейского парламента

Поскольку последствия группы «А» будут рассмотрены в лекциях об освобождении от наказания, возьмем для анализа группу «Б».

Регистр наказаний был утвержден соответствующим законом в 1997 году. 40 Целью регистра является предоставление достоверной информации о наказаниях государственным учреждениям, на которые возложены задачи, связанные с такой информацией, а также — информирование лица о данных, внесенных о нем в регистр.

Под наказаниями закон понимает более широкий круг воздействий, чем KS.

В регистр вносятся лица, подвергнутые наказанию по обвинительному приговору суда, а, кроме того, и некоторые другие категории. Срок закрепления в регистре начинает течь с момента отбытия основного и дополнительного наказания или со дня, исключающего возможность приведения решения или приговора в исполнение или с момента вступления в законную силу решения о помиловании. (См. статью 26 Закона о регистре наказаний, содержащую и ряд других правил по вопросу о сроках для исключения данных о наказаниях).

До рассматриваемого закона существовал институт судимости, предусматривавшийся УК, действовавшим тогда в Эстонии. Хотя в КЅ термин «судимость» не встречается, он сохранился в некоторых других законах. В их числе Закон о гражданстве, который в силу статьи 104 Конституции ЭР является органическим законом и обладает большей юридической силой, чем КЅ и Закон о регистре наказаний. И все-таки на практике применяются институты двух последних, а не конституционного закона.

По существу помещение данных о лице в регистре наказаний означает то же самое, что и прежний институт судимости. Поэтому, когда в каком-то акте встречается упоминание о судимости, то имеются достаточные основания руководствоваться правилами Закона о регистре наказаний.

Во время исполнения наказания и после истечения срока отбытия наказания в отношении лица действуют некоторые ограничения его прав. В частности, в части 2 статьи 19 Закона о регистре наказаний сказано, что в справке, выдаваемой работодателю, указывается основание, исключающее прием лица на работу или службу, каковыми является:

- 1) в отношении публичной службы факт внесения лица в регистр наказаний;
- 2) в остальных случаях пункт, часть и статья закона, на основании которых назначено наказание или наложено взыскание, **исключающее прием лица на работу,** вид и мера наказания или взыскания, срок его окончания.

Необходимо учитывать, что данные о наказании лиц, внесенные в регистр наказаний, служат основой для установления **повторности** наказания лица и совершения преступления. Они имеют правовое значение до их исключения из регистра в установленные законом о регистре сроки (ст. 3¹ Закона о регистре наказаний)

Исключение из регистра поставлено в зависимость от вида и меры воздействия (ст. 25 Закона о регистре наказаний) следующим образом:

_

⁴⁰ Последняя публикация см. RT 1. 2002, 82; ПАЭ, 2003, 19

- по истечении 2-х лет после прекращения применения к лицу принудительного психиатрического лечения или применения меры воздействия к лицу, не достигшему восемнадцатилетнего возраста;
- © по истечении 3-х лет после исполнения приговора о назначении денежного взыскания или решения о принудительном прекращении за совершение преступления;
- по истечении 3-х лет после окончания испытательного срока, назначенного в связи с условным освобождением от отбывания тюремного заключения на определенный срок или денежного взыскания;
- по истечении 3-х лет после выполнения общественно-полезных работ;
- по истечении 5-ти лет после отбытия тюремного заключения на срок до 3-х лет;
- по истечении 10-ти лет после отбытия тюремного заключения на срок от 3-х до 20-ти лет;
- 🛡 в случае смерти лица;
- 🖰 в случае прекращения деятельности юридического лица.

Дополнительное наказание исключается из регистра наказаний после его отбытия

Последствия наказания процессуального характера связаны с вынесением судом обвинительного приговора, содержащего назначенное за преступление наказание.

Уголовный процесс – дело затратное. Лицо, наказанное по приговору суда, должно нести бремя по возмещению этих затрат, что является следствием его признания вины. Основания И порядок возмещения уголовнопроцессуальных издержек предусмотрены главой 7 УПК. Ст. 180 содержит прямое указание на то, что в случае вынесения обвинительного приговора суда процессуальные расходы возмещает осужденный. При определении размера расходов суд учитывает имущественное положение и перспективы ресоциализации осужденного, Если возмещение процессуальных расходов явно не под силу осужденному, то суд относит часть расходов на счет государства. Что касается вопроса о материальных затратах, то они не сводятся лишь к процессуальным расходам, Уголовно-процессуальные издержки включают в себя также особые и дополнительные расходы, которые осужденный не несет.

Кроме возмещения затрат законом (ст.179 УПК) на осужденного возлагается бремя принудительного платежа. Этот платеж более похож на дополнительную санкцию, но процессуальной, а не материальной природы, и не претендует на восстановительную функцию. Вроде бы получается так, что на осужденного налагается взыскание за то, что он, оказавшись на скамье подсудимых, вынудил суд заниматься рассмотрением его дела, тратить энергию, время, деньги, чтобы добиться итогового результата в виде приговора.

Принудительный платеж различается в зависимости от тяжести преступления, установленной KS. При осуждении за преступления первой

степени – две минимальных ставки заработной платы, а второй степени – одна ставка.

В уголовном процессе допускается гражданский иск, предъявляемый потерпевшим (истцом) к подсудимому (ответчику). Материально-правовые основания для гражданского иска содержатся в нормах гражданского, вещного, обязательственного и других отраслей (институтах) права. Доказательства, на которые опирается суд в обвинительном приговоре, предназначены для решения не только пенитенциарно-правовых, но и гражданско-правовых Имущественные обязанности осужденного вопросов. как следствие удовлетворения гражданского иска, можно рассматривать как входящие в комплекс правовых последствий осуждения. Кроме того, согласно ч. 2 ст. 182 УПК в случае полного удовлетворения гражданского иска процессуальные обеспечением расходы, связанные c гражданского иска. гражданский ответчик.

Вопросы гражданского иска в уголовном процессе выводят на проблему соотношения гражданско-правовой и пенитенциарной ответственности. Граней у этой проблемы много. Одну из них поясню на конкретном сюжете.⁴¹

Развитие гражданского оборота в условиях сложившегося к началу нынешнего столетия эстонского рынка товаров, услуг и капитала обостряет старую проблему дебиторской задолженности. Хотя обязательственное право знает много способов защиты интересов кредитора, но ситуация может потребовать более жесткого воздействия на должника с использованием норм, содержащихся в пенитенциарном праве.

Обратить внимание на такую возможность заставляет сама жизнь. Дебиторская задолженность уже много лет наносит тяжелые удары по экономике. Такая цепная реакция чревата банкротствами и другими бедами. Не должны забываться 90-е годы, когда банкротства перестали быть только лишь «санитарами экономики», а стали ее настоящим бичом, Но и тогда, когда кредитор из-за недобросовестного должника не идет ко дну, а вынужден существенно ограничивать свою коммерческую деятельность, происходит серьезное ущемление жизненно важных интересов и гражданского оборота, и отдельного лица. Подчас, не менее существенное, чем при краже имущества или его уничтожении.

У кредитора, казалось бы, есть возможность обратиться в суд с иском к должнику о выполнении последним своей обязанности по возвращению долга. Но между возможностью и действительностью образуется дистанция громадного размера. Даже, если по истечении длительного времени решение суда будет вынесено, и в пользу кредитора, реальное возвращение своего имущества для истца не редко становится делом проблематичным. То, что кредитор беззащитен, должник давно усвоил. Схема ухода от возвращения долга довольно проста. Личное имущество должника (дома, дачи, автомашины) числится за другими лицами, зачастую подставными, на счетах фирмы смехотворные цифры, а имущество фирмы (мебель, техника) как правило, не может погасить и доли долга. И что в итоге? Ущерб от невыплаченного долга

_

⁴¹ Фрагмент написан совместно с присяжным адвокатом Леонидом Оловянишниковым.

увеличивается (и значительно) на сумму госпошлины и расходами на адвоката, а судебный исполнитель только разводит руками.

Если же пострадавшему попытаться обойтись без обращения в суд, а проявить большую настойчивость в переговорах с должником, то для кредитора может сложиться опасная ситуация. Как показывает практика, должники усвоили почти безотказный прием присвоения имущества кредитора с помощью правоохранительных органов. Для этого нужно просто обратиться в полицию и заявить, что кредитор настоятельно требует вернуть долг (вот безобразие!) и при этом позволяет себе еще угрожать. Обычно в этих случаях начинается уголовное дело, и кредитору предъявляются обвинения в совершении против должника преступления.

Разительно отличается реакция тех же правоохранительных органов в случае обращения к ним кредитора, который подозревает должника в совершении преступления. Тут добиться, чтобы было начато уголовное дело, весьма сложно, а перевести его в судебную плоскость еще труднее.

Как бы предполагается, что отношения кредитора и должника являются сугубо частным делом, а, следовательно, публичные средства государственной защиты нарушенных интересов здесь неуместны. Однако даже классический либерализм, обоснованный Адамом Смитом, признавал за государством роль ночного сторожа, который призван обеспечивать нормальное протекание экономических и других жизненно важных процессов. Посягательство на собственность кредитора, совершенное должником и наносящее существенный вред, должно вызывать адекватную реакцию государства.

Нормы европейского права содержат только одно ограничение такого права. Статья 1 протокола №4 Конвенции о защите прав человека и основных свобод предусматривает, что никто не может быть лишен свободы лишь на том основании, что он не в состоянии выполнить какое-либо договорное обязательство. Аналогичный запрет закреплен и в ст. 20 Конституции Эстонской республики. Однако этим правилом исключается не уголовная ответственность, а лишь один из видов наказания, да и то на тот случай, когда должник не может выполнить обязательство, а не на тот, когда он не хочет этого сделать.

Рассмотрим положение на конкретном примере (одно из недавних уголовных дел, рассмотренных в суде в отношении Гасана Г. и др.).

А.и Б. имели бизнес, связанный с недвижимостью. От маклера В. им стало известно, что муниципалитет на конкурсной основе собирается продавать участок земли, начальная цена которого должна была быть довольно низкой. С маклером заключается договор, по которому он должен приобрести в собственность кредиторов участок земли на оговоренных условиях. Для осуществления сделки маклеру передают крупную сумму денег в размере нескольких сот тысяч крон. Маклер свою обязанность по договору не выполняет, а деньги не возвращает. Уговоры и требования кредиторов касательно денег ничего не дают. Потеряв всякие надежды и зная, что исковое производство в суде может занять очень долгое время, а гарантии того, что решение суда в пользу истцов будет выполнено, малы, они связываются со знакомым, человеком решительным и твердого характера, который берется своими средствами истребовать долг. Примененные им угрозы и насилие (которые, кстати сказать, не причинили вреда здоровью должника), как уже указывалось, дают последнему основание обратиться в полицию. Возбуждается производство по

уголовному делу, трое оказываются на скамье подсудимых, суд выносит обвинительный приговор, а маклер, присвоивший сотни тысяч крон, выходит из процесса победителем. При этом, на судебном заседании, он утверждает, что этих денег у него уже нет, и куда они делись, объяснить не может.

При таком исходе сражения за справедливость возникает вопрос, а было ли наказано зло, из-за которого возникла вся ситуация? Нет, не было. Более того, должник, присвоивший себе деньги кредиторов, не только воспрял духом, получив поддержку суда, но и показал другим себе подобным, что их дело вроде бы правое.

Между тем, потерпевший совершил преступление, все признаки состава которого налицо. Обратимся к Пенитенциарному кодексу.

Согласно статье 201 (Присвоение) KS подлежит наказанию незаконное присвоение в свою пользу или в пользу третьего лица находящейся во владении чужой движимой вещи или доверенного лицу иного чужого имущества. Поскольку имуществом является совокупность принадлежащих лицу прав и обязанностей, оцениваемых в денежном выражении, если иное не предусмотрено законом (ст. 66 Закона об Общей части гражданского кодекса), то не возвращение денежной суммы кредитору подпадает под действие статьи о присвоении Пенитенциарного кодекса. Часть вторая данной статьи значительно усиливает наказание, если деяние совершено в крупном размере.

Присвоение отличается от других имущественных преступлений. Так, оно не рассматривается в качестве разновидности мошенничества из-за того, что обманные действия, обусловленные соответствующим умыслом преступника, совершаются не в момент получения от потерпевшего имущества, а позже. Виновное лицо оставляет себе то, что было получено правомерно, хотя это имущество при вытекающей из договора ситуации, должно было быть возвращено собственнику. При этом, перерастание гражданско-правового правонарушения в преступление можно, на наш взгляд признать лишь тогда, когда имеются признаки состава преступления, предусмотренные частью второй ст. 201 KS. Правда, поскольку по данному делу ни полиция, ни суд не исследовали поведение потерпевшего, гипотетически нельзя исключать и того, что намерение заполучить чужие деньги существовали с самого начала преступной акции, что дает основание говорить уже не о присвоении, а о мошенничестве, за которое законом предусмотрено более строгое наказание.

Существенное значение имеет момент совершения данного преступления. Он связан с обусловленным договором или законом сроком возврата должником денег кредитору. На наш взгляд, достаточно после истечения этого срока предупреждения должнику со стороны кредитора о том, что в случае не возврата долга в течении дополнительного срока, кредитор вынужден будет обратиться за помощью в полицию, и этот дополнительный срок пройдет, не принеся никаких результатов, как не выполненная должником гражданскоправовая обязанность становится преступлением (при наличии умысла у должника присвоить себе чужие деньги). Думаем, что тут могло бы иметь место нечто подобное банкротному предупреждению. Такое решение проблемы предполагает его законодательное оформление и является предложением законодателью de lege ferenda, ориентированное на разработку закона об

ответственности должника за умышленное невозвращение долга кредитору при отягчающих обстоятельствах.

Таким образом, тем, кто, применяя насилие к должнику в целях возврата своих денег, оказался на скамье подсудимых, придется потесниться, и уступить часть скамьи главному виновнику инцидента.

Возмещение вреда, причиненного необоснованным лишением свободы,42 является актом извинения государства деятельного необоснованное применение наказания в виде тюремного заключения. Кроме того, соответствующее возмещение производится и по другим основаниям (необоснованность принудительное меры пресечения, помещение психиатрическую клинику и др.).

Пятидесятипятилетний Харкманн, который согласно сделанной год назад судебной психиатрической экспертизе, не способен контролировать свое поведение, обратился в суд в связи с лишением его свободы в период со 2 по 17 октября 2002 года. Тогда Хартманна задержали за то, что он не являлся в суд, и продержали под арестом 15 суток. По мнению Хартманна тем самым правоохранительные органы нарушили пункт конвенции по правам человека, согласно которому задержанное лицо следует отвести напрямую к судье. Истец требовал от государства 30 тысяч евро, или 469 тысяч крон за моральный ущерб. Страсбургский суд постановил, что при задержании Хартманна его права нарушены не были, однако в столь долгом задержании не было необходимости, и постановил компенсировать потерпевшему моральный ущерб на сумму 2000 евро, что равняется 31 293 кронам. 43

В числе прочих оснований ст. 1 Закона содержит указания о праве на возмещение лицу, которое:

- © отбывало наказание в виде лишения свободы и вынесенный в отношении которого обвинительный приговор отменен и производство по уголовному делу прекращено либо вынесен оправдательный приговор (п. 3.части 1);
- © отбывало наказание свыше положенного срока (п.4. части 1). Возможна компенсация и лицу, находившемуся в тюрьме в порядке меры пресечения, если она не имела достаточных оснований.

Эстонское государство ежегодно тратит миллионы крон на выплату компенсаций без вины пострадавшим людям, незаконно взятым под арест. В 2003 году такие компенсации составили 2 456 001 крону (данные за неполный год - Ю.Л.). Деньги были выплачены 75 лицам. Самая большая сумма компенсации в размере 300 тысяч крон была выплачена человеку, который провел под стражей 558 дней. В минувшем году несправедливо помещенным в тюрьмы выплачено в общей сложности - 3 058 972 кроны — они были наравлены 61 человеку. 44

По заявлению лица, подкрепленному документами, возмещение выплачивает Министерство финансов, а в случае спора у лица имеется возможность обратиться в суд

Выплата возмещения считается компенсацией лицу причиненного ему необоснованным лишением свободы вреда в виде недополученной заработной

⁴² Закон опубликован в RT 1, 1997, 48. ПАЭ. 1997, 42/43.

⁴³ Вести недели. 14. 07. 2006

⁴⁴ D II D 16

⁴⁴ Ресурсы Интернета. Delfi – BNS. 20. 10. 2002

платы, пенсии или иного постоянного дохода, расходов на адвоката (по ставке для участия адвоката в деле по назначению следователя или суда). а также нанесенного ему морального (неимущественного) вреда.

Размер возмещения определяется суммой, составляющей семь дневных ставок (дневных заработков) за каждые сутки необоснованного лишения лица свободы. Исчисление производится путем деления минимального размера месячной заработной платы на 30, без учета дробных частей. Имущественный вред возмещается на основании положений гражданских законов. Моральный (неимущественный) вред возмещается в размере суммы, составляющей пять дневных ставок (заработков) за каждые сутки.

Получение эстонского гражданства порядке натурализации В происходит при выполнении иностранцем названных в Законе о гражданстве условий. 45 Но закон предусматривает и то, что не должно числиться за претендентом на гражданство в качестве его отрицательной характеристики. Одним из правовых последствий наказания в виде тюремного заключения на срок более одного года при не погашенной судимости, либо неоднократном наказании за умышленные преступления является отказ в предоставлении эстонского гражданства. Как видно законодатель, принимая такое решение, учитывал пять критериев: 1) тюремное заключение, 2). срок - более одного года, 3). судимость, 4). неоднократность наказания, 5). за умышленные преступления. Все они связаны с наказанием, которое может в качестве индикатора указывать на возможную устойчивость преступных наклонностей лица, что и делает это лицо не желательным для корпуса граждан государства.

В Масс-медиа неоднократно появлялись сообщения о последовательном соблюдении Правительством Эстонии изложенного требования закона. Так, еще в августе 2001 года Правительство отказало в удовлетворении ходатайства трех иностранцев о предоставлении им эстонского гражданства.

Вальдур Конрард, Хейно Герберг, и Владимир Морозов, получили отказ в удовлетворении своей просьбы на том основании, что они неоднократно наказывались за совершенные каждым из них преступления в судебном порядке. При этом срок наказания в виде лишения свободы превышал один год, а судимость к моменту подачи заявлений не была погашена⁴⁶.

Лица, отбывающие наказание в виде тюремного заключения, лишены права избирать и права быть избранными по всем видам выборов, проводящихся в государстве. Едва ли будет правильным рассматривать подобное ограничение, как дополнительное наказание за совершенное преступление. Если бы это было так, то не связывалось бы только с одним видом основного наказания (тюремное заключение), а имело бы более общий характер. Кроме того, наказание за преступление может быть предусмотрено только в KS, чего в данном случае нет.

Не может служить объяснением этого ценза и ссылка на трудности организации избирательной кампании в условиях тюрьмы. Подследственные лица, содержащиеся в следственных изоляторах, избирательного права не лишены и для них выборы в тюрьме проводятся с учетом требований закона.

⁴⁵ Закон опубликован в RT 1, 1995, 13. ПАЭ. 1995. 67-69

⁴⁶ Эстония 30.08, 2001

Этот этико-правовой ценз является правовым последствием наказания, скорее всего в силу предположения об опасности данного контингента лиц для основ конституционного строя, как в качестве избирателей, так и избираемых, что подтверждается закреплением ограничения на участие в выборах заключенных в конституционной норме (ст.58 Конституции ЭР).

1.4. Наказание как пенитенциарная мера воздействия

Выявление особенностей наказания путем сравнения с иными мерами воздействия предполагает описание этих мер. Чтобы в дальнейшем не возвращаться к освещению этого вопроса, имеет смысл построить данный параграф на основе метода «от противного», т.е. разобрать особенности иных мер воздействия и тем самым показать то, что не свойственно наказанию и отличает его от этих мер. Частично «иные меры» включены в структуру разных институтов, связанных с наказанием (как, например испытательный срок при условном и условно-досрочном освобождении). Есть смысл рассмотрению таких мер отвести место при анализе соответствующих институтов.

Немецкий StGB, кроме наказания, предусматривает возможность:

- © освобождения от наказания с испытанием (условное осуждение); предостережение с оговоркой;
- У меры исправлений и безопасности (помещение в психиатрическую больницу, помещение в учреждение изоляции для алкоголиков или наркоманов, превентивное заключение, установление надзора, лишение разрешения управлять автотранспортным средством, запрет на профессию)

Обоснование правовых последствий, не сопряженных с наказанием, германские юристы связывают с вопросом о вине. При противоправном поведении без вины применение наказания исключено, но может возникнуть необходимость использования по отношению к лицу, совершившему правонарушение, другие меры воздействия.

КЅ, следуя германской модели, предусматривает кроме наказания,

У иные меры воздействия (гл.7).

(r)

Ф а также - замену наказания общественно-полезным трудом.

При регулировании возможности освобождения от наказания, KS признает такие институты как:

- У испытательный срок,
- 🖰 надзор за освобождаемым от наказания,
- Возложение на освобождаемое лицо определенных дополнительных обязанностей.

Готовятся и предложения в рамках «третьей колеи».

Поскольку по уголовному праву России в понятие вины вкладывается иное содержание, чем по праву Германии и Эстонии, то и выделение правовых

последствий общественно-опасного поведения, не являющихся наказанием, производится своим теоретическим путем.

Тем не менее, многие из ранее названных институтов, не считающихся в прямом смысле наказаниями, известны и российскому уголовному праву. Поиск дополнительных ресурсов воздействия на осужденного для достижения целей наказания виден в целом ряде публикаций, вышедших из под пера российских криминалистов, отнюдь не чурающихся, как в прежние времена, проводить профессиональный анализ зарубежного опыта и идей.

В структуре KS наказания и иные меры воздействия регулируются нормами, находящимися в разных главах кодекса (наказание – главы 3 – 6, кроме- раздела 2 главы 4) иные меры воздействия – глава 7. а так же – раздел 2 главы 4). Из смысла такой структуры, а также из наименования соответствующих глав, можно сделать вывод, что иные меры воздействия наказаниями не считаются, а, с другой стороны, наказание представляет собой по существу главную для пенитенциарного права меру воздействия. Правда, смущает терминология. Правильнее было бы говорить не о «мерах», а о «видах» воздействия.

Из этих посылок следует, что признаки наказания необходимо формулировать не только, сопоставляя наказание с другими видами юридической ответственности, но также - из сравнения с иными видами воздействия. Первая группа, очевидно, позволяет выявить более существенные особенности наказания, чем вторая. Большинство ранее рассмотренных особенностей наказания имеет значение и для анализируемой в данном параграфе группы. Остановлюсь, как это обозначено на схеме 1, на двух моментах: вина и цели наказания.

По KS к иным видам воздействия относятся: конфискация (ст.ст.83 – 85), принудительное психиатрическое лечение (ст. 86), меры воздействия, применяемые к несовершеннолетним (ст.87). Последние два вида были мной рассмотрены в книге о преступлении как виновном деянии и сейчас нет нужды вновь возвращаться к этим вопросам

На первом месте в числе иных мер воздействия в Кодексе стоит конфискация.

В 2007 году из числа мер воздействия на виновное лицо было исключено имущественное наказание. Этому законодательному решению не была придана обратная сила. Рассматриваемое наказание может быть применено к лицам, совершившим преступления до 1 февраля 2007 года. За преступления. совершенные, начиная с 1 февраля 2007 года и далее, введена конфискация имущества.

Нельзя упускать из вида того, что заставляет конфискацию считать не наказанием, а иной мерой воздействия. Это связано с возможностью изъятия имущества в доход государства у третьего лица, которое виновное деяние не совершало, но может при определенных условиях лишиться имущества в порядке его конфискации. По отношению же к лицу, совершившему виновное деяние, такая мера введена в целях устранения недостатков имущественного наказания.

По своему карающему воздействию конфискация уступает имущественному наказанию. Конфискация распространяется на имущество, полученное путем совершения виновного деяния, а также на средства совершения деяния и его непосредственный объект. Имущественное наказание означает требование уплатить сумму, размер которой может достигать стоимость всего имущества осужденного.

Получается, что, хотя по месту нахождения статей 83 - 85 в структуре KS конфискация не должна быть отнесена к видам наказания, но с точки зрения восприятия осужденным она таковым является.

Обращает на себя внимание то, что среди названных статей KS имеется статья 83, которая предусматривает конфискацию средства и непосредственного объекта совершения виновного деяния. Такой вид конфискации в ранее действовавшем на территории Эстонии УК назывался специальной конфискацией. Этот институт был воспринят KS и отнесен к категории иных мер воздействия. Он существует и в настоящей редакции KS.

Конфискация, предусмотренная статьями 83. и 83. КS, означает нечто иное. При сравнении видов конфискации становятся хорошо заметными особенности каждого из них.

Вопрос о влияние возраста и невменяемости на вину лица и наказание был мной разобран в предыдущем курсе лекций о преступлении. Сейчас ничего другого не остается, как повторить ранее сказанное.

Установление возраста начала деликтоспособности — это не единственный вопрос наказательного права, который связан с возрастной проблематикой. Деликтоспособность является предпосылкой вины, а вина лежит в основе применения наказания.

Существо проблемы находится в плоскости проблем применения или не применения наказания к несовершеннолетним, использовании других принудительных мер для недопущения в последующем новых преступлений со стороны данного несовершеннолетнего. С этой позиции несовершеннолетние могут быть распределены по трем группам.

- У До 7 лет.
- До 14 лет.
- С 14 до 18 лет.

Для первой группы никаких мер правового воздействия не предусмотрено.

То, что представители второй из названных групп не обладают деликтоспособностью, не означает, что они выпадают из правового поля. Совершаемые ими противоправные деяния, содержат признаки состава преступления и отличаются, подчас, значительной тяжестью.

Такие меры установлены **Законом о мерах воздействия, применяемых к несовершеннолетним.** ⁴⁷Комиссии по делам несовершеннолетних, создаваемые в уездах, а в случае необходимости - и на городском, волостном уровне или даже в городских районах, могут применять к неделиктоспособным нарушителям разнообразные меры. К ним относятся:

1) предупреждение;

⁴⁷ RT 1, 2002, 82; ПАЭ. 2002, 19

- 2) организационно-школьные меры воздействия;
- 3) направление на беседу к психологу, наркологу, социальному работнику или иному специалисту;
- 4) примирение;
- 5) возложение обязанности проживания у родителей, премных родителей, опекуна или в семье у попечителя либо в детском доме;
- 6) общественно полезные работы;
- 7) передача на поруки;
- 8) участие в молодежных или социальных программах или прохождение курса лечения;
- 9) направление в школу для учащихся, нуждающихся в особых условиях воспитания.

Уже из названия перечисленных мер видно, что они имеют главным образом не карательный, а воспитательный и профилактический оттенок. И это понятно с учетом возрастной психологии данной группы несовершеннолетних. Противоправное деяние у этих детей, как правило, есть следствие отсутствия домашней заботы и любви, антисоциального образа жизни родителей и старших, а нередко — и прямого влияния взрослого злоумышленника. Такие меры не входят в систему, установленную КS.

Лицо, совершившее преступление в возрасте от 14 до 18 лет, считается деликтоспособным. Тем не менее, принимается в расчет, что такое лицо еще не стало совершеннолетним. Особенности его положения определяются рядом правовых ограничений.

- •При применении наказания в виде денежного взыскания его размер ограничен по сравнению с размером взыскания для взрослого лица. От 30 до 250 дневных ставок против размера от 30 до 500 дневных ставок (ч. 5 ст. 44).
- •Денежное взыскание не назначается не достигшему восемнадцатилетнего возраста лицу, которое не имеет самостоятельного дохода (там же).
- •При применении наказания в виде тюремного заключения его максимальный срок для несовершеннолетнего лица не может превышать 10лет. В то время, как для взрослого 20 лет. (ст. 45)
- •Несовершеннолетнее лицо не может быть осуждено к пожизненному тюремному заключению (там же).
- ■Суд может освободить несовершеннолетнего от наказания и применить к нему меры воспитательного воздействия (ст. 87). Такое решение суда должно быть вынесено с учетом способности освобождаемого от наказания лица отдавать себе отчет в недопустимости своего деяния и руководить своими действиями (фактор деликтоспособности). Меры воспитательного воздействия суд может менять в зависимости от поведения несовершеннолетнего. К этим мерам закон относит:
- 1. предупреждение;
- 2. подчинение контролю за поведением несовершеннолетнего со стороны службы уголовного надзора на срок до одного года с правом суда в порядке исключения продлить этот надзор еще не более, чем на один год;

- 3. помещение в воспитательный дом для молодежи на срок до двух лет или в порядке исключения дополнительно на срок до конца учебного года, но не более, чем на один год;
- 4. помещение в школу для учащихся, нуждающихся в особых условиях воспитания (так же, как и в п.3).

Насколько эффективны перечисленные виды воздействия, сказать трудно. Имеется не мало случаев положительного влияния. Но есть факты и противоположного характера.

Журналист Eesti Ekspress посетил специколу для девочек в Каагвере. То, о чем он рассказал на страницах газеты, явно не вдохновляет.

Из 42 учениц специколы больше половины знакомы с наркотой...Отведав наркотики, затевают драки и пытаются бежать. Наркотики сюда доставляют родители и друзья. На стенах карцера граффити, восхваляющие коноплю и амфетамин...Как и в любой замкнутой системе, здесь своя иерархия: боссы и «шестерки». Последние прибирают комнаты, стирают для боссов — за курево... Журналист ЕЕ видел, как девчонка не выпускала учительницу из класса. Как в столовой девицы приветствовали фотографа непристойными жестами. В двухместных боксах койки часто сдвинуты — как одно супружеское ложе. Дверные стекла выбиты — след недавнего «погрома», когда девчонки в знак протеста били стекла и подожгли три комнаты. К счастью удалось справиться своими силами. Целой мебели здесь осталось мало, Девочки, придя в ярость, начинают се крушить. 48

Необходимо заметить, что эстонское пенитенциарное право, находясь под большим влиянием соответствующей отрасли немецкого права, все же не восприняло от него образование автономной подотрасли, регулирующей ответственность за противоправное деяние лиц подросткового и молодежного возраста. В Германии эти вопросы решаются отдельным Законом об отправлении правосудия по делам молодежи (1974 г.). Этот закон охватывает вопросы судоустройства, материального и процессуального права, адресуемого молодежи, а соответствующая область научных знаний, кроме того, занимается криминологическими исследованиями девиантного поведения. Основным возрастным контингентом, на который распространяется действие закона, являются лица от 14 до 18 лет. Но называются также и меры воздействия на тех, кому приходится от 18 лет до 21 года, что связано с деятельностью судов по делам молодежи. Для лаконичного и системного изложения вопроса воспользуюсь таблицей из книги о немецком уголовном праве. 49 (см. Таблицу 2(7).

Таблица 2 (7). Структура ответственности несовершеннолетних по немецкому праву

Возраст	Уголовно-правовая	Компетенция	Меры
	ответственность		
Дети до 14 лет	§ 19 StGB	Службы по делам	Помощь:
	Уголовная	молодежи	Меры защиты по ГК
	ответственность	Семейный суд	§ 1631 ч.3, 1631b, 1631c –
		(Familien –	никаких уголовно-

⁴⁸ Дикие девочки в Каагвере.// Eesti Ekspress – Вести недели.19.04. 2002 г.

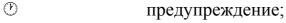
43

⁴⁹ Жалинский А.Э. Указ. Соч.,с.с.340-341

	исклю- чается. Лицо недееспо -собно	gericht) Полиция (Polizei) Суд по опеке (Vormund- Schaftsgericht) Молодежные исправительные учреждения	правовых мер
Несовершенно - летние:14-18 лет	Условная уголовная ответственность по § 3 Закона об отправлении правосудия по делам молодежи (ЗоОПДН) требуется достаточное развитие	Полиция, следователи (wie Ermittlungsbehorde), кроме § 102, 103 абз.2 ЗоОПДН	Меры исправления и безопасности по § 7 ЗоОПДН, наказание по § 17
Молодежь от 18 до 21 года Взрослые: От 21 года	Общая уголовная ответственность. за исключением § 20 (невменяемость вслед ствие психического расстройства)	Прокуратура, полиция, суды по делам молодежи (Jugendgericht) — за исключением § 102, 103 ч.2 ЗоОПДН	Решение о мерах по § 105, взрослые или юношеские; если взрослые, то §106 ЗоОПДН

Российский УК, следуя сложившейся еще в русском уголовном праве XIX века традиции, выделяет положения об уголовной ответственности несовершеннолетних в особый раздел. Но этому предшествует установление двух возрастных категорий несовершеннолетних. С 14 лет возможна уголовная ответственность за отдельные виды преступлений, перечисленные в законе, причем перечень по сравнению с предыдущим УК расширен. С 16 лет предусмотрена общая уголовная ответственность. Несовершеннолетним считается лицо, не достигшее возраста 18 лет. Наказание несовершеннолетнему имеет свои особенности. Их перечень содержит девять наименований. 50

Наряду с этим предусматриваются возможности освобождения несовершеннолетнего от уголовной ответственности с применением мер воспитательного характера. Для этого требуется, чтобы преступление отличалось небольшой или средней тяжестью, было совершено впервые, на виновное лицо были бы положительные характеристики. К воспитательным мерам относятся:



передача под надзор родителей или лиц, их заменяющих, либо специализированного государственного органа (интернаты, детские дома); возложение обязанности загладить причиненный вред;

⁵⁰ Уголовное право, с.481-482

- Ограничения досуга и установление особых требований к поведению.
- шные меры по усмотрению суда и следственных органов, при этом учитывается, что расширительному толкованию в уголовном праве могут быть подвергнуты лишь смягчающие обстоятельства.

Сравнение законодательства трех государств позволяет сделать вывод в пользу германского права, которому известна особая судебная система для молодых правонарушителей. Для Эстонии и России проблема правонарушений со стороны молодежи продолжает оставаться настолько острой, что отдавать предпочтение тому или иному законодательному решению, явно не приходится, настолько низка их эффективность. Корень зла произрастает на почве социально-экономических и педагогических отношений, рядом с которыми правовое решение можно рассматривать как вторичное.

1.5.Общественно-полезный труд (ОПТ)

Общественно-полезный труд эстонским законодателем не включен в систему наказаний. Но он и не значится в числе иных мер воздействия. Получается так, что этот вид воздействия на осужденного, отличаясь от того и другого, характеризуется какими-то признаками и наказания, и иных мер воздействия.

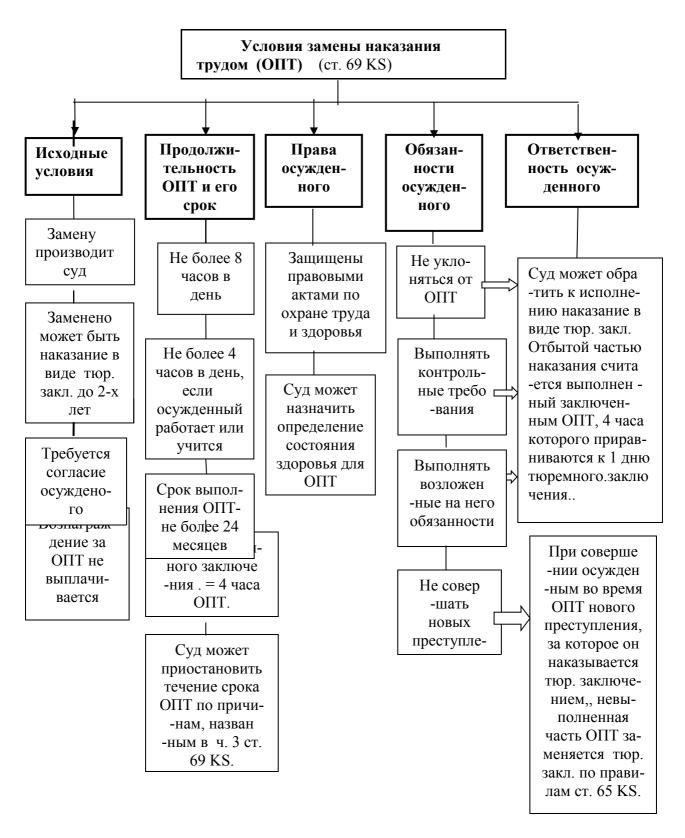
Статья 69 об ОПТ большая. Поэтому лучше представить ее содержание в виде схемы (См. Схему 4 (9).

Институт общественно-полезного труда содержится в той главе KS, которая регулирует применение наказания (глава 4,). Он заключается в том, что по решению суда осужденному, которому уже назначено наказание, в виде тюремного заключения на срок до двух лет. это наказание может быть заменено общественно-полезным трудом. Поскольку замена рассматривается как шаг в сторону улучшения положения осужденного, то для нее требуется согласие осужденного.

Место в KS, где размещена статья 69 (раздел 2 главы 4), регулирующая общественно полезный труд, выглядит несколько странно. Ведь все нормы данной главы о применении и назначении наказания, т.е. они адресованы суду, выносящему приговор, регулируют те или иные возможности суда для назначения справедливого наказания. Между тем, в статье 69 говорится о том, что заменяется на ОПТ уже назначенное судом наказание, которое находится в стадии исполнения. А это уже несколько иной вопрос, чем назначение наказания. Так и напрашивается предложение о включении в KS главы об исполнении наказания, что я пытался обосновать во введении к этому курсу лекций.

Практическая реализация положений ст.69 связано с решением многих проблем, начиная от организации деятельности специально для этих целей созданной государственной службы и кончая выявлением эффективности данной меры воздействия.

Схема 10. Замена наказания общественно-полезным трудом



. Некоторые представления об институте общественно-полезного труда в действии дает нижеследующая публикация.

Еще до того, как KS начал действовать, мнения насчет результативности ОПТ были различные, хотя ОПТ уже применялся. В мнениях, изложенных на странице газеты, специалисты в области применения ОПТ высказывались по-разному.

Один обратил внимание на то, что »в тюрьме заключенных кормят, а уборщики не станут получать ничего — ни баланды, ни макарон, ни перловой каши. Им придется

позаботиться о пропитании самим, рассчитывая на дополнительный заработок или поддержку родственников». Другой, присоединившись к этой оценке, подметил, что, «в тюрьму не хочется никому...Между тем семеро из десяти осужденных уверяют, что пошли на кражу потому что не нашли работу, не на что купить одежду. Или захотелось сделать подарок своей девушке. Если работа по очистке улиц никак не оплачивается, то средства на макароны большинству придетсяискать настороне. То есть там, где они не нашли работы перед тюрьмой. То же — и со средствами на одежду. С девушками также все по-прежнему.Замкнутый круг. Эксперимент из-за перенаселенности мест заключения может обернуться «холодной весной 2002 года» (перефразировка названия известного кинофильма о разгуле преступности в СССР - Ю.Л.). То есть человека ставят в те же условия, что и раньше. Возможно, финны правы: помотавшись в поисках заработка на жизнь, большинство вернется в тюрьму»

Но, возражая против необосновнного пессимизма, начальник уголовнопопечительского отдела, заметила: »наше ведомство требует, чтобы у человека было место работы и возможность прожить». А другой участник обсуждения заявил: «Наша задача — учить и направлять человека, чтобы облегчить возвращение в общество». 51

Итак, линия, разделяющая наказание и иные меры воздействия в пенитенциарном праве Эстонии, обозначена пунктиром, а не непрерывно. Использовав предложенный немецкими криминалистами критерий вины (наказание за вину, иные меры воздействия — без вины), мы получили в пенитенциарном праве Эстонии далеко не однозначный вариант. Оказывается, во многих случаях применение иных мер воздействия предполагает, впрочем, как и в немецком законодательстве, вину осужденного в ограниченном или даже в полном виде (при возрасте 14-18 лет, при ограниченной вменяемости, при большинстве вариантов конфискации, не говоря уже об общественно-полезном труде).

Лекция 2. Цели наказания

-

⁵¹ Нильс Айвар.» А в тюрьме сейчас обед. Макароны дают...» // Эстония 22 12. 2001.

Виды целей наказания. Обоснование установления целей наказания, обязательных для законодателя. Обусловленность целей наказания природой правового государства. Уроки истории наказания. Опасность радикализации наказаний. Единство целей-принципов, целей назначения наказания и целей исполнения наказания. Содержание целей наказания, его назначения и исполнения. Частная и общая превенция. Частная превенция с ресоциализацией и без нее. Общая превенция как восстановление справедливости и устрашение. Взаимосвязь и взаимообусловленность частной и общей превенций. Абсолютная, относительная и компромиссная теории наказаний.

2.1. Объем понятия целей наказания

Цели наказания могут быть целями-принципами, а также целями назначения наказания и его исполнения. Но StGB о целях вообще не упоминает ни в каком аспекте. Нормативное понимание целей, закрепленное в KS (ч.1 ст.56), соотносит их только с назначением наказания. УК РФ (ст.43) также регулирует цели в аспекте назначения наказания.

Из приведенного перечня может сложиться мнение о малозначительности этого вопроса. Но такое мнение будет слишком поспешным и поверхностным.

На самом деле решить, ради чего устанавливается, применяется и исполняется наказание, значит разобраться в том, зачем необходимо наказание и какой эффект рассчитывает получить государство и общество от его применения. Выделение наказания из системы мер воздействия на лицо, совершившее противоправное деяние, тоже в значительной мере объясняется специфичностью тех целей, которые характерны для наказания.

Первый из выделенных аспектов понятия целей заслуживает самого пристального внимания, хотя в учебной и научной литературе он затрагивается лишь изредка.

Один из создателей кибернетики Ноберт А Винер в свое время высказал обоснованное беспокойство по поводу нерешенности вопроса о целях наказания. «В настоящее время, - писал он,- менее всего удовлетворительна криминалистическая сторона права западных стран. Право, по-видимому, рассматривает наказание то как угрозу для устрашения других возможных преступников, то как обрядовый акт искупления виновным вины, то как способ изоляции его от общества и защиты последнего от опасности повторного дурного поведения, то как средство социального и морального воспитания индивидуума. Эти четыре различные задачи можно выполнять четырьмя различными методами, и если мы не знаем точного способа их градации, то наше отношение к преступнику будет основано на недопонимании. В настоящее время уголовное право пользуется то одним языком, то другим. До тех пор, пока общество не установит, чего же оно действительно хочет: воспитания искупления, изоляции, ИЛИ устрашения потенциальных преступников, у нас не будет, ни искупления, ни изоляции, ни воспитания, ни устрашения, а только путаница, где одно преступление порождает другие преступления. Любой кодекс, исходящий на одну четверть из британского предрассудка XYIII века о пользе виселицы, на вторую четверть из принципа изоляции преступника от общества, на третью четверть из нерешительной политики воспитания и на последнюю четверть из политики выставления мертвой вороны для отпугивания остальных, - очевидно, ничего не способен нам дать». 52

В части 1 ст. 56 KS содержится указание на то, что при назначении наказания судом должна учитываться возможность оказания на виннового воздействия с целью его отказа от совершения виновных деяний в дальнейшем, а также интересы охраны правопорядка.

Не вдаваясь пока что в анализ содержания каждой из названных целей назначения наказания, поставлю вопрос в общем плане: неужели весь смысл целеполагания должен сводиться к целям назначения наказания и не касаться того, ради чего законодатель должен вводить в кодекс те или иные виды наказания?

Утвердительный ответ на этот вопрос едва ли будет уместен, если не забывать, что имеется в виду цели наказания, присущие демократическому обществу и правовому государству, каким Эстония считается по своей Конституции.

Правовое государство должно существенно отличаться от политического государства, особенно, в его полицейской разновидности. Политическое государство основано на своеволии государственной власти, действующей по принципу «что хочу, то и ворочу». В таком случае находят оправдание отказ от соблюдения основных прав человека, свертывание правосудия, произвол решений и действий властей, концентрация силы власти в одних руках, необузданное полицейское насилие, и т.п.

Правовое государство, как его понимал один из родоначальников идеи Иммануил Кант и как оно в оптимальных случаях себя проявляет, - полная противоположность политической вседозволенности.

Одной из впечатляющих его особенностей принято считать связанность государственной власти, в том числе и ее законодательной ветви, принятыми ей же самой решениями (законами). Эта власть должна иметь рамки, за пределы которых выходить не имеет права.

Наказания за преступления – одна из самых напряженных государственной деятельности, так как непосредственно влияет на общество насильственным путем. В Конституции Эстонии имеется норма, посвященная материальному пенитенциарному праву (ст. 23). Она содержит ограничения в применении пенитенциарного закона. Но адресаты этой нормы – суд и иные правоприменительные органы, однако отнюдь не сам парламент. В Основном законе государства нельзя найти ни одного положения, которым объяснялись цели государства в области наказаний, ограничивающие парламент в выборе направления пенитенциарной политики. В ряде случаев конституционные нормы имеют бланкетный характер и отсылают к другим законам (например, ст. ст. 12, 20, 27, 29). Но, как уже указывалось, KS в этом отношении не использован, так как никакого норматива для законодателя в части формулирования целей наказания не содержит.

_

⁵² Винер Роберт. Кибернетика и общество. Москва, 1958, сс. 116-117

Интересно попутно заметить, что законодатель, отказавшись от ранее существовавшего (до 1992 года) материально-формального определения преступления с использованием признака «общественная опасность» фактически развязал себе руки и в решении такого важного вопроса, что считать преступлением. Теперь преступление — это деяние, признанное таковым законодателем. Является ли оно опасным для общества или представляет опасность только для отдельного властвующего индивидуума либо крайне узкой элитарной группы, значения не имеет. Законодатель волен поступать, как ему заблагорассудится.

Между тем, возвращаясь к целям наказания, необходимо обратить внимание на такой заслуживающий уважения аргумент, как история. Ясно, что во все времена и у разных народов введение того или иного наказания преследовало одну общую цель — сократить преступность в части регулируемых данной нормой отношений, а в идеальном плане — избавиться от нее.

Исторический опыт показал, что, вообще-то, возможности наказаний для достижения таких целей не велики. Причины преступности коренятся в глубине реальных жизненных процессов, а наказание способно блокировать эти процессы в весьма незначительной степени.

Но долгое время расчет сильных мира сего на сдерживающую роль страха перед жестоким наказанием за преступление был настолько велик, что именно такого рода наказания считались предпочтительными. Цель устрашения породила целый каскад жесточайших наказаний.

Смертная казнь. членовредительские наказания получили столь большое распространение, что успешно по масштабам своего применения могли конкурировать с имущественными взысканиями. Лишение жизни человека не только использовалось как устрашающее средство само о себе, но и имело квалифицированные виды. К простым ее формам относились: повешение, отсечение головы (мечем, топором, гильотиной), расстрел, удавление железными кольцами, утопление. Квалифицированными, например, в России, считались сажание на кол, четвертование, колесование, повешение на крюк за ребро, сожжение живым, закапывание в землю по плечи, вливание в горло расплавленного металла. Кроме того, в Западной Европе применялись сдирание кожи, вытягивание кишок, разрывание лошадьми, закапывание живого в землю, позорное утопление, Страдания осужденного еще более возрастали, когда у него перед казнью вырывали зубы, вырезали из спины ремни, ущемляли

Гиольтина как орудие смертной казни путем отсечения головы была изобретена и часто применялась во Франции в конце XVIII века. К этому наказанию якобинским судом был приговорен знаменитый французский физик Лавуазье. Даже в такой трагической ситуации осужденный не утратил любознательности. Его по естественным причинам заинтересовал вопрос, испытывает ли голова после отделения от туловища болевые ощущения. Он сказал палачу, что если это так, то отрубленная голова подмигнет ему одним глазом. На что палач ответил, что не нуждается в подобном эксперименте, так как уверен в нестерпимых болях, ощущаемых головой. Иначе ему не пришлось бы каждую неделю менять корзины с обкусанными краями, куда эти головы падают.

 $^{^{53}}$ O том, какое это было устрашающее наказание, говорит следующая история.

раскаленными щипцами и т.д. Были обрядовые санкции, такие как: позорное шествие к месту казни, протаскивание к месту казни на свиной шкуре, на доске, выставление у позорного столба. Но и после умерщвления продолжалось демонстрация тяжести кары путем возложения колесованного покойника на колесо, сожжения трупа, водружения отсеченных головы, рук, ног на колья, оставление трупа на виселице. 54 (см. Рисунок 2(10).

Многие из перечисленных наказаний сохранялись в праве европейских государств длительное время. Считавшееся одним из самых строгих английское законодательство вплоть до 1810 года признавало сожжение. колесование, четвертование, вырывание внутренностей из живого тела и т.д. Смертная казнь могла назначаться за 6789 преступлений.

Изучение вопроса в Эстонии показало, что здесь дело обстояло именно таким образом, хотя, может быть, в более смягченном варианте, чем во многих других государствах. 55

С XIII века происходит объединение эстонской территории, но, все-таки сохраняются два территориальных образования: Ливония и Эстония. В первой действовало Ливонское крестьянское право (Das Livische bauerreht), во второй Эстонское крестьянское право (Das bauerrecht der esten in der wiek). Для дворян существовало рыцарское право. В XV веке оно было систематизировано. Все эти законы были созданы завоевателями и в значительной степени несли на себе влияние распространенного в европейских государствах того времени законодательства.

Наряду с использованием в качестве наказания денежного взыскания широкое распространение получили тяжелые наказания, признававшиеся тогда сводом германских законов «Саксонское зерцало» (Sachsenspiegel 1221-1230 годы) санкцией за многие виды преступлений

Наказаниями были изгнание, смертная казнь, членовредительские наказания, заключение и наказание поражением чести. Если за мелкие кражи еще применяется штраф, то за более крупные кражи... – телесные повреждения, а за кражу плуга, кражу с мельницы, церкви или с кладбища— колесование, за разбой — обезглавливание. Рыцарское право так же предусматривало колесование, повешение, отрубание головы и иные наказания, сходные с теми, что содержались в «Sachenspiegel».

Позже на территории Ливонии и Эстонии стали использоваться нормы средневекового европейского кодекса (XVI век) «Каролина», наказания по которому применялись с учетом некоторых смягчающих обстоятельств, предусмотренных правом Швеции.

«Жестокость наказаний в «Каролине» была исключительной по сравнению с предыдущей эпохой – писал, обстоятельно изучавший историю наказаний

Рисунок 2 (10). Квалифицированная смертная казнь⁵⁶

⁵⁴ Перечень приводится по: Сергиевский Н.Д. Русское уголовное право. Пособие к лекциям. Часть Общая. Издание седьмое С-Петербург. 1908, с.112.

⁵⁵ Cm. Sootak J. Veretasust kriminaalteraapiani. Tartu. 1994

⁵⁶ Из кн.: Шаргородский М.Д. Указ. соч., с. 47



Разрывание лошадьми на части.



Повешение за ноги и распиливание

профессор М.Д. Шаргородский. - ...Большинство статей «Каролины» различаются лишь методами приведения в исполнение приговоров к смертной казни или характером членовредительских наказаний. Так, за поджог (ст. 125) и за скотоложество (ст.116) «Каролина» угрожает сожжением, за отравление —

колесованием (ст. 130), за детоубийство – утоплением (ст.131), за аборт – отрубанием головы и утоплением (ст.133), за умышленное убийство – колесованием (ст. 137), за квалифицированную кражу – повешением (ст. 162) и т.д.»⁵⁷.

Если пройти чуть вверх по таллиннской улице Рюйтли, мимо посольства Японии, то, как раз на повороте будет неприметный дворик за металлической решеткой. Дворик примыкает к небольшому двухэтажному домику - сейчас он стоит сумасшедшие деньги, а в то время апартаменты казались более чем скромными. Здесь раньше жил городской палач.

Естественно, народной любовью представитель этой профессии не пользовался, кроме непосредственно казни преступников, палач еще время от времени отрубал людям пальцы, руги — в общем, части тела, назначенные судом за совершение той или иной провинности.

Казнили, кстати, за пределами города - на Висельной горке, там, где сейчас Национальная библиотека. История помнит только один случай, когда казнь произошла в черте города: - на Ратушной площади был обезглавлен пастор Панике, убивший в пьяной трактирной драке служанку. Раскаявшись в содеянном, он просил смерти, но достойной - от меча. Что и было сделано.

В повседневной жизни палач носил красный балахон, причем с колокольчиками - заслышав знакомый звон, горожане стремительно расходились по своим делам, потому как никому не хотелось лишний раз встречаться с городским палачом. 58

Прошли века, но на эстонской территории, то сужаясь, то расширяясь, продолжал свое существование курс на устрашающую роль наказания, особенно в периоды советской и германской оккупаций в середине XX века.

Общие социально-экономические и политические условия на пути к демократизации и гуманизации пенитенциарного права к настоящему времени коренным образом обновились. Это можно рассматривать в качестве какой-то государственного беспредела области гарантии наказательной деятельности, но закрепление в законодательстве адекватных новому времени целей наказания, обязательных для законодателя, формальной акцией не назовешь. Ведь о способности нашей политической элиты поддаваться лоббированию и иным эгоистическим влияниям достаточно известно. Если сейчас законодатель руководствуется целями наказания, присущими правовому государству, то нет правовой гарантии, что, не имея юридически закрепленного указания на этот счет, он будет поступать так и в дальнейшем. Ради погони за голосами избирателей, ради мнимого усиления эффективности наказания путем его приведения в соответствие с распространенным общественным мнением, можно пойти на многое. Тем более, что всполохи таких настроений отмечаются и сейчас.

⁵⁷ Указ. соч.,с. 53

⁵⁸ Вести дня. 20.04.2004

Член Рийгикогу от партии Res Publica Элле Кулль высказала в газете свое мнение о том, как можно и нужно бороться с педофилами. «Педофилия — это неизлечимое отклонение. Таких людей исправляет только возраст или могила, но не тюрьма и не психиатр, к которому насильник, скорее всего, добровольно не пойдет из страха быть изобличенным. Принудительное лечение в психиатрической клинике или пожизненное тюремное заключение за счет налогоплательщиков, очевидно, не устроит ни одну из сторон, так как педофил зачастую является социально-деятельным и трудоспособным гражданином, Несправедливо делать из него иждивенца.

Лучшим решением для всех была бы принудительная химическая стерилизация педофилов. Такая, на первый взгляд, суровая процедура была бы на самом деле более приемлема.

Если кто-то считает это слишком жестокой мерой или даже нарушением прав человека в отношении психически больного, то я хотела бы спросить: будет ли более гуманным предоставить неизлечимому растлителю детей реальную возможность с вероятностью 99 процентов продолжить раньше или позже свои насильственные действия в отношении детей после освобождения из закалючения? Справедливо ли это в отношении его несовершеннолетних жертв?...»⁵⁹

Парламентарий, похоже, забыла, что все, ей предлагаемое, человечество проходило. Была и насильственная стерилизация, и газовые камеры для психически больных людей. Причем, аргументы в защиту таких наказаний были очень схожи с теми, о чем поделилась законодательница с читателями газеты. Такова была теория и практика национал-социализма в Германии прошлого века. Чтобы найти опровергающие такой подход аргументы, достаточно ознакомиться с материалами Нюрнбергского судебного процесса над немецкими военными преступниками.

Провозглашение целей наказания важно и для того, чтобы создать барьер влиянию на правосознание законодателей неоломброзиантских и подобных им теорий. способных превратиться в реальные виды наказаний, связанные с генетической модуляцией, управлением психической жизнью человека или возрождением принципа «талиона».

Возьмем, к примеру, антропологическое направление. Сторонники антропологической школы, сложившейся под влиянием работ итальянского врача-психиатра Чезаре Ломброзо (1835- 1909), предложили свое понимание преступника и способов воздействия на него. Эта школа получила признание среди психиатров и какой-то части юристов во второй половине XIX и начале XX веков, а в лице неоломброзианцев, главным образом из числа генетиков, она продолжает существовать и в наши дни. Считается, что выводы, к которым пришли Ч. Ломброзо и его последователи, способствовали возникновению интереса к изучению роли медико-биологических факторов, влияющих на

54

 $^{^{59}}$ Кулль Элле. Страх публичного разоблачения заставит насильника задуматься. // Postimees. 7 07 2006

преступное поведение. Однако основная идея этой школы — идея прирожденного преступника — и в прошлом, и в настоящем стала объектом острой критики.

Ч.Ломброзо обследовал первоначально около 1700 осужденных за насильственные преступления и пришел к выводу, что они отличаются от законопослушных людей врожденными, неизменяемыми качествами. Даже внешность этих людей якобы позволяет говорить об их отношении к особому типу человека — преступной личности. Каждой разновидности преступной личности присущи свои признаки - стигматы.

Воры отличаются длинными пальцами, сильной подвижностью рук и лица, сдвинутыми бровями, оттопыренными ушами, кривым, впалым или курносым носом, блуждающим взглядом маленьких глаз. Убийцы имеют большой орлиной конфигурации нос, клыкообразные длинные зубы, выпуклые скулы и большую челюсть, тонкие губы, налитые кровью глаза, холодный взгляд. Сексуальные маньяки, склонные к половому насилию, выделяются женственной пластикой, толстыми губами, блестящими глазами, длинными волосами и т.п. Перечень стигматов был довольно значительным, так как в расчет принимались не только анатомические и физиологические признаки, но и нравственные характеристики (см. рисунок 3 (12).

Таких лиц, по мнению ломброзианцев, среди преступников насчитывается около сорока процентов. Поскольку к выводам о стигматах преступной личности исследователи приходили на основе использования антропометрии, т.е. измерения черепа, разных частей тела, а также - изучения наклонностей, пагубных привычек, то критики этой школы говорили, что для Ч. Ломброзо главное «преступника измерить, взвесить и повесить».

Действительно, предложения, делавшиеся на основе антропологического изучения преступников, были более, чем радикальными. Если исходить из приобретенных существования неизменяемых врожденных или даже наклонностей к совершению преступлений у преступной личности, то это значит отказаться от признанных целей применения наказания. Тогда преступников надо казнить, стерилизовать и кастрировать (чтобы не воспроизводили потомство себе подобных), в крайнем случае, помещать на пожизненное поселение на необитаемые острова, на большом расстоянии от населенных земель. Это и предлагали делать представители антропологической школы. Не случайно их взгляды были восприняты идеологами националсоциализма в Германии и фашизма в Италии. Расовая теория, которой питался гитлеризм, напрямую связана с антропологическими выкладками о преступной личности. С позиций антропологической школы оказались излишними многие институты преступления, основные наказательного права: понятия противоправности, вины, соучастия и др. Вместо суда решать судьбу преступника должны были административные комиссии, которым придавались Рисунок 3 (11). Антропология преступной личности⁶⁰

⁶⁰ Изображения «воспроизведены по очеркам, сделанным доктором Кларком в образцовой тюрьме Pentoville. Портреты сняты поспешно, но они верны и считались удачными по сходству... Некоторые черепные и лицевые особенности, подмеченные антропологами, были



бы права определять наличие пагубных наклонностей и применять к их обладателям меры безопасности

. Итак, в Конституции или в KS были бы к месту указания о целях наказания, определяющие направление пенитенциарной политики государства. Что касается содержания такой принципиальной установки, то она должна совпадать с тем, что законодатель считает необходимым адресовать суду и иным правоприменительным органам. Было бы странным, если бы при назначении наказания суд руководствовался одними целями, а в части основополагающих принципов признавались другие. Правоустанавливающие акты и акты правоприменительные — это звенья одной системы, в силу которой складывается желательный для общества правопорядок. Более того, к сказанному следует добавить, и это добавление принципиально важно, что цели установления и назначения наказания практически достигаются при его исполнении, а, следовательно, вся деятельность пенитенциарных учреждений должна быть построена на том же самом фундаменте, на котором стоит законодательство и суд. Сквозной стержень одних и тех же целей проходит сквозь законодательство, суд, пенитенциарные учреждения.

2.2. Содержание целей наказания, его назначения и исполнения

до того рельефны в этих рисунках, что необходимо упомянуть, что они были сделаны несколько лет раньше обнародования сочинения Ломброзо».

Из кн. проф. Б.Гавелок. Преступник. Перевод с английского. Петроград, 1915, с. 43

Высшей целью наказания, по определению Конституционного Суда ФРГ, является охрана общества от социально-вредоносного воздействия и защита элементарных ценностей совместной общественной жизни. 61

В более предметном плане цели наказания сводятся к двум вариантам. Один из них называется специальной (частной) превенцией (предупреждением), а другой — генеральной (общей) превенцией. (См. Схему 12).



Специальная превенция – слишком абстрактное понятие, чтобы ее можно было однозначно истолковать, особенно в той формулировке, которая содержится в ч. 1 ст.56 KS: цель отказа лица от совершения преступления в дальнейшем.

Такой отказ может быть обусловлен разными факторами. Тут может присутствовать и этическая переориентация виновного лица на приспособление к общепринятым нормативам поведения (в народе говорят: «завязал» с преступным образом жизни). Но отказ может быть порожден и физическим увечьем, полученным во время отбытия наказания, и расстройством психики, и, в конце концов, смертью лица как следствием суицида. Важно понять подлинный смысл формулы закона.

Очевидно, он учитывает в свою очередь такие обстоятельства как возможность ресоциализации виновного лица или ее отсутствие.

Ресоциализация, т.е. становление осужденного на путь признания норм человеческого общежития и следования этим нормам, представляет собой гуманистическую миссию наказания, которая по идее должна иметь положительные последствия и для человека, и для общества.

⁶¹ Приводится по: Жалинский А.Э. Указ. соч., с.297

Но имеется значительное число фактов, свидетельствующих о том, что такой ход событий совершенно не обязателен. Надо быть реалистами и видеть события такими, какие они есть на самом деле. Значительное число осужденных после отбытия наказания или даже во время его исполнения совершает новые умышленные преступления.

В Эстонии на начало 2005 года 770 заключенных оказались за решеткой впервые. 689 – во второй раз. 522 – в третий. 1488 – в четвертый и более раз. 62

Кроме того, тяжесть совершенного деяния может быть настолько велика, что санкция статьи, по которой квалифицируется преступление, предусматривает пожизненное тюремное заключение. Цель ресоциализации виновного в таких случаях утрачивает реальный смысл. Наказание в этом варианте должно выполнять цель изоляции виновного от общества, чтобы он в физическом смысле не имел возможности совершить новое преступление.

Что делать с преступниками, не поддающимися ресоциализации, - эта проблема мучительно осмысливается в течении многих столетий.

Сейчас уже невозможно установить, кто придумал увечащие человека наказания (типа вырывания ноздрей) и клеймение для того, чтобы бывший преступник легко опознавался населением и органами правопорядка как источник потенциальной опасности. Позже той же цели достигали иными способами. Во Франции ядро, которое на цепи волочил за собой каторжник, вырабатывало у него особую походку, так как он привыкал приволакивать правую ногу. В Англии в конце XVIII в. сэр Уильям Кьюбит изобрел для применения в тюрьмах ступенчатое колесо. Оно было высотой в человеческий рост, имело 24 лопасти-ступеньки, длина его окружности равнялась 20 футам. Заключенные были заняты изнурительным однообразным трудом: они беспрерывно карабкались по лопастям, держась за поручни, обеспечивая 4-6 полных оборотов колеса в минуту. С помощью описанного механизма мололи зерно или качали воду. После нескольких лет такой пытки заключенный, если не становился полным калекой, приобретал характерную "прыгающую" походку, по которой сыщики легко могли его узнать. 63

И надо сказать, что задача так и остается нерешенной. Пока что можно сделать один вывод: при специальной превенции не всегда следует руководствоваться целью ресоциализации. Допустимо и противоположное решение, но основанное на законе.

Весной — летом 2006 много шума наделало освобождение из тюрьмы серийного убийцы Александра Рубеля, который отбыл полный срок наказания. Об этом писали, чуть ли не все центральные газеты. Это тот самый тип, который на суде заявил, что он хотел попробовать, как это убивать, а, когда все совершил, на душе ему стало легче. К тому же еще добавил, что, выйдя на

⁶² На свободу – с чистой совестью.// Postimees - Вести дня. 8. 06. 2005

⁶³ Пашин Из ресурсов Интернета

свободу, если захочет, то сможет убить даже прокурора. «История Рубеля, -делилась своим мнением Postimees, - ужасное исключение из правил, подтверждающее, что, несмотря на всю законность его освобождения, общественность не может быть уверена в том, что этот человек теперь не опасен». Совершив убийство шести человек, он на суде не проявил ни малейшего раскаяния, был приговорен к восьми годам тюрьмы, а не к пожизненному заключению, лишь потому, что при совершении убийств не достиг возраста 18 лет. Газета предложила ввести за подобного рода освобождаемыми из тюрьмы после отсидки срока криминальный надзор, как он сейчас осуществляется за условно освобожденными. 64

Наказание должно одновременно воздействовать и на виновное лицо, и на других лиц, даже не причастных к деянию, совершенному виновным лицом. Более того, по крупному счету объектом воздействия наказания предполагаются не только лица, склоняющиеся к совершению виновных деяний, но и массовое сознание, жаждущее удовлетворения чувства справедливости.

Примером конкретной акции в русле общего предупреждения может служить экскурсия в тюрьму

Неплохую предрождественскую экскурсию устроили для своих подопечных сотрудники молодежной полиции Кесклинна. Две группы так называемых «проблемных» подростков побывали в Таллиннской тюрьме и своими глазами посмотрели на жизнь «за решеткой». Первое неприятное ощущение посетило некоторых подростков после того, как им позволили зайти в камеру, где на тот момент находились 6 ожидающих окончания следствия или суда мужчин. Переступить порог реального (а потому мрачного) места заключения отважились всего 3-4 человека из всей группы экскурсантов. Другие предпочли на всякий случай близко к открытой двери камеры не подходить: «Не-е, я не пойду, вдруг замочат». Следующее «испытание» настигло пацанов, когда они своими глазами увидели карцеры и боксы для прогулок размером 3 с половиной на 2 шага. И как завершающий аккорд – беседа в кабинете заместителя начальника тюрьмы... Ребята «умничали», демонстрируя свои знания уголовного права, задавали вопросы и о сроках, добавляемых за побег, и о наказаниях за драки и случайные убийства, и о помилованиях. До того момента, пока разговор не зашел о таких серьезных вещах, как то, что даже короткий срок, проведенный в тюрьме, может сказаться последующей жизни, и неплохо бы мальчишкам уже в таком возрасте задуматься о своей дальнейшей судьбе. А уже за воротами тюрьмы на вопрос: «Как настроение?» тихо ответили: «Не очень». 65

⁶⁴ Вопрос об Александре Рубеле. Освобождение серийного убийцы небезопасно для общества. Postimmes 10.04.2006.

⁶⁵ Семенова Любовь. За решетку не хотим! // Молодежь Эстонии. 19.12. 2002

Каждой из целей наказания присущи свои особенности, но только взятая со всех сторон, во взаимной связи и взаимообусловленности, реализация целей способна принести положительные плоды.

Совершенно противопоказан с точки зрения социальной терапии крен в одну сторону, альтернативный подход к целям наказания. Или специальная или генеральная превенция. Наказывать виновное лицо только для того, чтобы другим не повадно было совершать преступления, значит, встать на ту позицию, которой печально прославилось средневековое карательное право. Но увлекаться исключительно специальной превенцией, создавая тепличные условия для лиц, виновных в тяжких преступлениях, означает поощрение других, неустойчивых в нравственном и правовом смысле людей, к совершению виновных деяний..

Может быть, такое увлечение имеет свое оправдание в государствах, которые заботятся о своих законопослушных гражданах во много раз значительнее, чем об осужденных преступниках, хотя и последние попадают во время отбытия наказания в такие условия, которые с удовольствием приняло бы не мало наших одноземельцев.

Вот как описывала давно уже сложившуюся пенитенциарную практику Скандинавских государств американская газета.

Камеры одноместные, больше похожие на номера в гостинице, с душем, туалетом и телевизором. В холле, как правило, обязательный бильярд и теннисный стол.

Спортзалы оборудованы лучше, чем российские школы олимпийского резерва, а если вместо бицепсов ты решил наращивать извилины, к твоим услугам широкий выбор возможностей — от курсов иностранных языков до компьютерного программирования и дистанционной учебы в вузах. Желающие работать и заработать также могут себе это позволить в тюремных мастерских.

В отличие от вольной жизни, с ее безработицей и непредсказуемостью, за тюремной стеной все, кто хочет, работой обеспечены на все время отсидки.

В общем, почти санаторий, который и покидать иногда не хочется, но вот беда — сроки небольшие. Если вы, предположим, совершили убийство с отягчающими обстоятельствами — больше, чем в десять лет не рассчитывайте, а реально выйдете в жестокий свободный мир лет через пять-шесть.

За хорошее поведение многие заключенные, особенно имеющие семьи, получают право на двухдневный ежемесячный отпуск.

Группа недовольных из норвежской трудовой колонии в Илсенге направила "телегу" министру юстиции, где заключенные жаловались на невыносимые условия содержания.

Вот эти жалобы:

— Матрасы пролежалые, что затрудняет сон.

- Кровати не рассчитаны на высоких заключенных. Один наш товарищ ростом два метра два сантиметра вынужден спать, просунув ноги между решетками спинки кровати.
- *Нет обуви больших размеров. Максимальный размер* 48-й.
- Туалеты не оборудованы для инвалидов.
- Кондиционеры не работают.

Администрация колонии, испуганная скандалом, тут же отрапортовала, что все недостатки в ближайшие дни будут устранены, а кондиционер не работал всего-то один день — был в ремонте...

Жители Скандинавии, в общем-то, с пониманием относятся к тому, что налоговые миллионы идут на ... комфорт для воров-убийц-насильников. Здесь понимают, что лучше потратить лишние деньги, чем быть готовыми к тому, что из тюрем выйдут озлобленные, морально и физически искалеченные люди.

Тем не менее, щедрость и снисходительность тюремного ведомства по отношению к своим подопечным время от времени вызывают скандалы.

Так было пару лет назад, когда газетам стало известно, что группу датских бандитов, отбывающих свои сроки, привезли на зимний отдых в обычный шведский кемпинг. Возмущение законопослушных граждан стало еще больше, когда шведское тюремное начальство, оправдываясь, призналось, что не могло отказать датчанам в гостеприимстве. Межнациональный тюремный обмен, оказывается, давняя практика, и шведские преступники время от времени забывают о тюремных тяготах, организованно играя в гольф в Дании или ловя рыбу на испанских курортах. 66

У нас же, противопоставлять «рациональное» отношение к виновному со стороны суда и пенитенциарных учреждений массовым настроениям в пользу справедливого наказания, т.е. воздаяния виновному лицу по «заслугам» (что заслужил, то и получай), - это значит увеличивать разрыв между пониманием проблемы органами государства и народным правосознанием, что чревато плохими последствиями. Став систематическим явлением, такой разрыв способен снижать уровень доверия общества к государству, его деятельности по обеспечению правосудия и правопорядка. А тем самым подталкивать к самосуду и самоуправству. Нельзя не замечать, что такого рода ориентация уже существует и увеличивает число своих сторонников.

Газета Eesti Paevaleht сообщала, что согласно опросу Совета церквей Эстонии и Emor 60 процентов выступают за смертную казнь. Половина жителей Эстонии поддерживает самосуд, считая вполне законным отомстить преступнику прямо на месте преступления, без суда и следствия 67

 $^{^{66}}$ Смирнов Алексей. Преступники наказаны — отправлены в круиз. // Novoe Russkoe slovo. Уикэнд. 29-30 августа 1998

⁶⁷ Суд Линча. // Eesti Paevaleht- Эстония. 22.11.2003.

Хотя в немецком праве нет, как пишет профессор Г.-Г. Йешек, «выраженного упоминания о *генеральной превенции*» ⁶⁸,а «основная уголовнополитическая концепция германского уголовного права связана с *заглаживанием вины* с целью воздействия на личность преступника» ⁶⁹, но и там признается необходимость строгих наказаний за тяжкие преступления и в случаях рецидива. Иначе говоря, в немецком праве, если не прямо, то косвенно исходят из необходимости сочетать цели частной и общей превенции.

В России еще Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года (Vana Nuhtlusseadustik) устанавливало, что наказание должно преследовать цели удовлетворения, исправления и устрашения. По существу то же самое целеполагание, но выраженное другими словами, находим в ст.43 ныне действующего УК РФ. Согласно этой статьи, наказание применяется в целях восстановления социальной справедливости, исправления осужденного и предупреждения (превенции) новых преступлений.

Удачное объяснение такому пониманию целей наказания дал на грани прошлого и позапрошлого веков классик русского уголовного права профессор H.С.Таганцев. Он пояснял, что «применение наказания всегда представляло деятельность по поводу совершившегося и в виду будущего, оно всегда было двуликим Янусом. Поскольку наказание относится к представляется отплатой, мщением, актом более рефлекторным, чем целесообразным, государство принуждается к нему самими свойствами человеческой личности или непременными законами общежития, составляет более или менее неуклонную обязанность государства; поскольку наказание относится к будущему, оно является средством для достижения известных целей, оно рассматривается как реализация права государства, которым последнее должно пользоваться по разумным основаниям.»⁷⁰

Как можно заметить, право трех сравниваемых государств, в принципе, исходит из совпадающей установки на признание в качестве целей наказания и специальной, и генеральной превенции. Но, все-таки, некоторое различие в акцентах имеется.

В <u>Германии</u> и Эстонии на первое место выдвигается специальная превенция, а в России — генеральная. Эти особенности сказываются на признанных в национальных законодательствах видах наказания, но еще в большей степени — на судебной практике и исполнении наказания. И то, и другое в Германии и Эстонии подверглось большим изменениям в сторону гуманизации, чем в России.

Каждый из рассмотренных подходов к целям наказания получил свое обоснование в разнообразных теориях наказания.

То, о чем писал профессор Н.С. Таганцев, было понятно с давних времен.

Еще в первом веке нашей эры римский философ Сенека заметил, что ни один разумно мыслящий не наказывает за то, что было совершено преступление. Но за то, чтобы преступления больше не совершались (Nemo

⁶⁸ Г.-Г. Йешек.. Указ.соч. с.26.

⁶⁹ Г.-Г. Йешек.. Указ.соч. с.24.

⁷⁰ См. Уголовное право, с.315.

prodens punit guia peccatum est sed pecctur). Эту идею можно рассматривать как стержень сложившегося и сформившегося в качестве теории в более поздние времена учения о наказании, получившего название **«относительной (релятивной) теории наказания».**

Считающийся родоначальником европейского криминального права итальянский мыслитель XYIII века Чезаре Беккариа писал: «Цель наказаний заключается не в истязаниях и мучениях человека и не в том, чтобы сделать несуществующим уже совершенное преступление...». Он видит цель наказания в том, «чтобы воспрепятствовать виновному вновь нанести вред обществу и удержать других от совершения того же». 71

Цель, сформулированная еще на заре нового времени, охватывала аспекты как специальной, так и генеральной превенции. С точки зрения генеральной превенции эта теория оправдывала жестокость наказаний. Потенциальный преступник, зная о суровости наказания, может отказаться от намерения совершить это преступления. Так, в частности, когда-то предполагал знаменитый германский криминалист Ансельм фон Фейербах.

Если руководствоваться целями специальной превенции, то в первую очередь необходимо принимать в расчет, как воспринимает наказание осуждаемый преступник. Влияние такого наказания на других людей измерить нельзя, только лишь может быть, используя социологические опросы, которые способны (только в какой-то степени правдивости) отразить мнения респондентов, но не их поступки. Влияние же наказания на осужденного представляет собой факт конкретный, поддающийся контролю и различным модуляциям в направлении повышения его эффективности. Одно делопопугать, другое —наказать.

В разработке такой теории заметную роль сыграли видные представители социологической школы права конца позапрошлого. начала прошлого столетия Франц фон Лист и Энрико Ферри. «Социологи» исходили из недостаточности существования правового государства, отделенного от гражданского общества. Государство должно выполнять и социальную функцию, вмешиваться в ход социальной жизни, направляя его в сторону заботы о человеке и снижения через такую политику уровня социальных конфликтов. В 1912 году Франц фон Лист писал: «Современная нам школа уголовного права представляет собой перенесение экономических и политических идей и требований на наш узкоспециальный круг задач». 72

Создание условий для предотвращения осуждаемым лицом в дальнейшем новых преступлений зависит не только от внешних воздействий, но и от личностных качеств лица, к которому наказание применяется и исполняется. Ф. фон Лист предлагал классифицировать преступников, разделив их на три группы.

⁷¹ Беккариа Чезаре. О преступлениях и наказаниях. Москва, 1939, с.243.

⁷² Цит. по Краус Д., Клюканова Т., Шенбург Ф. Основы уголовного права Германии и России. Учебное пособие.- СПб.: Издательство Юридического института (Санкт-Петрбург). 2001, с.19.

- Исправимую и нуждающуюся в исправлении преступную личность необходимо исправить.
- Ф Аффектированного, не нуждающегося в исправлении преступника необходимо устрашить.

Слабым местом «относительной теории» можно считать ее обращение к фактору угрозы за счет усиления жестокости наказания. Подобного рода суждения не очень реалистичны, так как известно, что страх перед разоблачением останавливает преступника значительно в большей степени, чем угроза применения сурового наказания, шансы на реализацию которой могут оказаться на практике совсем незначительными, если раскрываемость преступлений находится на низком уровне.

Расчет на ресоциализацию осужденного выглядит благородно. Но, если он даже оправдывает себя, то «человеческие условия« бытия осужденного могут оказаться, как уже ранее указывалось, слишком соблазнительными для «колеблющихся» лиц, чтобы не подвигнуть их на противоправные деяния.

Классификация Ф. фон Листа обоснована, но как ее реализовать последовательно в практику, - это остается проблемой.

Абсолютные теории наказания были сориентированы не на конкретную личность преступника, а на абстрактную справедливость и реакцию на ее нарушение преступником. Наиболее последовательными разработчиками такой теории считаются великие немецкие философы Иммануил Кант и Георг Гегель.

Взгляды И. Канта, коротко говоря, сводились к следующему размышлению. «Возмездие есть необходимое последствие преступления, заложенное уже в самой идее права. Поскольку преступление является нарушением права, то наказание представляется ему актом справедливости, имеющего целью восстановление нарушенного порядка. Согласно этому правилу преступник должен лишаться тех правовых благ, которые он нарушил, действуя по собственной воле, у других лиц». 74

Г.Гегель обосновывал подобную теорию, исходя из общих посылок своей философии: «Деяние отрицает право, а наказание, в свою очередь, как своеобразное **«отрицание отрицания права»** ликвидирует правонарушение. Разумеется, условием этого является адекватность и эквивалентность наказания тяжести преступления...»⁷⁵

Современные последователи приведенных взглядов, конечно, приспосабливают свою аргументацию к актуальным условиям сегодняшнего дня, указывают на то, что существующая в европейских государствах ориентация на относительную теорию не повышает в нужной степени эффективность наказания. Но недостатки такой теории скрыть трудно. Она не учитывает, что наказание не является панацеей от распространения преступности, что, когда это необходимо, имеет смысл даже отказаться от

⁷⁴ Указ. соч., с.15

⁷³ Там же.

⁷⁵ X 7

⁷⁵ Указ. соч.. с.16.

наказания по отношению к конкретному виновному лицу. Не будучи ориентированной на гуманистические ценности, эта теория может служить оправданием таких видов наказания, которые давно отвергнуты практикой и теоретически дезавуированы, как, например, связанные с принципом «талиона».

Слабые стороны рассмотренных теорий обусловили появление комплексных теорий. стремящихся преодолеть уязвимые моменты относительной и абсолютной теорий наказания.

По информации профессора А.Э.Жалинского в современной немецкой теории получила широкое признание «превентивная теория«. По этой теории (Б.-Д.Мейер - К. Роскин) «наказание должно иметь конституционнолегитимную цель, оправдывающую его использование. Эта цель представляет собой не абстрактную мировоззренческую ориентацию, но состоит в конкретном, внешне воспринимаемом воздействии на общество и поэтому может считаться социальной целью. При этом возможности ее формулирования и достижения ограниченны. По позиции Конституционного суда ФРГ, основанной на законе, состав деяния и правовые последствия деяния должны соответствовать друг другу. Пропорциональность деяния и наказания определяет масштаб и границы превентивного воздействия.» 76

⁷⁶ А.Э. Жалинский. Указ. соч., сс.305-306. Автор ссылается на: Meier B - D. Strafrechtliche Sanktionen/ Berlin: Springer. 2001. S 33.

Лекция 3. Средства достижения целей наказания

достижения Человеческий Понятие средств иелей наказания. фактор обстоятельство, осложняющее соотношение целей и средств. Классификация средств. Выделение видов средств на основе функционального признака. Политико-правовые средства. Соотношение правового предписания и «усмотренческого» решения. Финансовые, материально-технические и организационные средства. Проблема стоимости пенитенциарных учреждений (тюрем). Педагогические, психологические, религиозные, эстетические, спортивные средства. Психологические параметры ресоциализации. Классификация преступников с учетом перспектив ресоциализации. Проблема закоренелых преступников. Способы воздействия. Роль принуждения в ресоциализации осужденного. Роль поощрения. Способы содействия ресоциализации осужденного: традиционно предусмотренные законами и внедряемые (проектируемые) альтернативные виды содействия. Контроль за ресоциализацией. электронного слежения за передвижением условно-досрочно освобожденного лица.

3.1. Система средств достижения целей наказания

Какой бы уровень целей наказания ни вычленять, он окажется пустышкой, если его не рассматривать в связи со средствами достижения этих целей. Достижение целей происходит за счет определенных средств, которые по своему духу и внешнему проявлению должны соответствовать цели. Как давно уже известно, цель не оправдывает любые средства ее достижения, так как неправые средства способны деформировать правую цель.

Добро, не отвергая средства зла, по ним и пожинает результаты; в раю, где применяется смола, архангелы копытны и рогаты (И. Губерман)

Сложность соотношении целей вопроса 0 И средств наказания определяется в первую очередь человеческим фактором, проявляющимся при Многое зависит исполнении наказания. гармонизируют цели, к достижению которых стремится государство через свои органы и соответствующих лиц, с одной стороны, и намерения осужденного - с другой. Часто цели сторон взаимодействия не совпадают и государство вынуждено использовать средства, не желательные для виновного. Но смысл целей наказания при этом не должен быть искажен. Перегибать палку нельзя.

Следует сказать и о влиянии человеческого фактора, представляющего органы государства. Когда приходится сталкиваться с тем, что цель наказания в конкретном случае оказывается не достигнутой, нельзя сбрасывать со счетов необъективность отдельных судей, выносящих порочный обвинительный приговор, или их интеллектуальную и нравственную ущербность, не говоря уже о дефектах правовой культуры. Не меньшее негативное влияние оказывают и те работники пенитенциарных учреждений, которые используют запрещенные средства воздействия на осужденных или способствуют сохранению связей последних с преступной средой, а тем более поощряют криминальный произвол в тюрьмах.

Средства достижения целей наказания многочисленны и разнообразны. Их систему можно представить схематически. (См. Таблицу 3 (13)

Таблица 3 (13). Средства достижения целей наказания

Функциональный признак. Средства:	Способы воздействия
политико-правовые	принуждение
финансовые	поощрение
материально-технические	содействие
организационные (в том числе организация труда)	контроль
педагогические	
медицинские и психологические	
эстетические и спортивные	
религиозные	

Подробное разъяснение всех рубрик таблицы потребовало бы самостоятельного и большого по объему курса лекций. Поэтому позволю себе лишь краткие комментарии, относящиеся к компонентам схемы.

3.2. Функциональный признак

Политико-правовые средства представляют собой, в первую очередь, ту нормативную базу, которой руководствуются правоприменительные органы при достижении целей наказания. В них заложен определенный курс проводимой государством пенитенциарной политики, и предусматриваются средства реализации этого курса. Это нормы КЅ, УПК, Кодекса об исполнительном производстве, Закона о тюрьмах, Закона о судебных исполнителях, постановлений Правительства, Министра юстиции и иных правоустанавливающих актов. По сути дела виды наказания, признанные действующим КЅ, выполняют роль средств достижения целей, которые в нем провозглашены.

Политико- правовой характер в первую очередь имеют те принципы, которые содержатся в Конституции ЭР и воспроизведены в КЅ. Необходимо было сделать так, чтобы суд не допустил произвола в части применения наказания. что может, если такое будет происходить, подорвать веру людей в справедливость и легитимность судебной деятельности, стать преградой на пути реализации целей наказания. В кодексе должны были быть сформулированы основополагающие принципы, содержащие определенные запреты для суда при применении наказания. (см. Таблицу 4 (14)

Таблица 4 (14). Основания назначения наказания по ст. 23 Конституции ЭР и ст.2 KS

Ст. 23 КЭР	Ст. 2 КS
1. Никто не может быть осужден за то или иное деяние, если законом, действовавшим на момент совершения этого деяния, оно не признается преступлением	1. Никто не может быть осужден и наказан за деяние, которое в соответствии с действовавшим в момент его совершения законом не являлось виновным деянием;
	2. Наказание применяется за деяние, которое соответствует составу виновного деяния, является противозаконным, и если лицо виновно в его совершении;
2. Никто не должен быть судим или наказан повторно за деяние, за совершение которого он в соответствии с законом был окончательно осужден или оправдан	3. Никто не может быть повторно наказан за одно и то же виновное деяние, независимо от того, было ли наказание назначено в Эстонии или в каком-либо другом государстве 4. Деяние не может быть признано виновным деянием на основе применения
	закона по аналогии.
3. Никто должен быть приговорен к наказанию более тяжкому, чем то, которое могло быть назначено во время совершения правонарушения. Если после совершения правонарушения законом была установлена более легкая мера наказания, применяется более легкая мера.	

Сравнение статьи 2 KS со статьей 23 Конституции показывает, что, вроде бы, полного совпадения не существует. По крайней мере, две нормы, содержащиеся в статье 2 KS (в таблице - 2 и 4), не повторяют то, что сказано в Основном законе, а он содержит принцип (в таблице - 3), который отсутствует в KS.

Однако речь можно идти лишь о текстовом несовпадении, а не смысловом. Следует считаться с тем, что Конституция государства является политико-правовым актом высшей юридической силы, устанавливающим в обобщенном виде принципиальные основы прав и свобод человека. Кодекс же, основываясь на конституционных нормах, провозглашает то, что важно для осуществления правовых предписаний отрасли права, призванной регулировать наказание за виновное деяние. В соответствии со сложившейся отраслевой традицией континентального права КS содержит формулировку постулата «nullum crimen,

nulla poena,. sine lege» (без закона нет ни преступления, ни наказания). По существу то, что утверждается в статье 2 KS (в таблице - 2 и 4), сказано, хотя и иначе, в статье 23 Конституции ЭР (в таблице -1),так как в обоих нормативных актах утверждается принцип законности.

В объяснении того, почему так важно признание вторичности ст. 2 KS по отношению к политико-правовому содержанию статьи 23 Конституции ЭР, имеет смысл обратить внимание на такой аспект проблемы.

. Идея справедливости, обосновывающая общее содержание права, является абстракцией слишком высокого уровня, чтобы ей можно было руководствоваться в частных случаях применения наказания. Поэтому имеют место ясно обозначенные общие начала права, т.е. его принципы, смысл которых, по идее, должен быть одинаков для всех, кому адресована данная норма.

Обнаружение и формулирование таких принципов, по всей видимости, является прерогативой международного права, впитавшего многовековые поиски критериев права как ценности и его нравственной оценки в качестве целесообразного добра. Целый ряд формулировок, которые могут быть признаны вербальным выражением общих принципов права, содержится в актах гуманитарного права ООН, Совета Европы, Европейского Союза.⁷⁷

Имплементация таких норм в современное эстонское конституционное право позволяет осуществить перенос общих начал на национальногосударственную почву, не лишая их при этом свойства общего критерия права. Тем самым критерии истинного права не только перерастают аморфные пределы доктрины и становятся правовыми нормами, обязательными для исполнения, но и в системе права оказываются на высшей ступени иерархии как обладающие самой большой юридической силой.

Важность этого явления стоит особо отметить. Вопреки утвердившемуся в континентальном праве обычаю, возникшему в качестве постулата древнеримского права о том, что уточняющая норма в случае коллизии правовых норм имеет приоритет по отношению к норме уточняемой, общие принципы права не подвержены влиянию этого правила. Их приоритет бесспорен во всех случаях применения правовых норм, хотя они и содержат положения самого общего характера.

Тем самым, например, запрет на использование аналогии в пенитенциарном праве, содержащийся в статье 2 KS (в таблице – 2), не может быть подвержен сомнению ни при каких условиях. Хотя об этом запрете в Конституции ничего не сказано буквально, но такой запрет органично вписывается в конституционный принцип законности применения наказания.

Необходимо учитывать, что решения, принимаемые теми или иными уполномоченными лицами, не могут быть калькой с нормативных актов. Нормы права отличаются общим характером, применение же их требует приспособления решения к конкретному факту жизни. Поэтому свою роль, и

⁷⁷ Так, в частности, названные в статье 23 Конституции ЭР принципы ранее были сформулированы в статьях 7, 9, 10, 15 Международного пакта о гражданских и политических правах ООН 1966 года.

подчас, с точки зрения достижения конечного результата, конкурирующую с правовыми предписаниями, играют так называемые «усмотренческие решения». Имеются в виду решения индивидуального характера по осуществлению целей наказания.

Начало кладет вынесение судом обвинительного приговора, То, как много зависит от личного усмотрения судьи, хотя он и действует на основании закона, говорить не приходится. Дальше же идет череда многочисленных усмотренческих решений конкретно-индивидуального содержания представителей пенитенциарных органов: от распоряжений министра до повеления тюремного надзирателя и т.д.

Усмотренческие решения могут иметь разную природу. Одни из них принимаются в рамках правовых норм. Другие же по таким вопросам, которые нормами права не урегулированы. В последнем случае вопрос о соотношении целей и средств наказания может особо обостриться, так как нет гарантий, что принятое решение не будет дезавуировать общую целевую установку на исполнение наказания. Отсюда и возникает задача формирования требуемого правосознания уполномоченных для пенитенциарной деятельности лиц, чтобы они поступали, если не по букве, то в духе закона.

Финансовые, материально-технические, организационные средства – одна из самых болезненных проблем.

Преступность вообще очень дорого обходится государству. В отличие от природных аномалий, проявляющихся эпизодически и наносящих трудно прогнозируемый ущерб, преступность показывает себя как постоянно проявляющееся, то усиливающееся, то ослабляющееся, социальное бедствие. Затраты на противодействие преступности ежегодно учитываются в государственном бюджете. В их числе, расходы государства на обеспечение целей наказания.

Финансирование судов и пенитенциарных учреждений — одно из базисных по своему значению средств достижения целей наказания. Повышение степени эффективности наказания предполагает рост расходов на эту деятельность.

Нужно увеличить численность судей, в том числе – Государственного суда. Каждый осужденный, чьи законные права нарушены при рассмотрении дела судом, должен иметь возможность на кассационное рассмотрение его жалобы, чему должна соответствовать обязанность высшей судебной инстанции принять жалобу к рассмотрению. Избирательность в этом деле не только противоречит конституционному правопорядку, но и снижает эффективность работы судебной системы, что болезненно отражается на достижении целей наказания.

Требуются новые тюрьмы европейского образца, улучшение условий содержания заключенных, повышение зарплаты персоналу тюрем. К тому же, приходится констатировать, что количество заключенных не испытывает тенденцию к сокращению.

Эстония лидирует в Европе по относительному количеству заключенных. Количество задержанных увеличивается за счет повышения скорости работы

полиции и судов. На 100 000 населения у нас приходится 339 заключенных. То же число и в африканском государстве Ботсвана. Затем следуют Латвия — 337 заключенных, в Литве — 234. В Дании на 100 000 населения приходится 70 заключенных, в Финляндии — 71, Швеции — 81, а в Норвегии 65. В России на 100000 населения 532 заключенных, сообщает. Самое большое количество "постояльцев" в тюрьме Мурру — 1544, за ней следует Тартуская тюрьма с 577 заключенными и 325 подследственными...В Эстонии 3569 заключенных и 1011 содержащихся под стражей, всего 4580 человек. Увеличение количества задержанных вызвано в основном тем, что сейчас полиция и суды быстрее рассматривают уголовные ростом обшего дела, a не преступлений...

На каждого заключенного в месяц тратится 6000 крон, в то время как содержание одного человека в государственном приюте в прошлом году стоило 3410 крон в месяц. Две трети бюджета тюрем составляют расходы на персонал. 10% тратится на питание заключенных, 14%— на содержание зданий, отопление, воду и электричество, около 2%— на одежду и постельное белье и примерно столько. же на медицинскую помощь. В прошлом году работали 516 заключенных, а в тюрьмах осенью сидели 3433 человека. ⁷⁸

Такая тенденция вызывает двойственную реакцию. С одной стороны, Министерство юстиции расценивает существующее положение как симптом улучшения правопорядка в плане противостояния преступности. С другой, - растет беспокойство по поводу роста затрат на содержание заключенных. Государственный контроль и Министерство юстиции в течении уже нескольких последних лет поднимают вопрос об удешевлении для государства пенитенциарного дела.

Еще в 1998 году дилемму (строить новые тюрьмы или условно-досрочно освобождать значительную часть заключенных от отбытия тюремного заключения) Министерство юстиции устами министра Пауля Варуля предложило разрешить в пользу второго варианта.

«Досрочное освобождение пятисот заключенных в течении одного года в маленькой Эстонии, - писала тогда газета Sõnumileht, - в действительности означает массовую амнистию. Старшему поколению это может напомнить амнистию десятков тысяч уголовников после смерти Сталина в 1953 г. То, что последовало в великой империи после этой амнистии, до сегодняшнего дня описывается как массовая оргия рецидивистов. Очевидно, что здесь и сейчас нам не стоит опасаться чего-либо подобного.

Опасаться надо другого. За пояснениями о роли гуманного отношения проглядывает несостоятельность государства. Ведь статистика показывает постоянный рост преступности и на этом фоне мнение Пауля Варуля о необходимости выбора пути по предупреждению преступности может

_

⁷⁸ Эстония лидирует по числу заключенных. //. Eesti Päevaleht-Delfi. 23.04.05

вызвать лишь улыбку жалости». ⁷⁹ Для пущей убедительности газета сопроводила свое мнение карикатуройю (См. Рисунок 4 (14).

Надо сказать, что через короткое время после описанной акции было решено ограничить масштабы освобождения заключенных и сообразовывать

Рисунок 4 (14) Карикатура на условно-досрочное освобождение 1998 года



Хотя и головорезы, а ведут себя примерно

их с тяжестью совершенных преступлений и особенностями личности каждого осужденного. 80

Если судить по сообщениям печати, в апреле 2002 года бывший тогда Государственным контролером, а впоследствии ставший Премьер-министром Юхан Партс, вновь предложил судам в массовом порядке перейти при назначении наказания на платформу условного освобождения и условно-досрочного освобождения от отбытия тюремного заключения, и тем самым очистить тюрьмы от дорого стоящего контингента. Комментарий этого ведомства к заявлению своего шефа содержал более разносторонний набор аргументов.

Там обращалось внимание на то, что по данным на 2002 год на содержание одного заключенного тратилось в годовом исчислении 54800 крон, а на человека, находившегося под уголовной опекой, 2800 крон.

При этом только 10 процентов лиц, получивших условное наказание и находившихся под опекой, оказывались потом за решеткой. 75% людей, прошедших «тюремные университеты», возвращались в них обратно. Поэтому Госконтроль считал, что для всех заключенных до окончания срока заключения необходимо установить обязательный этап криминальной опеки, чтобы помочь людям приспособиться к воле. Такой этап предусмотрен для

⁷⁹ Сотни заключенных на свободу.// Sõnumileht -Эстония 13. 08.1998

⁸⁰ «На основании более строгих критериев»// Эстония. 24. 11. 1998

освобождающихся досрочно, которые составляют 30 процентов от общего числа заключенных. Остальные 70 процентов после освобождения не имеют навыков и знаний, необходимых к жизни на свободе. Расширение системы уголовного надзора позволит добиться того, чтобы, освободившись из тюрьмы, человек не стал бы совершать новых преступлений. Кроме того, предлагалось расширить систему открытых тюрем, в которых осужденные, находясь в заключении, могут работать на воле. 81

Подобного рода реформа инициировалась Госконтролем и в последующие годы.

Сейчас Министерство юстиции ставит вопрос таким образом, что необходимо в первую очередь подразделить осужденных на две группы в соответствии с тяжестью совершенных ими преступлений. Эти группы вычленяются на основе классификации преступлений, содержащейся в КS: преступления первой и второй степени тяжести (ст.4).

Те, кто отбывают наказание за преступления первой степени тяжести, сохраняют status guo. Они сохранят право на условно-досрочное освобождение, но только по отбытии двух третей срока тюремного заключения. Представители же второй группы представляют собой резерв для замены тюремного заключения как реально отбываемого наказания на иные меры воздействия, укладывающиеся, если использовать терминологию немецкого права, в русло «второй и третей колеи» мер воздействия. После отбытия половины срока они (в отличие от нынешнего порядка, когда каждый сам должен просить об условно-досрочном освобождении) предстанут перед судом, у которого имеется право освобождения при условии установления электронного контроля за поведением каждого освобожденного. 82

. Таким образом, такой подход не отказывается от того, чтобы продолжать руководствоваться целями наказания, но содержит предложение добиться повышения эффективности средств их достижения за счет ряда новаций.

Однако, приходится заметить, что позиция Минюста не свободна от своих проблем. Предлагаемые меры могут привести к резкому ухудшению положения в области реализации генеральной превенции. Ни с точки зрения восстановления справедливости, ни с точки зрения устрашения иных лиц виды воздействия «третьей колеи», если они будут по содержанию такими же, как и в немецком праве, работать на предупреждение преступности будут очень слабо. Хотя их эффект в аспекте частной превенции может возрасти.

Бывший министр юстиции Кен-Марти Вахер критикует план своего преемника Рейна Ланга уменьшить число заключенных.

«Сокращение числа заключенных на тысячу невозможно в ближайшем будущем, оно несло бы вред государству», пишет Вахер на полосе мнений в Postimees.

^{81 «}Вор должен сидеть в тюрьме!» // Eesti Päevaleht – Эстония. 25 .04.2002

⁸² Кагге Расмус. Мурруская тюрьма послужит еще не один год. //Postimees. 12.09.2006

Он признает, что в Эстонии на 100 тысяч жителей гораздо больше заключенных, чем, например, в Финляндии, Швеции и Германии, однако указывает в то же время, что наши заключенные — вовсе не воры, укравшие варенье, свобода которых не представляла бы опасности.

« В Эстонии свыше 3400 осужденных, из них почти 80 проц. сидят в тюрьме уже второй и более раз «Дружелюбный и не представляющий опасности преступник» - к сожалению, не самый распространенный обитатель наших тюрем. Рейн Ланг не найдет среди наших заключенных тысячу таких людей, если станет их искать»,- утверждает Вахер.

«Есть много преступников, которые и не хотят выходить из своего цикла. начавшегося в советское время. Это груз, который тяготеет над нашим обществом, и надежда избавиться от него в один присеет — верх наивности, считает Вахер.- Большая часть тех, кто сидит у нас в тюрьме, не исправится и на свободе, участвуя в общественно - полезных работах или находясь на криминальном попечении. На свободе они будут творить зло.» 83

При внимательном прочтении выступления экс-министра можно заметить, что он существо вопроса подменяет его количественной характеристикой: много или мало в данный момент тех заключенных, к которым можно было бы применить иные меры. воздействия по «второй и третьей колее». Но пропорции могут постоянно меняться, и вопрос надо решать в принципе, не устанавливая никаких плановых количественных показателей.

Другое дело, что деление осужденных на две группы имеет самый общий характер, так как санкции, содержащиеся в статьях Особенной части KS, не отличаются строгой зависимостью от реальной опасности преступлений, для составов которых они установлены.

Более продуктивным путем, на мой взгляд, стало бы создание перечня конкретных преступлений, при наказании за которые в виде определенного срока тюремного заключения, можно было бы идти по «третьей колее», заменяя тюремное заключение каким-нибудь из иных видов воздействий. Но и при таком, более детальном решении вопроса в законе, его применение предполагает, как и предусмотрено ныне действующим KS, максимальный учет всех индивидуальных обстоятельств, относящихся как к преступлению, так и к личности виновного.

Материально-технический аспект исполнения наказания предполагает особые усилия по обеспечению пенитенциарного дела качественными помещениями, спортивными сооружениями, современной аппаратурой слежения и т.п.

Очень важна организаторская сторона исполнения наказания. В различных направлениях. В области обеспечения занятости осужденных, в том числе – и трудовой. повышения их образовательного уровня, приобретения профессии,, контроля за их поведением в процессе отбытия наказания, оперативной работы в тюрьмах и обеспечения ее взаимодействия с соответствующим направлением

⁸³ Сажать нельзя выпускать. // Вести дня. 14.06. 2005

деятельности полиции (проходящей по другой ведомственной колее – МВД, а не Минюста), индивидуализации работы с осужденными по их ресоциализации

Такой перечень может быть бесконечно большим, и один этот факт указывает на необходимость коренного изменения отношения властных структур к оценке труда работников пенитенциарной сферы — как в материальном, так и в морально-поощрительном плане. Надежды на качественные сдвиги в исполнении наказания могут оказаться беспочвенными, если государство будет слабо стимулировать повышение профессиональной квалификации, понимание важности всех видов работ, и даже, скажем так, энтузиазм исполнителей наказания, вдохновляемый осознанием важности для общества того дела, которому они служат.

Педагогические, психологические, религиозные, эстетические, спортивные компоненты воздействия обладают особой гуманистической необходимой ДЛЯ реализации специальной превенции. использование поставлено в жесткую зависимость OT того жизненно сложившегося расслоения клана преступников, которое уловил в свое время Франц фон Лист. 84

Можно отметить определенную последовательность движения по пути ресоциализации.

- Возникновение у осужденного интереса к ценностям, формулируемым названными средствами.
- Возникновение у него определенных социальных потребностей, адекватных признаваемым ценностям.
- Образование на базе новых потребностей системы ценностных ориентаций и фиксируемых установок.
- Ф Создание обновленной мотивации поведения.
- Приобретение необходимых для успешной реализации положительной мотивации навыков и умений.
- Реальное повседневное поведение, демонстрирующее успешность процесса ресоциализации.

Такая схематизация, если и выглядит логичной, то только формально. На самом деле все намного сложнее, противоречивее и непоследовательнее. На каждом из этапов обычно вклиниваются инородные влияния, отклоняющие в сторону ход ресоциализации осужденного. Стимулы и побуждения у лица должны обладать большим содержательным потенциалом, чтобы проложить тропу к социальной адаптации. И тут, может быть, фундаментальное значение имеют те характеристики типов личности преступника, которые назвал Франц фон Лист, хотя, замечу, что не все рекомендации реагирования на каждый тип преступника, которые предлагал автор классификации, можно принять к исполнению.

Исправимая и нуждающаяся в исправлении личность - это тот тип преступника, к которому изложенная выше схема ресоциализации применима в наибольшей степени. Его нужда в исправлении не обязательно выражается в личной мотивации благополучного результата исполнения наказания. Важно

⁸⁴ См. с. 71 данной книги

другое. Он восприимчив к тем воздействиям, которые на него оказываются для реализации целей наказания. Поэтому можно надеяться, что рассматриваемые средства окажут на него благотворное влияние и окажутся с точки зрения его личной предрасположенности к усвоению внешних воздействий более сильными, чем тлетворное влияние преступной среды и близких к ней образований.

Аффектированный преступник — это особый вопрос. Понятие, скорее всего, имеет как прямой, так и метафоричный смысл.

Аффектация может рассматриваться как болезненное состояние, выражающееся в несоразмерных реакциях на внешние раздражения. Тут имеют место такие проявления как болезненное возбуждение в виде чрезмерной веселости, многоречивости, подвижности, психического угнетения и т.п. Человек, склонный к аффектации, может быть подвержен ее проявлениям периодически, что при совершении им преступления допускает далеко не всегда применение к нему критериев невменяемости или ограниченной вменяемости.

Это может быть просто психопатичный тип личности. «Психопатия проявляется в аномалиях темперамента и характера, возникающих при нервнонеустойчивых внешних отрицательных влияниях y субъектов...Психопаты отличаются незрелостью характера, недостаточной способностью сдерживать (тормозить) влечения, аффекты, затрудненной приспособляемостью К требованиям социальной среды и трудностям...В криминогенном отношении наиболее опасны возбудимые психопаты: они раздражительны, вспыльчивы, неуравновешенны, склонны к примитивным реакциям....Обычно психопаты не проявляют сострадания, не знают чувства стыда, чувства чести. Они совершают тяжкие преступления и отличаются особой жестокостью.»⁸⁵

И все-таки, воздействовать при исполнении наказания на аффектированного преступника только лишь путем устрашения было бы делом односторонним, хотя и необходимым. С учетом особенностей такой личности вполне рационально использование по отношению к ней средств воздействия, связанных с психологией, религией, спортом и др. Специалисты считают, что «значительная часть психопатов может научиться такой регуляции своего поведения, какой требует от него общество.» 86

Третья категория осужденных преступников – привычные преступники, неспособные к исправлению – должна быть изолирована от общества. Длительный срок тюремного заключение, а то и пожизненное тюремное заключение, в течении отбытия которых возможно применение к осужденному различных средств, допускаемых законом и психолого-педагогическими методиками, в том числе и насильственных, - таков удел лиц, представляющих повышенную опасность для общества. Она определяется не только тяжестью

⁸⁵ Тихомирова Л.В., Тихомиров М,Ю. Юридическая энциклопедия. Издание 5-е, дополненное и переработанное. / Под ред. М.Ю. Тихомирова. - М., 2001, с.725

⁸⁶ Там же

совершенного деяния, но и трудно блокируемой тягой лица к преступному образу жизни, к совершению в дальнейшем новых преступлений.

Тем не менее, даже по отношению к данному виду осужденных было бы ошибочно отказываться от педагогических, психологических, религиозных, эстетических, спортивных средств воздействия. Не случайно KS предусматривает возможность условно-досрочного освобождения от отбытия наказания по истечении тридцати лет лица, осужденного к пожизненному тюремному заключению (ч. 1 ст.77).

Одним из сложных вопросов является защита общества от злодеяний трудно исправимого преступника после того, как он отбудет наказание. Частично эта тема в предыдущих лекциях уже была затронута. Хотелось бы в добавление к ранее сказанному обратить внимание на получившую значительное признание позицию по вопросу о воздействии на педофилов, которые представляют в наиболее законченном виде тип трудно исправимого преступника.

Министр юстиции Рейн Ланг выдвинул предложение, согласно которому имена и некоторые другие личные данные педофилов, отбывших наказание за сексуальные действия с малолетними, должны быть доступны прежде всего для тех, кто отвечает за воспитание детей. Правда, «мы можем говорить только о расширении доступа к пенитенциарному регистру в общественных интересах. Это означает, что мы можем говорить о доступе к личным данным лиц, понесших наказание... В мире есть демократические государства, подчеркнул министр, в которых лица, совершившие сексуальные преступления в отношении детей, остаются под надзором общества всю жизнь».⁸⁷

Яан Соотак, профессор наказательного права Тартуского университета, заявил, что он тоже сторонник предания гласности личных данных педофила. В данном вопросе, - пояснил он, - следует исходить из интересов лица, обвиненного в педофилии, и из интересов пострадавшего ребенка. «Интересы ребенка в любом случае я поставил бы на первое место» - сказал он. То, что (педофил) будет чувствовать себя неуютно, а кое-кто ему и кулаком пригрозит, неприятно, но эти люди крайне опасны, поскольку педофилия, по существу, является патологией. Поэтому я всегда исхожу из интересов ребенка».

Виктор Сергеев, врач — психиатр, участвовавший в обсуждении проблемы, заявил, что он не верит в успех лечения педофила. И потому, «что у таких людей, как правило, отсутствует мотивация что-то в себе изменить. Практика показывает, что педофила и тюрьма не исправит». 88

Отдельные показатели переориентации человека на признанные общечеловеческие ценности могут быть лишь фрагментами личностной

⁸⁷ Идея Ланга обнародовать списки педофилов. // Postimees. 7.06. 2006

⁸⁸ Карнау Андрес, Раяло Прийт. Профессор уголовного права поддерживает идею Ланга.// Postimees. 7.06. 2006

ценностной системы (скажем, хорошие спортивные показатели, успехи в художественном творчестве или в производительном труде), но отнюдь не являться индикаторами коренной жизненной переориентации.

Движение по этому пути может характеризовать начальный этап реализации перечисленных средств у любого осужденного. Но надо быть готовыми к тому, что попытки продвинуться дальше могут столкнуться с трудно преодолимыми или вообще не преодолимыми психическими установками осужденного, сориентированными на привычный для него многолетний образ жизни, отвергаемый признанными в обществе нормами общежития.

Однако любое положительное устремление и действие со стороны осужденного нуждается в поддержке и поощрении, связанных с надеждой, что может быть это и есть шаг в сторону общепризнанных ценностей, а не «потемкинская деревня», прикрывающая прежнюю преступную ориентацию.

Эстонские СМИ окрестили Николая Блескова одним из лидеров криминального мира. В 2006 году он вышел из тюрьмы, что породило некоторые тревожные газетные прогнозы о возможности возвращения освобожденного на прежнюю стезю.

В то же время сообщалось, что в одном из элитарных баров Таллинна был организован показ живописных произведений бывшего узника тюрьмы, созданных им во время отбытия наказания. Успокаивая общественность, директор Эмариской тюрьмы высказал мнение, что Н. Блесков «сделал для себя важные выводы. Большую часть времени он занимался живописью и благодаря ей обрел духовную свободу». 89

Выставки картин Николая Блескова проводились и ранее в «тюремные годы». Как писала газета, «картины Блескова...сочетают в себе несколько моментов — это психологические и социологические ощущения художника, мироощущение и мировоззрение, поиск смысла искусства через свое восприятие». (Не правда ли, оценка несколько парадоксальна, если не забывать о личности художника?)

Один из вернисажей открывал бывший в то время министром юстиции Мярт Раск. В его словах. естественно, содержалась не столько эстетическая оценка работ автора, сколько размышления о пенитенциарном аспекте происходящего. «Искусство, - сказал министр, - не знает границ, границ между свободой и заключением... Суд осудил не искусство и дарование Николая Блескова. Он имеет неотъемлемое право совершать добро через искусство и показать обществу то хорошее, что есть в нем самом. Свернувшего однажды с прямой дороги, его не отвергло общество. Вернется он уже свободным человеком, а искусство — это то, что помогает Блескову мостить для этого дорогу» 90

3.3 Способы воздействия

⁸⁹ Кюбарсепп Рейн. Тюремная живопись выставлена в »Куку».//Postimees. 11-08/2006

⁹⁰ Змейкина Нина. Автопортрет. Тупик. Начало. Выход. // Эстония. 5.08.2000

Принуждение, поощрение, содействие, контроль – эти способы имеют универсальное значение, но отношении лиц, подвергающихся В пенитенциарному воздействию, используются по-особому. Такая ОНИ специфика предопределена целями наказания, реализация которых предполагает разнообразие мер влияния в условиях, характерных для пенитенциарной системы.

Перечисленные способы обобщенно обозначают многочисленные и разнообразные приемы, предусмотренные законодательством, разработанные психологией, педагогикой, социологией, юриспруденцией, вошедшие в практику деятельности по назначению судами наказания, досрочного освобождения от наказания и его исполнения.

Уже при назначении наказания суд, руководствуясь нормами КS, может использовать весь набор рассматриваемых способов. Это обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание; возможность замены одного вида наказания на другой; замена наказания на общественно-полезный труд; установление в течении испытательного срока контроля за осужденным, который освобожден условно от наказания. и возложение на него дополнительных обязанностей. У суда имеется право присоединять к основному дополнительное наказание, определить вид тюрьмы и много иных способов воздействия.

Еще более разнообразная и многочисленная совокупность способов воздействия на осужденного наблюдается при исполнении наказания и освобождении от него. К тем возможностям, которые предусмотрены законодательством, добавляются обусловленные жизненным опытом, профессиональными знаниями, новаторским устремлениями исполнителей наказания, «усмотренческие решения» к своим подопечным.

Не буду фиксировать внимание на негативной стороне этих процессов, на срывах, коррупционных явлениях, нарушениях законов, которые омрачают картину пенитенциарной деятельности. Время от времени в этой сфере происходят скандальные истории, из которых делаются организационные выводы или по которым даже возбуждаются производства по уголовным делам. Сейчас задача иная – охарактеризовать типичные способы воздействия.

3.4. Принуждение

Способ принуждения органично присущ наказанию. Какой бы вид наказания мы ни взяли, даже в названии запечатлена его принудительная природа.

Пенитенциарная политика государства не сводится только к тому, чтобы проявлять заботу об осужденных путем предоставления им возможности облегченного наказания и смягчения условий исполнения наказания. Тяжесть деяния должна найти свое справедливое отражение в тяжести наказания с большим удельным весом принудительных мер. В Эстонии недавно проведено ужесточение наказания за наркопреступления. Свежим примером такого курса может служить поступивший на рассмотрение Рийгикогу в конце июня 2006

года проект закона об изменениях KS в части ответственности за виновные деяния, связанные с предпринимательской деятельностью. 91

Дания известна своим сверхгуманным отошением к заключенным. Но даже комфортабельность датских тюрем не делает их теми местами, где хотелось бы поселиться (по приговору суда), так как принудительный характер пенитенциарных учреждений у их «сидельцев» не вызывает сомнений.

Богатые преступники в Дании нанимают желающих отбыть заключение вместо них. Слабый уровень охраны в тюрьмах Дании позволяет преступникам нанимать других людей с целью отбывать заключение за них. Это оказывается возможным вследствие мягкости режима по отношению к уголовным преступникам: в частности, допускается перерыв в несколько месяцев между приговором суда и отбыванием заключения. В этот промежуток времени около ста «двойников» было нанято приговоренными к лишению свободы преступниками за плату, достигающую 100 фунтов в день. «Двойники» приходили к воротам тюрьмы и называли имена осужденных.

Министерство юстиции Дании начало расследование по этому факту, который обнародовала местная газета Ekstra Bladet. По сведениям этой газеты, внутри тюрем циркулируют рекламные объявления этого своеобразного бизнеса.

Один из таких обнаруженных фиктивных заключенных рассказал, что проникнуть в тюрьму вместо настоящего преступника было «детской игрой». Охранники попросили его предъявить лишь карточку социального страхования, на которой нет фотографии, после чего тот спокойно вошел в тюрьму 92

Принуждение - двулико. Оно является не только способом воздействия на осужденного, но и демонстрацией государством своей силы.

Трагично сложились бы обстоятельства жизни, если бы какая-либо власть в обществе была бы весомее, чем сила государственного принуждения. Сила государства всегда, по идее, должна быть несравненно больше, чем сила преступности. Государство, демонстрируя свои принудительные возможности, воздействует на массовое и индивидуальное сознание, предупреждая совершение противоправных деяний. Даже, признавая способность правовых норм быть легитимными, естественно признаваемыми обществом, приходится считаться с той принудительной возможностью, которой государство наделяет эти нормы.

Использование принуждения как средства достижения целей наказания имеет свои пределы. Они предопределены смыслом целей наказания. В этом деле предпочтение отдается балансу возможностей. В ходе применения и исполнения наказания должен идти поиск «золотой середины» в использовании принуждения.

⁹¹ Рийкоя Хиндрек, Карнау Андрус. Строже наказыватьпредпринимателей.// Postimees. 28.06.2006.

⁹² Роль заключенного.// Молодежь Эстонии. 3.02-2004

Нельзя делать так, чтобы виновное лицо было сломлено как личность, превратилось бы в слабовольное беспомощное существо, лишившееся способности добиваться осуществления своих положительных жизненных целей. Еще более трагична такая ситуация, при которой в ходе наказательного процесса человек становится инвалидом в физическом или психическом смыслах этого слова.

С другой стороны, наказание, в котором принуждение сведено к недопустимому минимуму, к такому, при котором подобное воздействие может для осужденного стать желательным в силу его привлекательности, утрачивает свойство кары. Было бы забавно, фантазируя, представить себе наказание в виде благодарности суда обвиняемому за то, что он натворил. Это удар по генеральной превенции со всеми вытекающими отсюда отрицательными последствиями.

На законодательном уровне чрезмерное принуждение пресекается в первую очередь международными актами, ратифицированными Рийгикогу. В их числе:

- © Статьей 5 Всеобщей декларации прав человека (Принята OOH 10.12. 1948 г.).
- Статьей 7 Международного пакта о гражданских и политических правах (Принят ООН 16.12. 1966 г., вступил в силу в Эстонии 21. 01. 1991 г.).
- Конвенцией против пыток и других жестоких, бесчеловечных или унижающих достоинство видов обращения и наказания (Принята ООН 18. 12. 1984 г., вступила в силу в Эстонии 10. 11.1991 г.).
- Статьей 3 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (Принята Советом Европы 4.11. 1950, вступила в силу в Эстонии 16.04. 1996 г.).

Став членом Европейского Союза, Эстония взяла на себя обязательство соблюдать Хартию Европейского Союза об основных правах 2000 года, которая, закрепляя в статье 4 право на человеческое достоинство, устанавливает безусловный запрет пыток и бесчеловечного или унижающего человеческое достоинство обращения или наказания.

Как реализацию требований перечисленных норм следует рассматривать статью 324 KS. Она предусматривает наказание в виде денежного взыскания или тюремного заключения на срок до одного года. Такое наказание положено за унижение человеческого достоинства, а также дискриминацию или незаконное ограничение прав заключенного, арестованного или заключенного стороны чиновника места под стражу со изоляции OT общества служебного использованием ИМ своего положения. Причинение противоправного вреда осужденному лицу преследуется, кроме того, по общим нормам о посягательствах на жизнь, здоровье и имущество. Статьи 325 и 326, в

тоже время, устанавливают ответственность за незаконную передачу веществ и предметов в место изоляции от общества, а также за незаконное освобождение заключенного.

Понятно, что обостренная потребность в применении принуждения усиливается при невыполнении осужденным своих обязанностей, при нарушении правопорядка, особенно, когда такие проявления приобретают массовый характер.

3.5. Поощрение

Способ поощрения используется ограниченно. Он применим к лицам, содержащимся в тюрьмах, но не возможен, когда назначается другое наказание. Законы предусматривают варианты облегчения участи обвиняемого или осужденного с учетом сложившихся обстоятельств, но не все эти меры следует рассматривать как поощрения. Не случайно статья 57 KS называется «обстоятельства, смягчающая наказание», а не как—нибудь иначе (скажем «льготы для виновного лица»).

Поощрение — это такой способ воздействия, который содержит похвалу поступков человека, чем способствует возникновению или закреплению у человека мотивации на достижение целей, которые важны для источника поощрения.

В правовом смысле можно отметить существование особого вида норм поощрительного характера. »Поощрительная норма (англ. stimulatory norm of law) — норма права, устанавливающая меры поощрения за добросовестное выполнение субъектами права своих юридических обязанностей, реализацию одобряемого государством и обществом целесообразного и социально полезного варианта поведения на достижение результатов, превосходящие обычные требования». 93

Примером такой нормы может служить закрепленное в статье 22 Закона о тюрьмах положение, устанавливающее льготы для заключенного. 94

Там сказано, что директор тюрьмы с согласия заключенного может применять к нему следующие льготы:

- 1) работа под надзором за пределами территории тюрьмы;
- 2) передвижение без надзора вне территории тюрьмы в связи с учебой, работой или прохождением курса лечения, а также по семейным обстоятельствам.

Эти льготы, могут применяться к заключенным, которые во время отбывания наказания отличались хорошим поведением и в отношении которых имеются достаточные основания предполагать, что они не совершат новых правонарушений и будут соблюдать сделанные им в части льгот предписания.

Применение поощрительных норм требует не меньшей осмотрительности, чем норм принудительных, так как известны случаи злоупотребления поощрением.

-

⁹³ Тихомирова Л. В., Тихомиров М.Ю. Указ. соч., с.657

⁹⁴ См. Закон о тюрьмах. RT I, 2002, 84. Последняя публикация RT 1, 2006, 7/

В свое время много шума наделала история с заключенным Юрием М.

Рецидивист, ранее отбывавший наказание в тюрьме Мурру за разбой и убийство, бежавший из тюрьмы, вновь осужденный на 15 лет за убийство, он был заключенным сначала в 9-м блоке тюрьмы Мурру («тюрьмы в тюрьме» с камерным заключением). По трудно объяснимым причинам в последующем был переведен в 3-й «рабочий» отряд тюрьмы Эмари. Для рецидивистов со стажем эта тюрьма считалась комфортным местом. Здесь частыми были случаи проноса наркотиков и других запрещенных предметов. Один заключенный даже имел машину и мог выезжать за пределы тюрьмы. другой заключенный «художник» занимал площадь в сто квадратных метров.

Там Юрий М. стал работать в прачечной, что подразумевало фактически применение режима открытой тюрьмы с достаточно вольным содержанием: нет вышек, при необходимости заключенные свободно передвигаются по поселку Румму и Эмари. В хозобслугу попадают обычно лица, твердо вставшие на путь исправления, имеющие наказания за относительно несерьезные преступления. В случае какого-либо нарушения заключенный подлежит возвращению в условия закрытой тюрьмы. При этом работа в хозобслуге по неписанным правилам зеков превращает человека в изгоя, место которому только среди так называемых «опущенных».

Юрий М., отбыв 6 лет срока, подал заявление с просьбой об отпуске для посещения родственников и детей в Тарту. И администрация тюрьмы ему этот отпуск предоставила. В Тарту он прибыл, зарегистрировался и ...исчез. Уже стало обычным, что некоторые заключенные опаздывают из отпусков. Но тут имел место настоящий побег. 95

Беглеца удалось найти только через несколько месяцев в С.-Петербурге.

Поощрение используется в двух сферах. В сфере исполнения наказания и в сфере освобождения от наказания.

При исполнении наказания поощрение играет важную стимулирующую роль как награда осужденному за те или иные успехи на пути к исправлению. Надо учитывать, что для каждого заключенного составляется индивидуальная программа, которая может предусматривать разные средства положительного влияния.

Кроме ранее названных льгот, такую роль может играть перевод из тюрьмы закрытого типа в тюрьму открытого типа. Согласно статье 20 Закона о тюремном заключении этот перевод возможен с согласия заключенного, если на основании индивидуальной программы исполнения наказания в отношении заключенного выяснится, что отбывание наказания в тюрьме закрытого типа нецелесообразно. При этом подлежащий реальному отбыванию заключенным срок тюремного заключения не превышает одного года или не отбытая часть срока тюремного заключения не превышает 18 месяцев и имеются достаточные заключенный основания предполагать, что не совершит новых правонарушений. Не допускается перевод В тюрьму открытого типа совершивших заключенных, тяжкие преступления против личности,

 $^{^{95}}$ Иконников Александр. На воле – опасный преступник.// Эстония $5.05.\ 2003$

сексуальные преступления или преступления, связанные с наркотическими средствами либо психотропными веществами, или входивших в преступные сообщества, а также заключенных, отбывающих пожизненное тюремное заключение.

Возможны поощрительные меры, специально законом не установленные, но используемые пенитенциарным учреждением для достижения цели специальной превенции (организация экскурсии, встречи со знаменитыми людьми и т.п.).

Стимулирующим к исправлению поощрением, связанным с освобождением от наказания, является возможность условно – досрочного освобождения от отбытия наказания в виде тюремного заключения (ст.76 KS). Это самостоятельная тема. которая должна быть освещена в дальнейшем. Сейчас же достаточно обратить внимание на то, что одним из необходимых условий использования этого средства является учет личности осужденного и его поведения во время отбытия наказания. (ч. 3 ст. 76 KS).

3. 6. Содействие

В отличие от поощрения содействие как способ достижения цели ресоциализации представляет собой не прямую реакцию на факт положительного поведения осужденного, а создание общих благоприятных условий, способствующих процессу ресоциализации. Конкретных разновидностей такого способа много.

Меры содействия выделяются в зависимости от стадии процесса (назначение, освобождение от наказания, исполнение наказания), внедрения в процесс (предусмотренные законами и проектируемые). видов основного наказания (денежное взыскание, тюремное заключение). (См. Таблицу 6 (17).

Таблица 4 (15). Виды содействия как способа достижения цели ресоциализации

Традицио	Примеры внедряемых и	
Стадии процесса	Наименование	проектируемых альтер- нативных видов содей -ствия
Применение на-	Обстоятельства, смягчающие наказание.	Прощение потерпевшим
казания и осво-	Ст 57 KS.	виновного
бождение от на-	Назначение более мягкого наказания по	
казания в виде	альтернативной санкции.	
денежного взы-	Смягчение наказания в преду-	Восстановительные меры
скания и тю-	смотренных законом случаях. Ст.60 KS.	
ремного заклю-	Назначение наказания ниже мини-	
ченния	мального предела. Ст. 61 KS.	
	Условное освобождение от наказания.	
	Ст.73 KS.	
	Освобождение от отбывания наказания в	

	связи с неизлечимой болезнью. Ст. 79 KS.		
Применение на-	Замена наказания общественно-	«Шоковое» тюремное	
казания и осво-	полезным трудом. Ст 69-KS	заключение	
бождение от на-	Условно-досрочное освобождение от	Принудительное, вместо	
казания в виде	отбывания наказания в виде тюремного	тюрьмы, но по выбору,	
тюремного за	заключения. Ст.76 KS.	лечение от синдрома	
ключения		насилия	
		Иные меры, применяемые	
		в других европейских	
		государствах в качестве	
		альтернативы лишению	
		свободы ⁹⁶	
	0		
	Освобождение от наказания лица, тяжело		
	пострадавшего в результате совершения		
	преступления. Ст 80 KS.		
Исполнение на-	Отбывание наказания по частям. Ст. 66		
казания в виде	KS.		
денежного взы-			
скания и тю-			
ремного заклю-			
чения			
Исполнение на-	Индивидуальная программа исполнения	Стипендия для учащихся	
казания в виде	наказания по отношению к заключенному.	тюремных школ	
тюремного	Ст. 16 Закона о тюремном заключении		
заключения	(3oT3)		
	Перевод заключенного в тюрьму		
	открытого типа. Ст. 20 3оТ3		
	Льготы. Ст. 22 3оТ3		
	Внетюремное общение заключенного.		
	Раздел 3 3оТЗ		
	Образование и труд в тюрьме. Раздел 4		
	3oT3		
	Бытовые условия и охрана здоровья в		
	тюрьме. Раздел 5 3оТЗ		
	Социальная помощь в тюрьме. Раздел 6		
	3oT3		

В контексте мер содействия достижению целей наказания, имеет смысл комментировать не все рубрики таблицы 4 (15). Те виды, которые включены в раздел «Предусмотренные законом», логичнее рассмотреть в комплексе с другими вопросами, относящимися к применению наказания, освобождению от него и исполнению его. А это связано с тематикой последующих лекций. Поэтому для разъяснений в данной лекции остаются лишь вопросы альтернативных видов содействия

⁹⁶ Марусте Райт. Альтернативы лишению свободы (Обзор практики Европы).// Юрист Эстонии. 1991. № 6. Текст статьи см. в приложении 1.

Интерес к альтернативным видам воздействия на преступника, направленным на достижение целей наказания, обусловлен в первую очередь тем, каким целям отдается предпочтение. В эпохи, когда генеральная превенция заслоняла все другие варианты целей наказания. вопрос об альтернативе тоже возникал.

Профессор истории и криминального права Эли Фабер (США) обратил внимание на то, что на территории США «в те времена наказание в виде практиковалось, тюремного заключения мало поскольку расправа преступником оставалась, В значительной степени, прерогативой общественности. «Зачем сажать людей в дорогостоящие тюрьмы, откуда они могут сбежать? – рассуждал он.- Куда разумнее публично высечь преступника на глазах у его сестры или матери, на глазах всех сограждан. Наказание позором гораздо результативнее». 97

Альтернатива тюремному заключению в виде телесного наказания явно тяготела к генеральной превенции. Хотя в наши дни, когда на первый план выдвинулась цель специальной превенции, понимаемая как гуманистическая проблема, альтернатива тюремному заключению видится совсем в ином ключе. Речь идет о поиске способов, открывающих возможность сделать преступника человеком, способным адаптироваться к условиям нормальной жизни в обществе.

Внимание эстонских юристов к этим вопросам проявилось уже в ходе восстановления независимости государства. В числе первоочередных задач, требовавших быстрого решения, стало создание нового законодательства, в том числе - и уголовного, отвечающего уровню современного западноевропейского правосознания. Между тем в Европе в 60-70 годы прошлого века усилился поиск альтернатив тюремному заключению, эффективность которого уже многие десятилетия фиксировалась на весьма низком уровне. В 1976 году комитет министров Совета Европы принял резолюцию « On some Alternative Penal Measures to impr.sonment».(«О некоторых альтернативных заключению мерах наказания»). Волна внимания к проблеме, поднятая этим актом, докатилась и до нашего времени, но в новой ситуации на эстонской земле, кажется, первым, кто обратился к рассмотрению альтернатив, стал Райт Марусте (ставший председателем Государственного суда, а позже — судьей Европейского суда по правам человека)/

. Еще в 1991 году увидела свет его статья «Альтернативы лишению свободы (Обзор практики Европы), опубликованная журналом «Юрист Эстонии» № 6.

Автор исходил из того, что рассматриваемые в обзоре меры можно распределить по трем группам:

:»1) наказания, с помощью которых стремятся **модифицировать** наказания, связанные с лишением свободы *(custodial)*;

 $^{^{97}}$ Как это было. Преступление и наказание.// :Журнал «Калейдоскоп» (США), май 1998, с. 81.

- 2) альтернативные наказания, которые представляют собой отличающиеся от лишения свободы по содержанию санкции;
 - 3) меры, целью которых является неприменение санкций вообще» 98.

В статье содержалось разъяснение ряда конкретных альтернатив, относящихся к каждой из названых выше групп и получивших признание в разных европейских государствах. Резюмируя обзор, автор призвал учесть европейские новации при разработке эстонского уголовного права нового времени. Ряд видов альтернативных мер, в последующем нашел свое воплощение в новом законодательстве, в том числе и в КS. Об этом в прежних лекциях уже говорилось.

Но поиск, основанный на изучении опыта Запада, продолжается, хотя он и осложнен рядом обстоятельств, неблагоприятных для процесса гуманизации мер содействия. Имеются в виду существенно не сокращающейся уровень преступности, низкий процент раскрываемости преступлений, коррупция, размеры которой трудно даже представить, острая нехватка полицейских и др. По этой причине далеко не все новации встречают поддержку со стороны общественного мнения. Едва ли опыт Скандинавских государств может быть прямо перенесен на нашу почву, если по сравнению со скандинавами многие существенные условия нашего бытия и сознания пребывают еще в весьма удручающем состоянии. Нам ещё далеко до Норвегии, в которой уже 15 лет существует при Министерстве юстиции парламент заключённых, члены которого участвуют в обсуждении всех законодательных актов, касающихся криминальной сферы, системы наказаний, условий содержания заключённых и пр⁹⁹. То. что в нашей системе имеется, создано с учетом реальных возможностей.

Рассмотрим некоторые из альтернативных видов содействия, приведенные в таблице4 (15).

Прощение потерпевшим виновного лица задумано как примирительное производство, которое может быть использовано вместо наказания за преступления второй степени тяжести, связанные с частными отношениями между преступником и его жертвой. При наказании за преступление первой степени тяжести примирение может рассматриваться как обстоятельство, смягчающее наказание. В соответствии с примирительным производством возместить ущерб можно будет и трудовой деятельностью

По идее процесс примирения должен способствовать осознанию преступником своей вины и раскаянию в содеянном, а потерпевшему дать ощущение защищенности, уменьшить его страх перед виновным лицом. В свою очередь такое состояние должно открыть путь к более рациональному и действенному возмещению ущерба и предотвращению нового возможного преступного акта со стороны потерпевшего в порядке отмщения за причиненные ему страдания.

⁹⁸ Марусте Райт. Указ. соч.,с.469

⁹⁹ Кто без греха, пусть бросит камень.// Деловые ведомости. 1. 02. 2006

На разработку законопроекта оказал влияние опыт применения соответстствующего способа содействия ресоциализации преступника в Австрии, Германии, Норвегии, Швеции, Финляндии, Франции, Швеции.

Проект закона, разработанный Министерством юстиции, исходит, по всей видимости, из того, что применение публичной силы в виде наказания по существу своему представляет собой вмешательство государства в частные отношения, которые в силу сложившихся обстоятельств вылились в преступление, но по своим истокам представляли конфликт частного порядка. Из проекта следует, что прощение должно быть выражено в соглашении жертвы, обвиняемого, прокурора и суда с участием социального работника. Достижение соглашения позволяет передать дело от социального работника примирителю. Это должностное лицо становится посредником в отношениях сторон конфликта, способствующим заключению между ними договора. Контроль за выполнением условий договора осуществляет государство.

«Топор постоянно над головой преступника, и, если он не выполняет условий договора, то дело снова направляется в производство и преступнику назначается обычная мера наказания — сказала одна из авторов законопроекта, руководитель пенитенциарной службы в министерстве юстиции Саале Лаос. — Преступник должен раскаяться и признать вину, а также возместить нанесенный ущерб...

Например, в случае грабежа человек может рассказать, почему он пошел на грабеж. Жертва понимает, что нападение не было направлено против него лично, просто он оказался в неправильное время в неправильном месте», — комментирует Лаос. Или, конфликт между собутыльниками, — описывает Лаос типичный случай примирительного производства. - Когда они протрезвеют, то захотят примириться, однако нынешний закон не позволяет сделать этого».

Слабым местом нового законопроекта является опасность, что преступник может вынудить жертву к примирению. Авторы законопроекта пишут в объяснительной записке, что в случае примирения проблемой может стать воздействие на пострадавшего, особенно в случаях с организованной преступностью. В то же время они утверждают, что контроль со стороны суда и прокурора помогут избежать этого.

На существование этой опасности указал также член уголовной коллегии Государственного суда Ээрик Кергандберг. «Примирительное производство обсуждалось и раньше, но, наверно, тогда побоялись, что это сопряжено с опасностью для пострадавшего, которого могут подвергнуть преследованию с целью так называемого примирения»,—

По его словам, европейская практика показывает, что обещания возместить ущерб, данные вне помещений суда, более реальны. Государственный судья отметил также, что нередки случаи, когда после долгих судебных заседаний, в ходе которых назначается выплата ущерба, жертва так и не получает возмещения.

Керсти Лоодус, вице-директор Союза помощи жертвам преступлений, говорит, что примирение между пострадавшим и преступником достигается редко — это единичные за год случаи. Как правило, в союз обращаются за помощью родственники убитого человека.

Лоодус при этом подчеркивает, что преступник, которого отыскали работники союза, чтобы свести его с жертвой, всегда дает согласие на примирение. «Жертвы после примирения избавляются от тяжелого опыта, который в противном случае постоянно довлел бы над ними», — поясняет Лоодус. Случаев, чтобы примирения с жертвой искал преступник, в многолетней практике Лоодус не было. 100

Приведенные высказывания специалистов о необходимости проявлять осторожность и не возлагать слишком радужные надежды на эффективность рассматриваемой меры, хотелось бы дополнить еще одним соображением принципиального характера.

Функция противодействия преступности относится к прерогативе государства. Расчет на иных участников этого процесса очень мал. Ограничение прав обороняющегося от противоправного посягательства угрозой наказания за превышение им пределов необходимой обороны без каких-либо оговорок — достаточно красноречивое свидетельство того недоверия к жертве преступления, которое испытывает государство. Давая отпор преступнику, можно вместе с ним оказаться на скамье подсудимых.

В преступном конфликте жертва преступления является слабой стороной. Преступник действует свободнее, так как не скован рамками закона, которые он сознательно нарушает. Поэтому защита слабой стороны путем применения арсенала средств, имеющегося у государств в количестве и качестве, явно превышающем средства участников конфликта, делает функцию государства публичной.

Пенитенциарное право во всех своих значениях - отрасль публичного права. Переводить его на рельсы частных взаимоотношений преступника и жертвы — значит, возвращаться к прошлым юридическим конструкциям времен Римского права. Они были отвергнуты последующим развитием науки и законодательной практики.

Преступный конфликт по своей природе требует публичной реакции, которая может быть лишь дополнена поддержкой частного лица как потерпевшего. Объект, на который посягает преступник, таковым является только потому, что он поставлен под охрану отрасли публичного права. Отсюда следует, что для избавления преступника от наказания прощения со стороны жертвы преступления недостаточно. Необходима реакция публичной власти, и эта реакция должна играть решающую роль.

Восстановительные меры могут сыграть свою положительную роль в качестве дополнения к наказанию, но, не подмены его. По отношению к потерпевшему от преступления, как уже отмечалось в первой лекции, наказание не выполняет восстановительной функции. Для решения таких

89

¹⁰⁰ Карнау Андрес. Государство предлагает преступникам раскаяться. // Postimees. 22.02. 2006

вопросов используется инструментарий гражданско-правовой ответственности, связанный с обязательствами, возникающими из причинения вреда. Но одно увязывается с другим и может образовывать систему взаимодополнения.

Альтернативный характер восстановительные меры способны продемонстрировать тогда, когда они оказывают воздействие на замену одного вида наказания другим или снижение меры наказания.

К обстоятельствам, смягчающим наказание, в числе прочих относится добровольное возмещение причиненного вреда (п. 2, ч. ст. 57 KS). По существу тут сформулировано правило действующего закона о, так называемом, деятельном раскаянии. В отличие от добровольного отказа, освобождающего от наказания даже при оконченном покушении, деятельное раскаяние способно только смягчить наказание. 101

Кроме отмеченного ограничения, использование рассматриваемого обстоятельства оказывается возможным лишь при вынесении обвинительного приговора. но исключается при его исполнении.

При таком раскладе можно усомнится в том, насколько полно законодателем использованы ресурсы деятельного раскаяния для защиты интересов потерпевшего от преступления.

Эти недостатки могут быть исправлены. Почему бы не ввести такой порядок, котором в ходе исполнения обвинительного осужденный, полностью возместивший вред потерпевшему, МОГ на уменьшение отбываемого наказания или на вынесенного судом наказания на более мягкое? Такое решение вопроса, не ущемляя интересов государства в обеспечении правопорядка, могло бы способствовать более полной защите прав человека как потерпевшего от преступления время, TO же стимулировать осужденного ресоциализацию.

Правда, может сложиться ситуация, при которой интересы лица, потерпевшего от преступления, и интересы государства окажутся в конкурентном отношении. Если при полном возмещении ущерба потерпевшему лицом, которому назначено наказание в виде денежного взыскания, будет применено сокращение суммы денежного взыскания, то соответственно деньги, предназначавшиеся государственной казне, должны будут поступить частному лицу. Такое противоречие, все-таки, должно быть разрешено в пользу потерпевшего. В демократическом обществе справедливость и права человека должны считаться приоритетными ценностями.

Термин «шоковое тюремное заключение» происходит от английского выражения «sharp short shok». Так обозначается кратковременное лишение свободы, рассчитанное на то, что даже поверхностное погружение осужденного в тяготы тюремной жизни произведет на него столь сильное негативное впечатление, что отобьет желание совершать преступления. В Эстонии такая мера применяется с 2002 года. К началу 2006 года шоковое тюремное

 $^{^{101}}$ О добровольном отказе и деятельном раскаянии см. Лившиц Ю. Указ. соч., с.243-253

заключение было назначено 655 осужденным, в том числе 644 мужчинам и 21 женщине. 102

К сожалению, на поверхность всплыли факты, говорящие о том, что ряд судей не адекватно понял смысл шокового тюремного заключения. Возникли проблемы использования этого вида содействия осужденному.

По словам завотделом криминальной политики Министерства юстиции Саале Лаос, шоковое заключение должно применяться в отношении тех, кто преступил закон впервые, а также к относительно молодым людям. Хотя в соседних государствах шоковое заключение действует и впрямь эффективно, в Эстонии, по мнению специалистов, оно не оправдало ожиданий. И вовсе не потому, что наши люди спокойно относятся к лишению свободы как таковому. Эксперты сходятся во мнении, что суды порой приговаривают к шоковому заключению на слишком продолжительный срок, кроме того, такую меру назначают людям, уже неоднократно отбывавшим срок. Эстонское законодательство не регулирует продолжительность шокового заключения и не ограничивает применение этого альтернативного наказания по отношению к тем, кто уже вкусил, так сказать, тюремной баланды. Хотя западный опыт свидетельствует о том, что оптимальный срок шокового заключения - шесть месяцев, в Эстонии шоковую тюремную «терапию» назначают порой до шести лет.

По словам директора Тартуской тюрьмы Андруса Кыре, если человек находится в изоляции от общества более девяти месяцев, он привыкает к своему новому положению и не испытывает шока.

О нынешней практике применять шоковое заключение на длительный срок заместитель директора тюрьмы Мурру Лембит Краас отозвался еще более критично. По его словам, иногда нескольких недель пребывания в тюрьме камерного типа с суровыми бытовыми условиями вполне достаточно для того, чтобы человек осознал тяжесть совершенного преступления, во всяком случае, год - это слишком продолжительный срок.

Как сообщил государственный прокурор Яан Наабер, прокуратура неоднократно рекомендовала прокурорам сокращать при общем наказании срок шокового заключения. Этот вопрос обсуждался и на организуемых для судей курсах усовершенствования. Но к рекомендациям прокуратуры не прислушиваются.

Тот факт, что в Эстонии судьи назначают более длительные, чем в других европейских странах, шоковые заключения, председатель Таллиннского городского суда Хельве Сяргава объясняет тем, что наши судьи стремятся назначать наказания, соразмерные с тяжестью преступлений. «Если закон предусматривает наказание сроком до пяти лет, достаточно ли будет шести месяцев шокового заключения, чтобы человек осознал тяжесть вины», вопросила судья, согласившись в то же время с тем, что продолжительность

¹⁰² Кому тюрьма, кому мать родна.// Postimees – Вести дня. 2.03. 2006

шокового заключения должна измеряться месяцами, а не годами, иначе это будет обычное тюремное заключение. 103

Приведенные оценки и размышления заставляют сделать лишь один вывод. Действующее законодательство нуждается в дополнениях, относящихся к шоковому тюремному заключению. Имеет смысл создать нормы, в которых указывалось бы на цели этого вида воздействия, контингент осужденных, способных воспринять тюрьму на «шоковом» уровне, предельные сроки наказания.

Принудительное, вместо тюрьмы, но по выбору, лечение от синдрома насилия совсем новое явление в эстонской пенитенциарной практике. Для разъяснения этой меры правильнее всего было бы предоставить слово тем, кто взялся за ее осуществление.

В Эстонии впервые будет применен метод, согласно которому людей, совершающих насилие над своими близкими, будут по решению суда отправлять на принудительное лечение жестокости, в так называемую группу реабилитации, сообщает ETV 24.

Суд будет назначать наказание совершившему семейное насилие с учетом его желания. Преступник на выбор может отправиться в тюрьму, заплатить штраф или пройти лечение жестокости.

«В 2000 году не было такой сети помощи жертвам домашнего насилия, какая есть сейчас. Полиция и государство тоже помогали жертвам гораздо меньше», — сказала директор MTÜ Vägivallast Vabaks Вельда Вейа.

«Я думаю, что пройдет еще лет пять-шесть и такого рода помощь будет доступна всем, кто в ней нуждается», — добавила Вейа.

«Такую модель еще не применяли ни в Северных странах, ни в Прибалтике. Мы имеем дело с американской моделью», — сказала Вейа, комментируя новую программу. «Хотя программу можно выбрать добровольно, она подразумевает большое давление на осужденного. Теми, кому будет назначено лечение жестокости, займется криминальная опека. Само лечение включает в себя наблюдение за пациентом, интервьюирование, обсуждение причин поступка. Групповая работа длится примерно два с половиной месяца», — сказала Вейа.

По словам Вейа, известны случаи, когда люди выбирали вместо лечения тюремное заключение, поскольку речь идет не о легкой программе. Во время групповой работы за пациентом внимательно наблюдают. Если в семье возобновляются случаи насилия, то групповую работу прерывают и человека отправляют в тюрьму.

Программа должна начаться с обучения преподавателей. В этом году планируется подготовить всего пять таких групп. 104

¹⁰³ Там же

¹⁰⁴ Начнется программа лечения жестокости. // Postimees. 15.06.2006

Лечение жестокости, как видно из приведенной характеристики этой меры, выходит далеко за пределы тех возможностей, которые действующий закон предоставляет суду и пенитенциарным органам. Задача выявить причины жестокости в каждом конкретном случае сталкивается с проблемой погружения в такие тайники индивидуальной психики пациента, которые могут раскрыться лишь перед профессиональным психиатром или паталогопсихологом, Без согласия осужденного это делать категорически нельзя. Более того, специалист, использующий современную методику лечения должен быть уверенным, что последствия внедрения в психику пациента не должны вылиться в какие-либо побочные отрицательные явления, повлиять на нежелательную модификацию личности. Такие ситуации обычно порождают потребность в специальном правовом регулировании. По всей видимости, подобного рода тематика не может обойтись без востребованного внимания юриспруденции.

3.7. Контроль

Контрольная функция органично присутствует в наказании. Она охватывает все его разновидности и средства достижения целей наказания. Принудительный импульс наказания неизбежно предполагает контроль. С одной стороны, за тем, как назначается и исполняется наказание. С другой — за формированием установки осужденного на ресоциализацию и за возможными его отклонениями от движения по этому пути. Контроль- один из неизбежных и продуктивных способов достижения целей наказания.

Как и во всем другом, крайности в контроле сходятся.

Мелочный контроль, лишающий возможности самостоятельного выбора осужденным вариантов поведения. чреват жестко обусловленной приспособительной реакцией на потребность выживания. Ощущение все углубляющейся враждебности к системе, лишающей человека элементарной свободы поведения, является прямым следствием такой практики. Если образуются какие—либо случайные неполадки в контрольном механизме, все может обернуться взрывом неповиновения. Не исключено и противоположное последствие: обезличивание осужденного, его превращение в покорное, беспрекословное существо.

С другой стороны, слабость контроля не менее опасна. Она нивелирует наказание, лишает его свойства принуждения, создает опасность усугубления тех пагубных свойств личности, которые привели человека на скамью подсудимых.

На фоне общей контрольной функции выделяются специальные виды контроля, предназначенные для осуществления особых мер по ресоциализации виновного лица. Имеются в виду условное освобождение от наказания с подчинением осужденного контролю за его поведением (ст. ст. 74 и 75 КS) и условно-досрочное освобождение от отбывания наказания в виде тюремного заключения (ст. ст. 76 и 77 КS).

Требования осуществления контроля за поведением виновного лица, условно освобождаемого, связаны с этим видом освобождения не жестко, а

избирательно. Решая вопрос об установлении такого контроля, суд должен учитывать обстоятельства совершения преступления и личность виновного. Что касается условно-досрочного освобождения от отбытия тюремного заключения, то контроль обязателен во всех случаях без каких-либо исключений как неизбежное условие осуществления этой меры воздействия.

Правила контроля одинаковы для обоих названых вариантов освобождения. Эти правила заключаются в следующих нормативах. содержащихся в ст.75 KS (Контроль за поведением осужденного):

В течение периода контроля за поведением осужденного он обязан соблюдать следующие контрольные требования:

- 1) проживать в определенном судом постоянном месте жительства;
- 2) являться в установленные уголовным надзирающим сроки на регистрацию в отдел надзора;
- 3) подчиняться контролю лица, осуществляющего надзор, в месте своего жительства и представлять ему сведения о выполнении своих обязанностей и средствах к существованию;
- 4) испрашивать у чиновника по надзору предварительное разрешение на отлучку с места жительства на срок свыше пятнадцати дней;
- 5) испрашивать у чиновника по надзору предварительное разрешение на перемену места жительства, работы или учебы.

Суд, учитывая обстоятельства совершения преступления и личность осужденного, может определить, что последний обязан в течение периода контроля за его поведением:

- 1) возместить причиненный преступлением вред к установленному судом сроку;
- 2) не потреблять алкогольные напитки и наркотические средства;
- 3) не иметь, не носить и не использовать оружием;
- 4) найти место работы, получить общее образование или приобрести специальность к установленному судом сроку;
- 5) пройти предусмотренный курс лечения, если он предварительно дал на это согласие;
- 6) исполнять обязанности по содержанию иждивенцев;
- 7) не посещать указанные судом места и воздерживаться от общения с указанными судом лицами;
- 8) участвовать в реализации программы социальной помощи.

Суд может на основании донесения чиновника по надзору уменьшить или аннулировать обязанности, возложенные на осужденного на период контроля за его поведением, или возложить на осужденного дополнительные обязанности по сравнению с теми, что ранее были перечислены.

Если осужденный дает обещание исправить свое поведение и принимает на себя обязанности, не перечисленные выше, то суд может утвердить их в качестве его обязанностей.

Еще в 1998 году при судах были созданы отделы по надзору за лицами, условно освобожденными от наказания, и лицами, условно-досрочно

освобожденными от отбывания наказания (криминальный надзор) и вступил в силу соответствующий закон. 105

Самым последним нововведением (октябрь 2006 года) в области контроля над условно-досрочно освобождаемыми стал особый способ фиксации их передвижения «на свободе» после выхода из тюрьмы. Изменениями, внесенными в законы о криминальном надзоре, о тюремном заключении, в КS, в Закон о введении в действие КS и в Уголовно-процессуальнй кодекс, предусмотрено использование электронного слежения за освобождаемым 106.

Электронное слежение является назначенной осужденному судом на определенный срок обязанностью подчиняться ограничениям свободы передвижения путем контроля с применением электронного устройства, которое прикрепляется на теле осужденного и с помощью которого можно определить место нахождения осужденного.

Электронное слежение может быть назначено сроком от одного до двенадцати месяцев.

На основании доклада инспектора по криминальному надзору и при учете ограничений, установленных законом, суд может продлить или сократить первоначально назначенный срок электронного слежения.

Если осужденный до окончания срока электронного слежения откажется от согласия на его применение, суд на основании доклада инспектора по криминальному надзору обращает к исполнению неотбытую часть срока наказания.

Для условно-досрочного освобождения заключенного после отбытия им требуемого срока наказания, предусмотренного статьями 76 или 77 КS, тюрьма предоставляет суду личное дело заключенного, мнение инспектора по уголовному надзору об испытательном сроке и об избрании обязанностей заключенного и о сроках их действия, а также согласие заключенного о применении электронного слежения при условии, что заключенный ходатайствует о своем освобождении на основании пунктов 1 или 2 части первой статьи 76 KS. (75-1 KS (Электронное слежение).

По поводу нового способа контроля газета Postimees, как и многие другие масс-медиа, высказала неоднозначное мнение.

Вчера Рийгикогу принял поправку к закону, которая вместо отбывания наказания в тюрьме позволит осужденным оставаться на свободе, находясь под электронным наблюдением. Прикрепленное к осужденному приспособление позволит чиновнику по надзору контролировать, находится ли его подопечный там, где обещал быть.

Поначалу эта система будет применяться только по отношению к досрочно освободившимся заключенным, которые уже отбыли часть

95

¹⁰⁵ См. ПАЭ. 1998,4. Сейчас функции надзора расширены, а деятельность по криминальному надзору регулируется целым рядом правовых актов (в частности, Регламентом работы отдела криминального надзора уездного и городского суда, Уставом регистра криминального надзора и др.)

наказания в тюрьме, а также в качестве альтернативы краткосрочному тюремному заключению.

И все-таки эта современная система, которая применяется во многих странах Европы, налагает очень большую ответственность на Министерство юстиции и органы охраны правопорядка.

Одной из целей поправки— и об этом прямо заявлено— является уменьшение количества заключенных в тюрьмах, хотя на самом деле государству следовало бы работать в направлении профилактики преступности.

Можно понять идею законодателей — в Эстонии на 100 000 жителей приходится 333 заключенных. По этим показателям мы, безусловно, являемся «лидерами» в Европе. После нас — Латвия, где это соотношение составляет 315 на 100 000. Авторы поправок и сами говорят, что это много и что показатели столь высоки потому, что мало используется возможность условного освобождения.

С другой стороны, государство должно больше беспокоиться о чувстве безопасности своих законопослушных граждан. А большое количество условно досрочно освобожденных заключенных, даже с прикрепленными приспособлениями для электронного слежения, не способствует сохранению спокойствия. Так что идея, может, и хороша, но цель не заслуживает одобрения.

Если чиновник по надзору не справится со своими обязанностями или подведет система слежения и в результате будет совершено новое преступление, то можно только представить, какое возмущение это вызовет в обществе и какое возникнет недоверие к этой системе. К тому же умную электронику всегда можно провести с помощью еще более умной электроники.

А факт, что система не защищена от злоупотреблений, доказывает то обстоятельство, что критерии оценки рисков криминогенного поведения подопечных еще только разрабатываются.

Профилактике преступности, скорее, может способствовать введение электронной системы надзора в качестве альтернативы краткосрочному тюремному заключению. В самом деле, сажать мелкого жулика не очень-то разумно — в тюрьме он лишь повысит свою «квалификацию» для продолжения преступной деятельности.

А нахождение под домашним арестом и электронным надзором многих людей может образумить и положить конец их преступной «карьере». Наверняка внедрение электронной системы слежения будет очень интересным, но это не должно произойти в ущерб чувству безопасности граждан. 107

Значительную роль в ведении электронного слежения сыграли финансовые соображения. Если содержание одного заключенного в Тартуской тюрьме

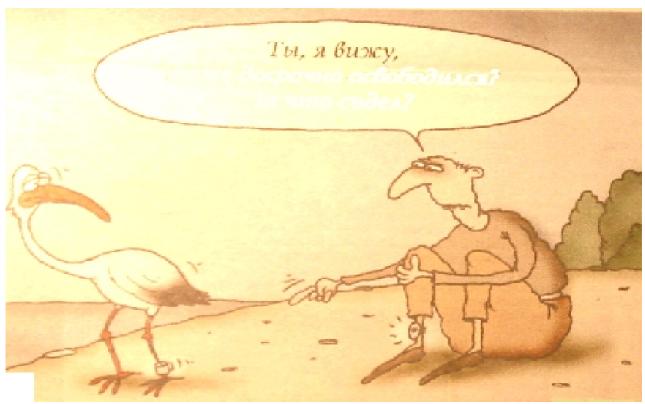
¹⁰⁷ В тюрьме на свободе. Система электронной охраны не должна работать в ущерб безопасности.// Postimeess. 28.09. 2006.

обходится в год в 187 200 крон, то ножной браслет для заключенного обойдется в 35 000 крон в год.¹⁰⁸

Но проблемные вопросы от этого лишь усиливают свою актуальность. Не пострадает ли от меркантильных соображений правопорядок в обществе? подобная мера компенсировать низкую раскрываемость преступлений, что предопределяет высокий уровень преступности? В какой степени установление места нахождения лица при помощи электронного датчика способно воспрепятствовать совершению им преступления, если электроника не может фиксировать поведение лица в месте его нахождения? Максимальный срок электронного слежения 12 месяцев, а дальше что? Где гарантия того, что именно это время не станет временем «приглядывания» и «принюхивания» к ситуации, позволяющей потом совершать преступление? Вопросов много.

То, что газета откликнулась на электронное слежение карикатурой, посвоему демонстрирует бытующие в обществе скептические настроения, связанные с новым способом контроля. (См. Рисунок 5 (16).

Рисунок 5 (16). Карикатура на электронное слежение.



Ты, я вижу, тоже досрочно освободился? За что сидел?

¹⁰⁸ Бяренклау Ингвар. Введут электронуюсистему слежения за заключенными.// Postimees.28.09.2006

Лекция 4. Система наказаний

Возникновение наказаний. Влияние виды иноземного права на применявшиеся в Эстонии. Уголовные и исправительные наказания по Nuhtlusseadustik. Наказания, установленные Karistuseadustik 1929 года. Распространение действия территорию Эстонии *YK* РСФСР 1926 года. предусматривавшиеся УК ЭССР 1961 года. Введение в действие КЅ 2001года и проблема обратной силы нового закона. Обоснование системного характера наказаний. Виды наказаний по современному германскому, эстонскому и российскому законодательству. Различие понятий вид и мера наказания. Критерии систематизации видов наказаний. Классификация видов основного наказания в зависимости от тяжести их кары, возможности сочетания наказаний, лица, подвергаемого наказанию, тяжести преступления, регулирования нормами Особенной и Общей частями KS.

3.1. Этапы эволюции видов наказания в Эстонии.

Наказания являются одним из средств деятельности государства по обеспечению правопорядка. Виды и меры наказания за преступления устанавливаются государственной властью по собственной воле, но не без влияния условий определенной исторической эпохи.

До зарождения государственности принуждение как метод регулирования поведения людей применялось, но оно не обладало свойствами наказания в современном его понимании. Профессор М.Д. Шаргородский приводит наблюдения путешественника Н. Н. Миклухо-Маклая, который, кроме всего прочего, при описании быта маланезийцев на острове Андра, сообщает и о реакции общинников на различные ущемления их интересов. «Если кто-нибудь убит, - пишет Миклухо-Маклай, - или что-нибудь украдено, третье лицо не вмешивается. Обиженный или обиженные мстят, как могут. Если кто открыл что-нибудь у него украденное в хижине соседа, то он берет свое... Если вор молчит — делу конец; если произойдет драка и один убит — посторонние не вмешиваются». 109

Родовой порядок у древних эстов поддерживался не только авторитетом старейшины рода, но и рода в целом, который применял принуждение к нарушителям и защищал своих членов от нападок извне.

Изначальные виды наказаний возникают в древности и связаны в первую очередь с обычным правом. Что тогда происходило на эстонской земле, установить довольно сложно, так как отмечалась родовая и территориальная разобщенность. Во всяком случае до XIII века, когда в Эстонии было принято

¹⁰⁹ Миклухо-Маклай Н..Н.. Путешествия, т. .ll, М-Л. 1941, с.76. Цит. по. Шаргородский.. М.Д. Наказание по уголовному праву эксплуататорского общества. Москва: Государственное издательство юридической литературы. 1957,с.10

христианство, процесс наказаний, как можно предположить, заметно отличался от того, что было в соседних государствах.

До активных завоеваний территории Эстонии получила распространение система откупа, использовалась кровная месть и в меньшей степени – принцип «талиона». При этом «кровная месть, талион и откуп не были особой отличительной чертой народа, а характеризовали существовавшее в то время криминальное право». 110

Надо считаться с тем, что рычаги государственной власти в Эстонии многие века находились в руках иноземцев, от решения которых зависела пенитенциарная политика, в том числе, и признание тех или иных видов наказания. Самостоятельное решение этого вопроса произошло только в 1935 году после вступления в силу собственного эстонского наказательного закона, но было приостановлено присоединением Эстонии к СССР в период с 1940 по 1992 годы.

Виды наказания долгие годы устанавливались разнообразными законами. Шведское право, Саксонское право, «Каролина», Русское право –это далеко не завершенный перечень.

Одной из зрелых кодификаций стало российское Уложение о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года, которое в Эстонии со временем получило название «Vana Nuhtlusseadustik». Это Уложение потом неоднократно переделывалось. В 1885 году оно было еще раз пересмотрено и издано с теми изменениями, которые связаны с реформами более ранних лет (от 1886 года).

Как видно из названия, Уложение подразделяло меры воздействия на уголовные наказания и исправительные.

Уголовное наказание было представлено: лишением всех прав и смертной казнью (суд сам определял способ умерщвления осужденного, чаще всего, предпочитая повешение, но не исключалось и отсечение головы); лишением всех прав и направлением на принудительные работы (место работы — рудник, завод, крепость - и ее вид ставились в зависимость от вида преступления и степени вины лица); лишением всех прав и ссылкой в Сибирь; лишением всех прав и ссылкой на Кавказ.

Исправительными наказаниями являлись: лишение всех прав и ссылка в Сибирь с отведенным для этого местом или без него; телесное наказание от 50 до 100 ударов розгами, такому осужденному к тому же полагалось лишение прав и заключение в рабочем доме; лишение всех прав и отправление в арестантскую, исправительную роту; лишение прав и отправление в далекие губернии, помимо Сибири; временное заключение в крепости с лишением некоторых прав или без этого; временное заключение в тюрьме; кратковременный арест; выговор суда, замечание, наставление и др.

KS 1929 года (начал действовать с 1.02. 1935 года), учитывавший положения российского Уложения о наказаниях 1903 года, предусматривал за преступления (кроме того, закон содержал наказания за проступки) разные по своей суровости наказания. Кроме KS в систему наказательных законов, вступивших в силу с указанной даты, входили дисциплинарный устав,,

¹¹⁰ Sootak J-Veretasust kriminaalteraapiani. Tartu. 1994- lk 111

уложение о налоговых правонарушениях, устав о содержании под стражей, воинский устав о наказаниях, уложение об уголовном судопроизводстве.

Смертная казнь и принудительные работы предназначались виновным в тяжких преступлениях. Причем, первое из названных наказаний могло быть осуществлено или через повешение, или путем принятия яда. Существовало тюремное заключение, применение которого по сроку было ограничено для несовершеннолетних (максимум -12 лет). Им смертная казнь и исправительные работы) назначить было нельзя

Трагический для Эстонии 1940 год принес с собой вместе с оккупационными войсками и уголовное законодательство, применявшееся в то время в СССР. На эстонскую территорию было распространено действие УК РСФСР 1927 года с внесенными в него дополнениями, в том числе и теми, которые были сделаны в более поздние годы (например, предусмотренные двумя Указами Президиума Верховного Совета СССР от 4 .06.1947 года, которыми усиливалась ответственность за хищения государственной и общественной собственности, а также — за похищение личного имущества граждан). Действие УК РСФСР было распространено на преступления, совершенные до включения Эстонии в состав СССР, что само по себе характеризовало тот беспредел, который устанавливался оккупационной властью.

Кроме традиционных наказаний типа расстрела, лишения свободы на длительные сроки (максимум - 25 лет), исправительно-трудовых работ, штрафа, первоначально существовали, но позже были отменены, наказания, отражавшие суровость мировоззрения эпохи, так называемой, «диктатуры пролетариата» и сталинских массовых репрессий. В их числе ссылка членов семьи изменника Родины, не знавших о его преступлении, в отдаленные районы Сибири; объявление врагом народа одновременно с лишением гражданства СССР и безвозвратной высылкой за пределы СССР и др.

Уголовный кодекс Эстонии как части СССР был принят в 1961 году. Он имел много общего с кодексами других союзных республик, так как представлял собой некоторую конкретизацию общесоюзных основ уголовного законодательства. На его содержание наложило свой отпечаток случившееся ранее в СССР разоблачение культа личности Сталина и стремление (хотя лишь частично осуществленное) гуманизировать уголовное право по сравнению с прежними порядками.

По этому кодексу к основным наказаниям относились: лишение свободы; ссылка; высылка; исправительные работы без лишения свободы; лишение права занимать ту или иную должность или заниматься определенной деятельностью, денежный штраф; общественное порицание.

Дополнительными наказаниями являлись: конфискация имущества; лишение военного или специального звания; лишение родительских прав; ссылка; высылка; лишение права занимать ту или иную должность и заниматься определенной деятельностью.

Исключительной мерой наказания называлась смертная казнь.

Виды наказаний со временем претерпевали изменения. Так, были отменены ссылка и высылка, введено пожизненное лишение свободы.

. В системе мер по прекращению действия на территории Эстонии законодательства СССР и восстановления государственности надо отметить реформу уголовного права. Законом о символике Эстонии от 8 мая 1990 (ст.4) г.предусматривалось, что имеют силу только законы, введенные в действие ее учреждениями. Таким законом стал существенно переделанный прежний уголовный кодекс, который утратил свое советское наименование.

Изменения охватили и Общую, и Особенную части. Первоначально сохранялась даже смертная казнь, хотя в скором времени после ратификации парламентом одного из протоколов Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод она была отменена.

В канун прекращения действия уголовного кодекса наказаниями признавались штраф; лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью; арест; лишение свободы. К ним добавлялось в качестве исключительно дополнительного наказания лишение права на ношение государственных знаков отличия. Признавалась специальная конфискация, но не как вид наказания, а как способ изъятия у виновного в собственность государства средств и орудий преступления, а также имущества добытого преступным путем.

Наказание считалась правовым последствием только преступления, но не проступка, взыскание за который имело административный характер.

Штраф и лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью могли быть назначены судом в качестве дополнительного наказания. За преступление могло быть назначено одно основное наказание, к которому было возможно присоединять одно или несколько дополнительных наказаний. Но наказания одного вида не могли быть назначены одновременно в качестве, как основного, так и дополнительного наказания.

То, что этот кодекс, несмотря на все изменения, которым он подвергся, имел советское происхождение, вызывало нужду в законе, который более бы адекватно отражал новые реалии эстонского общества, наследовал идеи наказательного законодательства дооккупационного периода истории государства и соответствовал бы традициям европейского наказательного права.

Такие задачи должен был решить KS, принятый 6 июня 2001 года и введенный в действие с 1 сентября 2002 года.. Его принятию предшествовала интенсивная работа по созданию проектов нового закона. Они были разными по своей идеологии и правовым решениям. Так, например, проект, разработанный комиссией под руководством самого известного в то время в Эстонии специалиста по уголовному прав профессора Ильмара Ребане, в основном являлся отголоском советской модели, и потому был отвергнут.у¹¹¹

¹¹¹ О содержании этого проекта см. И. Ребане. О проекте Уголовного уложения Эстонской республики.// Юрист Эстонии. 1991, № 2-3.

Закон о введение в действие Karistusseadustik (Пенитенциарного кодекса) от 12 июня 2002 года предусматривал ряд мер, относящихся к наказанию и связанных с действием нового закона во времени. В частности, устанавливалось, что:

- © освобождается от отбывания наказания лицо, признанное на основании прежнего УК виновным в совершении преступления, которое по KS не считается наказуемым преступлением;
- освобождается от наказания лицо, которое не достигло ко времени совершения преступления возраста 14 лет;
- © освобождается от отбывания наказания лицо, признанное виновным в совершении преступления, если по KS или иному закону составу преступления соответствует состав проступка;
- © если лицо, которому по УК назначено наказание по совокупности преступлений или приговоров, и лицо по выше названным положениям подлежит освобождению от отбытия наказания, то назначается новое наказание по совокупности преступлений и приговоров согласно КЅ без утяжеления наказания;
- шанные об освобождаемых от наказания лицах исключаются из регистра наказаний, а в случае назначения нового наказания по совокупности в данные о наказании лица в регистре вносятся изменения и др.

После вступления в силу нового KS прошло еще не столько лет, чтобы можно было считать положения Закона о введении в действие KS утратившими свою актуальность.

3.2. Индикаторы системы наказаний

Понятие системы наказаний выводится из анализа статей KS, хотя оно в виде какой-то формулировки в кодексе не содержится. Теория, занимаясь этим вопросом, оказывает суду существенную помощь, так как выявляет важные ориентиры, с учетом которых открывается дополнительная возможность для реализации целей наказания.

Действительно, как известно, право, в целом, явление системное. Ему противопоказана хаотичность, бессистемность, не согласованность его норм. Нормы права взаимосвязаны, образуют в содержательном смысле некую целостность. но входят в состав отраслей, подотраслей, общих и особенных частей отраслей, институтов права, что позволяет фиксировать координационную И субординационную расположенность. системности характерно и для такого института права, как наказание, которое имеет свои виды, закрепленные в соответствующих нормах пенитенциарного права.

Потребность в системности вытекает из разнообразия видов наказания, которое отмечается во всех сравниваемых государствах.

В немецкой литературе по свидетельству профессора А. Э. Жалинского «много пишут о том, что можно было бы назвать значением и

¹¹² RT 1, 2002, 56 / ПАЭ, 2002, 18

взаимодополняемостью отдельных видов наказаний. Предполагается, что законодатель создал систему наказаний, которая, хотя и нуждается в совершенствовании, все же позволяет осуществлять дифференциацию по группам преступлений» 113. Автор иллюстрирует свое заключение ссылкой на

Таблица 5 (16). Виды наказания за преступления в Германии, Эстонии и России

	Германия	Эстония	Россия
1	Лишение свободы	Денежное взыскание	Штраф
2	Денежный штраф	Тюремное заключение	Лишение права занимать
			определенные должности
			или заниматься определен-
			ной деятельностью
3	Денежный штраф с	Принудительное пре-	
	лишением свободы	кращение юридичес-	Лишение специального,
		кого лица	воинского или почетного
			звания, классного чина и
			государственных наград
4	Имущественный	Запрещение деятель-	Обязательные работы
	штраф	ности	
5	Запрет на управление	Лишение права упра	Исправительные работы
	автотранспортным	-вления транспорт -	
	средством	ным средством	
6	Лишение права	Лишение права владе-	Ограничение по военной
	занимать должности,	ния оружием и тран-	службе
	права быть избранным	спортным средством	
	и права голоса		
7		Лишение права охоты	Конфискация имущества
		и рыбной ловли	
8		Имущественное нака-	Ограничение свободы
		зание	
9		Выдворение	Арест
11			Содержание в дисциплинар-
			ной воинской части
12			Лишение свободы на
			определенный срок
13			Пожизненное лишение
			свободы
14			Смертная казнь

работу профессора Б.-Д. Мейера, который исходит из того, что в центре системы находятся главные виды наказания: денежный штраф и лишение свободы. Первое наказание имеет принципиальное преимущество в сфере преступности малозначительной и средней степени тяжести (§ 47 StGB). Но еще на более низкой ступени находятся осуждения при вынесении обвинительного приговора без назначения какого-либо наказания осужденному¹¹⁴

¹¹⁴ Meier B. - D. Strafrechtliche Sanktionen/ Berlin: Springer. 2001. S. 33.

¹¹³ Жалинский А.Э. Указ. Соч.,с.306

Последнее наблюдение, возможно верное по существу, все же нарушает требование определенности предмета рассуждения. Если имеются в виду обвинительные приговоры без назначения наказания, то тут производится нечто иное, чем выяснение вопроса о систематизации видов наказания.

Большое внимание системе видов наказания уделяется и в российской юридической литературе. Правда, надо сказать, что при этом требуемая ясность в понимании вопроса достигается далеко не всегда.

В ранее цитировавшемся учебнике по уголовному праву имеется отдельный параграф «Система и виды наказаний» (§ 3 гл. 14). С точки зрения автора параграфа система наказаний — «это установленный законом обязательный и исчерпывающий перечень уголовно-правовых мер принуждения, расположенный по степени их сравнительной тяжести» 115

Однако при раскрытии содержания понятия автор уже отказывается от одного критерия классификации, названного в определении, и выдвигает дополнительные основания. «Мы считаем, - поясняет автор, - что оптимальна как в теоретическом, так и в практическом смысле градация по: 1) правовому аспекту и объему карательного воздействия – на наказания, связанные и не связанные с лишением свободы; 2) юридическому содержанию – на наказания, связанные и не связанные с исправительно-трудовым воздействием; 3) по порядку назначения и их юридической значимости дополнительные и меры, применяемые как в качестве основных, так и Подобная классификация дополнительных. существует уголовном законодательстве некоторых западных стран и, думается, вполне обоснованно было бы ввести в уголовную систему наказаний нашего законодательства». 116

Защита авторитетом европейского права не очень помогает автору. Формулировки критериев классификации настолько неточны и туманны, что способны смутить даже специалистов, не говоря о студентах, которым предназначен учебник.

. Автор этой части учебника дает обзор разработок по части системы видов наказаний в российском уголовном праве. Из этого обзора достаточно заметно, что автор в своих формулировках мало, чем отличается от других, не коллег, путающихся в элементарных понятиях. Такое названных им при классификации впечатление складывается, когда видов наказания захватываются зоны назначения наказания и освобождения от наказания. (Ведь при назначении наказания может происходить замена одним видом другого вида наказания, а при освобождении благодаря использованию фактора условности лишение свободы как тяжелое наказание может превратиться в легкое, если освобожденный в дальнейшем будет блюсти закон). Критерии, названные психологическими и педагогическими раскрываются через такие понятия, которые не имеют никакого отношения ни к психологии, ни к педагогике. («С точки зрения- сообщает автор,- психологических критериев: ограничивающие либо полностью лишающие осужденного возможности осуществлять свои политические права и свободы, гражданские, трудовые и

¹¹⁵ Уголовное право. Указ. соч.,с.321

¹¹⁶ Указ. соч.. с.321

иные права и привилегии, направленные на жизнь осужденного или на физическую свободу его передвижения. И, наконец, с точки зрения педагогических критериев: наказания, которым сопутствует государственное воздействие; наказания, которые исполняются одновременно и с государственным воспитательным воздействием, и с общественным; наказания, за назначением которых должно следовать общественное воздействие»). 117

Система видов наказания по пенитенциарному праву Эстонии может быть представлена на следующей схеме. (См. схему 17).



Прежде, чем остановится на пояснении структуры схемы, стоит задержать внимание на вопросе, чему она посвящена.

Речь идет о системе видов наказания, исключающей градацию мер наказания. Различие видов и мер наказания, к сожалению, недооценивает только что упомянутый соавтор русского учебника, когда в систему наказания вводит такой признак, как объем карательного воздействия. Этот объем, разумеется, может проявиться в различии видов наказания, но поскольку он означает и величину (срок и др.), то он есть и мера наказания, Такое смешение – не единичный факт, а присутствующий в публикациях сплошь и рядом. Конечно, одно без другого не существует, но, когда дается толкование норм закона, необходимо видеть разницу между этими понятиями. Совершенно

¹¹⁷ См. указ. соч., с.322

обоснованно они отделены друг от друга в названии главы 3 KS, которое сформулировано так: «Виды и меры наказания».

Принципиальная сторона проблемы разграничения понятий вида и меры состоит не только в общепринятых смыслах этих слов, когда в первом случае имеют ввиду главным образом качественную характеристику, а во втором – количественную. Важна и юридическая подноготная.

Для вынесения приговора первостепенное значение, имеют те виды наказания, которые установлены законом. Суд в рамках системы континентального права лишен возможности изобретать виды наказания, как это делается в англо-американском праве. Такое, что случается, скажем, в США, в Эстонии, так же, как в Германии и России, исключается в принципе (на сегодняшний день!).

Судья федерального суда штата Нью-Йорк своим решением запретил 60-летнему Эдварду Белло смотреть телевизор в течение 10-ти месяцев. «Важно, чтобы пребывание под домашним арестом было суровым» - так судья объяснил свое решение. Осужденный был условно наказан домашним арестом за использование краденных кредитных карт. Решением суда в течение 10 месяцев Белло было разрешено покидать дом только для поездок на работу и обратно, посещения продуктовых магазинов и в случае медицинских или религиозных потребностей.

Судья посчитал. что виновный должен иметь время и возможность «спокойно поразмышлять» о своих правонарушениях и о своей жизни. Телевизор в этом случае является сильным отвлекающим фактором. Судья предупредил, что пребывание Белло под домашним арестом будет заменено тюремным заключением, если он будет замечен за просмотром телевизора.

Супруга осужденного сообщила, что обычно старается держать телевизор включенным, так как в сельском районе штата Нью- Йорк, в котором они проживают, больше нечего делать. Адвокаты Белло обжаловали решение судьи, мотивировав это тем, что отсутствие возможности получать свежую информацию нарушает конституционные права их клиента. 118

Суд, решая вопрос о виде наказания, поставлен в рамки санкции статьи, Суд должен применить тот вид наказания, который установлен санкцией статьи Особенной части. Проблема выбора возникает лишь при наличии альтернативной санкции за преступление, которое вменяется виновному лицу. Только в этом случае приходится взвешивать, какой из видов наказания по закону легче, а какой тяжелее. И никаких отступлений в сторону, если не будет оснований для замены вида наказания или освобождения от наказания!

Итак, свобода выбора вида наказания у суда заведомо скована. Поэтому, задача толкования связана с уяснением смысла закона и его соотношения с тем, как способен воспринять этот смысл осуждаемый, дабы цель специальной превенции по отношению к нему была реализована наилучшим образом.

¹¹⁸ См. «Эстония». 4.03. 2002.

Иная картина наблюдается при решении вопроса о мере наказания. Конечно, размер наказания в своих верхней и нижней границах определен законом. Однако у суда имеется несравненно большая свобода конкретизации меры наказания с учетом многочисленных обстоятельств, чем по вопросу о виде наказания. Более того, имеется возможность выйти за пределы низшей границы санкции статьи, если это диктуется материалами дела.

Получается так, что определение вида и меры наказания – не идентичные, а заметно различающиеся задачи. В этом различии и состоит обоснование специфики системы видов наказания.

К сожалению, полной ясности в понимании отличительных признаков з вида и меры наказания из KS получить невозможно.

Казалось бы закон построен на такой субординации понятий: наказание – родовое понятие, тюремное заключение (денежное взыскание). – вид наказания, срок тюремного заключения (размер денежного взыскания) – мера наказания. Но в эту стройную систему врывается название главы 7 КS: «Иные меры воздействия». В первой лекции мне уже приходилось анализировать эти меры. По существу их можно было бы назвать иными видами воздействия. Но формулировка закона иная, и с этим приходится считаться.

Из сказанного следуют два вывода. Первый: наказание является родовым понятием только по отношению к его различным видам. Но оно само становится видовым понятием по отношению к более крупному правовому образованию, которое можно назвать мерами воздействия, подразделяющимися на наказания и иные меры воздействия. Второй: понятие «мера» используется в законе в двух смыслах. Кроме того, что оно обозначает количественную сторону наказания, оно употребляется в качестве синонима понятия «вид».

На схеме 17 первой выделена классификация видов наказания в зависимости от их тяжести.

Тяжесть наказания может быть установлена с учетом характера лишений, которые должен претерпеть осужденный, и содержания упрека со стороны суда в его адрес. Одно органично связано с другим. Встречающееся в юридической литературе мнение, что критерием оценки тяжести наказания можно считать лишь элемент кары, вызывает сомнения. Упрек, так же, как и кара, поддается градации.

Он может быть очень серьезным, средним по степени упречности и менее серьезным. Разумеется, такой шкалы, которой можно было бы точно измерить серьезность упрека, не существует. Упрек связан с карой, хотя и не тождественен ей. Когда лицо условно освобождается от наказания, то в течении испытательного срока оно может подпадать под криминальный надзор или нет. Поскольку кара является свойством наказания, при освобождении от наказания снимается вопрос и о каре. Упрек же суда характеризует не только наказание, но и вину. Условное освобождение от наказания не исключает вины лица. Упрек в таком случае сохраняет свою силу. При криминальном надзоре он более серьезен. Без него — менее. Но если к криминальному надзору суд присовокупляет возложение на лицо конкретных обязанностей, то это говорит и о самой высокой степени серьезности упрека суда в адрес виновного лица.

Гипотетически рассматриваемый критерий можно использовать для создания шкалы видов наказаний двояким образом. Допускается возможность перехода от более строго наказания к менее строгому виду наказания. Как видно из таблицы 5(16) таким образом сделана система наказаний в немецком праве (StGB). Кодексы Эстонии и России системы видов наказания представляют в противоположном варианте.

Различие. обусловлено изменением скорее всего, подходов к пониманию соотношения целей устрашения и ресоциализации.

Немецкий закон появился на свет во второй половине XIX века¹¹⁹. Криминалисты того времени цели устрашения, которую следует достигать через наказание, придавали большое значение. Поэтому более жесткие виды наказания в системе видов были поставлены на передний план. Хотя в последующем кодекс неоднократно и коренным образом переделывался, старое, ставшее традиционным, построение системы видов наказания оказалось сохраненным.

Эстония и Россия располагают кодексами, созданными в конце прошлого и начале этого века. Сильные гуманитарные веяния, распространившиеся к этому времени в международном сообществе юристов, сказались на новых законах многих государств, в том числе Эстонии и России. На первый план стала выдвигаться цель ресоциализации, что нашло соответствующее отражение в построении системы видов наказания.

Правда, последовательность размещения в KS видов наказания по линии возрастающей их строгости от денежного взыскания к тюремному заключению прерывается таким видом наказания как принудительное прекращение юридического лица. Как об этом будет сказано дальше, тут в один критерий классификации (по степени строгости наказания) встревает другой критерий (по видам субъектов ответственности). Тем не менее ясно, что денежное взыскание и для физического, и для юридического лица, считается более мягким основным наказанием, чем для первого - тюремное заключение, а для второго – принудительная ликвидация.

Что касается дополнительных наказаний, то мера их строгости так четко измерить, как у основных наказаний, не представляется возможным. Порядок их размещения, пожалуй, определен другим подходом – от общего к частному. А последовательность размещения последних, скорее всего, определяется фактором случайности.

Согласно критерию классификации «Возможности сочетания наказаний» проводится разделение наказаний на основные, дополнительные и могущие быть тем, и другим.

Эстонская система не отличается обилием и разнообразием основных наказаний. К ним относятся только три вида:

- V денежное взыскание (ст.44),
- V тюремное заключение (ст.45)
- (V) принудительное прекращение юридического лица (ст. 46),

¹¹⁹ Был принят как кодекс Германской империи 15 мая 1871 года.

Два последних вида могут применяться только самостоятельно, а, следовательно, суд при назначении наказания не может их присоединять к другим наказаниям.

Дополнительными наказаниями являются:

- запрещение деятельности (ст.49);
 лишение права управления транспортным средством (ст.50);
 лишение права владения оружием и транспортным средством (ст.51);
 лишение права охоты и рыбной ловли (ст.52);
 имущественное наказание (ст.53);
- Выдворение (ст. 54).

В отличие от основных наказаний данная категория обладает тем свойством, что она самостоятельно не используется, а является дополнением к основному наказанию. Когда суд присоединяет к основному наказанию в виде тюремного заключения дополнительное наказание, предусмотренное статьями 49-52, то это наказание распространяется на весь срок отбывания тюремного заключения, а сверх этого — на срок, установленный приговором суда.

В качестве основного и в качестве дополнительного наказания может быть назначено при определенных ограничениях, установленных частями 6, 7, 8 ст. 44, только одно: денежное взыскание.

Поскольку KS предусматривает наказание за преступление, совершенное не только виновноспособным человеком (физическое лицо), но и юридическим лицом, это различие лиц можно рассматривать в качестве классификационного критерия.

Один вид основного наказания является общим и для того, и для другого субъекта. Это – денежное взыскание. Налагаемое на осуждаемого человека или юридическое лицо, оно отличается для каждого субъекта своими предельными размерами, но по существу как вид наказания оно для каждого из лиц одно и то же.

Специфичным для осуждаемого человека наказанием является тюремное заключение. Для юридического лица – его принудительное прекращение.

Еще одна особенность состоит в том, что дополнительные наказания адресуются лишь физическим лицам и не применяются по отношению к юридическим лицам, за исключением денежного взыскания. Оно может быть назначено юридическому лицу в случае его принудительного прекращения.

Согласно статье 4 KS преступления подразделяются на две степени тяжести: первую и вторую. Различия между этими степенями важны для решения целого ряда вопросов пенитенциарного права. Основанием для такого различия служат не какие-то свойства, выводимые из особенностей преступления как виновного деяния. Преступления классифицируются по санкциям статей Особенной части KS, установленные за те или иные составы, закрепленные в диспозициях этих статей.

При вычленении видов наказания можно сделать и обратный ход. Провести различия между видами наказаний, а в необходимых случаях и в мерах, по степени тяжести преступлений. Такое подразделение служит еще

одним подтверждением различения видов наказания в зависимости от их возрастающей тяжести.

При этом не следует обвинять законодателя в том, что в данном случае он изменяет принципу, которого придерживался при построении системы видов наказания как таковой от менее тяжкого к более тяжкому. Статья 4 KS посвящена степени тяжести преступлений, а наказания используется как характеризующий ту или иную степень преступления индикатор.

В первую очередь определяются преступления первой степени. К ним относятся те, за которые в качестве максимального наказания предусмотрено тюремное заключение на срок свыше пяти лет, пожизненное тюремное заключение или принудительное прекращение (юридического лица).

Преступлениями второй степени тяжести являются те, в качестве наказания за которые предусмотрено тюремное заключение на срок до пяти лет или денежное взыскание.

В приведенной градации смущает одно обстоятельство. В ней выпадает срок пять лет тюремного заключения, так как первая степень тяжести преступления имеет место тогда, когда этот срок превышается, а вторая – когда он не достигается. Путем толкования с учетом контекста статей Особенной части КS можно сделать заключение, что срок тюремного заключения в пять лет указывает на преступление второй степени тяжести.

Наконец, последним из обозначенных в схеме 7 классификационных критериев предлагается учет регулирования видов и мер наказания нормами, закрепленными в Общей и Особенной частях KS

Среди трех основных видов наказания один вид вообще не поддается никакой градации. Это принудительная ликвидация юридического лица. Что касается двух других видов, то они по названному критерию различаются.

Денежное взыскание называется в санкции статьи Особенной части, как правило, без детализации его размера. Но минимальный и максимальный пределы этого вида наказания установлены статьей 44, помещенной в Общей части КЅ. Тем самым суду предоставляется широкое поле для поиска оптимального для каждого обвинительного приговора варианта размера денежного взыскания с учетом конкретных обстоятельств рассматриваемого дела. Законодатель не посчитал нужным ограничивать усмотрение суда рамками санкции статьи при назначении наказания в виде денежного взыскания, очевидно, полагая, что в части более легкого наказания, чем тюремное заключение, суд может руководствоваться своим правосознанием.

Применение тюремного заключения поставлено в более жесткие рамки. В санкции каждой статьи Особенной части КS, где оно предусмотрено, установлены сроки этого наказания. Но, кроме того, статья 45, находящаяся в Общей части КS, устанавливает предельные сроки и некоторые другие общие условия для тюремного заключения.

Лекция 5. Денежное взыскание

Понятие денежного взыскания как вида наказания. Денежное взыскание и штраф. Величина денежного взыскания для физического и юридического лица. Денежное взыскание как основное и дополнительное наказание. Ограничения применения денежного взыскания к несовершеннолетнему осужденному. Исполнение назначенного судом наказания в виде денежного взыскания. Правовой статус судебного исполнителя. Возможности выплаты единовременно и по частям. Возможность отсрочки исполнения. Последовательность обращения взыскания на имущество в случае неуплаты осужденным денежного взыскания. Замена денежного взыскания на тюремное заключение. Особенности штрафа как правового последствия деяния по немецкому StGB. Особенности штрафа как наказания по УК РФ. Место денежного взыскания в системе мер воздействия на виновное лицо. Анализ санкций статей Особенной части KS)с целью выявления доли денежного взыскания и возможностей установления смысла введения таких санкций в те или иные главы Кодекса. Проблема социальной справедливости в аспекте соотношения возможностей применения денежного взысканию и тюремного заключения. Денежное взыскание и имущественное наказание. Денежное взыскание и конфискация.

Далее будет изложен пример того, как система наказаний проявляется в одном конкретном виде основного наказания – денежном взыскании. Денежное взыскание занимает особое место в системе наказаний. Это самый универсальный вид воздействия, использованный законодателем в качестве основного наказания. Оно является основным и дополнительным, применяется к физическому и юридическому лицу. К тому же, по KS нет более серьезной альтернативы тюремному заключению, чем денежное взыскание. Все эти обстоятельства были взяты мной в расчет при решении включить лекцию о денежном взыскании в данную книгу, а не в другую, где должно быть отведено место другим видам наказания, и, прежде всего –тюремному заключению.

5.1. Содержание денежного взыскания

Хотя в немецкой и российской юридической литературе при построении системы наказаний наличие или отсутствие такого фактора, как изоляция от общества, нередко рассматривается в качестве классификационного критерия, наказания, характеризуемые в данной лекции, соединены в группу только из методических соображений. Ранее рассмотренное различие видов наказаний по их тяжести, уже как бы поглотило деление наказаний по критерию изоляции от общества, так как тюремное заключения по степени тяжести для физического лица считается значительно более строгим наказанием, чем денежное взыскание. Строгость наказания — более сущностная характеристика, чем изоляция от общества, которая является проявлением этой строгости (тяжести).

Смысл денежного взыскания простой. Лицо, признанное по приговору суда виновным в совершении преступления, подвергается такому наказанию, по которому оно обязано выплатить государству определенную сумму денег, названную в приговоре и в пределах, установленных KS.

Авторы постатейного комментария к KS подчеркивают, что термин «денежное взыскание» является для эстонского права относительно новым. Ранее подобное взыскание именовалось штрафом. Штраф и сейчас, по их мнению, можно считать общим родовым названием для денежных санкций как основных наказаний, которые установлены KS за совершение преступлений и проступков. 120

Прежний Уголовный кодекс, действовавший в Эстонии до 1.09. 2002 года, формулировал ответственность только за преступления. Поэтому он не нуждался в отказе от традиционного, с давних времен употребляемого в уголовном праве, названия «штраф». Теперь же возникла необходимость терминологически разграничить денежное наказание за преступление и проступок. Первое получило название «денежное взыскание» а второе сохранило традиционное наименование «штраф»

Их различия сводятся к предельным размерам. Денежное взыскание по сравнению со штрафом означает большие по своим размерам выплаты. Кроме того, первое является наказанием, назначаемым по обвинительному приговору суда, а второе может налагаться не только судом, но также несудебными органами и должностными лицами.

Обоснование введения в законодательство нового термина следует искать в принципиальной новизне КS, созданного на базе совершенно иной концепции, чем предшествовавший закон. Правда, этот термин никак не связан концептуально с исходными посылками реформы. Изменение произошло как бы «под шумок». Меняя одно на фундаментальной основе, почему бы попутно не изменить и другое, не имеющее отношения к этой основе? Немецкий StGB пережил изменения под влиянием исторических событий, которые неоднократно потрясали мир, но штраф как был наказанием за преступления и проступки, так им и остается, и по существу, и по названию.(См. §§ 40-43 StGB).

Поскольку в санкции статьи Особенной части, по которой лицо осуждается к данному виду наказания, размер выплаты не указывается, (правда, встречаются редкие исключения) суд волен, как правило, приговорить к взысканию в пределах, установленных ст. 44 KS. Эти пределы для физического лица установлены в размере от тридцати до пятисот дневных ставок (ч. 1 ст. 44) Для юридического лица пределы взыскания определены в кронах и равняются по минимуму в пятидесяти тысячах, а по максимуму – в двухстах пятидесяти миллионов (ч. 8 ст. 44).

Денежное взыскание может быть присоединено к. тюремному заключению как дополнительное наказание, что нельзя делать, когда тюремное заключение заменено общественно-полезным трудом. (ч. 6 ст. 44).

¹²⁰ Sootak J,

Кроме того, это наказание не допускается применять, когда лицо дополнительно осуждается к имущественному взысканию.

Оно также в качестве дополнительного наказания может быть назначено юридическому лицу, осуждаемому к принудительному прекращению (ч. 8 ст. 44).

Несовершеннолетнее лицо, которое имеет самостоятельный доход, может быть подвергнуто денежному взысканию в более ограниченных пределах. От тридцати до двухсот пятидесяти дневных ставок (ч. 5. ст.44).

Возраст в соответствии со ст. 33 определяется на момент совершения деяния.

Следует учитывать, что с точки зрения гражданской правоспособности физическое лицо имеет право быть собственником каждое предпринимателем, а при не достижении возраста полной гражданской дееспособности действовать через своих законных представителей или же с их согласия. К тому же, по решению суда ограниченная дееспособность несовершеннолетнего, достигшего 15 летнего возраста, может быть расширена, вследствие чего он способен самостоятельно получать доход от своей законной деятельности. Трудовое право устанавливает для работника по найму в качестве минимального возраста 13 или 15 лет. Разница определяется порядком оформления.

Несовершеннолетний, не имеющий самостоятельных доходов, К денежному взысканию приговорен быть не может. В соответствии с принципом индивидуальной вины законные представители несовершеннолетнего (родители, опекуны) не могут ПО пенитенциарному праву ответственность за своего подопечного, что не исключает возможности предъявления к ним иска на основании норм гражданского права и в гражданско-процессуальном порядке. Так же, как родители или опекуны не могут за свое нашкодившее чадо сесть в тюрьму, так же на них не может быть наложено денежное взыскание.

Статья 44 содержит правила расчета денежного взыскания (части 2 и 3).

Исчисляемое денежное взыскание не должно быть меньше минимального размера дневной ставки, который определен в 50 крон. За основу исчисления берется среднедневной доход осужденного, остающийся у него после выплаты подоходного налога. При этом суд, решая данный вопрос, исходит из облагаемого подоходным налогом дохода осужденного за год, непосредственно предшествовавший году возбуждения производства по делу. Если такие данные недоступны, то учитываются показатели еще более раннего периода за год, который предшествовал году начала производства по делу.

Суд обязан считаться с реальным имущественным состоянием осужденного. При исключительно неблагоприятных условиях он может уменьшить размер дневной ставки. Но суду закон предоставляет право и увеличивать ее, если данные о реальных доходах осужденного дают к тому основания.

Исполнение назначенного судом наказания в виде денежного взыскание регулируется Кодексом об исполнительном производстве 121 и Законом о судебных исполнителях 122 .

Вступивший в законную силу приговор суда направляется для исполнения судебному исполнителю. Для правового статуса этого должностного лица государственным характерно, что, не являясь НИ чиновником, предпринимателем, оно считается независимым лицом, занимающим публичноправовую должность. Государство не отвечает за действия судебного Эта должность публична в том смысле, что выполняющее ее задачи лицо ведет производство в интересах государства, а не отдельных групп или личностей. Правовой аспект деятельности судебного исполнителя позволяет ему использовать на основании закона некоторые принудительные меры по отношению к осужденному в целях исполнения приговора суда.

Раздел 3 главы 9 Кодекса об исполнительном производстве регулирует исполнение обвинительного приговора как в части денежных, так и имущественных взысканий.

Должник по закону может уплатить денежное взыскание или единовременно, или по частям. Однако второй вариант возможен только тогда, когда такой способ оплаты определен судом в соответствии с частью 1 статьи 66 KS. Для единовременной уплаты судебный исполнитель предоставляет осужденному срок продолжительностью не менее 60 и не более 90 дней.

При неуплате осужденным к установленному сроку требуемой суммы судебный исполнитель обращает взыскание на имущество должника. Причем, в соответствии со статьей 198 Кодекса об исполнительном производстве на имущество должника взыскания обращаются в следующей очередности:

- 1. на денежные средства, драгоценности, ценные бумаги и требования;
- 2. на остальные движимые вещи;
- 3. на недвижимые вещи.

С учетом названной последовательности в последнюю очередь взыскание обращается на долю должника в общем имуществе.

В том случае, когда у должника нет требуемого имущества, судебный исполнитель подает исполнительному судье заявление для принятия решения о замене денежного взыскания на тюремное заключение (или общественно-полезный труд). Расчет такой: за три дневных ставки денежного взыскания – один день тюремного заключения, но не менее десяти дней тюремного заключения (см. ст. 70 KS).

Правда, допускается для осужденного возможность обратиться в суд с ходатайством о продлении срока оплаты. Безрезультатное истечение продленного срока или отказ суда его продлить влечет за собой выше названное правовое последствие.

При неуплате осужденным суммы назначенного ему имущественного взыскания (об этом дополнительном наказании см. параграф 4.2) суд заменяет это наказание также тюремным заключением. Но расчет тут иной: сумме

¹²¹ RT 1,2005,27 / ПАЭ, 2005, 12

¹²² RT 1, 2001, 16 / ПАЭ, 2001, 21

имущественного наказания в размере пятидесяти минимальных дневных ставок соответствует один день тюремного заключения. При этом минимальный срок тюремного заключения составляет тридцать дней, а максимальный – пять лет.

Надо отметить, что в KS нет разъяснений, как поступать суду, если лицо осуждено к максимальному сроку тюремного заключения (20 лет) или к тюремному заключению c использованием в пожизненному дополнительного имущественного наказания, а при исполнении последнего обнаруживается отсутствие у осужденного лица имущества. Такое может, например, произойти при осуждении по п.1 ч. 2-1 ст. 184 KS (Незаконное обращение с наркотическими средствами и психотропными веществами в крупном размере). Речь не идет о таком варианте, когда в материалах дела содержалась информация о том, что обвиняемый является малоимущим, что осмотрительность позволяет суду проявить при решении возможности назначения дополнительно наказания. Но нельзя исключать и такого стечения обстоятельств, при котором за время рассмотрения дела имущественное положение виновного лица резко изменяется в худшую сторону. Суд же, не зная об этом, назначает имущественное наказание, которое по существу ни в каком виде исполнить не представляется возможным.

В **немецком праве** штраф рассматривается как вид правового последствия преступления. Кроме того, StGB предусматривает денежный и имущественный штраф. Если первый, назначаемый за преступления, равнозначен эстонскому денежному взысканию, то второй представляет собой аналог имущественного наказания (§§ 40,43-а StGB)

Рассматриваемое правовое последствие может быть основным и дополнительным. В последнем из названных качеств его можно присоединить к лишению свободы с учетом ряда условий (§ 41 StGB). К ним относятся:

- © обогащение лица или попытка обогащения в результате совершения деяния;
- такой штраф обычно не назначается или назначается альтернативно;
- подлежат учету личные и материальные условия лица, совершившего деяние;
- У это положение не действует, если суд назначает имущественный штраф.

Денежный штраф назначается в дневных ставках. Размер дневной ставки суд определяет с учетом личного и материального положения лица, совершившего деяние. Суд при этом, как правило, исходит из чистого дохода, который имеет или могло бы иметь лицо в среднем в день. Дневная ставка устанавливается как минимум в две, максимум в десять тысяч немецких марок 123 При определении дневной ставки могут учитываться доходы лица, его имущество и другие источники существования. В решении указываются

-

¹²³ Перевод немецкой марки в евро происходил из расчета 1 евро = 1,95583 немецкой марки. С падением или повышением внешнего курса евро, например, по отношению к доллару, изменялась соответственно цена немецкой марки.

количество и размер дневных ставок. Суд может назначить срок выплаты штрафа или предоставить возможность выплаты по частям.

Вместо невыплаченного денежного штрафа применяется лишение свободы. Одной дневной ставке соответствует один день лишения свободы. Минимальный срок замены денежного штрафа лишением свободы составляет один день (§ 43 StGB)

Сравнивая денежное взыскание по KS со штрафом по StGB, можно заметить много общих черт. Но имеются и различия. Эстонское денежное взыскание отличается от немецкого штрафа не только своим размером, что предопределяется целым рядом факторов, в силу которых существенно разнятся экономики и социальные условия жизни двух стран. Важны и некоторые другие моменты. Например, те оговорки, которыми сопровождается определение денежного штрафа как дополнительного правового последствия в немецком праве и которых нет в эстонском праве при формулировании возможности применения денежного взыскания как дополнительного наказания. Поскольку юридическое лицо не является субъектом немецкого наказательного права, то порядок применения штрафа и его размеры связаны только с человеком как виновным лицом. Но в Эстонии вопрос осложняется признанием субъектом ответственности юридического лица.

Российский УК (ст.46) определяет штраф как денежное взыскание, назначаемое в пределах, установленных Кодексом. Минимальный предел — пятьсот рублей, максимальный — миллион. Кроме того, штраф может быть назначен в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период от двух недель до пяти лет. Данный вариант, а также назначение штрафа свыше пятисот тысяч рублей, может быть использован лишь при наказании за тяжкие и особо тяжкие преступления в случаях, специально предусмотренных соответствующими статьями Особенной части УК.

При определении размера штрафа суд должен учитывать тяжесть совершенного преступления, имущественное положение осужденного и его семьи, возможность получения осужденным заработной платы или иного дохода. Эти же обстоятельства могут быть учтены судом при рассрочке выплаты штрафа по частям, что допускается сделать на срок до трех лет.

Как дополнительное наказание штраф может назначаться только в случаях, предусмотренных соответствующими статьями Особенной части УК.

При злостном уклонении от уплаты штрафа в качестве основного наказания он заменяется в пределах санкции статьи, предусмотренной соответствующей статьей Особенной части УК.

Отличия денежного взыскания по KS $\,$ от штрафа по УК РФ более существенны, чем это имеет место при сравнении с немецким StGB.

В первую очередь эти различия связаны с фактом большего количества видов основного наказания, чем это имеет место в законодательстве Эстонии и Германии. Это открывает возможность избавиться от альтернативы «денежное взыскание или тюремное заключение», которая осложняет, как ранее было сказано, назначение штрафа малоимущему или неимущему осужденному.

Существенно условие, содержащееся в УК, о необходимости при назначении штрафа учета возможности получения осужденным получения заработной платы или иного дохода, что не сказано в KS

То, что по KS считается имущественным взысканием и отнесено к разряду дополнительных наказаний, по УК может быть и основным, и дополнительным наказанием, но назначение такого наказания обусловлено более детальными оговорками, чем это сделано в KS.

Представляется, что использование в KS (вслед за StGB) при определении размера денежного взыскания условного показателя (дневная ставка) более оправдано, чем указания на абсолютные величины в денежных единицах по УК.

УК, так же, как и StGB, не устанавливает штраф для юридического лица, которое не признается субъектом преступления.

4.2. Место денежного взыскания в системе мер воздействия на виновное лицо

В качестве санкции статьи Особенной части КS денежное взыскание используется законодателем довольно часто. Надо считаться с тем, что КS, как для физического, так и для юридического лица, предусматривает всего по два основных наказания, чем и предопределяется употребление одних и тех же наказаний в санкциях разных статей кодекса.

На использование законодателем денежного взыскания в качестве санкции статьи, по всей видимости, повлиял ряд обстоятельств, понимание смысла которых со стороны суда важно для обоснованного назначения наказания. Проведенный анализ санкций выявил в этом отношении некоторые симптомы такой зависимости. (Гистограмма 2 (18).

Среди тех возможностей для применения наказания судом, которые заключены в санкциях статей Особенной части, возможность применения денежного взыскания — самая распространенная. Денежные взыскания содержатся в альтернативных санкциях, они закреплены и как единственные санкции за отдельные преступления, они могут использоваться даже тогда, когда в санкции статьи не названы, так как наделены свойством дополнительного наказания.

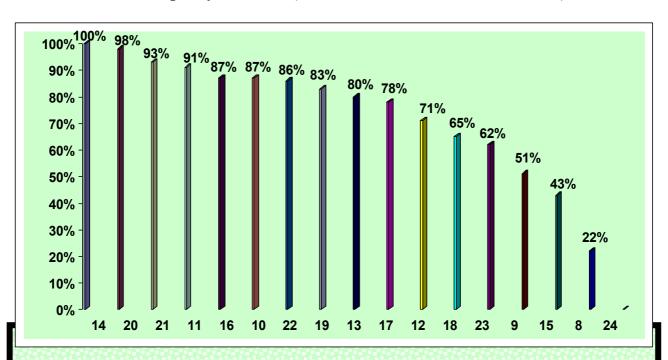
Не стоит представленную на гистограмме динамику денежного взыскания в системе санкций за преступления (при градации по главам кодекса) считать проявлением какой-то закономерности. Скорее всего, картина образовалась не на основе хорошо продуманной теоретической модели, а в силу интуитивного ощущения полезности и возможности достижения целей наказания при помощи денежного взыскания в пределах каждой главы кодекса в отдельности.

преступления наказании, например, 3a воинские применение денежного взыскания выходило бы за контекст строгого армейского дисциплинарного порядка, основанного на беспрекословном подчинении нижестоящих чинов вышестоящим, а всех вместе - жестким уставным нарушение норм армейских требованиям. Взыскания 3a

относящиеся к категории наказаний, таковы, что их логическим продолжением в случае совершения преступления должно быть тюремное заключение, а не денежное взыскание. Поэтому показатель наличия денежного взыскания в системе санкций главы 24 равняется нулю.

Зато преступления против интеллектуальной собственности (гл. 14) посягают на такие объекты и совершаются такими лицами, с учетом которых в самый раз наказывать денежным взысканием, и лишь в особо опасных ситуациях — тюремным заключением. Это область значительно более свободных и подвижных отношений, от посягательства на которые страдают

Гистограмма 2 (18). Доля наказания в виде денежного взыскания в числе санкций статей о преступлениях (по главам Особенной части KS)



Условные обозначения:

- $\frac{0}{0}$ доля денежных взысканий по отношению к общему числу санкций за преступления в статьях данной главы KS
- 8 Глава 8. Виновные деяния против человечности и международной безопасности
- 9 -Глава 9. Виновные деяния против личности
- 10 Глава 10. Виновные деяния против политических и гражданских прав
- 11 Глава 11. Виновные деяния против семьи и несовершеннолетних
- 12 Глава 12. Виновные деяния против здоровья населения
- 13 Глава 13. Виновные деяния против имущества
- 14 Глава 14. Виновные деяния против интеллектуальной собственности
- 15 -Глава 15.Виновные деяния против государства
- 16 Глава 16. Виновные деяния против общественного спокойствия
- 17 Глава 17.Должностные виновные деяния
- 18.- Глава 18.Виновные деяния против правосудия
- 19.- Глава 19.Виновные деяния против публичного доверия
- 20 –Глава 20. Виновные деяния против окружающей среды
- 21 Глава 21. Виновные деяния в сфере экономики

- 22 Глава 22. Общеопасные виновные деяния
- 23 Глава 23. Виновные деяния против безопасности движения
- 24. –Глава 24. Виновные деяния против военной службы

права, выраженные как в нематериальной, так и в денежной форме. Не приходится удивляться, что во всех статьях данной главы присутствует наказание в виде денежного взыскания.

Законодатель посчитал целесообразным, с точки зрения конечной эффективности, в значительно большей степени, чем с преступлениями против человечности и международной безопасности (гл. 8) или против государства (гл. 15) бороться с преступлениями в сфере экономики (гл. 21) и против окружающей среды (гл.20) с помощью денежного взыскания. На такое решение вопроса повлиял и учет значимости охраняемых объектов, и понимание того, какие разные категории лиц могут встать на путь совершения преступлений одной или другой группы. Тяжесть наказания согласно идее справедливости должна в принципе соответствовать тяжести преступления, что важно и для понимания этого момента осужденным. способным пойти по пути ресоциализации. Не забудем, что денежное взыскание в системе наказаний относится к более мягким воздействиям, чем тюремное заключение или принудительное прекращение юридического лица.

Подобного рода наблюдения можно было бы адресовать и другим индикаторам гистограммы.

Среди разных вариантов закрепления денежного взыскания в санкциях статей особо выделяется тот, при котором закон дает право суду делать выбор между денежным взысканием и тюремным заключением. Эти два вида наказания, предусмотренные в альтернативной санкции, обладают различным потенциалом применения.

В ч.2 ст. 56 KS имеется предписание, согласно которому, если статьей Особенной части Кодекса допускается назначение помимо тюремного заключения, также иных, более мягких наказаний, то суд должен мотивировать в приговоре назначение наказания в виде тюремного заключения. В такой формулировке закрепляется режим наибольшего благоприятствования для применения денежного взыскания в сравнении с тюремным заключением, так как для наказания физического лица никаких других видов основного наказания, более мягких, чем денежное взыскание, закон не устанавливает.

Когда суд решает, как наказать виновного. применить к нему денежное взыскание или тюремное заключение, приходится учитывать многое, но в разумных пределах. Закон не обязывает судью при вынесении обвинительного приговора руководствоваться какими-либо иными интересами, кроме тех, которые закреплены в законе. Поэтому, если судья способен не поддаваться давлению извне, и быть независимым, подчиняясь только закону. то он обязан считаться лишь с целями наказания и законными средствами их достижения. Не в его компетенции мотивировать свое решение, скажем, таким соображением, что денежное взыскание в основном приносит доход

государственной казне, а тюремное заключение – расходная, и даже очень, статья бюджета.

Совестливая мысль судьи должна быть направлена в другую сторону. В средние века европейским правом признавался такой принцип: «кто не может платить своими деньгами, тот должен платить своей кровью» (he who cannot pay with his goods may pay with his blood). Может быть сейчас, конец этой формулы оправдано было бы заменить. Вместо «платить кровью» сказать «платить свободой»? С другой стороны, всякому ли осуждаемому по статье, предусматривающей рассматриваемую альтернативную санкцию, можно без оглядки на его материальное положение, назначать денежное взыскание?

Чтобы найти целесообразные ответы на эти вопросы, у судьи, оказывается, имеются весьма ограниченные возможности в плане выбора предпочтений по альтернативной санкции.

Имущественно благополучному осужденному, как правило, было бы лучше отделаться денежным взысканием и не садиться в тюрьму. Вполне возможно, и этого судья не может не понимать, такой выбор способен дать благоприятный исход в области реализации специальной превенции. Денежное взыскание ограничивает осужденного лишь в двух отношениях. Оно ухудшает имущественное состояние и стигматизирует виновное лицо. Во всех других аспектах его образа жизни, как минимум, сохраняет status guo.

У малоимущего осуждаемого положение совсем иное. Он бы, может быть, и готов рассчитывать на наказание в виде денежного взыскания, но из-за отсутствия денег, должен быть подвергнут тюремному заключению. Если бы два рассматриваемых вида наказания были равноценными по своей тяжести, то с точки зрения справедливости при отправлении бедняка в тюрьму ничего зазорного и не произошло. Но дело в том, что в отличие от житейской мудрости («бедность не порок, но большое свинство»), тут мы, как раз, сталкиваемся с пороком. Лишь из-за того, что малоимущий осужденный не имеет возможности выплачивать государству денежное взыскание, он должен быть подвергнут более тяжкому наказанию в виде тюремного заключения. Причем такая неизбежность для него определяется не только позицией суда, понимающего, что нет смысла назначать денежное взыскание малоимущему обвиняемому. Но даже, если суд этого обстоятельства не учтет, а накажет денежным взысканием, то при невозможности исполнить приговор суда осужденного ждет замена денежного взыскания на тюремное заключение из расчета один день тюремного заключения за три дневных ставки денежного взыскания (ст. 70 KS).

Суд для того, чтобы уравнять шансы обвиняемых и сделать их равными перед законом независимо от имущественного положения, как этого требует Конституция Эстонии (см. ст. 12), может использовать некоторые возможности, содержащиеся в главах 4 (Применение наказания) и 5 КЅ (Освобождение от наказания). Хотя все равно, выглядело бы странно, если бы суд пошел на условное освобождение от наказания в виде тюремного заключения только по той причине, что обвиняемому из-за его бедности не может назначить денежное взыскание, названное в альтернативной санкции статьи.

_

¹²⁴ Шаргородский М.Д.. Указ. соч., с.215

Интересен и такой момент. В KS, как уже ранее подчеркивалось, имеются статьи, в которых наказанием признан только один вид — денежное взыскание. Таких статей мало, но вопрос важен в принципе.

Например, такая ситуация может возникнуть при осуждении лица за склонение к потреблению допинга (ст.195 KS). По этой статье подлежит наказанию в виде денежного взыскания лицо, прописавшее лекарственные средства с целью их потребления в качестве допинга при занятии спортом, а также склонившее к потреблению лекарственных трав в качестве допинга либо их передавшее с целью введения в организм в качестве допинга.

Суд в таком случае обязан назначить наказание в виде денежного взыскания, и не имеет возможности при выборе вида наказания отреагировать на факт имущественной несостоятельности обвиняемого, кроме как снизить размер наказания. Если в санкции названо только денежное взыскание, выбирать не из чего. Положение как-то можно объяснить, когда характер преступления как бы предполагает имущественную состоятельность лица, его совершающего. (Сошлюсь, в частности, на ч. 1 ст. 402–1 KS, по которой денежным взысканием наказывается нарушение ограничений, установленных в отношении хозяйственной деятельности или имущества партии). Но передать допинг с целью его введения в организм может любой человек, в том числе и совершенно неимущий («бомж»). Наказывать такого преступника денежным взысканием очень проблематично.

ПРИЛОЖЕНИЕ 1

РАЙТ МАРУСТЕ

АЛЬТЕРНАТИВЫ ЛИШЕНИЮ СВОБОДЫ (Обзор практики Европы)¹²⁵

Начатая у нас реформа уголовного суда проводится без предварительных углубленных теоретических и концептуальных исследований и обобщения современного, наиболее подходящего для нас европейского опыта. Знание советской уголовно-правовой системы, ее теории и практики нельзя считать достаточным и принимать за единственную основу при реформе системы уголовного суда. В целях восполнения этого пробела, а также для того, чтобы дать читателю повод к размышлениям, и предлагается обзор альтернативных лишению свободы форм наказания, применяемых в течение последних 30 лет в европейских государствах.

В Европе вопросы ограничения использования тюремного заключения, изыскания и применения альтернативных наказаний стоят на повестке дня начиная с 60-х, а особенно активно — с начала 70-х гг. Одним из признаков реализации этого направления служит принятая в марте 1976 г. комитетом министров Европейского Совета резолюция «О некоторых альтернативных заключению мерах наказания» (On some Alternative Penal Measures to Imprisonment). Отраженная в резолюции ориентация на замену тюремного заключения новыми формами санкций является одним из основных направлений уголовной политики европейских государств в последнее десятилетие.

Карательная политика должна обязательно идти в ногу с развитием общества в целом. Всеобщая демократизация и гуманизация общественной жизни оказали прямое влияние на карательную политику. Кроме того, целым рядом проведенных в 70-е гг. научных исследований было подтверждено мнение практиков в области правоохраны о малом положительном эффекте тюремного заключения. В то же время большинство исследований выявили значительное терапевтическое воздействие наказаний, не связанных с лишением свободы. С другой стороны, сильную поддержку этому направлению

_

¹²⁵ Юрист Эстонии. 1991. № 6.

оказал также экономический расчет, так как в условиях, когда жизнь за тюремными стенами нуждалась в либерализации, гуманизации и приведении в соответствие с правами человека, когда правила и условия обращения с заключенными следовало согласовать с принятыми ООН и Европейским Советом минимальными основными правилами обращения с заключенными (NB\ Нам все это только еще предстоит!), выяснилось, что длительное заключение чрезвычайно накладно для общества. Тюремные служащие, которые ежедневно сталкивались с перегруженностью тюрем и неизбежно сопутствующими этому психологической напряженностью и конфликтами, а экономическими трудностями, стали все более рассматривать вопрос о том, что же дает заключение в экономическом, социальном и психологическом аспектах. Для основательного выяснения всех этих вопросов Европейский Совет провел в 1984—1985 гг. соответствующий анализ практики, законодательства и проблем в 13 странах — членах Совета. На его результатах во многом и базируется данный обзор 126 .

Типы альтернативных наказаний¹²⁷

Все альтернативные тюремному заключению формы (меры) наказания можно подразделить на три большие группы:

- 1) наказания, с помощью которых стремятся модифицировать наказания, связанные с лишением свободы (custodial);
- 2) альтернативные наказания, которые представляют собой отличающиеся от лишения свободы по содержанию санкции;
 - 3) меры, целью которых является неприменение санкций вообще ¹²⁸.

1. Модификация лишения свободы

Строго говоря, эта группа мер является не альтернативными наказаниями как таковыми, а скорее мерами, преследующими цель повы шения эффективности основного наказания (лишения свободы). Вопрос о их применении решается при назначении наказания. Их не следует смешивать с мерами, которые применяются во время отбывания наказания властью, не осуществляющей правосудия, например, администрацией места лишения свободы, которая может, к примеру, разрешать отбывать определенную часть наказания вне пределов места заключения, освобождать условно, применять так

¹²⁶ Cm.: Alternative measures to imprisonment. 7th Conference of Directors of Prison Administrations by Messrs W. Rentzmann and J. P. Robert. Stressbourg, 1986.

¹²⁷2. При чтении обзора следует иметь в виду, что правовые системы государств довольнотаки различны, а объем краткой обзорной статьи ограничен. Более детального разъяснения различий дать здесь невозможно. Рассматривается только практика Европы, а не хорошо известная нам практика СССР.

¹²⁸ Разумеется, если быть точным, то фактическую альтернативность содержит лишь* вторая группа. Первая группа является только модификацией одного основного варианта, третья же группа не содержит альтернатив наказания.

называемые смешанные наказания 129 (split sentence, или semiliberte). Они здесь не рассматриваются.

Целями модификаций лишения свободы являются ограничения свободы человека в минимальной степени и в то же время возложение на него определенной юридической обязанности — ограничений, а также стремление к предотвращению возврата его к преступному поведению. Для этого могут применяться:

- 1.1. **частичное заключение** (semi-detention). Это форма наказания при которой человек должен находиться в заключении лишь частично- он может работать за пределами места заключения, общаться с семьей, жить «как все», но Ограничением определенными ограничениями. является, обязанность участвовать в работе специальных курсов по исправлению поведения, лечебных курсах и т. п. В таком случае временем нахождения в заключении является, как правило, вечернее и ночное время либо время, свободное от работы и участия в курсах. Такой способ наказания практикуется в Бельгии, Италии (там виновный в дополнение к прочим ограничениям должен находиться в месте заключения не менее 10 часов в сутки), Швейцарии, Голландии, Португалии. Во Франции он применяется в случаях, когда срок возможного наказания не превышает шести месяцев и виновный докажет, что работу или принимает участие в курсах по Приблизительно такой же принцип действует также в Ирландии;
- **1.2. освобождение для работы** (*work release*). Этим осужденному разрешается работать за пределами места заключения. Данный вариант применяется в Швейцарии, Голландии, а также во Франции, где для его применения необходимо отбыть часть наказания, а вопрос об освобождении для работы за пределами места заключения решается судом, назначившим наказание;
- 1.3. заключение на конец недели (weekend detention). Оно является одной из промежуточных форм заключения и предусматривает отбывание наказания только в конце недели. Остальное время человек живет как обычно. Применяется в Швейцарии, Бельгии, Голландии, Германии и Португалии. В Германии к этой форме наказания относится дополнительно и так называемое заключение на время досуга (leisure time imprisonment), применяемое в основном к несовершеннолетним в конце недели;

При составлении обзора возникла проблема, заключающаяся в том, что в нашем понимании свобода имеет только два значения — человек либо свободен, либо он утратил свободу, т. е. находится в заключении, или отбывает лишение свободы (оставляем сознательно в стороне типы колоний). Отсутствует адекватное понятие промежуточных состояний, когда человек не совсем свободен, но и не «сидит», а его свобода только ограничена различными условиями. По сути большая часть рассматриваемых здесь форм. наказания относится именно к этой категории.

¹²⁹ Split sentence, или semiliberte является видом наказания, при котором по сути назначены два наказания, например штраф и лишение свободы. Наказание в виде штрафа приводится в исполнение, лишение же свободы отсрочивается.

- **1.4.** домашний арест (home arrest). Практикуется в Испании и Турции в случае, если виновный старше 65 лет и у него имеются существенные противопоказания медицинского характера к применению реального заключения, а срок наказания краткий, не более 30 дней;
- 1.5. спецобращение вне пределов места заключения (serving in an outside institution). Применяется в Швейцарии и Германии. Например, в Германии лицо, осужденное на основании акта о наркотиках от 28 июля 1981 г., может быть подвергнуто специальному лечению от алкоголизма или наркомании в специальном лечебном центре в случае, если срок заключения не превышает двух лет. И в Англии суд может применять так называемый госпитальный порядок (hospital order) в случае, когда в законе не предусмотрена конкретная форма наказания, а суд сочтет необходимым применение спецобращения.

2.Альтернативные лишению свободы наказания

Это назначенные судом наказания, которые принципиально отличаются от заключения. Они могут быть подразделены на четыре категории:

2.1. денежные или близкие им наказания (financial and related penalties). Несомненно, исторически первой альтернативой заключению был штраф¹³⁰. Денежные наказания очень распространены, а в последнее время их значение возросло еще больше в связи с добавлением компенсирующей функции. А именно, в последнее время очень важными стали реабилитация потерпевших и выплата им компенсаций, а в связи с этим также возложение различных репараций на виновного.

Тенденцией последнего времени в Европе является также определение размера денежного наказания в зависимости от личности виновного и его экономического положения. Так, к примеру, во Франции и Голландии штрафы могут применяться пропорционально экономическому положению виновного. К настоящему времени этот принцип действует также в Финляндии и Скандинавских странах.

Конкретной формой выражения принципа пропорциональности является применение штрафа в размере **дневного заработка** (day-fine). Его содержание составляет наложение на лицо штрафа в размере суммы дневных заработков за соответствующее количество дней, например за 20 дней. Тем самым учитывается, с одной стороны, тяжесть проступка — шкала может в соответствии с деянием достигать суммы дневных заработков за 10—100 дней, с другой стороны, реальные экономические возможности человека — в принципе наказание действие имеет одинаковое на виновного, зарабатывающего, например, как 300, так и 3000 руб. в месяц. К настоящему система штрафа применяется во многих европейских времени такая

125

¹³⁰ Разумеется, в случае, если исходить из предположения, что заключение является так сказать нормальным, или стандартным, наказанием. Однако это не везде так. Например, в Германии заключение не рассматривается в качестве стандартного наказания, поскольку оно применяется лишь в 6 процентов всех случаев осуждения

государствах — Швеции, Финляндии, Дании, Германии, Австрии, Франции. Во Франции кроме того, допускается также уплата штрафа по частям.

Альтернативой неуплате штрафа служит, как правило, заключение. Но не везде. Так, в Германии и Италии неуплаченные штрафы могут заменяться так называемыми общественно полезными работами (см. в дальнейшем).

Штраф как одна из форм финансового воздействия может иметь также модификации. Например:

- **система** ordonnances penales во Франции, при которой суд вносит виновному предложение об уплате штрафа, вернее определенной суммы, за совокупность преступлений до решения вопроса о виновности, и это учитывается при назначении наказания. Виновный может оспорить предложение, если он считает себя невиновным;
- взнос в пользу благотворительной либо некоммерческой организации или фонда. Этот способ применяется, например, в Германии, в отношении правонарушителей моложе 21 года;
- конфискация полученных преступным путем средств (наживы) и **реституция**. Применяются в Германии и Голландии.

Как уже отмечалось, все большее распространение приобретает, выплата компенсаций потерпевшим. Для того чтобы хоть в какой-то мере возместить причиненный потерпевшему имущественный, моральный или физический ущерб, виновный должен по распоряжению суда выплатить потерпевшему денежную компенсацию. Так это установлено, например, в Англии. В случае, если нет потерпевшего персонально, плата производится его близким или же во всевозможные фонды и организации по оказанию помощи потерпевшим. Подобные институты существуют практически во всех государствах. Отверженные и беспомощные потерпевшие имеются только в нашем (советском) уголовном процессе;

- **2.2.** наказания, ограничивающие права или лишающие их (sanctions restricting or taking away rights). В большинстве европейских государств такие наказания применяются в качестве самостоятельных видов наказания. При этом характерна тенденция превращения их из дополнительных наказаний в основные. Наиболее типичными наказаниями данного вида являются:
- лишение права управления транспортным средством на определенный срок (disqualification from driving). Оно применяется в Англии, Голландии, Норвегии и Франции, где лишение права управления может применяться также по видам транспортных средств;
- конфискация (confiscation). Предусматривается вуголовных законах Бельгии, Германии и Франции. Конфисковать можно не все имущество, а только имущество, полученное путем совершения преступления либо использованное при его совершении, в случае, если оно принадлежит виновному. Следовательно, нечто похожее на то, что у нас называют спецконфискацией;
- **реституция** (*restitution*). Возмещение причиненного преступлением ущерба, возвращение полученного, восстановление прежнего положения. Применяется

в Германии в отношении несовершеннолетних правонарушителей. Может быть и составной частью примирения;

—**лишение** права заниматься определенной профессиональной деятельностью (disqualification from engaging in an occupation). Применяется при условии, что профессия использовалась для того, чтобы совершить преступление (во Франции) или получить незаконный доход.

К этой же категории наказаний в качестве самостоятельной группы относятся также разнообразные воспитательно-поучительные меры и моральные наказания, применяемые в основном по отношению к несовершеннолетним. Ими являются:

- воспитательно-поучительные меры (educative measures). Используются, например, во Франции, где их применяют суды для молодежи, а также в Англии. Содержанием меры воздействия является обязанность находиться определенное количество часов в день (например, 3 часа) либо в неделю в соответствующем центре терапии и коррекции поведения и участвовать в тамошних воспитательно-поучительных программах. В Германии применяется так называемый обязательный наставнический надзор (Erziehungsbeistandschaft), когда чиновник по надзору оказывает помощь и дает советы как несовершеннолетнему, так и его родителям;
- моральные наказания (moral sanctions). Ими могут быть: а) предупреждение (admonition), которое применяется в Португалии в случае, когда деяние наказуемо заключением на срок не свыше трех месяцев, а ущерб возмещен; б) мечение (reprimand). Это публичное клеймение, оглашение. Применяется в Голландии и Германии в основном к несовершеннолетним; в) возложение определенной обязанности (imposition of specific obligations). В Германии, к примеру, его содержанием могут быть обязанность возмещения ущерба, персонального извинения перед потерпевшим, внесения определенной суммы в благотворительную организацию и т. п.; г) примирение (mediation). Обычно ~ несовершеннолетний виновный и его жертва через посредство примирительной службы устанавливают контакты и разрешают эксцесс без вмешательства властных структур. Применяется в Финляндии, Швеции и Германии;
- свобода под надзором (freedom subject to supervision). Практикуется, например, в Италии в случае, если срок возможного тюремного заключения не превышает трех месяцев. В таком случае лицу позволяется проживать за пределами места заключения, однако с определенными обязанностями и запретами и под надзором. Например, виновный обязан один раз в день регистрироваться в полиции, он не имеет права покидать постоянное место жительства, носить оружие и т; д. Выполнение этих условий контролируется полицией. В некоторых государствах предпринимались попытки применения и такого способа надзора, когда на запястье контролируемого прикреплялся не снимаемый самовольно электронный датчик, который позволял полиции в любой момент проверить местонахождение лица
- **2.3. меры поручительства, или пробации** (probation measures). **По**ручительским мерам воздействия в качестве альтернативы заключению

принадлежит центральное место. Их целью является не только предотвращение тюремного заключения вместе с неизбежно сопутствующими ему негативными влияниями, но, прежде всего, содействие реабилитации виновного, возврату его к нормальной жизни. Пробация внедрялась в государствах Европы в разное время, и в настоящее время она применяется достаточно широко.

Под пробацией следует понимать форму наказания, отличающуюся по системе претворения в жизнь, — она оставляет виновного на свободе, но возлагает на него определенные обязанности, которые он должен выполнять под надзором чиновника по пробации (как правило, специально обученного социального работника), задачей которого является содействие, как словом, так и делом реабилитации пробируемого.

Претворение в жизнь пробации может базироваться на двух различных процедурных основаниях (правда, их различение довольно-таки трудно без подробного знания правовых систем различных государств):

- 1) отсрочка приговора (deferment of sentence). После признания лица виновным суд не выносит приговор, а предлагает виновному срок пробации, включающий конкретные обязанности. Отсрочка приговора может, как правило, иметь место с согласия виновного. Эта форма применяется, например, в Англии и Дании;
- **2) отсрочка исполнения приговора** (suspended sentence). При этом варианте приговор выносится, однако суд может отложить исполнение приговора и назначенного наказания на определенный срок пробации, в течение которого виновный должен выполнять конкретные обязанности. Таким образом это дело организовано во Франции, Бельгии, Германии, Дании и Голландии.

Существует и, так сказать, смешанная система, которая применяется, например, в Италии, где виновный должен в первую очередь отбыть трехмесячный срок задержания и лишь после этого можно вести речь о пробации. В течение этих трех месяцев ведется наблюдение за поведением лица, проводятся тесты на исследование личности и только по их результатам виновный может быть передан на поруки под надзором администрации места заключения и службы пробации.

Процедурных вариантов пробации довольно много, и они имеют широкую шкалу. Например, в Голландии может быть отсрочен даже весь уголовный процесс. Предпосылкой этому служит, конечно, то обстоятельство, что виновный признает свою вину и готов добровольно идти на поруки. Таким образом, просто отпадает необходимость в проведении хлопотного и дорогостоящего процесса, однако в течение всего срока пробации сохраняется потенциальная возможность его применения в случае, если лицо не будет вести себя надлежащим образом.

Развивается и претерпевает изменения также методика пробации, с тем, чтобы как можно выше стала ее эффективность. Так, предпринимаются попытки дифференцировать надзор и работу с виновным в течение срока пробации (в Швеции, Англии) в зависимости от степени «тяжести» контингента правонарушителей, проводятся сеансы групповой терапии, дошли даже до того,

что с одним человеком работают двое социальных работников (в Англии, Франции, Голландии);

2.4. общественно полезные работы (community service ¹³¹). Эта форма считается одной из наиболее прогрессивных альтернатив последнего десятилетия, внедренных в уголовной юрисдикции Европы. Экспертами она оценивается как наиболее многообещающий и богатый возможностями заменитель заключения.

Принцип общественно полезных работ заключается в том, что виновного не держат в заключении, а ему предлагают возможность работать безвозмездно определенное количество часов в государственном, муниципальном или частном секторе. Работа должна приносить пользу обществу (коммуне) и служить в определенной мере компенсацией за вред, который виновный обществу своим деянием. качестве В положительного оригинального момента подчеркивается то обстоятельство, что в реабилитации правонарушителя, (следовательно, также в обеспечении правопорядка и разрешении болевых проблем общества) принимает участие общественность и это не является заботой лишь того или иного ведомства. Если обычная пробация имеет два активных участника — работник службы пробации и пробируемый, — то в случае с общественно полезными работами в процесс включается также третий активный участник — общество (коммуна) в лице работников различных институтов, представителей места работы и других представителей общественности.

.В Англии актом об уголовном правосудии от 1972 г. было установлено, что лицо, которому не менее 17 лет, совершившее деяние, за которое предусмотрено тюремное заключение, может быть направлено на работы без оплаты на срок не менее 40 и не более 240 часов. Это норма на год (как правило). Однако до вынесения решения заслушивается доклад работника службы пробации о виновном, совершенном им деянии и его состоянии с тем, чтобы суд мог быть уверенным в том, что данное лицо подходит для такого наказания и что условия; работы подходящи. В 1983 г. в акт были внесены дополнения о предоставлении возможности применения общественно полезных работ также по отношению к несовершеннолетним с установлением для них нормы от 20 до 120 часов. Очень похожая система применяется также во Франции. В Португалии (в 1983 г.) объем общественно полезных работ составляет от 9 до 180 часов, они должны выполняться во внерабочее время. Применяются эти работы в случае, если возможное наказание составляет заключение на срок свыше трех месяцев. В Люксембурге своеобразным моментом служит то, что применение общественно полезных работ допускается в случае, если виновный после вынесения приговора приносит публичные извинения и просит о предоставлении возможности выполнения таких работ. В Голландии применение их возможно уже в стадии обвинения и одновременно как с отсрочкой исполнения приговора, так и с пробацией. Этот способ, наказания применяется еще в Дании, Германии и Италии. В двух

····

 $^{^{131}}$ В дословном переводе также «услужение коммуне» или служба на благо- коммунны

последних странах это делается в основном тогда, когда виновный не уплачивает штраф, В Финляндии эксперимент внедрения общественно -полезных работ в нескольких ленах должен скоро завершиться, затем будет вынесено решение о внедрении данной формы наказания в государстве в целом.

3. Меры, целью которых является неприменение санкции вообще.

Эту группу образует большой круг мер, позволяющих суду, хотя и признающему лицо виновным, его все же не наказывать. Эти меры подразделяются на три группы:

- 1) отсрочка наказания, связанного с лишением свободы¹³²;
- 2) отсрочка приговора;
- 3) неназначение санкции вообще.
- 3.1. Содержанием отсрочки исполнения является то, что суд, хота и назначает тюремное заключение, однако отсрочивает его исполнение. В качестве типичного примера можно привести Англию, где этот институт урегулирован таким образом, что суд при вынесении приговора о лишении свободы на срок не свыше двух лет может постановить, что наказание не приводится в исполнение в случае, если лицо-в течение не менее двухлетнего срока не совершит нового преступления, за которое может быть назначено наказание, связанное с лишением свободы. Нам это известно как условное осуждение. В то же время условное наказание (conditional sentence) известно в Скандинавских странах, где оно применяется на срок до двух лет в отношении «случайных» преступников и лиц, имеющих сравнительно хорошую репутацию и прогноз. Сроки и условия отсрочки существенно различаются по странам. Сроки составляют от 2 до 5 лет, в качестве условий могут выступать возмещение ущерба, совершение преступления впервые и т. п.
- **3.2. Отсрочка приговоров** применяется в Европе довольно широко. В Англии, к примеру, приговор может быть с согласия осужденного отсрочен на срок до шести месяцев, с тем чтобы суд мог осуществлять наблюдение за поведением лица. В Швеции эта же возможность используется с согласия сторон в делах о наркотиках на срок до одного года. Так же могут поступать в Норвегии, Дании, Ирландии, Бельгии, Франции, Люксембурге в делах о наркотиках, а в Германии в отношении несовершеннолетних.

3.3. При неназначении наказания применяются следующие формы:

- 1) **абсолютное освобождение** (absolute discharge). Применяется в Англии и на Кипре, позволяет суду оставить виновного без наказания в случае, если суд находит, что наказание не нужно;
- 2) принятие обязательства (binding over). После установления вины суд может применять эту форму при условии, что виновный даст обещание вести себя хорошо и примет на себя публично обязанность быть порядочным. В Ирландии это называется обязанностью соблюдать мир (binding to keep the peace). Во Франции и Португалии в качестве условия выступает то, что

¹³² Здесь рассматриваются лишь «чистые» отсрочки; без сопутствующих мер, таких как пробация и др.

испытательный срок пройден успешно, ущерб возмещен, а срок возможного наказания не превышает шести месяцев. Так же решен вопрос в Германии;

- 3) **прощение** (judicial pardon). В значении альтернативной санкции оно может применяться за проступки в Голландии и Италии по отношению к несовершеннолетним в случае, если срок возможного, наказания не превышает двух лет;
 - 4) примирение, когда к нему направляет суд.

Что сказать в заключение? Ограниченный объем статьи не позволил рассмотреть подробно проблемы, связанные с применением этих форм, и их эффективность. Но соответствующие данные имеются. Твердо можно сказать, что все рассмотренные здесь формы применяются на практике. На самом деле каждая из этих форм заслуживает отдельного исследования.

Что наши карательная политика и законодательство неэффективны и нуждаются в серьезной реформе, это ясно как день. Очевидно и то, что ни одна новая форма не может быть перенята автоматически, а только после подробного изучения, учета опыта других и наших условий. Однако независимо от того, какие формы наказания будут у нас в конце концов выбраны, система мер наказания должна быть разнообразной, гибкой, по возможности менее дорогостоящей для общества и многовариантной. Крайне важно апеллировать к положительному — чтобы сам человек мог выбирать и в то же время быть ответственным за свой выбор и жизнеустройство. Тотальное применение тюремного заключения этого не допускает. Разумеется, в настоящее время у нас нет еще всех условий, хотя бы, к примеру, соответственно обученных кадров и центров для внедрения пробации. Но препятствия эти не являются непреодолимыми. Важно также, чтобы мы спросили у общественности, какой она хочет увидеть карательную политику Эстонии в будущем. Ведь это забота всего общества.

Использованная литература:

- Alternative measures to imprisonment by M, W. Rentzmann and J. P. Robert. Strassbourg, 1986;
- © Crime and Criminal Policy in Europe. Ed. by Gunther Kaiser and Hans-Jorg Allbrecht; АШЛ Eser/Jonatan Thormudsson. Old Ways and New Needs in Criminal Legislation. 1989;
- Prison systems and Correctional Laws: Europe, The United States and Japan. A Сойи Iterative Analysis. 1984;
- © C. D. Treverton-Jones. Imprisonment: The Legal Status and Rights of Prisoners, London, 1989.

приложение 2

ДОКТОР ПРАВА Г.-Г. ЙЕШЕК

ПРЕДИСЛОВИЕ К УГОЛОВНОМУ КОДЕКСУ ФЕДЕРАТИВНОЙ РЕСПУБЛИКИ ГЕРМАНИИ[™] (Фрагмент)

Центром тяжести преобразования германского уголовного права, каким оно представляется после реформы 1975 г., являются все же не условия наказуемости, а наказание и иные меры. Общую тенденцию действующего права можно охарактеризовать следующим образом: как можно меньше наказаний, как можно больше социальной помощи. Это основное направление в принципе все еще действует, хотя в отношении особо опасных форм преступности сейчас также более очевидно отчетливое усиление наказания.

Наказание в виде лишения свободы хотя и образует по-прежнему хребет системы наказания, так как оно является единственным видом наказания для деяний тяжкой и деяний средней тяжести, равно как и для частого рецидива, должно стоять позади подлежащего взысканию денежного штрафа в качестве заменяющего его наказания (§ 43). Наказание в виде лишения свободы на срок до одного месяца отменено полностью (§ 38, абз. 2), на срок от одного месяца до шести месяцев, как правило, заменяется денежным штрафом и допускается еще лишь как «ultima ratio» (§ 47). Сюда присоединяется и то, что исполнение

наказания в виде лишения свободы в значительной степени вытеснено существенным распространением приостановления наказания с испытанием (§§ 56-56d). Картина определения размера наказания на практике сейчас такова, что свыше 80% всех наказаний, которые назначаются судами согласно праву в отношении взрослых, являются денежными штрафами (в 1996 г. примерно 561 000), 8% из которых, конечно, должны быть превращены в лишение свободы, неуплаченный денежный штраф (эрзац-лишение Ersatzfreiheitsstrafe), так как осужденный их не выплачивает или не может выплатить, и ежегодно исполняется примерно 22 тыс. наказаний в виде эрзацлишения свободы. В федеральных землях на основании ст. 293 Закона о введении в действие Уголовного кодекса (№ 2) имеются все же нормы, разрешающие в порядке замещения исполнения наказания в виде эрзацлишения свободы осужденном}' заменить неоплачиваемым трудом на свободе в пользу общества. В результате этого отпало веское соображение против эрзацлишения свободы. Однако возможность применения свободного относительно небольшой используется ЛИШЬ части тех, распространяется эрзац-лишение свободы. Наступление денежного штрафа, оттесняющего лишение свободы, ограничивается, правда, нижним уровнем в размере до 90 дневных ставок (что соответствует трем месяцам лишения свободы), в то время как количество наказаний в виде лишения свободы на средний и длительный срок в соответствии с 6-м Законом о реформе уголовного права заметно увеличилось и будет увеличиваться. Статистика показывает, что 19% всех обвинительных приговоров - это наказание в виде лишения свободы, но примерно в 69% оно приостанавливается с назначением испытания, причем около 28% этих наказаний из-за отмены приостановлением наказания все же должны быть исполнены. Несмотря на это, несомненно, что совокупный результат приостановления наказания с испытанием следует оценить положительно, так как реальное исполнение числа наказаний в результате этого значительно уменьшилось. Приостановление наказания в виде лишения свободы на срок свыше одного года до двух лет увеличилось (63%), так как новая редакция § 56, абз. 2 в 23-м Законе об изменении уголовного права от 13 апреля 1986 г. (BGB1.1. S. 393) последовала за судопроизводством (BGHSt. 29, 370), согласно которому приостановление наказания в виде лишения свободы на больший срок не должно ограничиваться наказуемыми деяниями, которые совершаются в исключительной ситуации. В целом, во всяком случае в настоящее время, менее 7,5% всех осуждений к лишению свободы действительно приводит осужденных за тюремные стены. И все же загруженность учреждений лишения свободы, которая сначала значительно уменьшилась, постепенно вновь возросла, и к 31 марта 1996 г. количество заключенных достигло 48 904. К ним добавляются лица, находящиеся в предварительном заключении, число которых на 31 декабря 1996 г. составило 20 045 человек. В связи с ростом преступности и числа длительных сроков наказания лишением свободы можно ожидать увеличения заключенных. Приостановление временного лишения свободы (§ 57) после отбытия 2/3 или даже только половины назначенного наказания в настоящее время производится в 33% случаев. Увеличилось также и количество приостановлений отбывания остатка наказания, так как более благоприятными стали предварительные условия для условного приостановления после отбытия половины срока наказания согласно новой редакции § 57, абз. 2 и 25-го Закона об изменении Уголовного кодекса.

Наказание в виде лишения свободы (за исключением наказания для молодежи, ареста для военнослужащих) является единым наказанием (§ 38), исполнение которого допускает дифференциацию только по его длительности и личности осужденного. План исполнения наказаний (§ 152 Закона об исполнении наказания), который регулирует компетенцию учреждений мест наказания лишением свободы той или иной федеральной земли, может на это ориентировать путем передачи соответствующих указаний центральной инструктирующей комиссии конкретным учреждениям. Наказание в виде пожизненного лишения свободы, несмотря на серьезную критику, все еще сохранилось. Строгость уголовного права в отношении самых тяжких которые преступности, проявлений во время значительного насильственных преступлений создают угрозу правопорядку и общественной безопасности, должны оставаться однозначными и ясными также и для общественности. Но 20-й Закон об изменении Уголовного кодекса от 8 декабря (BGB1.1. 1981 S. 1329) на основании решения Конституционного Суда (BVerfG. 45, 187) ввел возможность приостановления исполнения пожизненного лишения свободы, если осужденный отбыл пятнадцать лет наказания (§ 57а). Количество ежегодно выносимых приговоров о пожизненном лишении свободы, вероятно, будет расти, так как 6-й Закон о реформе уголовного права в настоящее время при многочисленных составах преступного легкомысленного причинения смерти (например, в случае принуждения к совершению сексуальных действий и изнасилования — § 178) устанавливает наказание в виде пожизненного лишения свободы (или лишения свободы на срок не менее десяти лет).

Денежный штраф ввиду его все большего применения и вытеснения им лишения свободы является основным в шкале наказаний. С введением скандинавской системы денежных штрафов, определяемых суммой дохода осужденного за один день (§ 40) вместо старой системы исчисления общей суммы дохода, денежный штраф стал более справедливым и более понятным. Процесс определения размера наказания также состоит из двух понятных для всех шагов. Количество дневных ставок исчисляется в зависимости от вины и предупредительной цели наказания (§ 46, абз. 1), размер же дневной ставки измеряется в зависимости от экономической продуктивности подсудимого, причем судья исходит из чистого дохода, который лицо имеет или могло бы иметь, полностью используя свою рабочую силу. Система, определяемая суммой дохода осужденного за один день, введена также в Австрии, Франции, Испании, Бразилии, Португалии, Польше и Венгрии и включена в Законопроект Федерального Совета Швейцарии.

Уже упомянутый Закон о борьбе с нелегальной торговлей наркотиками и другими формами проявления организованной преступности от 15 июля 1992 г.

S. 1302) в качестве нового вида денежного штрафа ввел имущественный штраф (§ 43а), который за определенные, совершенные бандой тяжкие преступные деяния из области организованной преступности и преступности, связанной с наркотиками, может быть назначен наряду с лишением свободы ИЛИ срочным лишением пожизненным назначаемым на срок более двух лет. Имущественный штраф не связан с системой дневных ставок и состоит в осуждении к выплате денежной суммы, -размер которой ограничен лишь стоимостью имущества правонарушителя. Целью имущественного штрафа является увеличение возможностей для получения средств от прибылей организованной преступности и преступности, связанной с наркобизнесом, и лишение лица, совершившего наказуемое деяние, средств для продолжения противоправной деятельности после отбывания лишения свободы. Применяется, однако, он редко. Закон о борьбе с формами нелегальной торговлей наркотиками И другими проявления организованной преступности, кроме того, существенно расширил институт конфискации полученного в результате правонарушения или для совершения (§ 73 и др.) введением расширенной конфискации (§ 73d). В соответствии с этим суд выносит решение о конфискации предметов имущества лица, совершившего деяние, или соучастника противоправного деяния за определенные наказуемые деяния, совершенные бандой или в виде промысла, и тогда, когда имеется только значительная вероятность того, что эти предметы получены в результате совершения наказуемых деяний. Судопроизводство внесло коррективы в имеющееся здесь нарушение принципа «in dubito pro reo» (в случае сомнения дело решается в пользу обвиняемого) таким образом, что предписание расширенной конфискации предполагает «безоговорочное судебное убеждение» В преступном происхождении предметов имущества (BGHSt. 40,371).

Правонарушитель может быть освобожден (verschonen—щадить) не только от наказания в виде лишения свободы, но и денежного штрафа. При наказании в виде денежного штрафа до 180 дневных ставок предостережение с оговоркой о применении уголовного наказания предоставляет для этого новую в нашем праве возможность (§§ 59-59с). Суд здесь ограничивается обвинительным вердиктом и выносит обвиняемому лишь предостережение. Одновременно уже в приговоре содержится указание об определенном денежном наказании, право применения которого, тем не менее, остается в силе в том случае, если осужденный в установленный судом от одного года до трех лет испытательный срок не выдержит испытания. При благоприятном течении все ограничивается предостережением, и осужденный в этом случае не имеет судимости в противоположность приостановлению исполнения наказания. Суды, однако, редко используют эту возможность, так как соответствующие случаи уже Уголовно-процессуальном 153a). предостережений обвиняемому, однако, вновь возросло.

Наказание, назначенное соразмерно вине в совершенном деянии, может выполнять предупредительную задачу уголовного права лишь в ограниченном объеме. Для общественной безопасности длительное лишение свободы,

соответствующее вине, могло бы быть необходимо, но исходя из задач ресоциализации осужденного, может потребоваться другой вид воздействия, нежели обычное исполнение наказания. Поэтому действующее уголовное право, придерживаясь дуализма наказаний и мер исправления и безопасности (§ 61), радикально улучшило существующую систему, так что и эти меры могут рассматриваться как существенные моменты реформы.

Мерами исправления и безопасности, связанными с лишением свободы (§ 1-4), являются меры, связанные с изоляцией, помещение психиатрическую больницу, лечебное учреждение (во всяком случае это предполагается согласно ряду решений Федерального Конституционного Суда (BVerfG, 91,1.30 и след.), если существует достаточно конкретная перспектива успешного излечения (о чем заранее нельзя сделать какой-либо вывод) и превентивное заключение. Последнее, при наличии особых условий, которые выдвигает действующее право, предусматривается только для действительно опасных уголовных преступников и назначается редко (в 1991 г. в 38 случаях в старых федеральных землях). Согласно общей концепции системы санкций основную роль мер исправления и безопасности должно играть социальнотерапевтическое учреждение, которое было предусмотрено для рецидивистов с тяжелыми личностными нарушениями, ДЛЯ сексуальных преступников, для формирующихся привычных преступников младше 27 лет и для помещенных уже в психиатрическую больницу лиц, не отвечающих за свои действия или с уменьшенной ответственностью за свои действия. Однако помещение в социально-терапевтическое учреждение в качестве меры наказания в конечном счете не вошло в компетенцию судьи. Применительно к отбыванию наказания в виде лишения свободы остался лишь прежний способ (BGB1.1. S. 1654). § 9 Закона об исполнении наказания предусматривает, что помещение в социально-терапевтическое учреждение предполагает согласие заключенного (в отношении вновь исключения для преступников, совершивших тяжкие сексуальные деяния, согласие руководителя учреждения, принимающего заключенного. Первое условие имеет смысл, так как лечение может быть успешным только при добровольном участии пациента. Второе же может привести к тому, что земли не будут расширять и увеличивать и без того очень небольшое число социально-терапевтических учреждений ввиду необходимых для этого затрат, так как они сами в дальнейшем станут определять количество мест в подобных учреждениях, что должно привести к стагнации в развитии исполнения этого вида наказания и в конечном счете — к утрате значения новации и терапевтических усилий.

Действующее право, чтобы повысить значение мер исправления и безопасности, связанных с лишением свободы, которые осуществляются после временного лишения свободы, ввело в процесс исполнения наказания (§ 67) во временной последовательности замену наказания в виде лишения свободы и мер, связанных с лишением свободы, отдавая предпочтение именно этим мерам, но с зачетом их исполнения в счет наказания (конечно, за исключением производства по делу невменяемого лица, совершившего наказуемое деяние).

Одновременно была создана возможность приостановления оставшейся неотбытой части наказания, если отбыта половина срока наказания с зачетом мер безопасности и исправления (§ 67, абз. 5, предложение 1). Предусмотрено и приостановление исполнения наказания (§§67 b и 67c).

Мерами исправления и безопасности без лишения свободы (§ 61, № 5-7) являются установление руководящего надзора за поведением осужденного, лишение разрешения на управление автотранспортным средством, которое нужно отличать от дополнительного наказания в виде временного запрещения управлять автотранспортным средством (Fahrverbot, § 44), и запрет на профессию. Надзор за поведением осужденного (§ 68 и след.) вместо прежнего полицейского надзора, который должен обеспечивать не только безопасность, как это было при полицейском надзоре, но соединить защиту общества с большей социальной помощью, проблематичен именно из-за этой двойной задачи. Однако от его применения трудно отказаться, учитывая группу опасных и особо опасных уголовных преступников. Успех или неуспех этой меры в первую очередь зависит от состава созданных при земельных судах органов надзора, укомплектованных специально отобранными И обученными сотрудниками, назначенными для оказания помощи осужденным, и их контакту с учреждениями по устройству на работу, социальной помощи и полицией. В настоящее время установление надзора, по-видимому, не может достичь большего. В то же время следует отметить значительно улучшившееся в ходе реформы уголовного права оказание помощи освобожденным из заключения, что уже является значительным успехом ввиду трудности решения такой задачи, как защита общества от освобожденных заключенных, в отношении которых имеется достаточно негативный прогноз, а также трудностей в попечении о заключенных, прежде всего нуждающихся в помощи.

Содержание

Введение
Лекция 1.Понятие наказания
1.1. Познавательные аспекты.
1.2. Анализ определений наказания
1.3. Наказание как вид юридической ответственности
1.4. Наказание как пенитенциарная мера воздействия
Лекция 2.Цели наказания
2.1. Объем понятия целей наказания
2.2. Содержание целей наказания, его назначения и исполнения
Лекция 3. Средства достижения целей наказания
3.1. Система средств достижения целей наказания
3.2. Функциональный признак
3.3. Способы воздействия
3.4. Принуждение
3.4. Поощрение
3.5. Содействие
3.6. Контроль
Лекция 4. Система наказаний
4.1.Этапы эволюции видов наказания в Эстонии
4.2.Индикаторы системы наказаний

Лекция 5. Денежное взыскание
5.1. Понятие денежного взыскания
5.2. Место денежного взыскания в системе санкций
.1.Содержание денежного взыскания
5.2. Место денежного взыскания в системе мер воздействия на
виновное лицо
Приложение 1
Приложение 2