

Юзеф Лившиц

Применение наказания

Курс лекций

Таллинн 2008

Юзеф Лившиц

Применение наказания за преступление

Курс лекций

Таллинн 2008

Вниманию читателя предлагается четвертый выпуск лекций по наказательному праву Эстонии, созданный автором вслед за ранее опубликованными книгами о преступлении как виновном деянии; понятии наказания, его целях, средствах, системе; о видах наказания. Курс лекций раскрывает теоретически и практически важные вопросы для противостояния преступности средствами наказательного права. Высказываются идеи и предложения, направленные на решение ряда проблемных вопросов Общей части наказательного права. Законодательство Эстонии анализируется путем его сравнения с законодательством Германии и России. Книга адресована, главным образом, студентам, преподавателям, магистрантам, докторантам, практическим работникам правоохранительных органов, связанным с наказательным правом профессиональным интересом.

ISBN

© Ю. Лившиц

Оглавление

стр

Предисловие

Лекция 1. Понятие применения наказания

- 1.1. Постановка вопроса
- 1.2. Содержание и объем понятия применения наказания
- 1.3. Применение наказания и наказуемость как признак виновного деяния
- 1.4. Назначение наказания
- 1.5. Проблемы применения наказания в виде принудительного прекращения юридического лица

Лекция 2. Система факторов, влияющих на смягчение или усиление наказания

- 2.1. Влияние на вид и размер наказания признаков преступления как виновного деяния
- 2.2. Смягчающие и отягчающие обстоятельства, непосредственно влияющие на назначение наказания
- 2.3. Нормы, связанные с процессуальным порядком рассмотрения уголовных дел

Лекция 3. Содержание списочных обстоятельств, смягчающих наказание

- 3.1. Классификация
- 3.2. Смягчающие наказание обстоятельства, появившиеся до совершения деяния
- 3.3. Смягчающие наказание обстоятельства, сопряженные с совершением деяния, или проявившиеся после окончания деяния
- 3.4. Иные обстоятельства, смягчающие наказание

Лекция 4. Содержание обстоятельств, отягчающих наказание

- 4.1. Классификация
- 4.2. Отягчающие наказание обстоятельства, появившиеся до совершения деяния
- 4.3. Отягчающие наказание обстоятельства, сопряженные с совершением деяния

Лекция 5. Замена наказания

- 5.1. Юридическая природа замены денежного взыскания тюремным заключением
- 5.2. Проблема замены имущественного наказания тюремным заключением.
- 5.3. Влияние института замены наказания на предмет наказательного права
- 5.4. Замена тюремного заключения на общественно-полезный труд

Лекция 6. Совокупность преступлений

- 6.1. Множественность преступлений и их совокупность
- 6.2. Виды совокупности деяний и их влияние на назначение наказания

Сокращения

г. - год

KarS – Karistusseadustik

п. - пункт

StGB - Strafgesetzbuch (Уложение о наказаниях Германии)

США – Соединенные Штаты Америки

ст. – статья

УК РФ – Уголовный Кодекс Российской Федерации

ч. – часть

Предисловие

Недавно в Эстонии случился правовой эксперимент. Об экспериментах обычно не говорят, что они случаются. Они проводятся, сознательно и целенаправленно, с надеждой получить предполагаемый результат. А тут, хотели, как лучше, а получилось... В общем, в начале 2007 года законом было отменено наказание за мелкие кражи, являющиеся преступлениями, и было постановлено впредь наказывать воров как лиц, совершивших проступки. Расчет был простой: спасти суды от перегрузки, сэкономить средства, создать лучшие возможности для борьбы с крупными преступлениями.

Чуть более год спустя парламент был вынужден принять новый закон, по которому систематическая мелкая кража влекла за собой наказание как за преступление, а не проступок.

Время, прошедшее между двумя изменениями Пенитенциарного кодекса в решении одного и того же вопроса показало непоколебимость давно уже выявленной зависимости. То, что можно было бы назвать преступностью, довольно заметно реагирует на изменения законодательства. В данном случае реакция была однозначной. Второй раз исправить Кодекс пришлось из-за высоко поднявшейся мутной волны мелких краж с полок супермаркетов. Заботы государства об экономии средств преступникам оказались «как до лампочки». У этой публики были и есть свои страхи и опасения. Как бы ни попасться, а, если такое случиться, – не схлопотать бы тяжкого наказания.

Противодействие цивилизаций преступности насчитывает тысячелетия. Но сейчас вряд ли найдется человек, верящий в исчезновение этого зла. Тем не менее, влиять на структуру, содержание и динамику преступности путем законодательных, профилактических и правоприменительных мер возможно и необходимо. Свою роль в этом процессе, и подчас – весьма важную, играет применение наказания.

Предлагаемая читателю книга нацелена на раскрытие понятия применения наказания и разнообразных проявлений этого явления, регулируемых параграфами KarS. В основу публикации положены лекции, прочитанные автором студентам-юристам Социально-гуманитарного института. Это не первая публикация на русском языке, раскрывающая содержание эстонского кодекса о наказаниях в пределах его Общей части. Ранее увидели свет курсы лекций о преступлении как виновном деянии (2004 г.), понятии наказания (2006 г.), видах наказания (2007 г.).

Содержание книги не сводится только к комментированию параграфов закона. Изложена и авторская позиция по ряду проблем современного наказательного права Эстонии. В числе этих проблем можно назвать:

- ⌚ обоснование необходимости законодательного закрепления применения наказания;
- ⌚ размежевание понятий применения и назначения наказания;

- ⌚ обоснование широкого и специального смыслов понятия применения наказания;
- ⌚ выявление роли применения наказания в раскрытии содержания такого признака виновного деяния как его наказуемость;
- ⌚ обоснование мер по устранению проблем принудительного прекращения юридического лица как вида основного наказания;
- ⌚ возможность применения обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание, к положениям, находящимся за пределами функций, выполняемых назначением наказания;
- ⌚ обоснование отказа от классификации смягчающих и отягчающих обстоятельств по элементам состава преступления и использования в этих целях такого критерия как временной фактор совершения деяния;
- ⌚ обоснование ограничений свободы суда при выборе обстоятельств, смягчающих наказание;
- ⌚ обоснование расширения предмета наказательного права путем включения в предмет материально-правовых отношений в области исполнения наказания;
- ⌚ обоснование защиты наказательным правом прав потерпевшего как прав человека;
- ⌚ обоснование разделения норм о конфискации на нормы, относящиеся к иным мерам воздействия, и нормы, связанные с применением наказания;
- ⌚ обоснование разрешения коллизии между принципом «наказание за преступление» и замещающей функцией тюремного заключения;
- ⌚ обоснование разделения видов общественно-полезного труда на те, которые связаны с назначением наказания и те, которые относятся к исполнению наказания;
- ⌚ обоснование идеальной совокупности как вида совокупности деяний;
- ⌚ обоснование целесообразности введения норм о рецидиве преступлений.

Нынешнее издание является продолжением предыдущих, что стоило бы принимать в расчет при его использовании. Тем не менее, понимая, что далеко не каждому заинтересованному читателю откроется возможность иметь все перечисленные курсы лекций, в данную работу пришлось включить некоторые фрагменты из ранее вышедших книг.

В библиотеках и книжных магазинах в последнее время появилось значительное число изданий по наказательному праву нашего государства на эстонском языке. Хотелось бы отметить в таком прорыве на книжный рынок криминалистической литературы большую заслугу профессора тартуского университета Яна Соотака.

Для тех, кто изучает наказательное право на русском языке, положение с учебными материалами неважное. Поэтому существует надежда, что все возрастающему числу обучающихся на негосударственном языке будет доступны публикации, созданные эстонскими авторами на языке официальных текстов законов.

И все-таки нужда в русскоязычной юридической литературе по вопросам эстонского права существует. Она порождена в первую очередь спецификой юридической лексики, которая может оказаться «не по зубам» даже обладателям эстонского языка как родного. Сложный в лексическом и содержательном смысле материал успешнее познается и усваивается на языке, с участием которого функционирует индивидуальное мышление. Если учесть, что русский язык считают своим родным около трети жителей Эстонии, то можно преодолеть сомнения в необходимости и полезности юридических публикаций на этом языке, раскрывающих смысл тех запретов и дозволений, которые людям приходится соблюдать ради общей пользы. За счет когорты юристов, владеющих наряду с эстонским и русским языком как родным, эстонское государство только укрепит свои позиции в обществе и международном общении.

Анализ вопросов применения наказания произведен в плане сравнительного правоведения. Для сопоставления, как и в прежних курсах лекций, взяты соответствующие отрасли права Германии и России. О полезности такого подхода мне уже раньше неоднократно приходилось писать.

В данной книге продолжена и другая традиция, сложившаяся в предыдущих публикациях. Тексты лекций иллюстрированы значительным числом примеров, схем и таблиц, позволяющих лучше разобраться в излагаемых теоретических и нормативных положениях.

В работе использован русский текст Пенитенциарного кодекса, но наименование этого закона приводится на эстонском языке в виде аббревиатуры «KarS», принятой в эстонских публикациях, где, к тому же, не употребляется привычное для русского законодательства обозначение «статья», а используется его аналог «параграф» (§). Так сделано и в данной книге.

Лекция 1. Понятие применения наказания

Обоснование необходимости законодательного закрепления применения наказания. Проблема полноты понятия применения наказания. Широкий и специальный смыслы понятия применения наказания. Соотношение справедливости наказания и эффективности воздействия на осужденного пенитенциарными средствами. Применение наказания как общее понятие для назначения и замены наказания, а также – для освобождения от наказания. О возможности использования смягчающих и отягчающих наказание обстоятельств, предназначенных для назначения наказания, в других случаях применения наказания. Применение наказания и наказуемость как признак виновного деяния. Понятие назначения наказания. Общие основания для назначения наказания. Порочность неопределенных приговоров. Проблемы применения наказания в виде принудительного прекращения юридического лица и возможные способы разрешения этих проблем.

1.3. Постановка вопроса

Если бы за составление проекта KarS взялся политик-парламентарий, не знакомый с многовековой историей наказаний, концепциями и аргументами, рождавшимися в долгих спорах представителей разных школ и течений юридической науки, то он мог бы решить проблему применения наказания, идя разными путями.

Он, посчитав вполне достаточным для кодифицированного закона иметь четкий перечень видов и мер наказаний, мог бы решить отказаться от какой-либо законодательной регламентации применения наказания. В таком случае размышления автора проекта закона сводились бы к тому, что воля законодателя наказывать лиц, виновных в совершении преступления, не должна никак ограничивать усмотрение судьи, каким образом по отношению к каждому конкретному случаю применять установленные законом наказания. Мол, законодатель и без того, создав их перечень, сконструировав нижние и верхние пределы санкций, взял на себя слишком много. Вроде бы требования закона ограничивают возможности судьи применить к осужденному такое наказание, которое логично бы вытекало из уникальности факта деяния, учитывало бы в максимальной степени особенные личностно-психологические свойства нарушителя и стало бы для него незабываемым и неповторимым уроком на будущее, удовлетворив при этом общественную жажду в справедливости. Судебный произвол в таком случае, с точки зрения автора проекта, можно было бы блокировать нормами уголовно-процессуальной принадлежности без того, чтобы рассчитывать на положения о применении наказания, относящиеся к материальному праву.

Противоположным подходом могла бы стать детальная регламентация применения установленных законом наказаний с учетом видов преступлений, возрастных, половых, особенностей личности преступника, его материального и социального положения, национальной специфики обычаев и традиций. Причем, упор можно было бы сделать на сведение к минимуму судьейского «усмотренческого» решения, предусмотрев в значительном числе статей Особенной части кодекса абсолютно-определенные санкции.

Наконец, наш предполагаемый автор законопроекта мог бы избрать вместо названных крайностей «золотую середину», позволяющую и нормативно закрепить общие правила применения наказания, и оставить за судьей значительное поле свободы выбора приемов применения наказания, соответствующих совестливой и осмысленной реакции судьи на все факты, установленные в ходе судебного разбирательства.

В случае обращения нашего законодателя за советом к криминалистам, обладающим достаточной эрудицией в вопросах наказательного права, какой модели отдать предпочтение, он, скорее всего, получил бы рекомендацию выбрать последнюю из трех: вариант, который обладает рядом достоинств по сравнению со всеми другими.

Эстонское право, как известно, относится к романо-германской (континентальной) правовой семье. В современном виде эта правовая система не то, чтобы вообще отрицает судебный прецедент как источник права, но явно отдает предпочтение регулирующей роли закона. Именно законом, понимаемым в широком смысле, руководствуется суд при вынесении приговора. Поэтому такой важный для итогового заключения суда вопрос, как применить наказания, должен быть регламентирован статьями кодекса, предусматривающими наказание за преступление.

Это важно для придания, судебной практике, насколько такое возможно и необходимо, единообразия при столкновении с однотипными ситуациями. В то же время, наказательное право, не совпадая по своему предмету с правом процессуальным, обладает собственными значительными ресурсами для направления вектора судебского усмотрения в сторону обеспечения справедливости и реализации целей наказания. Обуздание опасности вынесения неправосудного приговора, коррупционной заинтересованности судьи, даже предотвращение судебной ошибки – реакция на все эти проблемы, насколько такое возможно, должна быть закреплена в правовых нормах, устанавливающих правила применения наказания.

Имеется еще одно обстоятельство, которое нельзя оставить без внимания. По идее квалификация наших судей с ходом времени должна расти. Они назначаются на должность пожизненно. Появление новых людей в судебных мантиях – случаи исключительные. Одни и те же служители правосудия, занимаясь из года в год исследованием на судебных заседаниях преступлений и вынесением приговоров, «обречены» наращивать свой жизненный и юридический опыт во всех его положительных и отрицательных проявлениях (последнее в смысле - на ошибках учатся).

Однако если рассматривать положение не а priori, а в реальном измерении, то картина оказывается несколько иной. Предполагаемая свобода судебного убеждения от каких-либо воздействий извне в немалом числе случаев предстает более как факт иллюзорный, чем реальный. Генеральный прокурор Эстонии достаточно недвусмысленно по этому поводу заметил: «Если общественность, не без помощи журналистов, приняла четкую позицию, то происходящее в зале суда не имеет значения».¹¹

1

Государственный суд к тому же располагает статистикой, говорящей о том, что число отмененных приговоров судов первой инстанции указывает на существование серьезных проблем, связанных с недостаточным профессионализмом вершителей правосудия. При такой ситуации довериться только самостоятельному творчеству судьи без того, чтобы законом регулировались определенные аспекты применения наказания, было бы слишком легкомысленно.

В то же время зажать вершителя справедливости в тиски закона, да сделать это так, чтобы судья выполнял лишь функцию трансляции воли законодателя конкретному делу, было бы явлением противоестественным и вредным для правосудия. Никакой закон не способен учесть подробности жизненных перипетий. Норма права, содержащаяся в законе, имеет общий характер. Она нуждается в особом механизме применения, которым должен открываться простор для реагирования на индивидуальное своеобразие каждого дела, рассматриваемого судом.

Относительно – определенные санкции всегда предоставляют возможность выбора конкретной меры наказания (а при альтернативных санкциях – и его вида). А в тех случаях, когда в санкции статьи Особенной части назван единственный вид наказания (в частности, денежное взыскание), то его верхний и нижний предел определен Общей частью кодекса. Этот же прием используется и в иных случаях. Общая часть кодекса при регулировании применения наказания содержит наряду с императивными нормами, нормы разрешительные, расширяющие возможности суда самостоятельно принимать решения (например, в случае учета смягчающих наказание обстоятельств или решения вопросов об освобождении от наказания).

Таким образом, наличие в KarS особой главы о применении наказания оправдано как теоретически, так и с учетом практических нужд в обеспечении правопорядка.

1.4. Содержание и объем понятия применения наказания

То, что глава четвертая KarS имеет заголовок «Применение наказания», означает закрепление во всех статьях этой части кодекса, какие бы правила в них ни содержались, общего свойства регулирования, названного указанным образом.

Но все же, отдельные статьи главы дополнительно к родовому понятию свидетельствуют и том, что должно быть признано понятие применения наказания в узком, специальном, смысле слова. В § 59 предусмотрен запрет на повторный учет обстоятельств, смягчающих или отягчающих наказание. Они не учитываются *при применении наказания*, если они описаны в законе в качестве признаков состава виновного деяния. Закон допускает возможность *применить наказание* ниже низшего предела (§ 61). За одно виновное деяние, - говорится в § 62, - могут *применяться* одно основное или несколько

дополнительных наказаний. Уже из заголовка § 63 видно, что в ней речь идет о *применении* основного наказания по совокупности виновных деяний.

В рассматриваемой главе кодекса кроме понятия применения наказания использовано и понятие *назначения наказания*.

Принципиально важная норма об основании наказания (§ 56 ч.1), наряду с установкой, что основанием для наказания является вина лица, содержит общие принципы *назначения* наказания. Параграф 64 предусматривает правила *назначения наказания* по совокупности. Параграф 65 – последующее *назначение наказания* по совокупности.

Наконец, обращает на себя внимание и то, что целый ряд положений главы четвертой, закрепленных в ее статьях, терминологически не соединены ни со специальным применением наказания, ни с его назначением. В частности, §§ 57, 58, 60, 66, 67, 68. Логично было бы считать, что в таких статьях устанавливаются некоторые положения, общий смысл которых сводится к применению наказания, хотя в тексте статей об этом упоминание не содержится.

Соотношение разных смыслов применения наказания как раз и составляет существо проблемы полноты этого понятия.

Объяснение понятия применения наказания путем использования аргументов, содержащихся только в KarS, может существенно осложнить исходный взгляд на проблему. В кодексе встречаются формулировки, которыми один и тот же правовой институт характеризуется как представитель разного вида явлений. Так, § 63 содержит правила *применения* основного наказания по совокупности, но § 64 посвящен *назначению* наказания по совокупности. Очевидно, что в подобных случаях приходится иметь дело с такими деталями вопроса, которые требуют особого разъяснения. В силу данного обстоятельства и по причинам более общего порядка (речь идет о выяснении смысла понятий) стоит подойти к вопросу с общетеоретической, а не только сугубо комментаторской, позиции.

В общей теории права широко употребляется понятие применения правовых норм. Получило признание понятие правоприменительных органов. Юридические акты могут быть правоустанавливающими и правоприменительными. К последним относится и приговор суда. Когда речь идет о применении наказания за преступление, то подразумевается реализация через деятельность суда предписаний, относящихся к наказанию, которые имеются в KarS.

В контексте положений KarS применение наказания представляет свод правил, адресованных суду (в случае осуждения виновного лица за преступление), нацеленных, с одной стороны, на создание условий для максимально возможного справедливого наказания, а с другой, -на реализацию специальной превенции.

Надо заметить, что справедливость наказания и эффективность воздействия пенитенциарными средствами на осужденного далеко не всегда гармонично сочетаются. Особенно, если справедливость приговора суда

оценивать не с позиции осужденного, а с точки зрения массового сознания. Об этом мне ранее уже приходилось писать.ⁱⁱ

В KarS иногда встречаются **абсолютно – определенные** санкции, устанавливающие наказание в виде **пожизненного тюремного заключения и принудительного прекращения юридического лица**. Даже если санкция статьи Особенной части KarS сконструирована по альтернативной модели, то при выборе названных видов наказания в системе альтернативы суд не имеет возможности каким-либо образом влиять на размер наказания. Ему остается лишь назначить наказание в том виде, в каком оно предусмотрено законом.

Но в большинстве случаев в санкциях статей Особенной части KarS (**относительно – определенные санкции**) закреплён определённый ориентир справедливости наказания в понимании законодателя. При таком варианте законодатель не способен дать суду нормативы для лучшей эффективности наказания.

Применение наказания как определённые правила рамочного содержания, находящиеся в Общей части KarS, создаёт дополнительные ресурсы достижения целей наказания с учётом законодательного влияния на правосознание судьи. Тут мы уже имеем дело с решением проблемы с двух сторон. И справедливости, и индивидуальной эффективности наказания для осуждённого.

Авторы постатейного комментария к KarS, говоря о применении наказания, имеют в виду, что оно находит своё воплощение в назначении наказания или в замене наказания.ⁱⁱⁱ Такое разъяснение исходит из структуры KarS, в котором глава 4 «Применение наказания» содержит раздел 1 «Основания применения наказания», раздел 2 «Замена наказания общественно-полезным трудом» и раздел 3 «Замена денежного взыскания, штрафа и имущественного наказания».

Тем не менее, доктринально понятие применения наказания может охватывать значительно большее число своих разновидностей.

В немецком праве для обозначения общих правил, предназначенных суду, осуществляющему реализацию законодательных санкций, используется понятие назначения наказания, но не его применения. Глава 2 StGB так и называется. Такое же решение находим в УК РФ, где глава 10 именуется «Назначение наказания».

В тоже время важно подчеркнуть, что в теории немецкого права понятию назначения наказания придается весьма широкий смысл.

Так, по мнению профессора Н.-Н. Jescheck «назначение наказания (Strafzumessung) – это определение правовых последствий уголовно наказуемого деяния судьей по виду, тяжести и характеру исполнения в процессе выбора из множества возможностей, установленных законом. Назначение наказания охватывает не только то, что кажется по названию, не только установление наказания, но также условное осуждение, предупреждение, ...отказ от наказания, назначение мер исправления и безопасности.^{iv} (подчеркнуто мной - Ю.Л.)

Обращает на себя внимание то, как профессор Н.-Н. Jeschek формулирует свою мысль. Он противопоставляет тому, что кажется, то, что есть на самом деле. Этот пассаж, очевидно, потребовался потому, что понятие назначения наказания не способно выполнять функцию обобщенного представления о повелениях законодателя суду, что надо или возможно делать после установления факта деяния и лица, его совершившего. Иначе говоря, понятию назначения наказания вынужденно дается расширительное толкование, к чему приходится прибегать из-за отсутствия в законе более объемной по своему содержанию правовой категории. Однако, как уже указывалось, она в эстонском праве существует, и ей является применение наказания.

Нельзя исключать того, что возникнет соблазн использовать модель профессора Н.- Н. Jeschek для объяснения феномена применения наказания по эстонскому праву. Если уже назначению наказания придавать столь объемное содержание, как это делает немецкий теоретик, то тем более, может быть, стоит именно в таком ключе трактовать понятие применения наказания по эстонскому наказательному праву. Ведь назначение наказания тут является лишь одним из вариантов его применения. Тогда объем понятия применения наказания как меры воздействия схематично может выглядеть таким образом (см. рис. 1).

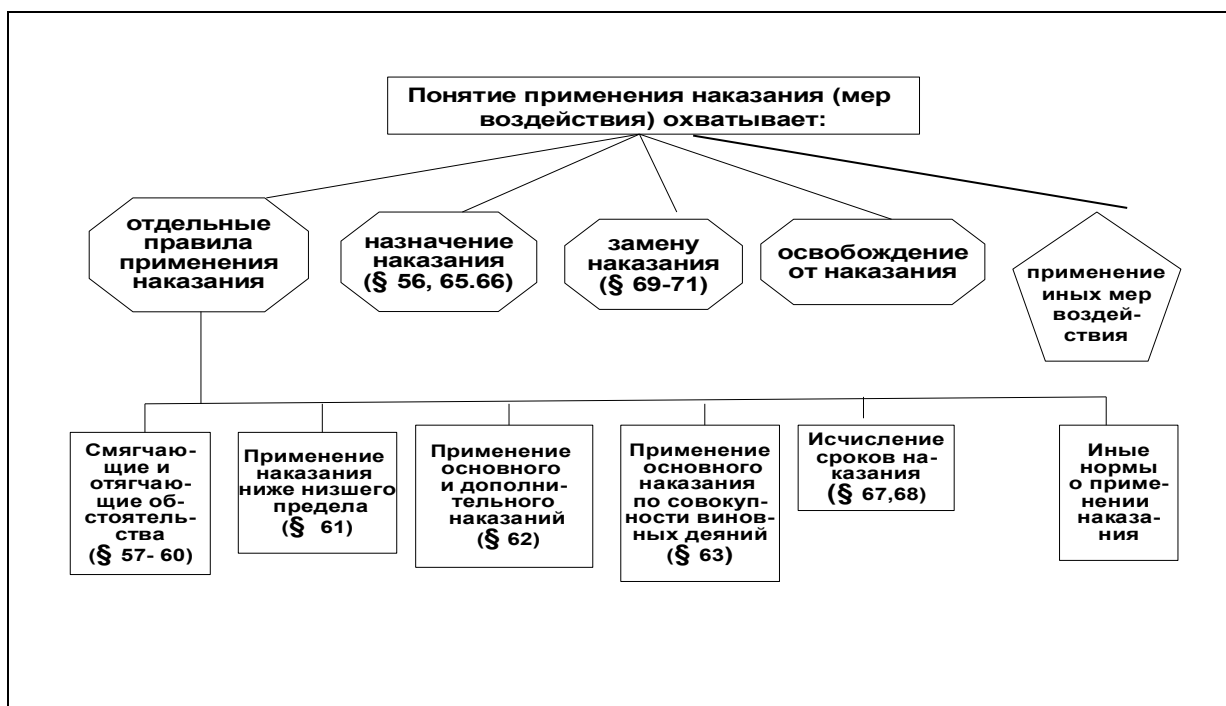


Рисунок 1. Объем понятия применения наказания

Расширительное толкование понятия применения наказание оправдано задачей выяснения его унификационного свойства. (Оправдано при условии, что будет подразумеваться применение также иных мер воздействия). То есть для всех вариантов решений, которые могут быть приняты после установления факта деяния, подпадающего под признаки того или иного

состава, при отсутствии обстоятельств, исключających противоправность, и признании лица причастным к совершению деяния, характерно одно: они означают применение меры воздействия. Будет ли наказание реально назначено или одно наказание заменено на другое, а также на меру воздействия, не считающуюся наказанием, или будет решено отказаться от назначения лицу наказания или использована иная мера воздействия – во всех вариантах принятия решения имеет место реакция, называемая применением.

Такая позиция, по всей видимости, органично соединяется с утверждением, что наказуемость является неотъемлемым признаком виновного деяния и должна трактоваться не только как назначение наказания, но и в первую очередь, как упрек суда виновному лицу, который не перестает действовать и в случаях отказа от назначения лицу наказания. Более того, можно было бы предположить возможность распространения понятия применения наказания на стадию исполнения наказания, но при условии изменения представлений о предмете наказательного права (*Karistusd̄igus*).^v

1.3. Применение наказания и наказуемость как признак виновного деяния

Широкий смысл понятия применения мер воздействия (наказания) аккумулирует разнообразные варианты перехода от перечня видов, а так же размера наказаний, и иных видов воздействия к их практическому воплощению в жизнь, он помогает еще в одном деле. Имеется в виду дополнительное обоснование наказуемости как признака виновного деяния.

Действительно, отрасль права, называемая *Karistusd̄igus*, должна признавать наказуемость одним из отличительных особенностей виновного деяния. Это означает, что при наличии в деянии признаков состава, противоправности и вины, установленных кодексом, лицо привлекается к ответственности путем использования наказания. Наказуемость одновременно служит целям предупреждения преступления (как угроза возникновения правовых последствий в отношении лиц, склонных к совершению преступления) и реального воздействия на виновное лицо.

Свою предупредительную роль может играть уже сам факт наличия в Кодексе перечня видов наказания и их постатейная регламентация. Но каждый, кому абстрактно адресовано предупреждение закона, не может не усомниться в том, насколько реалистична такая угроза. Если бы не существовало используемого законом понятия применения наказания, то оснований для подобных сомнений было бы более чем достаточно. Разумеется, полностью предопределить возникновение ощущения и понимания неизбежности наказания за преступление законодательными средствами в принципе не возможно. Решающую роль в возникновении сдерживающего страха у потенциального нарушителя могут сыграть совсем

другие обстоятельства. Но, свою лепту в предупреждение деяния вносит и закрепленный в законе свод правил о применении наказания.

Когда вина лица, совершившего деяние, судом установлена, то свойство наказуемости деяния приобретает новый дополнительный оттенок. Это свойство, сохраняя свою профилактическую роль, приобретает реально применительный смысл. Цели наказания, трансформируясь в правосознании судьи, постановляющего приговор, требуют поиска наиболее эффективного решения с учетом уже установленных многочисленных эксклюзивных обстоятельств дела, в том числе и характеризующих личность осуждаемого лица. Приговор должен не только соответствовать закону, но и реально способствовать достижению целей наказания. Применение наказания – дело совершенно конкретное, но опирающееся на общие предписания закона.

Применение мер воздействия в рассматриваемом контексте помогает аргументировать принципиальное соображение: деяние лица, посягающего на блага, охраняемые наказательным правом, не должно остаться без реакции со стороны государства. Какой будет такая реакция – это зависит от установлений закона и базирующейся на нем практически значимой акции суда. Последняя не может сводиться только к назначению наказания. Возможны и другие виды реагирования. Вся их совокупность как-то должна быть обозначена. В этих целях как раз и используется понятие применения. Таким образом, даже тогда, когда наказание судом не назначено, признак наказуемости не утрачивает своего смысла, так как тем или иным образом наказание было применено. Освобождение от наказания тоже означает вариант его применения, противоположный назначению наказания.

Однако возникают вопросы. Проблемность такой широкой трактовки сказывается на образовании, если так можно сказать, «зон неопределенности» при выяснении того, каким конкретным ситуациям адресованы нормы закона, в тексте которых использован термин «применение». Родовой характер понятия применения по отношению к его конкретным видовым проявлениям можно объяснить как соотношение общего и особенного. В каждой особенной норме должны учитываться свойства общего характера.

Обратимся к проблеме, связанной с обстоятельствами, смягчающими и отягчающими наказание. В ч. 1 § 56 сказано, что смягчающие и отягчающие обстоятельства учитываются при *назначении* наказания. Однако в соответствии с § 59 эти обстоятельства не учитываются при *применении* наказания, если они описаны в законе в качестве признаков состава виновного деяния. Является ли учет рассматриваемых обстоятельств только требованием, имеющим значение лишь для назначения наказания, или тут имеется в виду и использование этого приема также при других видах применения – вот в чем вопрос. Например, при замене тюремного заключения общественно-полезным трудом или при условном освобождении от наказания? Можно и нужно ли считаться с правилами §§ 57 и 58 при применении конфискации приобретенного преступным путем имущества или при вынесении решения о направлении несовершеннолетнего

преступника в специальное учебное заведение? Никакого прямого ответа на эти вопросы закон не дает. И лишь толкование закона, учитывающее его контекст, все-таки позволяет обозначить некоторую позицию.

Когда речь идет о назначении наказания, то законодатель предписывает суду при индивидуализации вида и меры наказания использовать рассматриваемые обстоятельства. Но при этом в законе не содержится никакого запрета на применение этих перечней в иных случаях прямого или косвенного реагирования суда на совершенное противоправное деяние. И в этом направлении предусмотренные законом обстоятельства, хотя и в необязательном порядке, могут быть использованы в качестве ориентиров для решения вопроса по справедливости. Практическое различие состоит в том, что назначение наказания влечет за собой необходимость отразить в приговоре все обстоятельства, учтенные судом, со ссылкой на пункты, части статей кодекса. Когда же речь идет об ориентире, то он может находиться в системе многих жизненных факторов, влияющих на окончательное решение, в том числе и тех, которые прямо законом не урегулированы.

Смягчающие и отягчающие обстоятельства включены в основания для наказания (так называется § 56) и используются при назначении наказания (так сказано в тексте этой статьи). Тем самым данным обстоятельствам придан статус, (наряду с целями наказаний) наиболее универсального средства для индивидуализации наказания. По закону они являются фактором применения и назначения наказания, распространяющего свое влияние на различные ситуации, связанные с применением наказания, где их использование по смыслу ситуации возможно и целесообразно, в том числе (это особо отмечено в законе) при назначении наказания.

Иные нормы, в тексте которых встречается термин «применение» или «назначение», равно как и те нормы, в которых эти понятия отсутствуют, такого универсального статуса не имеют. Их использование возможно только в связи с вопросами конкретного характера, которые обозначены в тексте нормы, в качестве предмета правового регулирования.

1.4. Назначение наказания

Назначение наказания происходит тогда, когда суд реально применяет наказание как правовое последствие преступления, определяет вид и размер наказания в соответствии с санкцией статьи кодекса и с учетом диспозиции, по которой квалифицировано деяние.

Назначение наказания представляет собой особую разновидность реакции суда на вину лица совершившего преступление, когда отсутствует возможность или необходимость замены одного вида наказания на другой, а тем более – отказа от наказания. Перед судом, назначающим наказание, стоит важная и сложная задача индивидуализировать и персонифицировать вид и размер наказания с учетом неизбежности его применения именно таким, а не каким-либо другим образом.

Общие начала для назначения наказания (§ 56 KarS) сформулированы иначе, чем это было сделано в УК, действовавшим до вступления в силу KarS. По тому кодексу исключалось понятие применения наказания. Основания назначения наказания были сформулированы путем указания на необходимость исходить из пределов, установленных статьей Особенной части Кодекса (это было недостаточно точно, так как не содержало даже упоминания о статьях Общей части). Суду предлагалось учитывать тяжесть и характер совершенного преступления (что не сопровождалось необходимой оговоркой о частичном решении этого вопроса законодателем через диспозицию и санкцию статьи Особенной части). Кроме того в расчет должны были приниматься личность виновного и обстоятельства дела, смягчающие и отягчающие ответственность.

Сейчас в рассматриваемой статье, закреплены такие общие основания для наказания как:

- ⌚ принцип вины;
- ⌚ учет при назначении наказания смягчающих и отягчающих обстоятельств;
- ⌚ учет целей назначения наказания;
- ⌚ лимитирование возможностей назначения тюремного заключения.

В изложенном лаконичном подходе, скорее всего, нашла свое отражение идея предоставления суду максимально широких рамок для формирования своего убеждения без многих законодательных подсказок. Насколько оправдана такая идея для относительно молодого самостоятельного правосудия - трудно сказать. По крайней мере – это вопрос спорный. Но отсутствие в перечне основ назначения наказания требования взвешивать при назначении наказания все «за» и «против» (§ 46 StGB) или учитывать личность виновного лица (как в прежнем УК) не говорит о том, что этого делать не следует.

Надо выяснять эти и многие другие обстоятельства, но такое требование настолько понятно и очевидно, что может быть следствием простого здравого смысла, и без того, чтобы быть предписанием закона. StGB вообще не располагает нормами, в которых содержались бы перечни смягчающих и отягчающих обстоятельств, но зато предписывает суду, в каких пределах допустима его реакция на такие обстоятельства, если он признает какие-либо из них существующими в конкретной ситуации.

Другое дело, что нельзя не заметить принципиальной особенности, отличающей KarS от УК РФ. Эстонский кодекс построен на основе формального определения виновного деяния, а российский – с учетом материально-формального определения преступления.^{vi} Поэтому российскому суду при назначении наказания предписано учитывать общественную опасность, а эстонскому - нет. Эстонский законодатель, установив виды преступлений и наказание за них, сам решил, что считать преступлением и проступком, суд же должен исходить из воли законодателя. Что касается индивидуальных обстоятельств, отличающих одно преступление от другого, квалифицируемых по одной и той же статье

кодекса, то ориентиром для их обнаружения и фиксирования становятся обстоятельства, смягчающие или отягчающие наказание, которыми должен руководствоваться эстонский суд.

При объяснении оснований назначения наказания нет нужды возвращаться к характеристике целей наказания, которая была изложена в одной из моих предыдущих книг.^{vii}

Что касается лимитирования возможностей назначения тюремного заключения, то на этот счет в законе содержится положение, согласно которому приоритет отдается денежному взысканию, а не тюремному заключению. Последнее может быть назначено только в случае, если цели наказания не могут быть достигнуты назначением более мягкого наказания. Как подчеркивается в ч. 2 § 56, если статьей Особенной части KarS допускается назначение помимо тюремного заключения также иных, более мягких наказаний, то суд должен мотивировать в приговоре назначение тюремного заключения.

Изложенный способ назначения наказания, с учетом всех его составляющих, имеет своей главной посылкой требование к суду исходить при вынесении обвинительного приговора из тех конкретных указаний, которые имеются в кодексе по поводу видов и размеров наказания.

Но такой способ не является единственно возможным. В США во многих штатах судами выносятся так называемые «неопределенные приговоры». В УК штата Нью Йорк, например, прямо указано, что «приговор к тюремному заключению за фелонию (серьезное преступление) должен быть неопределенным» (§ 70.00). Такой приговор постановляется без указания конкретной меры тюремного заключения с установлением предельных сроков, интервал между которыми может быть очень большим (скажем, 7 - 25 лет). Осужденный отбывает наказание, как правило, до своего условно-досрочного освобождения. Этот вопрос решается Советом по условно-досрочному освобождению, который образуется губернатором штата. Освобождению подлежат те, кто получил положительную характеристику от администрации тюрьмы. Главное преимущество такого подхода усматривается в том, что его размер зависит и от тяжести содеянного, пределов санкции уголовного закона, и от фактического поведения лица в местах лишения свободы, что, помимо всего прочего, является дополнительным стимулом к ресоциализации преступника.

Многолетний опыт использования «неопределенных приговоров» выявил многочисленные дефекты такого варианта назначения наказания. Известный норвежский криминалист Нильс Кристи по этому поводу писал: «Реабилитационная модель, несмотря на то, что она ориентирована на понимание заключенного и заботу о нем, оказалась более жестокой и карательной, чем откровенно карательная модель. Под прикрытием доброжелательства расцвело лицемерие, и каждый новый акт манипулирования заключенными неизбежно изображается как благое дело. Приговаривать людей, виновных в одинаковых преступлениях к различным мерам воздействия во имя их реабилитации, наказывать не за деяние, а в

связи с условиями его совершения – значит нарушать фундаментальные принципы равенства и справедливости». ^{viii}

Специалисты, изучавшие практику «неопределенных приговоров», обращают внимание на то, что она вылилась в резкое возрастание сроков тюремного заключения и переполненность тюрем. К тому же судебское усмотрение оказалось слишком субъективным, а зависимость заключенных от капризов администрации тюрем и ее эгоистичных оценок слишком навязчивым предположением, трудно поддающимся проверке, чтобы не породить в сознании заключенных утрату веры в справедливость государства и беспринципный конформизм по отношению к тем, от кого зависит их судьба.

Можно понять, почему составители проекта KarS, изучив предварительно законы целого ряда государств, не испытали желания заимствовать систему неопределенных приговоров, а посчитали целесообразным при регулировании применения наказания остаться на платформе традиционного европейского континентального права.

1.5. Проблемы применения наказания в виде принудительного прекращения юридического лица

Вопрос, вынесенный в заглавие данного параграфа, нуждается в отдельном и самостоятельном рассмотрении. Принудительное прекращение юридического лица – относительно новый для эстонского права вид наказания, применение которого судами началось с сентября 2002 года. Но каких-либо норм, которыми бы регулировался порядок применения этого вида основного наказания, подобных тем, что адресованы другим видам основных наказаний, KarS не содержит.

Такое положение можно объяснить двумя причинами.

Санкция статьи Особенной части, предусматривающая данный вид наказания, относится к категории абсолютно-определенных. Она категорична и не оставляет суду никаких возможностей для маневрирования с размером наказания. Указание закона однозначно: прекратить существования юридического лица без использования каких-либо других ресурсов воздействия. Ни тебе возможности условного освобождения с назначением испытательного срока, ни варианта замены на другой вид наказания. Ничего. Даже пожизненное тюремное заключение как вид наказания, также закрепленный в абсолютно-определенной санкции, по степени категоричности указания суду со стороны закона уступает принудительному прекращению юридического лица. Все-таки, лицо, наказанное пожизненным тюремным заключением, может быть условно-досрочно освобождено от отбытия наказания по истечении тридцати лет срока. И на этот счет кодекс имеет нормы о применении наказания.

Законодательное введение наказания в виде принудительного прекращения юридического лица произошло не на пустом месте. Такой вид воздействия на грубого нарушителя правопорядка в области товарооборота

уже ранее был предусмотрен гражданским правом и продолжает существовать сейчас. ЗОЧГК на этот счет располагает довольно детальными указаниями, относящимися как к общему порядку прекращения путем ликвидации юридического лица, так и к принудительному прекращению. Особенность последнего состоит в том, что имущество юридического лица, оставшееся после удовлетворения претензий кредиторов, переходит в собственность государства, что лишает, в частности, пайщиков и акционеров права вернуть себе соответствующие паям и акциям доли, а тем более – дивиденды.^{ix}

Гражданско-правовая первооснова принудительного прекращения юридического лица освободила, по всей видимости, законодателя от необходимости регламентирования порядка, с соблюдением которого должен применяться этот вид наказания. Применяя наказание, по мысли законодателя, следует делать то, что по этому поводу говорит гражданско-правовой закон.

Два года спустя после начала действия нового кодекса, высший судебный орган государства счёл необходимым вернуться к обоснованию правомерности неизвестного ранее Эстонии вида наказания. Государственный суд, давая разъяснения по конкретному делу, был озабочен не вопросами применения этого наказания, а доказывания, в принципе, правомерности его существования. С точки зрения Госсуда юридическое лицо ответственно за преступление физического лица, совершенное в интересах юридического лица, согласно принципу производной ответственности. К тому же из контекста рассуждений суда видно, что, по его представлению, граница между публичным и частным правом может быть преодолена без каких-либо усилий, достаточно этого захотеть. Настолько эфемерно и конвенционально такое разграничение.

Чтобы попытаться выяснить существо названных выше проблем, приведу, прежде всего, текст этого разъяснения.

«Уголовная ответственность юридического лица в случае определённых составов виновных деяний не замещает, а дополняет ответственность физического лица, - считает судебная коллегия по уголовным делам Государственного суда ЭР. - Такой вывод следует прямо из KarS § 14 ч.2, согласно которому привлечение юридического лица к ответственности не исключает привлечение к ответственности физического лица, совершившего виновное деяние. Также специальная часть KarS не содержит описания ни одного преступления, субъектом которого являлось бы только юридическое лицо. В пояснительной записке к проекту KarS также отмечается относительно KarS § 14 ч.2 (в первоначальной редакции проекта закона KarS 413 ч.2): "Предусматривая таким образом возможность одновременного наказания как юридического лица, так и физического лица, совершившего виновное деяние, цель этой части - избежать ситуаций, при которых под наказуемость юридического лица пытались бы маскировать виновные деяния, совершённые физическим лицом." В случае если за одно и то же деяние одновременно привлекаются к ответственности как юридическое лицо, так представитель юридического лица - физическое лицо, фактически совершившее деяние, то принцип запрета двойного наказания (ne bis in idem) не нарушается, поскольку наказание юридического лица не может рассматриваться как наказание представителя юридического лица.

Так как KarS устанавливает ответственность юридического лица на основе принципа производной (деривативной) ответственности, то действия одного субъекта (физического лица) являются предпосылкой ответственности другого субъекта (юридического лица). Вследствие этого нужно говорить о двух лицах, несущих отдельно ответственность за одно и то же деяние.

Юридическое лицо как правовая абстракция может действовать только через физическое лицо. Вследствие этого уголовная ответственность юридического лица предполагает установление состава виновного деяния, противоправности и вины в поведении членов органа или руководящего работника (физических лиц) юридического лица, совершивших конкретное деяние (KazS § 14 ч.1). В случае отсутствия какого-либо из элементов деликтной структуры в поведении физического лица, совершившего деяние, наказание юридического лица исключено. Вдобавок уголовная ответственность юридического лица предполагает, чтобы соответствующее составу, противоправное и виновное деяние органа или руководящего работника юридического лица было бы совершено в интересах юридического лица (KazS § 14 ч.1).

В то же время из KazS § 14 ч.2 следует, что если установлено персонально физическое лицо, которое совершило в интересах юридического лица соответствующее составу преступления, противоправное или виновное деяние, то наказание юридического лица не освобождает от наказания и конкретное физическое лицо. Это по причине того, что юридическое лицо и физическое лицо являются разными субъектами права. Верно, что при наказании юридического лица могут иметь место и определённые негативные последствия И для участника, акционера, членов, работников или даже кредиторов этого юридического лица. Но такие негативные влияния не могут рассматриваться как наказание, а как ущерб, вытекающий из экономического риска.

Исходя из общего основного права равенства, установленного в 1-м предложении PS § 12 ч.1, отсутствует возможность сделать исключение из установленного KazS § 14 ч.2 принципа кумулятивности уголовной ответственности юридического и физического лица и в случаях, когда лицо, совершившее присваиваемое юридическому лицу виновное деяние, является одновременно единственным участником (акционером) и единственным членом органа этого юридического лица. В противном случае возможность наказания физического лица, совершившего виновное деяние в интересах юридического лица, зависела бы от обстоятельства, имеются ли у юридического лица ещё и другие участники (акционеры), или нет. Но такой критерий разграничения был бы явно произвольным. Одновременно руководителям товариществ, являющихся единственными участниками (единственными акционерами) было бы создано необоснованное льготное положение при совершении виновных деяний в интересах коммерческого товарищества».

x

Сомнения в обоснованности введения принудительного прекращения юридического лица в систему наказаний, во всяком случае, в том виде, в каком то положение закреплено в действующей редакции KarS, объяснения Госсуда полностью не развеяли. Взяв на вооружение формально-догматический способ толкования закона, коллегия по уголовным делам не учла в должной степени опасность издержек такого способа. А они заключаются в том, что могут исказить сущность предмета анализа в угоду поставленной цели и вследствие чрезмерного увлечения внешней стороной явления.

На самом деле добиться всестороннего оправдания введения рассматриваемого наказания для юридического лица совсем не просто. Не случайно наказательное право многих государств мира не признает уголовную ответственность юридического лица.

Природа юридического лица как фикции, объясненная немецким цивилистом фон Савиньи еще в позапрошлом столетии, предполагает деятельную роль физических лиц, находящихся за внешним фасадом этого искусственного образования, учрежденного на основании закона. Как самостоятельный субъект права юридическое лицо обладает своей правоспособностью, но, что касается дееспособности, то она выражается в деятельности органов юридического лица, являющихся его представителями. Имеется в виду правление, а в ряде случаев (например, для акционерного общества) и совет.

Если иное не оговорено законом или уставом, каждый член правления выступает в роли законного представителя юридического лица. Быть представителем юридического лица может и иное физическое лицо, в том числе и руководящий работник, не являющийся членом правления. Но это будет представительство на ином основании, чем у членов правления. Например, на основании договора поручения, дающего полномочия для совершения сделки (могут быть оформлены в виде доверенности).

Юридическое лицо само по себе ничего совершать не может, в том числе и преступления. Последнее становится делом рук его представителей – физических лиц. Тем не менее, наказание в виде принудительного прекращения (а также денежного взыскания и некоторых дополнительных наказаний) юридическому лицу может быть назначено. Кроме того, за содеянное в интересах юридического лица наказание в соответствии со своей индивидуальной виной несет и физическое лицо, совершившее конкретное преступление. Возникает вопрос, не получается ли так, что за одно и то же деяние физическое лицо подвергается наказанию дважды: в соответствии со своей индивидуальной виной и как представитель юридического лица?

Госсуд на этот вопрос дает отрицательный ответ, прибегая в качестве аргумента к теоретическому принципу производной (деривативной) ответственности. С таким аргументом следует согласиться, хотя и с некоторыми оговорками.

Приведенные соображения, в частности, не позволяют понять, почему потребовалось наказательному праву адекватно воспринять принудительное прекращение юридического лица от гражданского права, чьим институтом оно изначально и давно является. Ведь наказательным правом широко используется метод бланкетного и ссылочного правового регулирования, который естественным образом соответствует природе этой отрасли как выполняющей универсальную правоохранительную функцию. Может быть, было бы вполне достаточно, не вводя в наказательное право принудительного прекращения юридического лица в качестве вида основного наказания, включить в *KarS* отсылочную норму с указанием на возможность применения такого вида меры, предусмотренной ЗОЧГК? Тогда бы проблема деривативной ответственности была бы снята и проблема решалась бы в аспекте разграничения наказательно-правового и гражданско-правового видов ответственности.

Наказание юридического лица является фикцией не в меньшей мере, чем само юридическое лицо. Все реальные правовые последствия принудительного прекращения юридического лица становятся делом физических лиц. Наказание как упрек суда и кара воспринимается только физическими лицами. Юридическое лицо на такое не способно.

С другой стороны, наказание, не воспринимаемое тем, кому оно назначено, как осуждение, как правовая реакция на виновное нарушение закона, имеет весьма ограниченный смысл. Но он все-таки есть. Это генеральная превенция. Те физические лица, которые собираются использовать юридическое лицо для прикрытия своих темных дел, должны принимать в расчет, что наказание за совершаемые преступления распространится и на юридическое лицо, существование которого по приговору суда может быть прекращено. Тем самым ликвидируется одно из условий, способствовавших совершению преступлений физическими лицами, их маска, за которой пытались прятать свои лица. Принудительное прекращение юридического лица имеет не только символическое значение, но и выливается в реальный имущественный и неимущественный ущерб для участников преступной акции, добавляя к карательным элементам наказания за индивидуальную вину каждого физического лица свои тяжелые последствия для всех физических лиц как участников юридического лица. И это еще вопрос, что будет восприниматься осужденным как более суровая кара.

Если предложение о создании отсылочной нормы не принимать в расчет, то следовало бы все положения о применении принудительного прекращения юридического лица как вида наказания отобразить в KarS, подчеркивая тем самым своеобразие решения этого вопроса наказательным правом в отличие от права гражданского.

Не менее проблематичен вопрос о том имущественном ущербе, который претерпевают акционеры и пайщики принудительно прекращаемого юридического лица, не имеющие никакого отношения к виновному деянию, совершенному членами правления или иными руководящими работниками в интересах юридического лица. Госсуд исходит из того, что лишение этих жертв принудительного ликвидационного процесса их имущества в виде акций и паев в силу передачи этого имущества в доход государству оправдывается соображениями экономического риска. Якобы, становясь членами юридического лица, эти физические лица должны были отдавать себе отчет в том, что предпринимательство дело рискованное и что альтернативой получению дивидендов может стать утрата своих вложений.

Но «экономический риск» не является категорией наказательного права, которое базируется на публично-правовых, а не частноправовых отношениях. Имеется существенная разница между утратой своего имущества по причине неудачной коммерческой сделки и лишением права собственности на это имущество из-за того, что это имущество забирает себе государство в качестве наказания за преступление, совершенное представителями юридического лица. В гражданском праве даже при ничтожности сделки или

ее аннулировании производится двусторонняя реституция, т.е. каждая из сторон сделки восстанавливает свое status quo. В том числе и тогда, когда основанием ничтожности является нарушение закона или добрых обычаев.

Все-таки стоит считаться с приоритетом основных прав человека как общим принципом современного права по сравнению с соображениями правовой карательной целесообразности. Право быть собственником – одно из фундаментальных человеческих прав, закрепленное в § 32 Конституции Эстонии и основанное на естественном порядке вещей. И в этом качестве такое право должно выходить победителем из столкновения с позитивистскими конструкциями, созданными законодателем.

Если исходить из компромиссной правомерности существования принудительного прекращения юридического лица как вида основного наказания за преступление, то имеет смысл в правилах о применении этого наказания учесть четыре возможности:

- ⌚ возможность создания специальной нормы о применении принудительного прекращения юридического лица, в которой предусмотреть порядок осуществления ликвидационного процесса, сходный с тем порядком, который признан гражданским правом, но учитывающий строгую обязательность его осуществления в силу публичного интереса в применении наказания даже в тех случаях, когда суду не удастся добиться согласия быть ликвидатором ни от одного потенциального кандидата на эту роль;
- ⌚ возможность замены принудительного прекращения юридического лица на привлечение его к выполнению общественно-полезных работ (криминальное направление деятельности юридического лица, за которое оно подвергается наказанию, не исключает того, что оно может располагать качественным менеджментом, техническими, научными, финансовыми, человеческими ресурсами, которые можно использовать в общественно-полезных целях);
- ⌚ возможность рядовым участникам принудительно ликвидируемого юридического лица, не виновным в совершении преступления в интересах юридического лица, требовать от государства возмещения им стоимости принадлежащего им, но принудительно отчужденного государством имущества;
- ⌚ возможность условного освобождения юридического лица от принудительного прекращения с установлением испытательного срока.

Лекция 2. Система факторов, влияющих на смягчение или усиление наказания

Понятие системы факторов, влияющих на смягчение или усиление наказания. Выделение основных факторов и отступлений от них. Влияние на вид и размер наказания признаков, характеризующих преступление как виновное деяние. Перечень обстоятельств, характеризующих преступление как виновное деяние, и в то же время содержащих специальные указания о возможности смягчения наказания. Смягчающие и отягчающие обстоятельства, непосредственно влияющие на назначение наказания. Возможность выделения нейтральных обстоятельств. Установление медианы относительно-определенной санкции. Индивидуализирующая и персонифицирующая роль смягчающих и отягчающих обстоятельств. Обстоятельства, относящиеся к общим правилам назначения наказания, и списочные обстоятельства. Выделение обстоятельств пограничной смысловой значимости для смягчающих и отягчающих обстоятельств. Противоречие между справедливостью и рациональностью. StGB о методе взвешивания «за» и «против», возможностях и пределах смягчения наказания. Возможности и пределы смягчения наказания по KarS. Отягощение наказания в случае применения дополнительного наказания. Применение наказания как способ установления эффективности вида наказания. Смягчение наказания по нормам УПК.

Достаточно окинуть беглым взором массив всего наказательного права, чтобы заметить присутствие в различных его разделах того, что можно было бы посчитать факторами, ослабляющими или усиливающими наказание. Некие положения при этом берутся за основу, за начальный стандарт, по отношению к которому другие положения указывают на необходимость отступления от этого основного начала в ту или другую сторону.

В числе тех норм **KarS**, которыми регулируется вопрос о смягчении или усилении наказания, можно выделить в самостоятельные группы нормы:

- ⌚ учитывающие возможность влияния на вид и размер наказания признаков преступления как виновного деяния:
 - учитывающие характеристики степени тяжести деяния, содержащиеся в диспозиции и отраженные в санкции соответствующей статьи Особенной части KarS;
 - содержащие в статьях Общей части KarS прямое указание на возможность смягчения наказания при наличии в деянии обстоятельств, названных в соответствующих статьях;
- ⌚ непосредственно влияющие на установление вида и размера наказания:
 - указывающие на возможности и пределы смягчения или отягощения наказания;

- содержащие перечни обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание, но не влияющих на квалификацию деяния, установление его противоправности и вины лица, совершившего деяние;
- связанные с процессуальным порядком рассмотрения уголовных дел;
- создающие возможность замены наказания и тем самым его изменения в сторону смягчения или отягощения.

2.1. Влияние на вид и размер наказания признаков преступления как виновного деяния

Наказание назначается за преступление, из чего следует, что изначально, и основную точку отсчета, и отходы от нее в сторону, необходимо видеть в самой конструкции виновного деяния. Становится понятным, почему составы преступлений имеют такие разновидности, как основной (стандарт), привилегированный (со смягчающими признаками – редкий вариант) и квалифицированный (с ужесточающими признаками – распространенный вариант).

Например, убийство другого человека (§ 113 – основной состав) наказывается тюремным заключением на срок от шести до пятнадцати лет. Спровоцированное убийство (§ 115 – привилегированный состав) наказывается тюремным заключением на срок от одного года до пяти лет. Убийство при отягчающих обстоятельствах (ст. 114 – квалифицированный состав) наказывается тюремным заключением на срок от восьми до двадцати лет или пожизненным тюремным заключением.

Действие как объективный признак деяния по своим правовым последствиям предполагает более суровое наказание, чем бездействие. Таким же выглядит соотношения умысла и неосторожности как субъективных признаков деяния.

Во всех подобных случаях закон не содержит каких-либо специальных пояснений о необходимости по соответствующим статьям или их частям смягчать наказание или его усиливать. Такие указания и не требуются, так как наказание как санкция статьи или ее части является логичным следствием того состава преступления, который предусмотрен диспозицией.

Другой способ отражения стандарта и отклонения от него можно наблюдать в тех случаях, когда в кодексе при закреплении отдельных институтов наказательного права, характеризующих виновное деяние, приходится специально указывать на допустимость в соответствующих ситуациях следовать не стандарту, а отступлению от него. Так, законом предусмотрена возможность смягчения наказания при условиях, что:

- ⌚ преступление совершено путем бездействия (**ч. 2 § 13**), кроме такого варианта, когда бездействие включено в самостоятельный состав преступления, а санкция отражает особенности такого состава);
- ⌚ имеет место соучастие в преступлении путем пособничества (**ч. 5 § 22**);

- ⌚ у соучастника отсутствует особый личностный признак, который в соответствии с законом является предпосылкой для ответственности исполнителя (ч. 2 § 24);
- ⌚ совершено покушение на преступление (ч. 6 § 25);
- ⌚ у лица, совершившего негодное покушение, отсутствует вследствие умственной неполноценности осознание факта негодности покушения (ч. 2 § 26);
- ⌚ у лица, совершившего противоправное деяние, отсутствуют знания об обстоятельствах, исключающих противоправность его деяния, и на это лицо возлагается ответственность как за покушение на виновное деяние (ч. 2 § 31);
- ⌚ лицу, не достигшему ко времени совершения преступления восемнадцатилетнего возраста, не может быть назначено наказание в виде тюремного заключения на срок, превышающий десять лет, а также в виде пожизненного тюремного заключения (ч. 2 § 45);
- ⌚ лицо совершило преступление в состоянии ограниченной вменяемости (§ 35);
- ⌚ лицо при совершении деяния находится под воздействием собственного заблуждения, если заблуждение для такого лица не является неизбежным (ч. 2 § 39).

Смягчение наказания в соответствии с прямым указанием закона не влечет за собой обязанность суда продолжить эту линию и в пределах смягченного наказания еще раз его уменьшить при назначении наказания.

Пярнуский уездный суд приговорил 19-летнего К Мартина, признанного виновным в убийстве одноклассника, к максимально возможному в этом случае наказанию – 10 годам лишения свободы. Согласно обвинению, вечером 21 мая 2006 года в лесу недалеко от шоссе Таллинн-Пярну-Икла в поселке Пярну Яагупу, волости Халлинга, Мартин, будучи несовершеннолетним, убил особо жестоким образом несовершеннолетнего Свена (род. 1990), и украл из карманов убитого кошелек вместе с наличными деньгами и ключом от гаража, а также мобильный телефон, который разбил вблизи трупа. Поскольку на момент совершения преступления Мартин был несовершеннолетним, максимальное наказание, согласно закону, составляет 10 лет. В качестве судебных издержек и издержек по криминальному делу производству Мартину придется заплатить 142 038 крон. Кроме того, Мартин обязан оплатить похороны жертвы и иной ущерб в размере 20 970 крон.^{xi}

Надо отметить, что во всех перечисленных случаях, кроме предусмотренного ч. 2 § 45, эстонский закон не обязывает суд смягчать наказание, а только предоставляет ему такое право. Между тем **StGB**, идя по этому же пути, допускает, все же, исключение, обязывая суд смягчать наказание за пособничество как вид соучастия ч. (2 § 27).

2.2. Смягчающие и отягчающие обстоятельства, непосредственно влияющие на назначение наказания

Обстоятельства, смягчающие или отягчающие наказание, это объективные и субъективные признаки деяния и лица, его совершившего, не включенные в систему элементов, характеризующих преступление как виновное деяние (состав, противоправность, вина), но влияющие на индивидуализацию и персонафикацию вида и размера наказания, а также на решения ряда иных вопросов применения наказания.

Институт смягчающих и отягчающих обстоятельств появился в начале XIX века. Он был предусмотрен российским Уложением о наказаниях уголовных и исправительных 1845 года, которое было известно в Эстонии под названием *Vana Nuhtlusseadustik* и применялось до вступления в силу первого *Karistusseadustik* в 1935 году.

Уложение предусматривало обстоятельства, уменьшающие или увеличивающие вину, и обстоятельства, смягчающие наказание; давало их примерные перечни; допускало смягчение или отягчение наказания как в пределах санкции статьи, предусматривающей ответственность за содеянное, так и с выходом за такие пределы; ставило возможность учета смягчающих и отягчающих обстоятельств при выборе наказания в зависимости от их включенности в число признаков состава преступления; особо регулировало наказания за преступления, совершенные предумышленно, в состоянии опьянения, неоднократно, либо в соучастии, а равно за неоконченную преступную деятельность, предписывая при этом степени смягчения и отягчения избираемой меры наказания.^{xii}

Уже из контекста названного Уложения можно было выделить ряд вопросов, связанных с юридической природой смягчающих и отягчающих наказание обстоятельств. Ответ на некоторые из этих вопросов приходится искать и в наше время. К таким вопросам можно отнести следующие:

1) Всякое ли обстоятельство дела, влияющее на выбор наказания, может рассматриваться как смягчающее или отягчающее?

2) Какие конкретно обстоятельства по характеру их влияния должны быть отнесены к смягчающим и какие — к отягчающим?

3) На что именно направлено влияние тех и других и, соответственно, каким образом они должны пониматься — смягчающими и отягчающими вину, опасность содеянного, наказание или ответственность?

4) Вправе ли суд учитывать или, напротив, не учитывать обстоятельство как смягчающее или отягчающее, если оно указано в законе в таком качестве?

5) В каких пределах может приниматься во внимание смягчающее или отягчающее обстоятельство (только в рамках санкции уголовного закона или за ее пределами)?^{xiii}

Очевидно, что ответы на эти вопросы должны исходить из общей концепции, лежащей в основе действующего наказательного законодательства.

Наказание является правовым последствием преступления. Проблемы наказания могут рассматриваться с учетом этой связи. Совокупность характеристик конкретного деяния и совокупность признаков состава преступления, как известно, - далеко не совпадающие явления. Первое значительно больше, чем второе. Таким образом, за пределами состава

преступления оказывается масса обстоятельств, не влияющих на признание деяния виновным.

Но нельзя сказать, что эти обстоятельства не подлежат учету при применении наказания. Напротив, дополнительно к тем признакам деяния, которые делают деяние преступлением и играют первостепенную роль при назначении наказания в пределах санкции соответствующей статьи кодекса, суд учитывает и другие характеристики, в силу которых происходит индивидуализация и персонификация вида и размера наказания.

Если признать, что относительно-определенная санкция, предполагает установление средней величины размера наказания по этой санкции, а уж потом определение размера наказания в соответствии с этой серединой, меньше ее или больше, то можно сказать, что не всякое обстоятельство, учитываемое судом, может считаться смягчающим или отягчающим наказание.

Назначая наказание, суд как бы исходит из предположения, что в относительно определенной санкции статьи Особенной части KarS у каждого вида наказания имеется центр, средний размер, и отступления от него в сторону уменьшения или увеличения наказания.

Например, § 203 устанавливает за повреждение или уничтожение чужой вещи, причинившее значительный ущерб, наказание в виде денежного взыскания или тюремного заключения на срок до пяти лет.

Средний размер наказания в виде денежного взыскания тут может быть вычислен, исходя из того минимума и максимума, которые установлены частью первой статьи 44: от тридцати до пятисот дневных ставок. Искомая величина будет равна 235 дневным ставкам ($(500 \text{ дн. ставок} - 30 \text{ дн. ставок}) : 2$), а, следовательно, тот показатель, который меньше этой величины будет свидетельствовать о смягчении наказания, а тот, который больше – об его усилении. Таким же образом решается вопрос и со сроком тюремного заключения. Средний срок по рассматриваемой статье равняется $299,5$ месяцам ($(600 \text{ мес.} - 1 \text{ мес.}) : 2$). Назначенное судом наказание, не равное этому сроку, будет означать смягчение или усиление наказания.

Индивидуализирующая роль смягчающих и отягчающих обстоятельств сводится к тому, что они ориентируют на учет нюансов факта преступления. Он по своей природе как факт уникальный должен быть оценен судом во всех своих проявлениях, часть из которых могла быть не принята во внимание при формальной акции «подведения» деяния под признаки того или иного положения кодекса. Однако учет таких индивидуально значимых обстоятельств, не ограниченных в своем разнообразии в отдельных проявлениях даже законом, возможен лишь в сторону смягчения наказания, но не его утяжеления. В последнем варианте все жестко законодательно нормируется.

Персонифицирующая роль рассматриваемых обстоятельств предполагает максимально возможный учет всех обстоятельств, связанных с жизнью и деятельностью виновного лица, в соответствии с принципом индивидуальной вины и целью специальной превенции.

Смягчать или отягчать наказание можно лишь по отношению к чему-то. При назначении наказания, равному этому усредненному показателю, не

происходит ни смягчения, ни отягощения наказания. Тем самым можно сказать, что совокупность обстоятельств, учитываемых судом сверх признаков виновного деяния (состав, противоправность, вина) при назначении наказания, распределяется на обстоятельства нейтральные, смягчающие и отягчающие наказание.

Второй из названных вопросов формулирует сложную задачу, решаемую, прежде всего, законодателем. Для того чтобы включить в кодекс конкретные смягчающие или отягчающие обстоятельства, полезно иметь теоретически обоснованные представления, к какому классу явлений те или иные обстоятельства могут быть отнесены.

Как видно из содержания KarS, все обстоятельства пришлось разделить на те, которые относятся к общим правилам применения наказания (пределы смягчения или утяжеления наказания, соотношение возможностей смягчения наказания с пределами санкции статьи или с установлениями Общей части кодекса и др.) и списочные обстоятельства.

В свою очередь в списки необходимо было вводить обстоятельства также с учетом их принадлежности к определенным типовым группам.

Тут важно было включить в систему те обстоятельства, которым можно было придать правовое значение. Значит, оставить за пределами системы иные обстоятельства. Например, не признать отягчающим обстоятельством употребление при совершении преступления воровской лексики («блатной музыки»).

Далее, следовало решить вопрос, какие обстоятельства отнести к смягчающим, а какие к отягчающим. Задача, являющаяся простой при очевидности явления, могла усложниться в случае пограничной смысловой значимости обстоятельства.

Критерием различия групп можно было посчитать распределение обстоятельств с учетом того, какие обстоятельства использованы при конструировании признаков того или иного преступления как виновного деяния. Например, совершение виновного деяния под влиянием сильного душевного волнения, вызванного противоправными действиями – как смягчающее обстоятельство. Или – совершение виновного деяния группой – как отягчающее обстоятельство. При этом другая группа была бы представлена лишь обстоятельствами, исключительно предназначенными для применения наказания.

Ответ на третий вопрос, если иметь в виду применение наказания, может сводиться к однозначному варианту. Обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание, должны быть выделены в особый тип. Они выполняют другую роль, чем те, которые предназначены для определения характера виновного деяния, в частности, состава преступления, противоправности и вины.

Более сложным представляется ответ на четвертый вопрос. Обязан ли суд руководствоваться списочными обстоятельствами или это его право, а не обязанность? В целом, императивный характер норм наказательного права предполагает их обязательность для правоприменителей. Но, по всей

видимости, в данном случае мы имеем дело с одним из исключений. Хотя оно не абсолютно, а относительно.

Из формулировки параграфов 57 и 58 можно увидеть не повелевающее начало, а рекомендательное. Там сказано, что обстоятельствами, смягчающими (соответственно - отягчающими) обстоятельствами признаются» и далее следует перечни. Законодатель как бы сообщает правоприменителю, что в закон включены определенные им, законодателем, обстоятельства. Если суд сочтет необходимым ослабить или усилить наказание, то он руководствуется законодательной рекомендацией, которой, применительно к смягчающим обстоятельствам, он не ограничен. Для применения отягчающих обстоятельств у суда не остается другого выбора, кроме как использовать список, имеющийся в законе. Запрет использовать иные отягчающие обстоятельства абсолютен.

Ответ на пятый вопрос вытекает из последующего изложения. Для этого придется вернуться к некоторым, ранее рассмотренным, тезисам и развернуть более детальную картину их раскрытия.

Еще раз напомним, что рассматриваемые обстоятельства важны не для квалификации преступления, а для определения конкретного вида и размера наказания *после того*, как решен вопрос, по какой статье (ее части или пункту) виновное лицо привлекать к ответственности.

Как уже указывалось, отсутствие в StGB перечней смягчающих и отягчающих обстоятельств компенсируется в какой-то степени тем, что закон нацеливает суд при назначении наказания взвешивать все «за» и «против», руководствуясь определенными дозволениями и запретами. Часть 2 § 46 StGB, не проводя разделение рассматриваемых обстоятельств на смягчающие и отягчающие, содержит общие правила для назначения наказания.

Там сказано, что при определении наказания суд взвешивает обстоятельства, которые свидетельствуют в пользу и против лица, совершившего деяние. При этом особенно принимаются во внимание:

- ⌚ *движущие мотивы и цели лица, совершившего деяние,*
- ⌚ *образ мыслей, выявившийся из совершения им преступного деяния, и воля, проявленная в его совершении,*
- ⌚ *степень нарушения обязанностей,*
- ⌚ *способ совершения и виновные последствия деяния,*
- ⌚ *предшествующая жизнь правонарушителя, его личные и материальные условия,*
- ⌚ *а также его поведение после совершения деяния, особенно его усилия возместить причиненный вред и достигнуть соглашения с потерпевшим.*

Параграф 49, названный «Особые смягчающие обстоятельства, предусмотренные законом», устанавливает пределы для смягчения наказания: Подобного рода регламентирование имеется и в KarS, но несколько иного содержания, чем в немецком кодексе (см. рис. 2).

Как видно из рисунка 2, в KarS минимум возможного смягчения наказания при назначении наказания в виде пожизненного тюремного заключения (санкция статьи) установлен такой же, какой закреплен и в StGB.

Но, если тюремное заключение назначается на определенный срок, то использование смягчающих обстоятельств возможно при ограничении верхнего предела срока тюремного заключения. В Эстонии верхняя планка

№	А §§ 42, 49 - 51 StGB	В §§ 59 - 62, 66, 68 KarS
1	<p>Пожизненное лишение свободы заменяется лишением свободы на срок не менее трех лет.</p>	<p>Если Особенной частью KarS в качестве наказания за преступление предусмотрено пожизненное тюремное заключение, то при смягчении наказания назначается тюремное заключение на срок не менее трех лет</p>
2	<p>При временном лишении свободы наказание может быть назначено максимум до трех четвертей предусмотренного максимального срока. При денежном штрафе действует то же самое в отношении максимальной суммы дневных ставок.</p>	<p>Высший предел смягченного наказания не может превышать двух третей установленного законом высшего предела наказаний</p>
3	<p>Повышенный минимальный срок наказания в виде лишения свободы снижается:</p> <ul style="list-style-type: none"> ⌚ в случае минимального срока от десяти или пяти лет — до двух лет, ⌚ в случае минимального срока от трех или двух лет — до шести месяцев, ⌚ в случае минимального срока от одного года — до трех месяцев, ⌚ в остальных случаях — до минимального срока, предусмотренного законом. 	<p>Низший предел смягченного наказания равняется низшему пределу соответствующего вида наказания, установленного Общей частью KarS-</p>
4	<p>Если суд согласно закону, который ссыла ется на это положение, может смягчить наказание по своему усмотрению, то он может снизить его до установленного законом минимального срока назначенного наказания или наказание в виде лишения свободы может заменить денежным штрафом.</p>	<p>Суд, учитывая исключительные обстоятельства, может применить наказание ниже предусмотренного законом низшего предела. Если предусмотренный Особенной частью KarS низший предел срока тюремного заключения составляет не менее пяти лет, то тюремное заключение не может быть назначено на срок менее одного года</p>
5	<p>Обстоятельство, которое само по себе или в совокупности с другими</p>	<p>Предусмотренные §§ 57 и 58 KarS обстоятельства, смягчающие или</p>

	<i>обстоятельствами является основанием для признания менее тяжкого случая и которое является одновременно особым, предусмотренным в законе, в соответствии со ст. 49 смягчающим основанием, может учитываться только один раз.</i>	<i>отягчающие наказание, не учитываются при применении наказания, если они описаны в законе в качестве признаков состава виновного деяния.</i>
6	<i>Если осужденный не в состоянии выплатить денежный штраф в силу своих личных и материальных условий, то суд назначает ему срок платежа или позволяет выплачивать денежный штраф определенными частями. Суд при этом может постановить, что льгота, разрешающая выплату денежного штрафа определенными частями, утрачивает свою силу, если осужденный несвоевременно выплачивает часть платежа.</i>	<i>Суд, назначая денежное взыскание...или тюремное заключение на срок до шести месяцев, может с учетом семейного или служебного положения либо состояния здоровья виновного назначить уплату суммы денежного взыскания или отбывания...тюремного заключения по частям. Продолжительность тюремного заключения, подлежащего отбытию за один раз, или размеры частей денежного взыскания определяются судом. Продолжительность отбываемого наказания должна составлять не менее двух дней подряд. Срок исполнения уплачиваемого или отбываемого по частям наказания не должен превышать одного года.</i>
7		<i>Предварительное заключение, в том числе время, проведенное под арестом, связан -ным с выдачей и сдачей, засчитывается в срок наказания. Одному дню предвари-тельного заключения соответствует один день тюремного заключения или три дневные ставки денежного взыскания.</i>
8		<i>За одно виновное деяние может применяться одно основное и одно или несколько дополнительных наказаний</i>

Рисунок 2- KS и StGB о возможностях и пределах смягчения наказания

опущена ниже, чем в Германии. Можно допустить, что в таком решении вопроса просвечивается известный распространенный в нашем правовом сознании скепсис по отношению к тюремному заключению как к исправительной мере. Аргументация тут возможна такая. Если уже осуждаемое лицо оказалось таковым, что на его деяние и личность можно распространить смягчающие обстоятельства, то это надо делать последовательно.

Определение низшего предела смягчаемого наказания в KarS производится в принципе иначе, чем в StGB. В Эстонии указатель такого предела содержится в Общей части кодекса. Согласно ч. 2 § 44 размер

исчисления дневной ставки денежного взыскания не может быть меньше минимальной дневной ставки, которая равняется пятидесяти кронам. По ч. 1 § 45 суд может назначить за преступление тюремное заключение на срок от тридцати суток.

Как видно из рисунка 2 (А-3), немецкий закон требует руководствоваться нормами Особенной части кодекса, устанавливая при этом три уровня градации в зависимости от санкции статьи Особенной части, но в случаях, не подпадающих под эти уровни, дает указание исходить из минимального срока, предусмотренного законом. Так, в частности, для лишения свободы минимальный срок установлен в один месяц (ч.2 §. 38 StGB). Эстонский вариант решения этого вопроса похож на немецкий, но точнее его, так как месяц, как известно, может состоять не только из тридцати дней.

И тот, и другой сравниваемые кодексы разрешают суду снижать наказание ниже уровня, устанавливаемого статьей, по которой квалифицируется деяние (см. рис. 2, А, В - 4). Но условия реализации такого разрешения в каждом из законов сформулированы своеобразно.

В отличие от немецкого эстонский закон (§ 61) выход за пределы нормы допускает при наличии трех условий.

1. Для такого решения достаточно усмотрения суда. Суд не связан какой-либо специальной нормой, которая могла бы предусмотреть те случаи, когда допускается назначение наказания ниже низшего предела.

Судейское усмотрение обычно ищет для себя ориентиры, создаваемые судебной практикой. Но это не означает перехода на позиции прецедентного права. Прецедент и судебная практика – разные явления правовой жизни. На большее, чем на возможность использования судом своего прежнего опыта или заимствования опыта решения сходного вопроса другим судом, особенно, если он принадлежит более высокой инстанции, судебная практика претендовать не может. Заимствование в данном случае происходит не в формально-юридическом ключе, а в плане судейского правосознания, которое не находит воплощения в каких-либо формализованных ссылках на то, опыт какого суда и по какому основанию повлиял на выход за пределы низшей планки санкции статьи.

2. Использование подобной возможности должно быть делом исключительным.

Разъяснения этого ограничения кодекс не содержит. Признание обстоятельства исключительным основывается на жизненном опыте судьи, его разумности, умении и способности адекватно оценивать ситуацию и стремлении быть справедливым. По всей видимости, в качестве модели может быть использован перечень оснований для смягчения наказания (§ 57).

Например, совершение преступления беременной женщиной или лицом преклонного возраста (ч. 1 п.7).

Для того, чтобы назначить наказание ниже низшего предела, роль таких обстоятельств в возникновении и развитии преступления должна быть по

идее столь значительной, чтобы ими в первую очередь определялся ответ на вопрос, что привело человека на скамью подсудимых.

Скажем, именно потому, что женщина должна была рожать, но находилась в затруднительном материальном положении, она совершила в магазине кражу вещей для своего будущего новорожденного ребенка.

Надо отметить, что судебная практика исходит из возможности более широкого понимания условий назначения наказания ниже низшего предела, ограничиваясь лишь установлением самого факта существования обстоятельств для смягчения наказания без того, чтобы их связывать с мотивами и способом совершения деяния. Тем самым игнорируется исключительный характер такой возможности, который заключается в том, что вопреки прерогативе законодателя устанавливая в кодексе нижний предел наказания, решение вопроса передается в ведение суда.

Так, на три года суд отправил в тюрьму 17-летнюю жительницу Кививили Надежду Г. по § 113 KarS. Хотя минимальный срок по этой статье составляет шесть лет, тем не менее, суд при определении наказания счел исключительным обстоятельством тот факт, что молодая женщина уже 16 недель является беременной. Приговор был вынесен группе молодых жителей Кививили в том, что они насмерть забили ногами 48 летнего бомжа Валерия К. Били просто так, наверное за то, что он мешал им в вечернее время возле подъезда дома громко звать своего знакомого. Бомж просто вышел на крик из соседнего подъезда и, вероятно, не мог предположить, что тут на него набросятся озверевшие молодые люди. Оба подсудимых утверждали, что Надежда в избиении не участвовала, но в деле имелись свидетельские показания, из которых следовало, что пинали ногами лежащего на земле человека, как парень, так и девушка.

Параграф 57 не ограничивает неопределенное множество факторов, влияющих на мнение суда о назначении наказания ниже низшего предела. Суд обладает правом самостоятельно решить, какое именно обстоятельство может обусловить назначение наказания ниже низшего предела, использовать ли в этих целях список смягчающих обстоятельств, имеющийся в кодексе, или указать на какое-либо обстоятельство по собственному усмотрению. Но, кроме того, без какой-либо подсказки со стороны закона суд решает, применить ли одно обстоятельство или несколько.

Скажем, тяжелое заболевание, повлиявшее на совершение преступления, и ситуация, приближающаяся к крайней необходимости, но с точки зрения сложившейся судебной практики не допускающая оценку поведения лица как правомерного.

3. Если предусмотренный Особенной частью KarS низший предел срока тюремного заключения составляет не менее пяти лет, то тюремное заключение при смягчении наказания не может быть назначено на срок меньше одного года. Такой лимит связан, в частности, с конкуренцией признаков, характеризующих деяние, с одной стороны, и личностных характеристик преступника, - с другой.

Тяжкое преступление, совершенное человеком, который в других отношениях характеризуется сугубо положительно, квалифицированное по статье, предусматривающей наказание не менее пяти лет тюремного заключения, может повлечь за собой смягченный реальный срок, учитывающий плюсы личности виновного, но характер преступления такой, что не позволяет назначать наказание меньше одного года тюремного заключения.

Следующая рубрика, имеющаяся в рисунке 2 (А и В – 5), говорит о том, что использовать повторно рассматриваемые обстоятельства нельзя. Причем, в эстонском варианте, такой запрет адресован не только применению смягчающих обстоятельств, но и отягчающих, в немецком - речь идет лишь о смягчающих обстоятельствах.

Наказание является правовым последствием преступления. Если то или иное обстоятельство включено в признаки состава виновного деяния, то оно уже учтено в санкции статьи кодекса. Поэтому при назначении наказания судом вторично использовать такое обстоятельство было бы, вроде, противоестественно.

Например, состав преступления, предусмотренный § 115 (Спровоцированное убийство), сформулирован следующим образом: это убийство, совершенное в состоянии внезапно возникшего сильного душевного волнения, вызванного насилием или оскорблением со стороны потерпевшего в отношении убийцы или его близких. При назначении наказания за такое преступление в виде тюремного заключения (от одного года до пяти лет) суд может учесть разные смягчающие обстоятельства, кроме одного, названного в перечне §57 (п.6). А именно: совершение виновного деяния под влиянием сильного душевного волнения, вызванного противоправными действиями.

Другим примером, относящимся к применению при назначении наказания отягчающих обстоятельств, может служить использование такого признака как совершение виновного деяния группой лиц. (п.10§ 58).

Суд в рамках санкции § 172 (завладение чужим ребенком) вполне может назначить наказание, близкое к верхнему пределу санкции этой статьи (денежное взыскание или тюремное заключение на срок до трех лет), учитывая, что деяние совершено группой лиц. Диспозиция этой статьи устанавливает ответственность за скрытый или открытый увод ребенка, не достигшего четырнадцатилетнего возраста, у лица, на попечении которого ребенок находился на законном основании. Никакого упоминания о совершении этого преступления группой лиц в диспозиции не содержится, что и позволяет использовать этот признак как обстоятельство, отягчающее наказание.

Но, если посмотреть для сравнения на диспозицию другого параграфа (ч 2 § 176 – квалифицированный состав преступления, называемого «Содействие занятию несовершеннолетнего проституцией»), то решение вопроса должно быть противоположным. Пункт первый названного источника предусматривает ответственность за совершение того же деяния группой лиц или преступным сообществом. Это отягчающее обстоятельство, являющееся признаком квалифицированного состава преступления, не может быть использовано как аргумент для усиления наказания в рамках санкции данной части рассматриваемой статьи (санкция первой части – денежное взыскание или тюремное заключение до пяти лет, а второй части – тюремное заключение от трех до пятнадцати лет). Как видно, совершение преступления группой уже повлияло на то, что «потолок» наказания по второй части статьи намного выше, чем по первой части.

Рассматриваемое правило рационально, но не во всем справедливо.

По той же самой части 2 § 176 суд может назначить наказание за содействие занятию несовершеннолетним проституцией, совершенное группой лиц или преступным сообществом, при прочих равных условиях в пределах от трех до пятнадцати лет. Хотя, если бы он применил это обстоятельство как отягчающее наказание, то наказание по идее должно было бы быть не менее шести лет $((15 - 3) : 2 = 6)$.

Получается так, что нередко в тех случаях, когда отягчающее обстоятельство не является признаком виновного деяния, а суд его применяет при назначении наказания, мера ответственности виновного лица

может возрасти из-за технического приема, используемого при вынесении приговора. Сомнительно, чтобы в принципиальном плане проблему стоило бы решать в пользу формальной логики (исключение дублирования одних и тех же положений), а не исходя из целей наказания, предполагающих справедливую реакцию на преступное деяние. Впрочем, конфликт между справедливостью и рациональностью присутствует и в ряде других проблем наказательного права и решается он скорее в пользу второго, а не первого начала, как это, например, имеет место в соотношении целей генеральной и специальной превенции.

Отбывание наказания по частям (см. рис. 2, В - б) явно относится к факторам, смягчающим наказание. Из перечня обстоятельств, названных в ч. 1 § 66 KarS, подлежащих учету при вынесении соответствующего решения, видно, что они направлены на облегчение участи виновного лица, оказавшегося в затруднительном положении.

Тем не менее, тут могут возникнуть вопросы, вытекающие из перечня учитываемых обстоятельств (семейное положение, служебное положение, состояние здоровья). А как быть, если положение осужденного резко ухудшается в силу какой-то причины, не названной в этом перечне? Тогда придется или пойти по пути столь расширительного толкования названных в законе условий, что может возникнуть опасность использования аналогии, категорически запрещенной в наказательном праве. Или принять другое решение: лишить лицо возможности отбывать наказание по частям. Как видно (рис 2.6-А), StGB (§ 42) содержит по рассматриваемому вопросу менее определенную формулировку (учет личных и материальных условий), что позволяет практически исключить сомнения по поводу каких-то иных условий. Правда, немецкий закон формулирует условия уплаты по частям штрафа (термин «штраф» использован для обозначения наказания, как за преступление, так и за проступок), но умалчивает насчет возможности отбытия по частям наказания в виде лишения свободы. Но сейчас смысловой акцент делается не на виды наказания, а на условия назначения отбывания наказания по частям, и надо признать, что формулировка немецкого закона более корректна, чем эстонского.

Зачет срока предварительного заключения в определение величины наказания (см. рис. 2, В-7) может быть оценен в качестве способа, нейтрального по отношению к факторам, смягчающим или отягчающим наказание. Однако, если допустить, что рассматриваемый зачет не был бы сначала предусмотрен законом, а потом был бы введен, то такой шаг иначе бы не обосновывали как направленный на облегчение участи осужденного лица.

Предварительное заключение, связанное с задержанием подозреваемого или его заключением под стражу – мера, применяемая для обеспечения задач правосудия до того, как судом будет вынесен приговор, а иногда – и после этого. Задержание подозреваемого, как сказано в УПК (ч. 1 § 217), это процессуальное действие, которое состоит в лишение лица свободы на срок до сорока восьми часов. Заключение под стражу, согласно УПК § 130 части

первой , - это мера пресечения, применяемая в отношении подозреваемого, обвиняемого или осужденного, которая состоит в лишении лица свободы на основании постановления суда. В досудебном производстве подозреваемый или обвиняемый не может быть заключен под стражу на срок выше одного года (ч. 3 § 130 УПК).

С точки зрения исполнения наказания заключение под стражу не является аналогом тюремного заключения, так как осуществляется в особых тюремных подразделениях – следственных изоляторах. Там действуют свои правила, определяющие дозволения и запреты для лиц, находящихся под досудебным следствием. И, тем не менее, при решении вопроса о назначении наказания одно приравнивается к другому.

Усиление наказания происходит при применении вместе с основным и дополнительных наказаний (см. рис. 2, В – 8). Рассматриваемое правило KarS, не имеющее аналога в StGB, позволяет, как бы, отягощать наказание в двояком смысле.

Во-первых, путем присоединения к основному наказанию еще одного – дополнительного наказания. Причем, время исполнения последнего охватывает период исполнения основного наказания, к которому добавляется срок отбытия дополнительного наказания, определенный судом в пределах, предусмотренных KarS.

Мне уже ранее приходилось опровергать мнение, что применение дополнительных наказаний противоречит принципу исключения повторного наказания за одно и то же преступление, равно как и приводить аргументы против мнения о дополнительных наказаниях как менее жестких мерах воздействия на осужденного по сравнению с основными наказаниями. Нельзя исключать и противоположного варианта в фактическом плане, а по отношению к имущественному взысканию – и в юридическом аспекте.^{xiv} Дополнительное наказание является существенным отягощением кары для осужденного лица.

Во-вторых, закон разрешает применять не только одно дополнительное наказание, но и несколько.^{xv} Тем самым степень суровости воздействия на осужденное лицо может возрасти в несколько раз.

Не устанавливая никаких пределов для количества применяемых дополнительных наказаний, KarS, все же, предусматривает для каждого из них смысловые ограничения. Дополнительные наказания позволяют сделать воздействие на осужденного более соответствующим характеру его жизненной деятельности и образу жизни, более тесно увязать наказание с содержанием совершенного преступления. Обратим внимание на то, как эта функция дополнительных наказаний отражена в KarS.

• § 49 - *Запрещение деятельности - применяется, если лицо признается виновным в совершении преступления, связанного со злоупотреблением профессиональными или должностными правами либо с нарушением должностных обязанностей.*

• § 50 - *Лишение права управления транспортными средствами - применяется, если лицо признается виновным в совершении преступления, связанного с нарушением правил безопасного движения или эксплуатации механических транспортных средств, воздушных*

или водных судов, а также трамваев или железнодорожного подвижного состава.

• § 51 - Лишение права владения оружием и боеприпасами - применяется, если лицо признается виновным в совершении преступления, связанного с владением оружием или боеприпасами или их использованием.

• § 52 - Лишение права охоты и рыбной ловли применяется, если лицо признается виновным в совершении преступления, связанного с нарушением права охоты или рыбной ловли. И т.д.

Запреты и изъятия, включенные в разные виды дополнительных наказаний, увеличивают карающую роль наказания, заставляя осужденного более остро почувствовать тот упрек, который высказал ему суд за попрание охраняемых законом благ.

УК РФ регулирует назначение наказания путем использования норм, частично родственных тем, что содержатся в KarS, но также и в чем-то от них отличающихся.

При назначении наказания учитываются характер и степень общественной опасности преступления (что в KarS не признается), личность виновного, в том числе обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание, а также влияние назначенного наказания на исправление осужденного и на условия жизни его семьи (ч 3 ст.60 УК РФ). В кодексе закреплено требование обеспечения справедливости наказания в пределах, предусмотренных санкцией соответствующей статьи Особенной части УК, и с учетом положений Общей части (ч.1 ст. 60). В УК РФ, так же, как и в KarS, приведены отдельные перечни обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание, но конкретные виды обстоятельств совпадают с тем, что сказано в KarS, далеко не во всем (ст.ст. 61 и 63 УК РФ).

Особо оговорен максимальный срок назначения наказания в случае использования двух пунктов перечня смягчающих обстоятельств (пп. «и», «к» ч. 1 ст. 61). При явке с повинной, активном способствовании раскрытию преступления, изобличению других соучастников преступления и розыску имущества, добытого в результате преступления, а кроме того, при оказании медицинской и иной помощи потерпевшему непосредственно после совершения преступления, при действиях, направленных на заглаживание вреда, причиненного потерпевшему – при всех этих условиях и отсутствии отягчающих обстоятельств срок или размер наказания не могут превышать трех четвертей максимального срока или размера наиболее строгого вида наказания, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части УК (ст. 62).

Назначение наказания ниже низшего предела (ст. 64 УК РФ) обусловлено более обширным и детальным набором факторов, оцениваемых в качестве исключительных, чем в KarS. Предусмотрен зачет содержания лица под стражей до судебного разбирательства в сроки лишения свободы (ч.3 ст. 72 УК РФ), который распространяется и на такие наказания за преступления, которых нет в Эстонии (содержание в дисциплинарной воинской части и арест).

В России действуют суды присяжных, в связи с чем в УК РФ имеется специальная норма (ст. 65), регулирующая назначение наказания при

вердикте присяжных о снисхождении. Иначе, чем в Эстонии, решается вопрос об использовании фактора условности. Если у нас предусматривается условное освобождение от наказания, то в России – условное осуждение. Такое решение вопроса требует установления правил назначения условного наказания, что и сделано в ст.ст. 73 и 74 УК РФ.

Применение наказания является способом проверки эффективности отдельных видов наказания и всей его системы. На вопрос, сколько надо в кодексе иметь видов наказания, можно дать, конечно, ответ а priori. Но лучше, правильнее законодательно регулировать увеличение или уменьшение видов наказания, а также учитывать потребность в существовании каждого из них, учитывая судебную практику и факторы, оказывающие на нее влияние.

В России, например, уже после вступления в силу УК РФ 1996 года, стало очевидно, что в этой области создаются проблемы. «Система наказаний, предусмотренных ст. 44 УК РФ 1996 г., - пишет доцент юрфака МГУ им. М.В. Ломоносова В.И. Зубкова, - стала включать 13 видов наказаний, применяемых ко взрослым преступникам: штраф, лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, лишение специального, воинского или почетного звания, классного чина и государственных наград, обязательные работы, исправительные работы, ограничение по военной службе, конфискация имущества, ограничение свободы, арест, содержание в дисциплинарной воинской части, лишение свободы на определенный срок, пожизненное лишение свободы и смертная казнь. Вместе с этой системой наказаний для взрослых преступников в Уголовном кодексе в разделе, посвященном уголовной ответственности несовершеннолетних, возникла вторая система наказаний для несовершеннолетних (ст. 88 УК), которая состоит из шести видов наказаний : штраф; лишение права заниматься определенной Деятельностью; обязательные работы; исправительные работы; арест; лишение свободы на определенный срок. Таким образом, в этой системе в отличии от системы и для взрослых> не оказалось семи видов наказаний. Кроме этого, все шесть наказаний по своим срокам, размерами содержанию имеют отличия от аналогичных наказаний для взрослых. Не останавливаясь подробно на анализе различий этих видов наказаний, следует лишь сказать, что в действующему Уголовному кодексу установлены две системы наказаний: а) для взрослых, включающая 13 видов наказаний, и б) и усеченная более мягкая, состоящая из шести видов наказаний для несовершеннолетних.

Несмотря на достаточное количество видов наказаний, установленных уголовным законом (как для взрослых, так и для несовершеннолетних), судебные органы испытывает серьезные проблемы при выборе и назначении наказаний. Основной причиной такого положения является «неразработоспособность» системы наказаний, система наказаний не может реализовываться в полном объеме. В связи с чем нарушаются единство системы и взаимосвязь элементов этой системы по разным причинам — из-за невведения некоторых наказаний в действие, установления моратория на смертную казнь, сужение некоторых видов наказаний, необоснованное исключение некоторых видов наказаний, которые были в системе по УК РСФСР 1960 г. и которые могли бы в современных условиях успешно применяться в практике и др. Нарушение единства системы и фактическое неприменение многих наказаний влечет излишнее (порой, ничем не обоснованное) применение наказания в виде лишения свободы, фактически сделало лишение свободы лидером уголовного наказания (40-44 %). Это обстоятельство усугубляется еще и тем, что другие виды наказаний, не связанные с изоляцией осужденного от общества, применяются редко.

Как свидетельствует судебная практика применения наказаний, из 13 видов наказаний для взрослых фактически применяются лишь только семь, причем некоторые из них имеют тенденцию к снижению применения. Следовательно, почти половина системы наказаний не работает».^{xvi}

Положение дел с применением наказания в Эстонии оказалось почти противоположным тому, что отмечается в России.

Как известно, KarS содержит всего лишь два основных наказания для физического лица: денежное взыскание и тюремное заключение. Но это реальные наказания, используемые судами. Причем, главным образом суды применяют денежное взыскание.

Тут свою роль играет норма KarS (ч.2 § 56,) о том, что тюремное заключение в качестве наказания может быть назначено только в случае, если цели наказания не могут быть достигнуты путем назначения более мягкого наказания.

Не исключено, что некоторую лепту внесла и неоднократно обнародовавшаяся в масс-медиа позиция эстонского Министерства юстиции, согласно которой необходимо сократить число заключенных в тюрьмах.

Вполне допустимо также предположение, что делается, кроме всего прочего, слепок с немецкого судебного опыта прошлых лет.

Анализ немецкой судебной статистики, - сообщает профессор А.Э.Жалинский, - «показывает, что:

- 1) *из каждых пяти судебных производств четыре заканчиваются приговором; остальные все прекращаются;*
- 2) *по общей практике примерно 80% всех наказаний составляют денежные штрафы».*^{xvii}

Автор приводит следующую таблицу.^{xviii}

Годы	1998 (старые земли)		2001
	Количество лиц, осужденных по статьям УК	В процентном отношении	
<i>Всего</i>	699 548		622 027
<i>Денежный штраф</i>	569 267	81%	
<i>Лишение свободы (всего)</i>	139 022	19%	123 533
<i>Из них:</i>	88 271	81% от лишения свободы	85 015
<i>условно</i>			
<i>пожизненно</i>	128		
<i>о</i>			

Рисунок 3. Практика санкций по взрослым (ФРГ)

Однозначно утвердительно ответить на вопрос, подтверждает ли практика применения наказания судами Эстонии, что достаточно иметь два основных наказания для физического лица, едва ли будет сейчас возможно.

Может быть и мало. Во всяком случае, обстоятельного изучения этого вопроса не производилось.

2.3. Нормы, связанные с процессуальным порядком рассмотрения уголовных дел

Обстоятельства, смягчающие наказание, предусмотрены не только КавС, но и Уголовно процессуальным кодексом (УПК). Такое положение вызвано тем, что уголовный процесс имеет свои проблемы, решению которых помогает в ряде случаев смягчение наказания.

Наказательное и уголовно-процессуальное отрасли права объединены общим интересом в повышении эффективности мер, направленных против преступности. Одной из таких мер является улучшение качества правосудия.

Длительные судебные процессы не всегда порождают ожидаемый эффект. Вместо исправительного влияния как демонстрации торжества справедливости и неотвратимости реакции суда на факт преступного поведения они вызывают у подсудимого озлобление или чувство безнадежности как следствие затянувшейся судебной казуистики. Свет в конце туннеля или вообще не просматривается или оказывается на очень большом расстоянии от входа. С течением долгого времени суд над виновным лицом теряет свою актуальность и для других участников процесса. Растянувшееся на месяцы судебное производство сказывается на чрезвычайной перегрузке судов, уменьшении их способности заниматься другими уголовными делами в положенные сроки.

Частичный способ разрешения проблем найден в виде упрощенных производств, регулированию которых посвящены нормы главы 9 УПК. Применение наказания при упрощенных производствах отличается от того, что имеет место на обычном судебном процессе, где между указанием закона и решением суда нет никаких промежуточных источников влияния. Тут же многое оказывается в зависимости от инициативы обвиняемого, а в ходе примирительного производства – и от потерпевшего. Кроме того большую роль играет прокуратура. При рассмотрении же дела же в порядке судебного приказа и ускоренного производства эта роль становится исключительной. Формулировки закона на этот счет говорят сами за себя.

- ⊙ По ходатайству обвиняемого и с согласия прокуратуры суд может рассмотреть уголовное дело в **сокращенном производстве** на основании материалов уголовного дела без вызова свидетелей и экспертов (ч.1 § 233 УПК).
- ⊙ Суд может по ходатайству обвиняемого и прокуратуры разрешить уголовное дело в **согласительном производстве** (ч.1 § 239 УПК).
- ⊙ Если по преступлению второй степени, за которое прокурор считает возможным применить в качестве основного наказания денежное взыскание, ясны обстоятельства предмета доказывания, суд может по ходатайству

прокуратуры рассмотреть уголовное дело в производстве, осуществляемом **в порядке судебного приказа** (ч.1 §251 УПК).

- ⊙ Если лицо подозревается в совершении преступления второй степени, обстоятельства предмета доказывания по которому ясны и в отношении которого собраны все необходимые доказательства, прокуратура может ходатайствовать перед судом о разрешении уголовного дела **в ускоренном производстве**. Ходатайство подается в течение 48 часов с момента допроса лица в качестве подозреваемого непосредственно после совершения преступления либо с момента задержания лица в качестве подозреваемого (ч.1 § 256¹ УПК).

Смягчение наказания уголовно-процессуальным законом предусматривается как поощрительная мера для того, чтобы стимулировать обвиняемого выбрать вариант сокращенного производства. Такое обоснование непосредственно опирается на текст законодательной нормы.

При вынесении в сокращенном производстве обвинительного приговора, - указывается в ч 2 § 238 УПК, - суд, взвесив все обстоятельства преступления, **сокращает назначаемое обвиняемому основное наказание на одну треть**. При назначении наказания по § 64 Пенитенциарного кодекса назначаемое обвиняемому наказание по совокупности сокращается на одну треть. Вот характерный пример.

Прокурор утвердил обвинительное заключение по делу молодой женщины, которая осенью прошлого года дала своему маленькому ребенку сильнодействующее успокоительное, чем причинила вред его здоровью. Пярнуский окружной прокурор Анне Силлаотс направила в суд дело женщины (двадцать с небольшим лет), которая обвиняется в причинении вреда здоровью своему ребенку, сообщила пресс-служба Ляэнеской прокуратуры. Согласно обвинительному заключению, женщина дала своей 8-месячной дочке одну таблетку успокоительного лекарства и полтаблетки психотропного средства, чтобы девочка успокоилась.

Благодаря вмешательству находившихся поблизости лиц, девочку удалось быстро направить под наблюдение врачей и, тем самым, спасти ей жизнь. Полиция возбудила против матери уголовное дело

Закон предусматривает в случае причинения тяжкого вреда здоровью в качестве наказания лишение свободы на срок от 4 до 12 лет, но поскольку дело расследовалось в упрощенном порядке, то срок наказания будет снижен на треть», - сообщила пресс-служба прокуратуры.

Ранее женщина к уголовной ответственности не привлекалась. В данный момент оба ребенка подсудимой находятся под опекой других лиц.^{xix}

Процесс согласительного производства по существу также выливается в облегчение наказания, хотя прямого указания закона на этот счет, как в предыдущем варианте, в данном случае не имеется. Как сказано в ч.2 § 244 УПК, в случае достижения прокуратурой и подозреваемым или обвиняемым и его защитником согласия относительно квалификации преступления, а также характера и размера причиненного преступлением вреда начинаются

переговоры относительно вида и меры наказания, о которых прокурор будет ходатайствовать в суде за совершение преступления.

Сам смысл соглашения обвиняемого с потерпевшим состоит в нахождении компромисса между интересом потерпевшего в возмещении вреда и интересом обвиняемого в назначении ему уменьшенного наказания.

В двух других способах упрощенного производства никаких специальных оговорок или смысловых намеков на уменьшение наказания обнаружить не удастся.

В немецком праве уменьшение наказания вследствие соглашения лица, совершившего деяние, и потерпевшего рассматривается как институт материального права, так как закреплен в StGB (§ 46a). Норма, содержащаяся в названной статье, даже допускает большее. Если возмещение ущерба со стороны лица, совершившего деяние, потребовало от него значительных личных затрат или личного отказа от чего-либо, и оно возмещает потерпевшему ущерб полностью или большую его часть, то суд может не только смягчить наказание, но и отказаться от него (если не предусмотрено более тяжелое наказание, чем лишение свободы на срок до одного года или денежный штраф до 350 дневных ставок)

Лекция 3. Содержание списочных обстоятельств, смягчающих наказание

Понятие списочных смягчающих обстоятельств. Ущербность классификации смягчающих обстоятельств по признакам состава преступления. Временной фактор как классификатор. Сравнительный анализ списочных смягчающих обстоятельств по KarS и УК РФ. Криминологическое значение и правовое содержание смягчающих обстоятельств, появившихся до совершения деяния. Виды смягчающих обстоятельств, появившихся до совершения деяния.. Виды смягчающих обстоятельств. Виды смягчающих обстоятельств, сопряженных с совершением деяния, или проявившихся после окончания деяния

3.1 Классификация

Многие из рассмотренных в предыдущей лекции факторов, нацеленных на смягчение наказания, выполняют при назначении наказания одновременно и другие функции (воздействие на квалификацию преступления, установление пределов возможного смягчения наказания, разрешение при наличии исключительных причин выходить за низший предел санкции статьи и др.). Кроме этих, как уже ранее указывалось, в KarS существуют и такие факторы, которые направлены исключительно только на смягчения наказания, если, разумеется, материалы дела будут свидетельствовать об их наличии. Параграф 57 так и называется: обстоятельства, смягчающие наказание. О том, что закреплено в § 57, можно говорить как о списочных обстоятельствах, смягчающих наказание. Тем самым удастся подчеркнуть, что это несколько другой вопрос, чем тот, который освещался в предыдущей лекции. Но и по существу становится понятнее, что является предметом рассмотрения. А именно: обстоятельства, смягчающие наказание, названные в § 57 и расположенные в виде списка.

Для удобства выяснения содержания каждого из пунктов части первой § 57 проведем их систематизацию, разбив на группы. Классификацию

списочных смягчающих обстоятельств можно осуществлять по разным основаниям.

Не могу согласиться со ставшей уже традиционной классификацией с использованием объективных и субъективных признаков состава преступления, а также признаков личности виновного лица. Такое выделение групп обстоятельств, влияющих на наказание, не соответствует их юридической природе. Ведь кодексом они признаны самостоятельным институтом, связанным с наказанием, а не с преступлением (§ 59 KarS – Запрет на повторный учет обстоятельств, смягчающих и отягчающих наказание). Кроме того, традиционная классификация выливается в искусственное и нередко деформированное по своему смыслу распределение обстоятельств по группам признаков состава преступления. В методическом плане принятая классификация усложняет понимание студентами различия между признаками состава преступления и списочными обстоятельствами, используемыми при назначении наказания.

Можно допустить возможность использования для нужд классификации других оснований, например, такого, как фактор времени. По этому основанию обстоятельства, смягчающие наказание, могут быть подразделены на те, которые:

1. появились до начала совершения деяния,
2. сопряжены с совершением деяния,
3. проявили себя после окончания деяния.

Первая группа может быть отнесена к области криминологического интереса, хотя в силу своего влияния на вид и размер наказания такие смягчающие обстоятельства имеют и правовой смысл. Вторая группа – это обстоятельства, которые проявили себя во время совершения деяния, но не могут быть отнесены, ни к составу преступления, ни к противоправности, ни к вине. Третья группа объединяет такие обстоятельства, которые сложились после завершения деяния. Их учет играет значительную роль в реализации целей наказания.

Возьмем для сравнения положения УК РФ, путем использования которых в России решается та же самая задача, что и в Эстонии. (Как ранее указывалось, немецкий StGB подобным перечнем не располагает).^{xx} Нормы двух кодексов о списочных обстоятельствах, смягчающих наказание, наглядно можно представить в таблице (см. рисунок 4).

3.2. .Смягчающие наказание обстоятельства, появившиеся до совершения деяния

KarS, так же, как и УК РФ, смягчающим наказанием обстоятельством признает **совершение виновного деяния под влиянием тяжелых личных обстоятельств**. Такие обстоятельства могут сыграть свою пагубную роль в стимулировании преступления, которое виновным лицом может рассматриваться в качестве варианта преодоления тяжелых личных обстоятельств или, по крайней мере, облегчения их действия. Для того, чтобы, ссылаясь на подобного рода обстоятельства, можно было бы

произвести снижение наказания, требуется следование определенным условиям. Должны иметься в виду такие обстоятельства, которые:

- ⌚ являются тяжелыми с точки зрения их разумной объективной оценки;
- ⌚ осознаются виновным лицом в качестве тяжелых обстоятельств;
- ⌚ имеют сугубо личный характер;
- ⌚ непосредственно обуславливают совершение лицом виновного деяния.

Перечень тяжелых личных обстоятельств может включать отдельные примеры, но не является исчерпывающим. Да и эти примеры в большей степени играют роль ориентиров, чем конкретных указаний для судьи. В российском источнике по этому поводу содержится такое разъяснение.

«В юридической литературе под тяжелыми жизненными обстоятельствами понимаются: серьезные материальные затруднения, серьезное заболевание преступника, инвалидность, перенесенная душевная травма, конфликт по месту жительства или работы, тяжелые бытовые условия, неблагоприятные семейные условия, конфликты в семье на почве измены, пьянства, дебошей и т. п., тяжелая болезнь близких людей, смерть или гибель кого-либо из членов семьи и т. . . В каждом конкретном уголовном деле одно и то же обстоятельство может быть признано и качестве смягчающего в отношении одного лица и нейтральным — в отношении другого. Все зависит от отношений между членами семьи.

№	Часть 1 § 57 КавС	Часть 1 ст.61 УК РФ
1	п.4. совершение виновного деяния под влиянием тяжелых личных обстоятельств	д. совершение преступления в силу стечения тяжелых жизненных обстоятельств либо по мотиву сострадания
	п.5 совершение виновного деяния под влиянием угрозы или принуждения, а также в силу служебной, материальной или семейной зависимости;	е совершение преступления в результате физического или психического принуждения либо в силу материальной, служебной или иной зависимости
	п.6. совершение виновного деяния под влиянием сильного душевного волнения, вызванного противоправными действиями	з. противоправность или аморальность поведения потерпевшего, явившегося поводом для преступления
	п.7. совершение виновного деяния беременной женщиной или лицом преклонного возраста	в. беременность
		б. несовершеннолетие виновного ;г. наличие малолетних детей у виновного;
2	п.8. совершение виновного деяния при превышении пределов необходимой обороны	ж. совершение преступления при нарушении условий правомерности необходимой обороны, задержания лица, совершившего преступление, крайней необходимости, обоснованного риска, исполнения приказа или распоряжения
	;	а совершение впервые преступления не - большой тяжести вследствие случайного стечения обстоятельств
3	п.1. предотвращение вредных последствий виновного деяния, а также оказание помощи потерпевшему непосредственно после совершения виновного деяния	к. оказание медицинской и иной помощи потерпевшему непосредственно после совершения преступления, добровольное возмещение имущественного ущерба и морального вреда,

		причиненных в результате преступления, иные действия, направленные на заглаживание вреда, причиненного потерпевшему
	п.2.. добровольное возмещение причиненного вреда.	
	п 9. соглашение с потерпевшим	
	п.3. явка с повинной, чистосердечное раскаяние или активное способствование раскрытию виновного деяния;	и. явка с повинной, активное способствование раскрытию преступления, изобличению других соучастников преступления и розыску имущества, добытого в результате преступления

Рисунок 4. Списки обстоятельств, смягчающих наказание в KarS и УК РФ

семьи (один глубоко переживает разрыв с женой, другой больше страдает от связанных с этим неудобств и т.д.)»^{xxixii}.

К этому следовало бы добавить, что какое бы место в понимании тяжелых обстоятельств ни занимали детали конкретных отношений между людьми, но приходится считаться и с общими критериями подхода к осознанию тяжести происходящих событий. Правосознание судьи в первую очередь основывается на этом житейском усредненном понимании, но преломляет его через призму конкретики фактов жизни. Какими бы ни были, скажем, обстоятельства, делающие человека инвалидом, понимание того, что инвалидность влечет за собой снисходительное отношение к виновному лицу – достаточно общее правило, которое отражается в судебном приговоре.

Внешние по отношению к виновному лицу тяжелые обстоятельства или обстоятельства, непосредственно связанные с жизнедеятельностью этого лица, могут приниматься в расчет при условии, что лицо, совершая преступление, осознавало эти обстоятельства. Поскольку осознание таких обстоятельств не является субъективным признаком состава преступления, этот фактор не принимается в расчет при квалификации преступления. Но он, как влияющий на вид и размер наказания, имеет правовой смысл.

Следует видеть принципиальную разницу между рассматриваемыми положениями и тяжкими для лица обстоятельствами, исключаящими противоправность деяния. Например, нанесение кому-либо вреда лицом, находившимся под воздействием таких тяжелых обстоятельств, оценка которых влечет за собой **признание крайней необходимости**, что освобождает от ответственности, а не смягчает наказание.

Между тем, грань, отделяющая одно от другого, весьма тонкая. Возможно нанесение вреда охраняемым благам без того, чтобы такое поведение являлось **крайней мерой** в качестве реакции на тяжелые личные обстоятельства. Лицо, совершившее преступление, могло этого и не сделать, так как осознавало другие возможные направления своего поведения без нарушения закона. При такой ситуации мы имели бы дело с обстоятельством, смягчающим наказание, а не исключаящим противоправность.

Такому выводу как заключению безусловного характера противостоит редакция § 29 KarS. Хотя статья называется «Крайняя необходимость»,

однако текст нормы не содержит слова «крайняя». Значит, можно допустить исключение противоправности деяния не только при нанесении вреда в качестве крайнего выхода из тяжелых личных обстоятельств, а и тогда, когда можно было вред не причинять, хотя нарушитель все равно это сделал. Как в таком случае отличить условия, исключающие противоправность деяния, от обстоятельств, смягчающих наказание, остается только догадываться. Вопрос о крайней необходимости с давних пор является предметом юридического спора. Не вдаваясь в него, могу лишь высказаться за приведение текста статьи в соответствие с ее названием, а не наоборот.

Тяжелые обстоятельства как основание для смягчения наказания должны иметь личный характер, оцениваемый как объективно, так и с учетом переживаний осуждаемого лица.

К таким обстоятельствам ошибочно было бы отнести кризисное состояние экономики Эстонии, резкое снижение темпов роста ВВП, что вызывало бы глубокую озабоченность лица, полагающего, что складывающаяся ситуация каким-то образом оправдывает его преступное поведение ради обеспечения на будущее своей материальной защищенности от кризисных явлений. Макроэкономика, макрополитика, макроэкология и т.п. – это не то, что имел в виду законодатель, говоря о тяжелых личных обстоятельствах.

Поскольку тут учитываются обстоятельства, смягчающие наказание, но не устраняющие его, такие детали, как причины возникновения тяжелых личных обстоятельств, нет смысла принимать в расчет. Осуждаемое лицо само могло создать тяжелые личные обстоятельства. Тем не менее, эти обстоятельства оправдывают свою роль при назначении наказания не причиной возникновения, а лишь фактом своего существования.

Другой вопрос, что учет судом рассматриваемых обстоятельств оправдан при условии, что они повлияли на совершение лицом преступления. Тут следует говорить о криминологически значимой, а не о наказательно-правовой причинной зависимости. Наказательно-правовая является объективным признаком виновного деяния. В данном отношении она не важна. Нужен ответ на вопрос не о том, явилось ли действие виновного лица причиной учитываемого правовой нормой результата, а о том, почему совершено оцениваемое преступление и какую роль в его возникновении и протекании сыграли тяжелые для виновного лица жизненные обстоятельства. Эта роль может быть непосредственной и опосредованной другими факторами. Степень влияния тяжелого личного обстоятельства на размер наказания (большая – при непосредственном влиянии, меньшая – при опосредованном) может стать аргументом для суда при выборе им решения в случае вынесения обвинительного приговора.

В УК РФ к изложенному выше обстоятельству присоединен дополнительный признак, который отсутствует в KarS: **совершение преступления по мотиву сострадания.**

Этот признак не может считаться одной из разновидностей тяжелого личного обстоятельства. Тяжелое личное обстоятельство в данном случае имеет место не у виновного лица, а у жертвы преступления. Именно такое положение вызывает у виновного лица сострадание, из-за которого

совершается преступление. Поэтому едва ли в Эстонии будет оправдана попытка расширительного толкования тяжелых личных обстоятельств, чтобы распространить этот пункт части первой § 57 KarS на совершение деяния из-за сострадания. В нашем государстве совершение преступления из сострадания считается деянием, не содержащим основания для смягчения наказания. Тяжесть самого факта деяния оценивается как более весомый источник влияния на наказание, чем мотив такого преступления, даже, если он заключается в сострадании к жертве преступления.

В таком решении вопроса просматривается, например, отношение эстонского законодателя к **эвтаназии**.^{xxiii}

Френсис Бэкон писал о своем убеждении, «что долг врача состоит не только в том, чтобы восстанавливать здоровье, но и в том, чтобы облегчать страдания и мучения, причиняемые болезнями, и это не только тогда, когда такое облегчение боли как опасного симптома болезни может привести к выздоровлению, но даже и в том случае, когда уже нет совершенно никакой надежды на спасение и можно лишь сделать самую смерть более легкой, потому что эвтаназия уже сама по себе является не малым счастьем».^{xxiv}

Но мнение великого философа сейчас разделяют далеко не все, от кого зависит правовое решение о легализации эвтаназии. В мире заявили о себе как сторонники, так и противники этого сознательного добровольного прекращения жизни.

Проблема добровольного ухода из жизни безнадежно больных впервые была юридически решена в Голландии. Условиями для применения этого способа ухода из жизни были признаны такие, как:

- ⌚ *страдания пациента от неизлечимой болезни;*
- ⌚ *"нестерпимые муки" пациента;*
- ⌚ *осознание пациентом своего положения, наличие у него твердой памяти, желания умереть и дача им согласия на умерщвление;*
- ⌚ *умерщвление с помощью медикаментозных средств^{xxv}*

В 1984 году в этой стране Королевская медицинская ассоциация приняла инструкцию по эвтаназии, имеющую силу закона. В 2001 году принят закон, по которому неизлечимо больные граждане старше 16 лет получили право на эвтаназию с разрешения суда. Лечащий врач не имеет права предлагать эту процедуру, а пациент должен дважды подать "добровольное, недвусмысленное и осознанное заявление" в специальную комиссию. Кроме того, необходимо согласие по крайней мере двух независимых медиков о соответствии запроса поставленному диагнозу и тяжести состояния пациента.

В Бельгии закон об эвтаназии вступил в силу в 2002 году. Процедуре может подвергнуться человек старше 18 лет, чья болезнь не поддается лечению и вызывает постоянные физические или психологические страдания. Больной должен получить разрешение комиссии, которая состоит из восьми юристов и восьми медиков.

В американском штате Калифорния в 1977 году принят закон "О праве человека на смерть", по которому неизлечимо больные люди могут отказаться от медицинского вмешательства и потребовать отключения реанимационной аппаратуры. Официально применить эвтаназию ни разу и не удалось: одним из условий является заключение психиатра о вменяемости пациента, а Ассоциация психиатров США запрещает давать такие разрешения. С 1998 года в штате Орегон разрешена медицинская помощь в осуществлении самоубийства. Главное условие – неизлечимая болезнь, которая должна привести к смерти в течение шести месяцев. Пациент должен сделать одно письменное и два устных заявления. Лечащий врач и независимый медик выносят заключение о его

вменяемости, после чего процедуру санкционирует департамент здравоохранения США. Смертельная доза медикаментов вводится самим больным.

В Швейцарии с января 2006 года Верховным судом разрешено самоубийство неизлечимо больных на территориях клиник. Однако организации, помогающие уйти из жизни, действовали и до этого, так как запрета на подобную практику не было. Так, в 1998 году в Цюрихе создана организация Dignitas, проводящая процедуры по эвтаназии. Чтобы стать ее членом, необходимо заплатить вступительный взнос в 75 долларов.^{xxvi}

В Эстонии, несмотря на то, что общественное мнение, как показывает социологическое изучение этого вопроса, склоняется к признанию эвтаназии, законодатель давно занимает противоположную позицию. Аргументами в пользу такого решения являются, по всей видимости, опасения, что на практике отделение мотива сострадания от злонамеренности может быть делом очень сложным, а то и вообще невозможным. Оформленное желание безнадежно больного человека уйти из жизни может оказаться результатом противоправного давления на психику страдальца, давления изоциренного и латентного. Как юридически значимо отразить и закрепить истинное и устойчивое желание больного человека – тоже сложная проблема. Такое желание может быть подвержено влиянию переживаний момента и трудно поддающимся адекватному отражению.

Эстонией не воспринят немецкий вариант решения вопроса, когда в числе разновидностей посягательств на жизнь человека выделен в отдельную статью состав преступления «Лишение жизни по просьбе потерпевшего»

В § 216 StGB сказано, если кто-то по настойчивой и серьезной просьбе потерпевшего лишил его жизни, то он подлежит наказанию в виде лишения свободы на срок от шести месяцев до пяти лет. Покушение наказуемо.

Правда, надо отметить, что в отличие от российского, эстонский закон в числе признаков убийства при отягчающих обстоятельствах (§ 114 KarS) не называет такой, как убийство «лица, заведомо для виновного находящегося в беспомощном состоянии...» (п. в. ст. 105 УК РФ). То есть, на уровне признаков состава убийства эвтаназия в Эстонии не подпадает под квалифицированный состав преступления, что могло бы, если бы было иначе, влечь за собой усиление наказания.

KarS удалось избежать той коллизии, которая видна в УК РФ. С одной стороны, беспомощное состояние потерпевшего усиливает наказание за убийство. С другой, – сострадание, которое может быть обусловлено этим беспомощным состоянием (как это имеет место при эвтаназии) отнесено к числу обстоятельств, смягчающих наказание. Но, если посмотреть на обсуждаемый в данном случае вопрос через призму роли государства в обеспечении права человека на жизнь, то можно заметить не слишком последовательную позицию так же и эстонского законодателя.

KarS не предусматривает наказание за деяния, связанные с суицидом. Нет ни ответственности за покушение на самоубийство, ни ответственности за доведение до самоубийства (кроме, как в случае суицида как последствия изнасилования). Эвтаназия, рассматриваемая в таком аспекте, есть акт умышленного лишения потерпевшего жизни по его просьбе другим лицом в условиях, при которых сам потерпевший не мог осуществить своего желания

расстаться с жизнью. У самоубийства и эвтаназии имеется общая мотивационная и волевая основа. Только закон в первом случае на нее никак не реагирует (за одним указанным исключением). А во втором – реализацию воли потерпевшего лица в поведенческом акте другого лица ставит под запрет, угрожая в случае его нарушения применить наказание за убийство.

Преодолеть такую непоследовательность можно было бы на первом этапе решения вопроса об эвтаназии путем заимствования немецкого варианта или введения в число смягчающих наказание обстоятельств совершения виновного деяния из сострадания. В дальнейшем при улучшении научных, социальных и правовых механизмов контроля над эвтаназией не стоило бы исключать и возможности ее признания.

Совершение виновного деяния под влиянием угрозы или принуждения, а также в силу служебной, материальной или семейной зависимости.

Угроза представляет собой предупреждение лица о возможности причинения ему каких-либо неприятностей. Для того, чтобы угроза обусловила совершение жертвой угрозы преступления, характер угрозы должен быть таким, чтобы создавал опасность ущемления существенных благ, находящихся под защитой закона. При этом угроза может быть устной, письменной, в виде жестов, рисунков, иных изображений, переданной через компьютер и т. п.

Воздействие угрозы на лицо, совершившее преступление, можно считать смягчающим наказание обстоятельством:

- ⌚ *если угроза являлась реальной или предполагаемой;*
- ⌚ *если угроза была высказана лично лицу, совершившем преступление, либо через третьих лиц;*
- ⌚ *если угроза была обращена к конкретному лицу либо адресована его близким;*
- ⌚ *если угроза подпадает под признаки того или иного виновного деяния или дисциплинарного проступка;*
- ⌚ *если лицо совершает преступление, направленное не на интересы угрожающего, а на интересы третьих лиц;*
- ⌚ *если угроза не создает неустранимости опасности при данных обстоятельствах;*
- ⌚ *если уклонение от возможной опасности не является признаком самостоятельного преступления.* ^{xxvii}

Угрозу принято считать психическим принуждением. Понятие принуждения включает в себя и другой смысл, который обозначается как физическое принуждение. Физическое принуждение может проявляться в разнообразных видах:

- ⌚ *нанесение вреда здоровью виновного лица или иным, связанным с ним лицам;*
- ⌚ *нанесение побоев виновному лицу или иным, связанным с ним лицам;*
- ⌚ *причинение физической боли другими путями виновному лицу или иным, связанным с ним лицам;*
- ⌚ *лишение свободы виновного лица или кого-либо из связанных с ним лиц;*
- ⌚ *уничтожение или повреждение вещей, принадлежащих виновному лицу или кому-либо из других, связанных с ним лиц;*

Ⓜ *иное.*

Реакция виновного лица с учетом рассматриваемого в данном случае обстоятельства, смягчающего наказание, должна быть такой, чтобы совершенное преступление было направлено не против лица, которое угрожало или применило принуждение. Надо учитывать, что о смягчении наказания, когда причиняется вред нападавшему с превышением пределов необходимой обороны, говорит другой пункт § 57 KarS, а не тот, который в данном случае анализируется.

Угроза или принуждение, под влиянием которых лицо вынуждено совершить преступление, ограничивают свободу воли лица, причем такое ограничение способно быть настолько сильным, что преступление может стать единственно возможным путем спасения себя или других от неминуемой гибели. Тем не менее, такая ситуация KarS не расценивается как вид обстоятельства, исключающего вину.

С точки зрения закона тут возможна альтернативная реакция. Она, все-таки, может найти свое выражение в признании отсутствия виновного деяния, но не из-за обстоятельства, исключающего вину, а по причине крайней необходимости, исключающей противоправность деяния. Другое решение – это смягчение наказания в случае оценки поведения, обусловленного угрозой или принуждением, как преступления. Понятно, что отграничение одного варианта решения вопроса от другого, имеет принципиальное значение.

Исключение противоправности действий лица, связанных с крайней необходимостью, оправдано только тогда, когда соблюдены все условия крайней необходимости. В иных случаях (например, нанесенный третьему лицу вред оказался больше вреда предотвращенного) действия лица, в которых содержатся признаки состава преступления, не исключают противоправность, а, следовательно, влекут за собой ответственность. При назначении наказания такому лицу суд учитывает, что деяние было совершено под угрозой или принуждением, и смягчает наказание.

Ограничение свободы воли может стать следствием служебной, материальной или семейной зависимости лица, совершившего преступление. При наличии такого основания для смягчения наказания в дополнение к тому, что было выше сказано, следует установить факт зависимости и его влияние на совершение зависимым лицом преступления.

Зависимость по службе – явление очевидное. Если начальник требует от подчиненного выполнения какой-либо задачи, то подчиненный в рамках своей компетенции, закрепленной в определенном документе (например, в трудовом договоре), обязан выполнить распоряжение начальника.

Но случается, что начальник повелевает подчиненному сделать нечто такое, что нарушает закон. У подчиненного обычно имеется правовая возможность не выполнять такое распоряжение и защитить свои права. Тем не менее, бывают ситуации, при которых подчиненный вынужден подчиниться. В особых случаях (при совершении виновных деяний против военной службы – глава 24 KarS) отказ от исполнения приказа начальника

лицом, имеющим действующее дисциплинарное взыскание за такой отказ или неисполнение приказа при аналогичных условиях в силу §§ 432 и 433 KarS влечет за собой наказание за преступление.

Сейчас речь не идет об ответственности начальника за преступление, совершенное подчиненным. Совершивший преступление подчиненный несет самостоятельную ответственность.

В KarS нет нормы подобной той, что содержится в ст. 42 УК РФ. В этой статье указывается, что не является преступлением причинение вреда охраняемым уголовным законом интересам лицом, действующим во исполнение обязательных для него приказа или распоряжения. Однако §27 KarS предлагает для решения вопроса об исключении противоправности деяния руководствоваться в числе других и таким источником, как международный обычай. Обычай, соответствующий по смыслу тому, что регламентирует российский закон, имеется.^{xxviii}

Совершивший деяние при исполнении заведомо для него незаконного приказа и распоряжения от ответственности не освобождается. При этом лицо, действия которого признаны преступными, все же может рассчитывать на некоторое снисхождение из-за того, что совершало деяние в связи со служебной зависимостью. Зависимость подчиненного от начальника ограничивает свободу воли подчиненного, и именно на это реагирует закон, указывая на возможность смягчения наказания.

Материальная необеспеченность человека может послужить толчком к совершению им преступления. В особых случаях такая причина преступления может вылиться в состояние крайней необходимости и тем самым создать предпосылки для исключения противоправности деяния.

Скажем, завладение чужими продуктами ради предотвращения смерти от голода при отсутствии иных возможностей спасения.

В других ситуациях зависимость от материальных проблем не исключает применения наказания за преступление, но расценивается как обстоятельство, смягчающее наказание.

Семейная зависимость как обстоятельство, смягчающее наказание, подлежит учету при условии, что она является существенным фактором, повлиявшим на преступление, совершенное членом семьи. Семейные отношения, сами по себе, не предполагают какой-либо стадии их развития в положительном или отрицательном для отдельных членов семьи направлениях, которая могла бы служить основанием для исключения противоправности или виновности деяния. Другое дело, что такая зависимость способна стать обстоятельством, смягчающим наказание. Существенной зависимостью можно считать нахождение одного члена семьи на иждивении другого, отношения между несовершеннолетними детьми и родителями и т.п. Законом о семье ЭР установлены правовые рамки зависимости членов семьи друг от друга, и эти положения могут служить отправными началами для объяснения содержания рассматриваемого обстоятельства для смягчения наказания.

Названные в KarS три вида зависимости (служебная, материальная и семейная) сформулированы как завершённый перечень. Таким образом, можно было бы, вроде_ констатировать, что по сравнению с УК РФ (там перечень «зависимостей» завершается словами «или иной зависимости») эстонский закон ограничивает инициативу суда на собственное использование других возможных вариантов. Если, скажем, дружба и любовь у нас пока – что, кажется, признаются этическими ценностями, то почему бы не использовать закон для смягчения наказания, учитывая по этическим соображениям связанность людей такими чувствами (модель отношений «трех мушкетеров» - один за всех и все за одного)? Можно ли такое сделать, руководствуясь эстонским законом?

Оказывается, можно. На самом деле, формулировка эстонского кодекса с точки зрения законодательной техники более корректна, чем российского. Не забудем, что весь перечень смягчающих обстоятельств по § 57 является перечнем открытым. Это значит, что суд имеет право не только использовать для смягчения наказания обстоятельство, которое как бы продлевает список, но и делать добавления к каждому из названных в § 57 пунктов, если в этом возникает нужда. Так что дважды говорить в одной и той же статье закона о возможности иных обстоятельств, как это сделано в п. «е» части 1 ст. 67 УК РФ и части второй этой статьи, нет никакой необходимости.

Совершение виновного деяния под влиянием сильного душевного волнения, вызванного противоправными действиями.

Поведение потерпевшего способно стимулировать преступление, от которого он пострадал. Свою роль могут сыграть виктимогенные факторы, но не только они. По KarS (п. 6 ч. 1 § 57) принимаются во внимание любые противоправные действия, автором которых был потерпевший. Палитра красок тут многообразна и обширна: виновные деяния (преступления и проступки), нарушения трудовой дисциплины, недобросовестное выполнение должником своей обязанности по договору, гражданско-правовые деликты, нарушения процессуального порядка и др.

Если буквально толковать текст данного пункта, то поведение потерпевшего, вызвавшее ответную негативную реакцию виновного лица, должно быть предусмотрено правовой нормой, запрет которой потерпевший нарушает. Из этого следует, что этически не корректное поведение потерпевшего вне правового поля не должно расцениваться как смягчающее обстоятельство.

Такое решение проблематично. В жизни встречаются факты провоцирующего поведения потерпевшего этически ущербного, а не противоправного характера, обуславливающие совершение преступления виновным лицом, примером чего может быть адюльтер (супружеская неверность). С точки зрения эстонского законодателя наказание супруга, заставшего свою половину с любовником и расправившегося с ними, не должно быть сопряжено с использованием смягчающего обстоятельства. Однако распространённое понимание справедливости с таким решением вопроса не согласуется.

Супруг, застигнутый в процессе и на месте прегрешения, совершает тяжкое злодеяние против устоев семейной жизни, нарушает обязанность быть верным другому супругу, взятую на себя при заключении брака, создает бесспорное основание для бракоразводного процесса. Тем самым существо адюльтера по своей тяжести и последствиям не только не уступает, но и превосходит многие виды противоправных поступков. Не замечать этого при решении вопроса о возможности смягчения наказания тому, кто преступным образом отреагировал на оскорбительное и унижительное поведение другой стороны, было бы странно.

Поэтому не исключено, что рассматриваемому понятию противоправности можно было бы давать расширительное толкование. Наказательное право призвано обеспечивать государственную защиту всех основополагающих ценностей, в том числе и таких, которые не урегулированы правовыми нормами (как например, половые связи находятся вне рамок правового регулирования, но, несмотря на это установлена ответственность за изнасилование и ряд других половых преступлений).

Обращает на себя внимание российская формулировка соответствующего положения закона, в которой наряду с указанием на противоправный характер поведения потерпевшего признается также и аморальность такого поведения.

Другим условием применения рассматриваемого основания для смягчения наказания должно быть признана причинная обусловленность виновного деяния поведением потерпевшего. Практически решить такую задачу не всегда просто. На формирование намерения виновного лица могут повлиять многие компоненты жизненной ситуации, которые тоже оказываются воздействиями, обуславливающими преступное поведение. Выделение поведения потерпевшего предполагает учет решающей роли этой причины в возникновении преступления.

Наконец, необходимо учитывать, чтобы виновное лицо, о смягчении наказания которому решается вопрос, на момент совершения деяния пребывало в состоянии сильного душевного волнения.

В KarS находим два родственных понятия: «внезапно возникшее сильное душевное волнение» и «сильное душевное волнение». Первое называется физиологическим аффектом и учтено как признак убийства в привилегированном составе преступления «Спровоцированное убийство (§ 115 KarS)». ^{xxix} Второе является списочным обстоятельством, смягчающим наказание.

Исходя из формулировки закона, это обстоятельство не может быть отнесено к аффективным состояниям, а, скорее всего, рассматриваемое в медицинском аспекте, должно быть признано стрессом.

«Стресс (от англ. stress — напряжение) — неспецифическая (общая) реакция организма на очень сильное воздействие, будь то физическое или психологическое, а также соответствующее состояние нервной системы организма (или организма в целом)... Среди неспециалистов появилась тенденция отождествлять стресс просто с нервным напряжением (отчасти в этом повинен термин, означающий «напряжение» в переводе с английского)... Стресс — это не просто душевное волнение или нервное

напряжение. В первую очередь, стресс — это универсальная физиологическая реакция на достаточно сильные воздействия, имеющая описанные симптомы и фазы (от активации физиологического аппарата до истощения)».^{xxx}

Охарактеризовать рассматриваемый признак как стресс заставляет акцент формулировки закона на то, что имеется в виду сильное, а не какое-либо иное, душевное волнение.

В то же время необходимо обратить внимание на то, что такое сильное душевное волнение не должно быть исключительно лишь внезапно возникшим, как это имеет место в случае аффекта. Иначе говоря, при смягчении наказания приходится пользоваться более широким понятием, чем то понятие, которое необходимо принимать в расчет при квалификации по § 115 KarS.

В пьесе Шекспира убийца - ревнивый венецианский мавр Отелло - лишает жизни свою любимую жену Дездемону под влиянием сильного душевного волнения, вызванного подозрениями в супружеской измене, вынашивая свое намерение довольно продолжительное время после получения сигнала (инспирированного) от коварного Яго. По нашему закону подобного рода действие не давало бы основания для признания аффекта. Другой вопрос, что тут неприменимо и смягчающее наказание обстоятельство, так как жертва преступления не давала ни малейшего повода подозревать ее в адультере, а сильное душевное волнение убийцы было вызвано ложной информацией.

Российский кодекс в отличие от эстонского вообще не содержит в рассматриваемой норме какого-либо признака, характеризующего психическое состояние виновного лица, возникшего под влиянием поведения потерпевшего. Тут имеет место еще более объемное основание смягчения наказания, чем в Эстонии. Для смягчения наказания вполне достаточно одного лишь противоправного или аморального поведения потерпевшего от преступления лица. По существу, тем не менее, предполагается, что, поскольку преступление было обусловлено поведением потерпевшего, то психическая реакция на это обстоятельство у виновного лица должна была быть, хотя и не обязательно в виде сильного волнения.

Совершение виновного деяния беременной женщиной или лицом преклонного возраста.

Беременность человека -это физиологический процесс развития плода из яйцеклетки в организме женщины, заканчивающийся рождением ребёнка. Она начинается с момента слияния яйцеклетки и сперматозоида (оплодотворения), которое происходит в маточной трубе.^{xxxvi}

Беременность представляет собой особое состояние женского организма и психики, которые имеют существенный интерес не только для медицины, но и для права, в том числе и наказательного права.

Придание безусловного значения факту беременности оправдано гуманными соображениями. Не меньшую роль играет и понимание той миссии, которую выполняет роженица в социальном плане. И все же отнесение беременности к обстоятельствам, смягчающим наказание, в первую очередь предопределено, очевидно, тем, что процесс беременности способен существенно осложнить жизнедеятельность женщины в различных аспектах: в физиологическом, патологическом, психологическом,

коммуникативном, ролевом и др. Беременность довольно часто связана с различными патологиями, порождающими болезненные ощущения и сильные переживания беременной.

Женщина, совершающая, преступление, будучи беременной, может подвергаться воздействию процессов, происходящих в ее организме, отражающихся на мотивации преступления и регулировании поведенческого акта. Беременность сама по себе способна обуславливать намерение преступного характера, но также и косвенное повлиять на характер деяния и отношение женщины к нему.

Однако законодатель не придает никакого значения каким - либо вариантам воздействия беременности на происхождение и протекание преступного поведения. Законом не учитывается также, осознает ли женщина свою беременность или нет. Достаточно установление самого факта беременности, как открывается возможность применить к осуждаемой женщине смягчающее наказание обстоятельство.

Соединение в одном пункте статьи кодекса двух таких разнородных смягчающих обстоятельств, как беременность и преклонный возраст лица, совершившего преступление, выглядит довольно странно. Трудно представить, что либо, находящееся в более противоположном отношении друг к другу, как эти два смягчающие наказания обстоятельства. Но, тем не менее, закон есть закон и с ним приходится считаться.

Определить хронологически точно возраст, который считается преклонным, можно лишь исходя из пенсионного законодательства. Хотя у такого возраста имеются и свои качественные особенности, плохо поддающиеся точным временным ограничениям.

Специалисты в области геронтологии и педагогики считают, что «несмотря на схожесть старости с другими возрастными периодами (...старость— это итог и продолжение предшествующей жизни), главная отличительная особенность пожилых и старых людей — это богатейший жизненный опыт. Вероятно, и главная проблема таких людей заключается в том, что они не всегда знают, как наилучшим образом использовать этот опыт. Особенно страдают они от ощущения невостребованности своего опыта, а следовательно— от невостребованности самих себя. Именно проблема «ненужности», «невостребованности», ее переживание и возможные варианты преодоления могут стать точкой отсчета для выделения основных возрастнопсихологических характеристик пожилого и старческого возрастов.

Чувство «ненужности» или противоположное чувство — «нужности» высвечивают другое важное понятие — чувство собственного достоинства. Именно в старческом возрасте человеческое достоинство проходит свою главную проверку, ведь в этом возрасте проверяется не просто поведение человека в какой-то конкретной ситуации, а проверяется вся жизнь, насколько она была удачной или неудачной, т.е. насколько она была достойной или недостойной. И вообще удалось ли человеку реализовать свой шанс оставить после себя хоть что-то существенное на этом свете. Именно чувство собственного достоинства является стержнем личности. Поэтому смысл самоопределения в пожилом и старческом возрасте — это прежде всего поиск возможности утвердить себя в качестве ценного члена данного общества, а также конкретной социальной группы и семьи». ^{xxxii}

Добавим к этому, что переживания человека в преклонном возрасте часто связаны с одолевающими его болезнями и психическими

расстройствами: ослаблением зрения, слуха и памяти, рассеянностью внимания и т.п.

Вполне возможно представить и такой способ поведения, который воплощает стремление к самореализации личности, но в негативном плане. По логике «осталось жить мало, теперь уже ничего не страшно».

В известном американском кинофильме «Красиво уйти» несколько стариков грабят банк, руководствуясь названным аргументом. Им самим дурно пахнущие деньги не нужны.

Но зато они украденными долларами «осчастливливают» своих детей.

Как видно, такая опасность эстонским законом не принята во внимание. Какой-либо заслуживающей доверия статистики дерзких преступлений, совершаемых стариками, не существует.

Но зато учет особенностей преклонного возраста как смягчающего наказание обстоятельства произведен как по гуманистическим, так и по чисто утилитарным соображениям, когда, например, нет никакого смысла назначать осужденному старику длительный срок тюремного заключения, которое для него может *de facto* обернуться бессрочным заключением, завершающимся летальным исходом.

В ч. 1 ст.61 УК РФ беременность как смягчающее наказание обстоятельство указана. Однако упоминания о преклонном возрасте там отсутствует.

3.3. Смягчающие наказание обстоятельства, сопряженные с совершением деяния, или проявившиеся после окончания деяния

Смягчающим наказанием обстоятельством законом предусмотрено совершение виновного деяния при превышении пределов необходимой обороны.

Поскольку в *KarS* нет ни одного привилегированного состава преступления, с признаками превышения пределов необходимой обороны, то можно сделать вывод о том, что данный признак никак не влияет на квалификацию преступления. У него лишь одна функция: смягчать наказание при его назначении.

Необходимая оборона исключает противоправность деяния, чем в принципе снимает вопрос о наказании оборонявшегося лица. Превышение пределов необходимой обороны влечет за собой признание деяния противоправным, чем открывает путь для назначения наказания. Тем самым превышение пределов необходимой обороны ухудшает положение лица, причинившего вред другому лицу при отражении его нападения. И все же, рассматриваемое обстоятельство законом отнесено к списку, содержащему перечень смягчающих обстоятельств. Так оно и есть. Потому что по отношению к составу преступления, который вменяется лицу (убийство, причинение вреда здоровью и др.), нахождение лица при совершении преступления в состоянии необходимой обороны (хотя и с превышением ее пределов) подлежит учету как особый случай. Прежде, чем решать, имело ли

место превышение пределов необходимой обороны, важно установить, а было ли у лица, нанесшего вред другому лицу, **состояние** необходимой обороны. **Действия** по обороне оправданы лишь при наличии состояния обороны, да и то не всегда.

Понятие превышения пределов необходимой обороны приведено в ч. 2 § 28 KarS. Лицо признается превысившим пределы необходимой обороны в случае:

- ⌚ осуществления им необходимой обороны;
- ⌚ намеренно или с прямым умыслом;
- ⌚ средствами, явно не соответствующими опасности посягательства;
- ⌚ а также причинения нападающему намеренно или с прямым умыслом явно излишнего вреда.

Поскольку в одной из ранее изданных работ мне приходилось подробно анализировать понятие необходимой обороны,^{xxxiii} ограничусь отдельными пояснениями.

Не может быть превышения того, чего не было. Осуществление необходимой обороны не возможно при оказании сопротивления правомерному поведению. Нет необходимой обороны, когда посягательство не началось или уже завершилось. Исключает необходимую оборону ее мнимый характер и ряд иных факторов.

Лицо, наносящее вред нападающему, признается находящимся в состоянии необходимой обороны при условии, что его действия находились под полным контролем его сознания и воли. Формально обороняющийся в силу умышленного нанесения вреда нападающему совершает деяние, подпадающее под признаки определенного состава (убийства, нанесения вреда здоровью, повреждения имущества и др.). При этом принимаются в расчет такие виды умысла, как намерение или прямой умысел, а, следовательно, исключаются косвенный умысел и оба вида неосторожности. Иначе говоря, требуется, чтобы обороняющийся осознавал, в каком положении он находится, ставил цель нанести вред нападающему и тем самым защитить охраняемое благо или, по крайней мере, желал или сознательно допускал неизбежность причинения нападающему вреда, благодаря чему рассчитывал прекратить нападение и избежать его последствий.

При решении вопроса о несоответствии средств защиты средствам нападения следует акцентировать внимание на том, что превышение пределов необходимой обороны предполагает **явность** такого несоответствия. Но явное несоответствие – это не только формальное противопоставление возможности нанесения вреда и его тяжести с использованием тех или иных средств со стороны обороняющегося по отношению к нападающему.

Скажем, лишение жизни с применением огнестрельного оружия подвыпившего хулигана, который извергал нецензурные ругательства и пытался своей жертве нанести удар ладонью по лицу.

Важно оценивать происшествие с учетом всех обстоятельств, которые могли усилить или ослабить применение тех или иных средств нападающим и обороняющимся. В числе этих факторов приходится считаться с разным числом нападавших и оборонявшихся, неравенством их физической силы, владением каждой из сторон боксом, каратэ или другим подобным искусством, видом оружия или бытовых предметов, применявшихся в ходе столкновения, интенсивностью, динамикой действий, психическим состоянием, возрастом, полом и целым рядом иных неравных возможностей.

Превышение пределов необходимой обороны может вылиться в явное несоответствие вреда, нанесенного в ходе обороны нападавшему, по сравнению с вредом, который у охранявшегося блага мог возникнуть в результате нападения. Этот признак может рассматриваться в связке с предыдущим. Явное несоответствие вреда в этом случае становится прямым результатом дисбаланса средств нападения и защиты.

Но не исключено и такое, когда средства защиты и нападения более или менее соответствуют друг другу, а последствие для нападающего оказалось явно более тяжелым, чем то, которое могло возникнуть у охраняемого блага, если бы нападение не было отражено. Устанавливать превышение пределов необходимой обороны по данному основанию оказывается не менее сложно, чем по предыдущему.

Приведу на этот счет представляющие интерес рассуждения, помещенные в одной из старых публикаций.

«Необходимая оборона допускается при защите всех личных и имущественных интересов. Но эта защита может доходить до самого крайнего насилия, т.е. до убийства нападающего. Допускается ли такое тяжкое насилие при обороне самых низших благ? Быть может, законодательства, разрешая защищать все блага, требуют, по крайней мере, щадить нападающего и не чинить ему крайнего насилия тогда, когда он угрожает ничтожным вредом?»

В прежнее время вопрос этот как раз так и решался, и многие ученые находили, что низшее благо нельзя защищать на счет высшего. Теперь взгляды изменились. Трудно, говорят, определить наперед, какое благо высшее, а какое низшее. Можно ли, например, сказать, что личные блага (жизнь, здоровье, свобода) всегда выше имущественных? Конечно, если защищая грош в кармане, я убью человека, это будет жестоко и, может быть, чрезмерно. Но не всегда же отнимают, гроши. А что если нападающий отнимает или разрушает все решительно имущество, которым существовала семья; если с потерей этого имущества ей грозит голодная смерть? В таком случае придется, пожалуй, допустить даже убийство нападающего. Или, например, девушка, защищая свое целомудрие, убивает того, кто покушался на него. Если нападающий был совсем ничтожный и негодный человек, а девушка, наоборот, лучшей женщиной, то что здесь будет выше: ее целомудрие, или жизнь покушавшегося? Да и зачем, прибавляют, производить такую расценку благ для необходимой обороны? Ведь здесь праву угрожает преступление. Право же, даже самое ничтожное, не должно уступать неправу. А потому и низшее благо может быть защищено при необходимой обороне разрушением высшего блага нападающего. Одно только надо доказать, что иначе нельзя было оборонить себя. Поэтому, если, например, для защиты кошелька, достаточно было крикнуть на вора или ударить его, а вмеего того вор был убит — здесь будет преступление, а не необходимая оборона. Верно замечает один немецкий ученый: «Опасность потерять самое ничтожное благо оправдывает употребление наибольшего насилия, если это благо нельзя охранить иначе; и наоборот, опасность для самого

высшего блага не может оправдать самого ничтожного насилия, если оно превосходило меру, необходимую для его защиты».^{xxxiv}

Эстонский закон для решения вопроса о тяжести вреда выдвигает два требования. Превышение пределов необходимой обороны означает,

- ⌚ во-первых, что вред, нанесенный нападавшему лицу, **явно** излишен для того, чтобы предотвратить наступление вреда для охраняемого блага;
- ⌚ Во-вторых, **понимание** обороняющимся лицом того, что такой, явно излишний вред возникнет. Более того, выдвижение этим лицом соответствующей **цели**, или проявление **желания** наступления непропорционального вреда, или, по крайней мере, **допуск неизбежности** его возникновения.

Назначение наказания в случае превышения пределов необходимой обороны по УК РФ (п. «ж» ч. 1 ст.61) сходно с KarS. Но только в том смысле, что такое обстоятельство смягчает наказание. Существуют и отличия. Российский кодекс содержит самостоятельные составы преступлений убийства (ст. 108) и причинение тяжкого или средней тяжести вреда здоровью (ст.114) при превышении пределов необходимой обороны (в этих статьях также названо превышение мер, необходимых для задержания лица, совершившего преступление). Понятно, что при назначении наказания по ст. ст. 108 и 114, использование рассматриваемого смягчающего обстоятельства не позволительно. Кроме того, как смягчающее обстоятельство при назначении наказания нарушение условий правомерности необходимой обороны регулируется в едином блоке с такими обстоятельствами, как задержание лица, совершившего преступление, крайняя необходимость, обоснованный риск, исполнение приказа или распоряжения.

В Эстонии открытый характер списка смягчающих обстоятельств открывает возможность по усмотрению суда также использовать все перечисленные в п. »ж» ч.1 ст.61 УК РФ обстоятельства. Однако, следует напомнить, что в России перечисленные обстоятельства как смягчают наказание в случае нарушения условий их правомерности, так и исключают преступность деяния, если такие условия не нарушены. В Эстонии названные обстоятельства, кроме необходимой обороны и крайней необходимости, могут быть использованы лишь для смягчения наказания даже, если условия их правомерности не нарушены.

Нельзя не заметить и того, что формулировка «нарушение условий правомерности» применительно к необходимой обороне не означает то же самое, что «превышение пределов необходимой обороны», поскольку первое понятие шире второго. Получается так, что в России нарушение других условий правомерности необходимой обороны, кроме превышения ее пределов, рассматривается как обстоятельство, смягчающее наказание. В Эстонии же смягчает наказание только превышение пределов необходимой обороны. Нарушение других условий устраняет само состояние необходимой

обороны, что исключает возможность использование этого фактора для смягчения наказания.

Введя в список обстоятельств, смягчающих наказание, те из них, которые могут быть отнесены к **обстоятельствам, проявляющимся после совершения преступления**, законодатель, вроде бы, раздвинул границы наказательного права. Ведь эта отрасль регулирует наказание за преступление. Это означает, что все происходящее после окончания преступления, как будто, должно находиться вне пределов интереса отрасли.

Однако такое понимание на самом деле оказывается слишком формалистичным, чтобы быть правильным. Средства достижения целей наказания предполагают учет всех воздействий, которые целесообразны и гуманистичны с точки зрения способствования справедливости и исправлению осуждаемого лица. Применение наказания, а тем более его назначение, не могут быть осуществлены без учета такого аргумента. Примем во внимание к тому же, что речь идет об обстоятельствах, смягчающих наказание, а не отягощающих его.

Проблема пределов предмета применения наказания имеет еще один вектор. Смягчение наказания может произойти не только по основаниям, предусмотренным KarS. Свою роль могут сыграть и процессуальные возможности, которые по понятным причинам во временном аспекте реализуются после совершения виновным лицом преступления. Уголовно-процессуальный кодекс предусматривает процедуру согласительного производства (глава 9 УПК) как разновидность упрощенного производства. В ходе досудебного расследования или судебного разбирательства на условиях, названных в законе, может быть достигнуто соглашение о приговоре суда. Разумеется, смысл такого соглашения состоит в улучшении, а не в ухудшении участи виновного лица, так как само соглашение исходит из достижения какого-то компромисса между обвинением и защитой.

В октябре 2007 года Рийна И. обнаружила своего трехмесячного сына мертвым в кровати и сожгла труп в печи своего дома. После этого она незаконно получала от государства родительское пособие. Остальные пункты обвинения относились к тому, как виновная обращалась со своим гражданским мужем, которого она ударила ножом в октябре 2006 года, и сыном 2004 года рождения, которого она мучила, а также со своим младшим сыном.

Подсудимая признала себя виновной по всем пунктам, и в своем последнем слове выразила сожаление.

При вынесении приговора в качестве смягчающего обстоятельства суд учел чистосердечное сожаление обвиняемой и приговорил ее к четырем годам заключения. Так как дело обсуждалось в порядке упрощенного производства, то суд сократил наказание на треть, и Рийне И. было назначено заключение сроком в 2 года и 8 месяцев начиная с момента ее задержания 29 ноября 2007 года. Помимо этого, женщина должна была компенсировать затраты на производство в размере 45 720 крон и заплатить пенсионному департаменту Пярнумаа 7815 крон^{xxxv}.

Условия, закрепленные в наказательном праве, к этой процедуре имеют частичное отношение, и больше в негативном, чем в позитивном плане. В УПК деяния, по которым разрешается согласительное производство,

определяются методом исключения, т.е. путем указания на те деяния, при рассмотрении которых согласительное производство не допускается.

Для всех обстоятельств данной группы присущ ряд общих свойств:

- ⌚ учитываются действия, совершенные после окончания преступления, но до назначения наказания;
- ⌚ поведение лица должно быть активным, а не пассивным (как при отказе от покушения);
- ⌚ лицо должно совершить эти действия сознательно и добровольно, рассчитывая на снисхождение суда при назначении наказания.

К рассматриваемой группе относится такое обстоятельство, как **предотвращение вредных последствий виновного деяния, а также оказание помощи потерпевшему непосредственно после совершения виновного деяния.**

Предотвращение вредных последствий может рассматриваться в двух аспектах.

Первый заключается в том, что виновным лицом предотвращается последствие, являющееся объективным признаком состава преступления (так называемый материальный состав). Неоконченный состав преступления в таком случае считается покушением на преступление. Добровольный отказ лица от покушения делает лицо не виновным, что влечет его освобождение от ответственности (§§ 40-43 KarS). К смягчающим наказание обстоятельствам этот аспект отношения не имеет.

Второй аспект предотвращения вредных последствий представлен ситуациями не допущения или, по крайней мере, ослабления вредных последствий от виновного деяния, не учитываемых составом данного преступления. Или по той причине, что конструкция состава преступления не содержала такого элемента, как последствие (так называемый формальный состав), или потому, что такое последствие вообще не подлежало учету при квалификации преступления.

Возьмем в качестве примера § 217 KarS: Незаконное пользование компьютером, компьютерной системой и компьютерной сетью. В этой статье сказано:

«(1) Незаконное пользование компьютером, компьютерной системой или компьютерной сетью путем удаления кода, пароля или иного средства защиты - наказывается денежным взысканием.

(2) То же деяние:

1) причинившее существенный вред или

2) совершенное с использованием компьютера, компьютерной системы или компьютерной сети, содержащих сведения, составляющие государственную тайну, или данные, предназначенные только для служебного пользования, — наказывается денежным взысканием или тюремным заключением на срок до трех лет».

Основной состав преступления, закрепленный в диспозиции части первой статьи, не учитывает какие-либо последствия. Иначе говоря, для того, чтобы преступление считалось оконченным, достаточно совершения названных в диспозиции умышленных действий. От этих действий наступает определенный вред. Если такой вред не «дотягивает» до уровня существенного вреда (т.е. измеряемого десятикратным превышением действующего минимального размера месячной заработной платы – п. 1

ст. 8 Закона о введении в действие Пенитенциарного кодекса), то он виновному лицу не вменяется. Однако вред реально существует, и он может быть возмещен в принудительном порядке через гражданское судопроизводство. Тем не менее, виновное лицо может возместить этот вред потерпевшему добровольно. С учетом этого обстоятельства суд, назначая ему наказание в виде денежного взыскания, может размер наказания уменьшить по сравнению с тем, какой он определил бы, если бы не было добровольного возмещения вреда.

При наступлении существенного вреда положение меняется. Преступление подлежит квалификации по п. 1 ч.2 § 217. Признак «причинение существенного вреда» включен в конструкцию данного состава преступления, что уже учтено в более суровой санкции второй части статьи по сравнению с первой. Добровольное возмещение виновным лицом такого вреда тоже возможно. Только смягчение наказания происходит в пределах более суровой санкции, чем та, которая имеется у части первой статьи.

Кроме вреда, измеряемого деньгами, может наступить неимущественный вред в виде утраты сайтов, файлов и др., содержащих для их владельца важную, ценную, приятную и т.п. информацию, которую никакими деньгами не выразить. Шаги, предпринимаемые виновным лицом в извинительном плане, тоже могут быть приняты к сведению и оценены судом как обстоятельство, смягчающее наказание.

Оказание помощи потерпевшему непосредственно после совершения виновного деяния как смягчающее наказание обстоятельство должно содействовать предотвращению вредных последствий при особых условиях. Закон как бы обращается к виновному лицу с призывом не доводить дело до такого трагического исхода, когда может наступить смерть потерпевшего, или причинение вреда его здоровью, обещая при положительной реакции на такой призыв смягчение наказания за совершенное деяние. Условия, о которых идет речь, могут сложиться при совершении разных преступлений, вследствие которых возможны человеческие жертвы. Причем, особо обращают на себя внимание §§ 123 и 124 KarS.

Первая из них (Подвержение опасности) устанавливает наказание в виде денежного взыскания или тюремного заключения на срок до трех лет за создание ситуации, представляющей опасность для жизни другого человека или угрожающей причинением тяжкого вреда его здоровью, и оставление его в такой ситуации.

Вторая (Оставление без помощи) содержит состав преступления, заключающегося в заведомом оставлении без помощи лица, находящегося в опасном для жизни состоянии, при несчастном случае или общей опасности, если помощь могла быть оказана без угрозы для оказывающего ее лица. Наказание такое же, как и по первой статье.

Законодатель, как видно, в приведенных случаях избрал такой вариант, при котором возможность смягчения наказания при оказании помощи потерпевшему конкурирует с ответственностью за неоказание помощи, не оставляя места для нейтральной реакции. Тем самым, учитывая типичные жизненные решения проблемы, оказание помощи не оценивается как норма поведения, имеющая массовое распространение, а считается особым случаем, требующим со стороны законодателя специальной поощрительной реакции

Добровольное возмещение причиненного вреда как смягчающее наказание обстоятельство свидетельствует о способности осуждаемого лица стать на путь исправления не в меньшей степени, чем другие смягчающие обстоятельства. С другой стороны, здесь непосредственно затрагиваются насущные имущественные интересы лица, потерпевшего от преступления. Этот вопрос в связи с его недостаточной, на мой взгляд, разработанностью в

теории и законодательстве нуждается в рассмотрении не только в аспекте анализа смягчающих наказание обстоятельств, а в более широком контексте.

Ущемление интересов потерпевшего нельзя расценивать только как фактическое последствие преступления. Хотя в Общей части KarS нет какой-либо нормы, которая указывала бы на потерпевшего как на субъекта пенитенциарно-правовых отношений, которым он по сути дела и не является, но с точки зрения доктрины и практики правовой статус потерпевшего чрезвычайно важен не только в процессуальном, но и материально-правовом аспекте.

Понятие потерпевшего сопряжено с понятием непосредственного объекта преступления. Среди объектов особо выделяются те, которые являются охраняемыми законом благами, связанными с основными правами человека. Право на жизнь, право быть собственником и др. Конституция Эстонской Республики регламентирует эти права и свободы в первоочередном порядке, и лишь после этого предусматривает нормы об организации и функционировании государственной власти и местного самоуправления. По сравнению с прежним Уголовным кодексом, действовавшим в Эстонии до KarS, в нынешнем законе глава о преступлениях против личности, а также иные главы, содержащие составы преступлений, посягающих на интересы человека, размещены значительно раньше, чем главы о преступлениях против государства и его институтов. Едва ли, кто сейчас сомневается, что в системе европейских ценностей защита прав человека занимает центральное место.

Анализ норм KarS, тем не менее, показывает, что для решения вопроса по существу, а не только ради декларирования того внимания, которое пенитенциарное право уделяет защите прав человека, имеются еще не использованные ресурсы.

Одной из «первых ласточек», оповестивших о движении в сторону законодательного усиления рассматриваемой защиты, стала новелла, содержащаяся в § 83-1. В части 3 параграфа сказано, что суд может в целях удовлетворения гражданского иска исключить из состава подлежащего конфискации имущества предмет гражданского иска.

Эта, казалось бы, второстепенная ремарка, расположенная в самом конце текста части третьей статьи 83-1, может иметь принципиальное значение для развития системы пенитенциарно-правовых мер, нацеленных на дальнейшую защиту прав потерпевших.

Существо проблемы заключается в том, что с точки зрения интересов потерпевшего нынешнее соотношение наказания и возможностей потерпевшего на восстановление (в пределах реального) своего status quo явно не сориентировано на преимущественную защиту его прав как прав человека.

Два основных вида наказания для физического лица, признанного судом виновным в совершении преступления,- денежное взыскание и тюремное заключение – имеют самодовлеющее значение и считаются самыми прямыми и непосредственными правовыми последствиями преступления.

Даже при решении суда о досрочном освобождении от наказания и условно-досрочном освобождении от отбытия наказания в виде тюремного заключения на первый план выдвигается обусловленное государственными интересами достижение целей наказания, особенно в виде специальной превенции, к которым защита прав потерпевшего прямо не относится и в законе не сформулирована.

Конечно, косвенно, потерпевший тоже заинтересован в предотвращении рецидива со стороны виновного лица и в существовании устойчивого правопорядка. Но государство, наказывающее преступника, обеспокоено своими проблемами, имеющими общий, и, подчас, абстрактный смысл. Как то один американский социал-психолог заметил, что человек, мучающийся от зубной боли, будет мечтать, прежде всего, о том, как избавиться от нее, нежели чем он станет переживать из-за дефицита государственного бюджета, если таковой возникнет.

В аспекте наказательного права конкретика проявляется применительно к личности осуждаемого лица. Это он рассматривается как человек, обеспечения прав которого требуют принципы статьи второй KarS. Все это необходимо, но лишь при условии, что злодейство и его жертва будут занимать на шкале значений разные места, а интересы потерпевшего – находиться на более высокой позиции, чем сейчас.

Короче говоря, стоило бы направить решение проблемы по такому пути, идя по которому наказание как правовое последствие преступления, используемое государством для своих целей, можно было бы поставить в зависимость от удовлетворения интересов потерпевшего как человека, пострадавшего от преступления. Основная цель, которую преследует потерпевший, - это восстановление (в пределах реального) своего прежнего положения в том размере, какой был до нанесения потерпевшему вреда преступником и компенсация морального ущерба.

Стоит принимать в расчет, что наказание как акцептированные государством вид и мера воздействия на виновное лицо, и наказание как бремя, которое несет осужденный и которое он воспринимает как кару, это не одно и то же. Ощущения и размышления осужденного, связанные с необходимостью возмещения вреда потерпевшему, могут практически не отличаться от того, что он испытывает, выплачивая государству денежное взыскание, назначенное ему в качестве основного наказания. Пойдут ли денежные суммы в государственную казну или частично, а возможно и полностью, уйдут к потерпевшему как к жертве преступления, для лица, отрывающему от себя эти деньги, едва ли имеет существенное значение. Разница в выплатах важна не для осужденного, а для государства. В какой-то мере за счет денежных взысканий пополняется государственный бюджет.

Однако стоило бы напомнить, что либеральная демократия - удовольствие не из дешевых. Значительных затрат требуют избирательные кампании, содержание налогоплательщиками парламента, дотации, выдаваемые государством политическим партиям, и многое другое. В том числе и прежде всего – обеспечение и защита прав человека. Если такая

задача для государства не на словах, а на деле, действительно является приоритетной, то дилемма, кому отдавать деньги, отбираемые у осужденного, государству или потерпевшему, предполагает однозначный ответ в пользу потерпевшего. Точнее можно сказать так: сначала необходимо возместить потерпевшему весь понесенный им ущерб и лишь остаточные суммы забирать для исполнения наказания в виде денежного взыскания.

В стороне от предлагаемых преобразований не должно остаться и такое наказание, как тюремное заключение. В ходе отбытия заключенным наказания необходимо его стимулировать на компенсацию ущерба, нанесенного преступлением потерпевшему. Почему бы таким стимулирующим приемом не сделать зачет дней отбывания срока заключения пропорционально величине возмещенного потерпевшему ущерба? Кроме того, что такое решение вопроса означало бы реальную защиту прав потерпевшего, оно в значительно большей степени, чем действующая система, знаменовала собой перевод в практическую плоскость принципа справедливости, находящегося в основе института наказания.

Расчет виновного лица с потерпевшим в виде выплаты денежных сумм можно было бы сделать одним из неперенных условий условного освобождения от наказания и условно-досрочного освобождения от наказания в виде тюремного заключения.

Между тем, в Эстонии появляются попытки понизить уровень государственной защиты прав человека. Свидетельством тому, например, стало то, что прокуратура ввела практику прекращения производства по делам о хищениях имущества, предлагая потерпевшим обращаться в суд в порядке гражданского судопроизводства с исками к лицам, совершившим такое преступление. Председатель правовой комиссии Рийгикогу оправдывает прокурорскую практику тем, что «маленькому и развивающемуся государству не хватает ресурсов во многих областях, в том числе и в борьбе с преступностью. В этой ситуации следует определить приоритеты и стараться добиваться максимального успеха в области пресечения правонарушений, влекущих за собой крупный ущерб, например, это могут быть наркоторговля, отмывание денег и коррупция. Если передача уголовных дел в гражданские суды принесет результаты и высвободит силы для улучшения борьбы с правонарушениями, то почему бы и нет?»^{xxxvi}

Не будем рассуждать о ресурсах маленького государства, являющегося членом большого Европейского Союза. Одно ясно, что дело не только в их размере, но и в том, как и на что они распределяются правящей коалицией. В числе тех китов, на которых базируется общественное и личное благополучие, значит, обеспечиваемая государством защищенность человека от преступности во всех ее проявлениях. Считать, что в этой сфере требуется экономия средств в условиях, когда на ветер выбрасываются миллионы крон как раз из-за нарушений закона (одна приватизация и реприватизация железной дороги чего стоила!), значит обрекать общество на безрадостное и тревожное существование.

Правопорядок и безопасность, рассматриваемые в человеческом измерении, выглядят несколько иначе, чем с высоты пирамиды государственной власти. Каждый налогоплательщик и члены его семьи имеют право на уверенность в том, что государство защитит их блага от преступных посягательств, а не заставит жертву преступления тратить свои материальные и духовные ресурсы на достижение справедливости. Либерализм, доведенный до крайности, становится опасным абсурдом. Автор комментируемого высказывания предлагает ожидать результаты от передачи дел в гражданские суды. Но уже а priori можно сказать, что для человека, пострадавшего от преступления, результат будет плачевным. Примерно в такой же мере, как для виновного лица он станет обнадеживающим на дальнейшую преступную деятельность. Осуществляемый сейчас курс будет иметь своим последствием еще большее усиление социального неравенства, рост разочарованности рядовых членов общества в своем государстве, которое отказывается защищать своими силами признаваемые на словах права человека.

А может быть стоило бы сделать все наоборот? Потерпевшего, участвующего в уголовном процессе, избавить от необходимости предъявлять исковое требование. Пусть о потерпевшем печется государство, доказывая свою приверженность принципу защиты прав человека. Ныне существующий порядок в моральном плане – это демонстрация государством своего безразличия к судьбе потерпевшего, который, сам должен заниматься обеспечением своих интересов, ущемленных преступлением. Если процесс имеет публичный характер, то ее, эту публичность, следовало бы довести до логического завершения. Вопрос не должен решаться в зависимости от инициативы и без того, пострадавшего от преступления лица. Все-таки, для него иск – это дополнительные, а, возможно, и обременительные хлопоты, тем более, когда он рассматривается в порядке гражданского судопроизводства.

Внедрение высказанных выше предложений требует осмотрительности. Необходимо обеспечить сохранение баланса обеспечения прав и интересов потерпевшего, с одной стороны, и реализации целей наказания, - с другой. Это далеко не идентичные задачи. Можно понять, почему в KarS «деятельное раскаяние» не отнесено к категории обстоятельств, освобождающих от наказания, а считается лишь одним из возможных условий смягчения наказания. Если бы это было не так, то была бы открыта широкая дорога для виновного лица «откупиться от наказания», и тем самым убедиться в реальности перспективы совершать преступления, не опасаясь быть подвергнутым наказанию.

Соглашение с потерпевшим как смягчающее наказание обстоятельство – одно из новшеств в законодательстве Эстонии.^{xxxvii} Оно появилось под влиянием немецкого права.

§ 46a StGB называется «Соглашение лица, совершившего деяние, и потерпевшего. Возмещение вреда». В статье говорится:
«Если лицо, совершившее наказуемое деяние,

1. стремясь достичь соглашения с потерпевшим (соглашение лица, совершившего деяние, и потерпевшего — Täter-Opfer-Ausgleich), возмещает полностью вред или значительную часть вреда, причиненного своим деянием, или серьезно стремится возместить вред, или
2. в случае, если возмещение ущерба потребовало от него значительных личных затрат или личного отказа от чего-либо, и он возмещает потерпевшему ущерб полностью или большую его часть, то суд на основании § 49, абз. 1, может смягчить наказание или отказаться от него, если не предусмотрено более суровое наказание, чем лишение свободы на срок до одного года или денежный штраф до 360 дневных ставок»

Уже наименование этой статьи немецкого закона прямо указывает на тесную взаимосвязь соглашения с потерпевшим и добровольного возмещения причинения вреда. Эта смычка имеет смысловой характер, поэтому неизбежно присутствует и в эстонском наказательном праве.

Цитируемая статья немецкого закона регулирует соглашение с потерпевшим и как основание для отказа от наказания, и как обстоятельство, смягчающее наказание. В Эстонии мы наблюдаем аналогичное решение вопроса. Однако в KarS это смягчающее наказание обстоятельство лишь называется, в то время как его подробная регламентация произведена в другом законе – УПК. Там соглашение с потерпевшим рассматривается как одно из существенных оснований прекращения производства по делу в связи с примирением (§§ 203¹, 203²).

Поскольку акцент делается на основании для прекращения производства по делу, а не на обстоятельстве, смягчающим наказание, то содержание последнего может быть раскрыто, по всей вероятности, с использованием метода исключения. Можно предположить, что содержащиеся в законе запреты прекращать производство по делу в связи с примирением не исключают того, что именно в этих случаях можно будет воспользоваться соглашением с потерпевшим как обстоятельством, смягчающим наказание.

Часть 1 § 203¹ сформулирована следующим образом:

«Если обстоятельства преступления второй степени, являющегося предметом уголовного процесса, ясны, если к продолжению уголовного процесса отсутствует публичный интерес и подозреваемый или обвиняемый примирился с потерпевшим в порядке, установленном статьей 203² настоящего Кодекса, то прокуратура с согласия подозреваемого или обвиняемого и потерпевшего может ходатайствовать о прекращении производства по уголовному делу судом. Не допускается прекращение производства по уголовным делам

1) о преступлениях, указанных в статьях 122, 133, 134, 136, 138, 139, 141–143, 214 и 263 Пенитенциарного кодекса;

2) о преступлениях, совершенных взрослым по отношению к несовершеннолетнему потерпевшему

;3) о преступлениях, в результате которых наступила смерть человека;

4) о преступлениях против человечности, международной безопасности и государства, о должностных и общеопасных преступлениях и о преступлениях против правосудия «.

Едва ли для смягчения наказания имеет смысл прибегать к той сложной процедуре примирительного производства с участием примирителя, которая создана в целях гарантии интересов правосудия и защиты потерпевшего при прекращении производства по делу (§ 203² УПК). Тот факт, что судебное разбирательство завершается вынесением обвинительного приговора, делает

неизбежным использование всех предусмотренных процессуальным законом средств обеспечения целей правосудия и интересов участников процесса.

Явка с повинной, чистосердечное раскаяние или активное способствование раскрытию виновного деяния

Все три обстоятельства, закрепленные в п 3 § 57 KarS смягчают наказание по двум причинам. Они, с одной стороны, говорят о готовности виновного лица встать на путь исправления, а с другой, - облегчают усилия суда и органов досудебного расследования по выполнению решаемых ими задач.

Указанные два смысла далеко не во всех отношениях гармонично сочетаются друг с другом. Можно представить себе случаи, когда виновное лицо оказывает содействие правоприменительным органам отнюдь не потому, что осознало свою вину и раскаивается в содеянном. Им могут руководить совсем другие мотивы: жажда мести, безвыходность положения, самооговор ради спасения от ответственности подлинного исполнителя преступления или соучастника, стремление скрыть более тяжкое преступление и др.

Если виновное лицо сделало то, о чем говорится в рассматриваемом положении статьи закона, и при этом действительно помогло в раскрытии преступления и изобличении причастных к данному или другим преступлениям лиц, то оно вправе ожидать какой-то благодарности. Коль надежда не сбудется, то подобный прецедент, став достоянием общественности, окажет плохую услугу правосудию. В последующем другие подследственные и подсудимые просто не будут стремиться к сотрудничеству с правоприменительными органами. Поэтому с позиции такого интереса объективно оказанное содействие, независимо от его мотивации, достойно того, чтобы ответом на него была адекватная реакция в виде смягчения наказания. Получается так, что виновное лицо, не собирающееся даже отказываться от совершения в дальнейшем преступлений, становится участником сделки, другой стороной которой выступает суд, по схеме: «я вам даю нужную информацию, а вы смягчаете мне наказание». Следователь, предлагающий обвиняемому чистосердечно признать свою вину в расчете на последующее смягчение наказания, лукавит, если делает акцент на абсолютной чистосердечности как выражении нравственного прозрения. Это человеческое свойство можно толковать двояко. И как правдивость сообщения, и как его нравственный мотив. Следователю в первую очередь необходима достоверная информация, как пища, которую он готов принять под любым соусом, но при этом, сделав вид, что верит в нравственность побуждений подследственного.

Принято считать, что игнорирование этических мотивов явки с повинной, чистосердечного раскаяния или активного способствования раскрытию виновного деяния может оказать плохую услугу достижению целей наказания. В комментариях и учебной литературе часто высказывается мнение, что без учета искренности побуждения лица к заглаживанию своей

вины ничего из того, что оно делает по оказанию своих услуг следствию и суду, не должно являться основанием для смягчения наказания.

Но можно рассуждать и иначе. Не только рассматриваемые обстоятельства являются индикаторами стремления осуждаемого лица к исправлению. Таких показателей можно найти много. Особенно, если обратить свой взор на сферу исполнения наказания.

На таком общем фоне, может быть, не следовало бы переоценивать этическую нагрузку рассматриваемых обстоятельств. К тому же, в ходе отбытия наказания взгляды и ценностные установки осужденного могут претерпевать изменения в ту или другую сторону. То, что казалось шагом к исправлению при явке с повинной, может исчезнуть при отбытии наказания, но нельзя исключать и противоположных изменений.

Явка с повинной означает добровольное сообщение лица о совершении им преступления и готовности нести за него ответственность. Слово «явка» скорее служит метафорой, чем буквальным отображением реального акта появления лица перед органом, имеющим компетенцию начать производство по делу. Как повод для такой акции физическое появление виновного не исключается. Но также допускается посылка письма, факса, передача сообщения через почту Интернета. Явка с повинной должна быть процессуально оформлена.

Чистосердечное раскаяние как в ходе досудебного производства, так и на судебном процессе, указывает на готовность лица давать правдивые показания о совершенном им преступлении и о всех обстоятельствах, связанных с совершением преступления, включая предоставление информации о других исполнителях и соучастниках преступления. Случается, что чистосердечное раскаяние во время досудебного производства на судебном процессе подсудимым отрицается, и он отказывается признать себя виновным. Тогда решающее значение имеет поведение виновного лица на суде. Вынося обвинительный приговор, основанный на всех других доказательствах вины подсудимого, суд не может ему смягчить наказание путем ссылки на чистосердечное признание, сделанное только на досудебном производстве.

Активное содействие раскрытию виновного деяния дополнительно к чистосердечному раскаянию может выражаться в участии виновного лица в производстве различных действий, производимых в порядке досудебных и судебных процедур (опознания, реконструкции событий, имитация преступления, агентурная работа и др.)

3.4. Иные обстоятельства, смягчающие наказание

Предоставив судье право самостоятельно определять смягчающие обстоятельства, дополняя список, содержащийся в законе, законодатель не просто использовал прием законодательной техники, а создал проблему, имеющую для наказательного права важный смысл. Возникает ряд вопросов.

Прежде всего, распространяются ли на сферу применения наказания те принципиальные установки, которые содержатся в кодексе как ограничители своеволия государства при установлении преступности деяния? Преступлением считается только то деяние, которое предусмотрено кодексом. Но, в то же время, как мы видим, применяя наказание, суд не обязан для смягчения наказания использовать лишь обстоятельства, перечисленные в том же самом кодексе. Не нарушается ли тем самым гармония закона?

Допустимо ли при применении наказания ориентироваться на возможность использования аналогии, особенно, когда речь идет об аналогии права, что категорически запрещено при решении вопроса о преступности деяния?

Является ли источником наказательного права в области применения наказания обычай, который официально признан лишь источником правовой нормы об исключении противоправности деяния, но не об установлении признаков виновного деяния?

Отвечая в общем плане на перечисленные вопросы, необходимо обратить внимание на присущее наказательному праву свойство различно реагировать на проблемы, связанные с установлением преступности деяния и ужесточения наказания, когда в этом имеется необходимость, с одной стороны, и на проблемы освобождения от наказания и его смягчения, - с другой.

Опасность, которая таится в проблемах первого рода, выражается в применении государственного принуждения к невиновному лицу. Поэтому задача состоит в том, чтобы в законе предусмотреть возможные заслоны на пути реализации такой опасности в действительность. Тут все должно быть жестко регламентировано и лимитировано законом.

Проблемы второго рода совсем иного характера. Поскольку они заключаются в том, как бы ни исковеркать наказанием человеческую судьбу, не перекрыть пути для исправления виновного лица, то тут должен существовать простор для судебного усмотрения, подверженного воздействию всех факторов, формирующих истинное правосознание.

Так, например, в судебной практике встречается обоснование смягчения наказания тем, что подсудимый совершил преступление впервые, хотя законом такое основание не предусмотрено.

Благодаря видеоматериалам суд признал 41-летнего мужчину с высшим образованием виновным в соращении своей несовершеннолетней падчерицы и приговорил его к условному сроку заключения.

Отчим начал совращать свою 15-летнюю падчерицу, жившую со своей матерью и ее новым мужем и их двумя маленькими детьми в Таллинне в Ласнамяэ, когда той еще было 14 лет. Сначала это были обычные объятия, которые становились все более двусмысленными, и девочка никак не могла понять поведение своего отчима. По совету тети, девочка решила заснять действия своего отчима, т.к. иначе никто бы ей не поверил. Запись она показала своей матери, которая и обратилась в полицию, добавила прокурор.

Суд приговорил мужчину к одному году и десяти месяцам заключения условно с испытательным сроком в два года. От реального заключения его спасло то, что он не был ранее судим.

Случившееся — это лишь верхушка айсберга, т.к. в большинстве случаев ни пострадавший ребенок, ни его родитель, в полицию не обращаются вообще. За прошедший год зарегистрировано 12 подобных преступлений, из них до суда дошло только пять, по двум из них ведется делопроизводство.^{xxxviii}

Тем не менее, логично было бы предположить, что свобода инициативы суда в рассматриваемом вопросе хоть и большая, но не беспредельная. Суду приходится считаться с тем, что:

1. учитываемое им основание для смягчения наказания, не предусмотренное § 57 KarS, не должно вступать в противоречие с основаниями, перечисленными в этой статье;
2. новое обстоятельство должно находиться в соответствии с теми дозволениями и запретами, которые установлены Общей частью кодекса для смягчения и усиления наказания;
3. при выборе дополнительного смягчающего обстоятельства приходится учитывать, что список отягчающих обстоятельств (§ 58) не подлежит дополнениям, но все, что находится за пределами этого списка, может быть не только смягчающим обстоятельством, но и обстоятельством инертным для определения вида и размера наказания в пределах санкции статьи.

Ограничение, изложенное в первом пункте, основано на идее, согласно которой применяемый к правовой ситуации обычай не должен вступать в противоречие с законом. Это положение применительно к гражданским правоотношениям закреплено в ЗОЧГК § 2 ч. 2.

В наказательном праве использование обычая — явление редкое. Императивный метод правового регулирования, присущий публичному праву, требует исходить из предписаний закона. Поэтому то, что установлено гражданским правом, тем более должно быть признано в наказательном праве, хотя нормы, которой бы устанавливалось подобное предписание, в KarS не имеется.

Существует мнение, и надо сказать сразу же, что оно обстоятельно аргументировано, об обычае как представителе естественного права. По отношению к позитивному праву естественное право исполняет роль критерия, посредством которого в позитивном праве можно вычленишь нормы, действительно учреждающие правовое дело, в отличие от таких норм, которые способствуют бесправию. Из этой посылки делается вывод, что норма обычая должна быть приоритетной по отношению к норме закона.

Но такое мнение нуждается в корректировке. В самом позитивном праве содержатся большой массив норм, имеющих этическое обоснование, напрямую связанных с широко распространенными обычаями и обычными представлениями, выработанными длительной практикой человеческой деятельности и общения. Смягчающие наказание обстоятельства как раз относятся к этой категории. Такой закон имеет достаточные основания

главенствовать над обычаем, не получившим закрепление в законодательной норме. Поэтому прежде, чем избрать смягчающее обстоятельство за пределами списка, необходимо убедиться в невозможности применения списочного обстоятельства.

Использование обычая в качестве источника, где может находиться смягчающее наказание обстоятельство, - естественный ход размышлений судьи. Ведь ему надо дать убедительное обоснование смягчения наказания, которое было бы понятно участникам процесса. Это обстоятельство должно относиться к числу обычных причин, вызывающих понимание ситуации, сочувствие, или даже сострадание. Ведь практике далеко не всегда смягчение наказания судом находит признание у общественности.

Бывший полицейский Ливио К., обвинявшийся в неоднократном получении взяток от нарушителей ПДД, которых задерживали за превышение скорости или управление автомобилем в состоянии опьянения, а так же в посредничестве в даче взяток, покинул зал суда, получив условное наказание с четырехлетним испытательным сроком. Главное, он остался на свободе.

Столь мягкое наказание суд объяснил тем, внося приговор, он учел степень тяжести и опасности совершенных преступлений, необходимость тюремного заключения в целях обеспечения общественного порядка и безопасности, а также то обстоятельство, станут ли обвиняемые совершать новые умышленные преступления во время испытательного срока.

В Эстонии правосудие чинит суд, и его решения могут быть оспорены только судом следующей инстанции. Надо полагать, в ближайшие семь дней прокурор, требовавший для К. реального тюремного заключения сроком на шесть лет, обжалует приговор Харьюского уездного суда, поскольку общественность считает справедливым не решение суда, а требование прокурора.^{xxxix}

Приведенное выше сравнение списков смягчающих обстоятельств, содержащихся в кодексах Эстонии и России, выявляет несколько наименований во втором кодексе, которых нет в первом. Это, очевидно, и есть терминологические обозначения тех обычных представлений, которые могут быть у нас использованы по усмотрению судьи. Но это только пример. Судья, разумеется, вправе сослаться и на другие смягчающие обстоятельства.

Заслуживает внимания возможность для смягчения наказания обратиться к общим принципам права. Еще средневековыми мыслителями была обоснована идея естественного права. Как писал Гуго Гроций «мать естественного права есть сама природа человека и ...сам Бог не может изменить естественного права, как не может он изменить, что дважды два – четыре».^{xl} Современное международное право, нормы которого имеют преимущественное значение по отношению к национальному праву, признало естественной правовой характер ряда общих правовых идей, получивших статус принципов права. В числе таких принципов значится уважение фундаментальных прав человека. Судья, обосновывая смягчение наказания такой общей идеей, по сути дела использует аналогию права, открывающую большую перспективу решения вопроса не столько по форме, сколько по существу, с учетом права человека на жизнь, свободу самовыражения и т.п.

В разделе 2.2. предыдущей лекции рассмотрены смягчающие и отягчающие факторы, непосредственно влияющие на назначение наказания. Именно эти факторы имеются в виду, когда утверждается, что свобода выбора судьей смягчающего обстоятельства за пределами списка § 58 ограничена положениями Общей части кодекса. Эти положения, относящиеся к смягчению наказания, указывая на имеющиеся возможности уменьшить наказание, в то же время устанавливают ограничения, с которыми необходимо считаться.

Третий из сформулированных выше пунктов предостерегает от выбора внесписочного обстоятельства путем не только исключения тех, что содержатся в списке смягчающих обстоятельств, но и тех, которые помещены в список отягчающих обстоятельств. Более того, поле выбора, в целом, ограничено рамками, за пределами которых находятся списочные смягчающие обстоятельства, списочные отягчающие обстоятельства, обстоятельства, предоставляющие возможность освобождения от наказания, и инертные обстоятельства. Под последними понимаются такие обстоятельства, которые подлежат при назначении наказания учету, но не влияют, ни на смягчение, ни на отягощение наказания.

Возьмем, к примеру, такой широко известный факт, как совершение преступления в состоянии опьянения. В § 36 KarS предусмотрено, что состояние опьянения, вызванное умышленно или по неосторожности, не исключает вину. То есть, несмотря на то, что в таком состоянии у лица может быть существенно ослаблен собственный контроль над своим поведением, это лицо считается вменяемым и подлежит наказанию за совершенное преступление. Причем, такой признак в Эстонии не включен ни в перечень смягчающих, ни в перечень отягчающих обстоятельств. Другое дело, когда имеет место патологическое опьянение, позволяющее признать лицо невменяемым, или, по крайней мере, установить его ограниченную вменяемость. Но эти вопросы мной уже прежде рассматривались в курсе лекций о преступлении как виновном деянии.

Подчас приходится иметь дело с ситуацией, при которой определить принадлежность обстоятельства к числу смягчающих, отягчающих или инертных, далеко не просто.

В то время, когда на территории Эстонии действовал УК РСФСР, считалось, что такой мотив убийства, как ревность, является отягчающим обстоятельством, влекущим соответствующую квалификацию преступления. Ревность расценивалась как низменное побуждение, заслуживающее отрицательной оценки в силу обусловленности ее собственническим инстинктом по отношению к человеку, что могло восприниматься как атавистический пережиток, с которым надо вести борьбу как с нарушением коммунистической нравственности. Сейчас другие времена и другие нравы. Упоминание ревности не встречается ни в признаках составов преступлений, ни в перечнях смягчающих и отягчающих наказание обстоятельств. Так что судья, считающий ревность оборотной стороной великого чувства любви, может признать ее смягчающим обстоятельством. Другой же его коллега,

полагающий, что преступление, совершенное по мотивам ревности, напротив, унижает достоинство и ограничивает свободу личности потерпевшего, будет исходить из нейтрального характера этого обстоятельства, хотя и он по этой причине не может усилить наказание, так как ревность не упоминается в перечне отягчающих обстоятельств.

Лекция 4. Содержание обстоятельств, отягчающих наказание

Общность и особенности классификации отягчающих обстоятельств по сравнению со смягчающими обстоятельствами. Неприемлемость для KarS признания отягчающим наказание обстоятельством назначения наказания при совокупности преступлений или приговоров по УК РФ. Сравнительный анализ отягчающих обстоятельств по KarS и УК РФ. Отягчающие наказание обстоятельства, появившиеся до совершения деяния. Отягчающие наказание обстоятельства, сопряженные с совершением деяния.

4.1. Классификация

Было бы трудно объяснить, почему классификация отягчающих наказание обстоятельств производится на другой основе, чем ранее произведенная классификация смягчающих обстоятельств. И тот, и другой виды обстоятельств нацелены на обеспечение индивидуализации и персонификации применения наказания, решая в этом смысле общие задачи. Классификационные признаки, хотя бы по этой причине, в каждом из случаев должны совпадать. Но, разумеется, в пределах возможного. Многое, что было сказано в самых общих чертах о подходах к группировке смягчающих обстоятельств, можно было бы распространить на выделение блоков отягчающих обстоятельств.

Имеют право на признание две группировки отягчающих обстоятельств. Одна из них - это те обстоятельства, которые сложились до начала деяния, хотя и реализуются в процессе его совершения. Другая представлена такими обстоятельствами, которые по времени возникновения и своего проявления органично вплетены в ткань самого деяния. Эти группы, как и ранее, будут обозначены соответственно цифрами 1 и 2.

Так же, как это было сделано при разборе обстоятельств, смягчающих наказание, будет полезно провести сравнение отягчающих наказание обстоятельств, признанных эстонским и российским кодексами.

Однако надо учитывать и специфику отягчающих обстоятельств. Она сводится к таким моментам.

Первое. Список обстоятельств, отягчающих наказание (§ 58 KarS) состоит из 11 пунктов, и никто, кроме законодателя, не имеет права добавить к нему что-то другое. Такой список обычно называют закрытым.

Суд не может отягощать наказание в связи с обстоятельством, не признанным законом.

Второе. Основанием для назначения наказания является вина лица, совершившего деяние. Вина реализуется в преступлении. Поэтому то, что произошло после окончания преступления, не может быть использовано для усиления наказания лицу, осуждаемому за данное преступление. Это значит, что в отличие от группировки обстоятельств, смягчающих наказание, в классификации отягчающих обстоятельств нет места группе обстоятельств, сложившихся после завершения преступления. Среди рассматриваемых одиннадцати наименований отягчающих обстоятельств нет ни одного, которое могло бы быть признано как возникшее после преступления.

УК РФ (ч. 2, ст. 60) признает, что отягощающую роль играет принцип сложения наказаний, применяемый при совокупности преступлений или приговоров. Однако аналогичного утверждения в KarS не найти.

Действительно, даже при частичном сложении наказания за два и более преступления размер наказания у конкретного осужденного возрастает. Но надо считаться с тем, что хотя тяжесть возросшего наказания испытывает осужденный, но основанием для назначения наказания является вина в совершении им каждого конкретного преступления. По этой причине нельзя сказать, что принцип сложения наказаний является однопорядковым явлением с обстоятельствами, отягчающими наказание. Этот принцип не утяжеляет наказание за отдельное преступление, а устанавливает способ назначения наказания за совокупность виновных деяний. Кроме того, осуждаемое лицо при сложении наказаний за отдельные преступления даже выигрывает по сравнению с тем, если бы сложение не производилось, а наказание назначалось бы только за конкретные, совершенные этим лицом преступления по отдельности. Чаще всего одно наказание присоединяется к другому не полностью, а частично. Тогда итог суммированных наказаний оказывается меньше, чем предполагаемый общий показатель для наказаний, назначенных за отдельные преступления.

Представим сначала рассматриваемый вопрос в виде сравнительной таблицы (см. рисунок 5).

№	§ 58 KarS	Ч. 1 ст 63 УК РФ
1	п. 3. совершение виновного деяния в отношении лица, заведомо не достигшего двенадцатилетнего возраста, беременной женщины, лица преклонного возраста или лица, находящегося в беспомощном состоянии, а также лица, страдающего тяжелым психическим расстройством	з. совершение преступления в отношении женщины, заведомо для виновного находящейся в состоянии беременности, а также в отношении малолетнего, другого беззащитного или беспомощного лица либо лица, находящегося в зависимости от виновного
	п. 4 совершение виновного деяния в отношении лица, находящегося в служебной, материальной или семейной зависимости от виновного	
	п. 5. совершение виновного деяния в период чрез-вычайного или военного положения	л. совершение преступления в условиях чрезвычайного положения, стихийного или иного общественного бедствия, а также при массовых беспорядках
	п. 6. совершение виновного деяния с использованием обстоятельств общественного или стихийно-го бедствия	

	п. 11. использование для совершения виновного деяния официальной форменной одежды или служебных знаков отличия	н. совершение преступления с использованием форменной одежды или документов представителя власти
	-	а. рецидив преступлений
	-	д. привлечение к совершению преступления лиц, которые страдают тяжелыми психическими расстройствами либо находятся в состоянии опьянения, а также лиц, не достигших возраста, с которого наступает уголовная ответственность
	-	ж. совершение преступления в отношении лица или его близких в связи с осуществлением данным лицом служебной деятельности или выполнением общественного долга
	-	м. совершение преступления с использованием доверия, оказанного виновному в силу его служебного положения или договора
2	п. 1. корыстные или иные низменные побуждения	
	п. 2. совершение виновного деяния с особой жестокостью или издевательством над потерпевшим	и. совершение преступления с особой жестокостью, садизмом, издевательством, а также мучениями для потерпевшего
	п. 7 совершение виновного деяния общепасным способом	к. совершение преступления с использованием оружия, боевых припасов, взрывчатых веществ, взрывных или имитирующих их устройств, специально изготовленных технических средств, ядовитых и радиоактивных веществ, лекарственных и иных химико-фармакологических препаратов. также с применением физического или психического принуждения
	п. 8. причинение тяжких последствий;	б. наступление тяжких последствий в результате совершения преступления
	п. 9. совершение виновного деяния с целью облегчения совершения или сокрытия другого виновного деяния	д. совершение преступления по мотиву национальной, расовой, религиозной ненависти и вражды, из мести за правомерные действия других лиц, а также с целью скрыть другое преступление или облегчить его совершение
	п. 10. совершение виновного деяния группой лиц ;	в. совершение преступления в составе группы лиц, группы лиц по предварительному сговору, организованной группы или преступного сообщества (преступной организации)
		г. особо активная роль в совершении преступления

Рисунок 5. Списки обстоятельств, отягчающих наказание, в КавС и УК РФ

4.2. Отягчающие наказание обстоятельства, появившиеся до совершения деяния

Совершение виновного деяния в отношении лица, заведомо не достигшего двенадцатилетнего возраста, беременной женщины, лица преклонного возраста или лица, находящегося в беспомощном состоянии, а также лица, страдающего тяжелым психическим расстройством (KarS § 58 п. 3).

Можно напомнить, что совершение виновного деяния беременной женщиной или лицом преклонного возраста является смягчающим наказание обстоятельством. Достаточно превращения этих субъектов преступления в объект посягательства, как их свойства, позволяющие смягчать наказание, становятся обстоятельствами, его отягчающими для деяния виновного лица. К тому же, перечень личностных свойств потерпевших от преступления, влияющих на усиление наказания, в данном случае расширен. Как видно, положение закона распространяется на пять категорий лиц.

Объединяющим их признаком можно считать ограниченность возможностей защитить себя от действий преступника, а тем более оказать ему сопротивление по причинам, связанным с их личностными особенностями. Поведение виновного лица в таком случае отличается особой безнравственностью и цинизмом, так как объектом посягательства являются «слабаки». Житейская мудрость гласит «лежачего не бьют». А тут не просто «лежачие», а люди, нуждающиеся в помощи и сочувствии, которым вместо выражения поддержки уготована участь жертв виновного деяния.

Другим общим положением рассматриваемого обстоятельства является требование, чтобы виновное лицо действовало, заведомо зная, кто страдает от его поступка. Качества, названные в пункте 3, далеко не всегда очевидны для постороннего лица. Сомнения может вызывать и возраст, и факт беременности, и беспомощность состояния лица, и проявления серьезного психического расстройства. По этой причине усиливать наказание возможно лишь при наличии в деле доказательств осведомленности виновного лица о том, с кем оно имеет дело.

Выяснение общих свойств важно для понимания причин введения в закон этого признака, но не для его использования при назначении наказания. Если в законе названы пять категорий лиц, то только в связи именно с этими категориями должен решаться вопрос практически. Правда, представить себе, кого бы еще можно было включить в круг подобного рода объектов, довольно сложно. Каждая из пяти категорий охватывает очень большой массив частных случаев. Одно понятие нахождения в беспомощном состоянии чего стоит. Хотя оно и используется в качестве признака состава преступления (§124), но точно не поддается определению своих границ и нуждается в специальном толковании. Создатели российского кодекса, как видно, на всякий случай, поосторожничали, и включили в пункт «з» части первой ст. 63 такой признак, как «другое беззащитное и беспомощное лицо». Усиление «запаса прочности», в общем-то, не должно вызывать возражений.

Признак возраста используется в наказательном праве для решения разных задач.

Деликтоспособность (виновность) лица, совершившего деяние, возникает с четырнадцатилетнего возраста (§ 33).

Достижение совершеннолетия или не достижение этого возраста является основанием для определения предельных сроков тюремного заключения и решения некоторых других проблем.

Десятилетний возраст признается порогом, до достижения которого лицо считается не способным понимать характер и значение виновных деяний, предусмотренных разделом кодекса о виновных деяниях против сексуального самоопределения (§ 147).

Преступлением, влекущим наказание в виде тюремного заключения на срок до пяти лет, считается половое сношение совершеннолетнего с лицом, не достигшим возраста 14 лет (§ 145).

Отягчает наказание совершение виновного деяния в отношении лица, заведомо не достигшего двенадцатилетнего возраста или находящегося в преклонном возрасте.

Не буду вдаваться в объяснение причин установления разных возрастных критериев. Но надо заметить, что понятие «преклонный» возраст слишком аксиологично, чтобы им можно было успешно пользоваться для решения такого важного и конкретного вопроса, как отягощение наказания за преступление. Законодателю полезнее было бы воспользоваться градацией возрастов, разработанной геронтологией.

Установление факта беременности потерпевшей закон не связывает ни с какими внешними признаками, а целиком относит к субъективной информированности на этот счет виновного лица. Следствием такой формулировки закона может стать признание беременности судом, когда ее на самом деле у потерпевшей не было, хотя виновное лицо полагало, что совершает деяние в отношении беременной женщины.

Тяжелое психическое расстройство – психиатрический термин. Психиатрии известны многочисленные и разнообразные расстройства психики на патологическом уровне. Специалисты в этой области руководствуются Международной классификацией болезней (классификация десятого пересмотра, или МКБ-10). Там определены диагностические критерии и границы шизофрении, других психических расстройств (термин «болезни» не используется). В группу психических расстройств не включаются изолированные социальные отклонения или конфликты без личностной дисфункции.

К тому, что в § 34 называется психической болезнью, относятся такие расстройства, которые долговременны и имеют тенденцию к усилению болезненных явлений, их прогрессированию (шизофрения, маниакально-депрессивный психоз, эпилепсия, прогрессивный паралич и др.).

Временным тяжким психическим расстройством можно считать патологическое опьянение, патологический аффект, алкогольные психозы, реактивные состояния.

Слабоумие – это тоже патология, которая выражается в олигофрении (врожденное слабоумие в виде дебильности, имбецильности и идиотизма, нарастающих - в порядке перечисленных явлений - по степени глубины расстройства мыслительных способностей), в деменции (приобретенное слабоумие, например, вследствие травмы головного мозга), в старческом слабоумии и др.

Иное тяжкое психическое расстройство может состоять в психических аномалиях, вызванных физическими травмами головного мозга, инфекционными заболеваниями. Можно еще назвать некоторые формы психопатии (как психический инфантилизм), состояние наркотической абстиненции (голодания) и др.

Таким образом, следуя формулировке п.3 § 58, усиление наказания можно производить только тогда, когда деяние осуществляется по отношению к лицу, страдающему не от всякого психического расстройства, а от тяжелого: длительного (постоянного) или временного.

Совершение виновного деяния в отношении лица, находящегося в служебной, материальной или семейной зависимости от виновного (п. 4 § 58 KarS).

Содержание этого обстоятельства ранее рассмотрено при разборе обстоятельств, смягчающих наказание. С ним происходит такая же метаморфоза, как и с признаком, находящимся в пункте 3 рассматриваемой статьи. Став признаком, относящимся к объекту преступления, это обстоятельство отягощает наказание, назначаемое виновному лицу.

Совершение виновного деяния в период чрезвычайного или военного положения (п. 5 § 58 KarS).

Совершение виновного деяния с использованием обстоятельств общественного или стихийного бедствия (п. 6 § 58 KarS).

Оба названные обстоятельства способны усиливать наказание по той очевидной причине, что они определяют особые условия, при которых любое нарушение правопорядка, а тем более совершение преступления, представляет повышенную угрозу основам всей жизнедеятельности общества в его глобальном или локальном измерениях. Кроме того, что преступление посягает на конкретный объект, оно может вызвать побочные неблагоприятные последствия. У населения возрастает чувство страха, сеется паника, и все это может в понимании массы людей рассматриваться через призму ситуации чрезвычайного или военного положения, общественного или стихийного бедствия. Не случайно УК РФ к этому типу обстоятельств относит массовые беспорядки. Надо принимать в расчет, что чрезвычайное или военное положение, введенные на основании Конституции и соответствующих законов, означают ограничения прав и свобод человека. В такой ситуации социальный резонанс от преступления оказывается особо негативным.

Использование для совершения виновного деяния официальной форменной одежды или служебных знаков отличия (п.11 § 58 KarS).

То, что относится к содержанию данного обстоятельства, может образовывать самостоятельный состав проступка, если совершается по отношению к форменной одежде и служебному удостоверению чиновника (§ 277 KarS).

Для лица, виновного в совершении преступления, это же обстоятельство, к которому добавляются все иные виды официальной форменной одежды или служебных знаков отличия, влияет на отягчение наказания за преступления, которые были совершены соответствующим способом.

Официальная форменная одежда, служебные знаки отличия являются свидетельствами того, что их обладатели имеют особые права или даже привилегии, которые необходимы для осуществления определенных функций: обороны страны, охраны общественного порядка и обеспечения безопасности, осуществления правосудия. Это могут быть также производственные, торговые функции, функции по обслуживанию населения и т.п. Виновное лицо, используя не по праву форму одежды, служебное удостоверение или какой – либо иной подобного рода атрибут, создает обманное впечатление у жертвы преступления о своем праве на определенные требования или о готовности оказать услугу. Тем самым значительно упрощает себе достижение преступной цели. Такой способ поведения указывает на особую изощренность коварного замысла и его претворения в жизнь, что должно найти свое отражение в усилении наказания. С другой стороны, необходимо учитывать, что использование официальной атрибутики в преступных целях дискредитирует соответствующие ведомства или фирмы, нанося урон их деятельности, что также должно быть учтено в норме закона, позволяющей усиливать наказание за преступление.

4.3. Отягчающие наказание обстоятельства, сопряженные с совершением деяния

Корыстные или иные низменные побуждения (п. 1 § 58 KarS).

Побудительные мотивы играют большую роль в определении характера деяния. В зависимости от того, толкает ли на преступное поведение месть или корысть, озорство или ненависть может меняться квалификация преступления. Если мотив не является субъективным признаком состава преступления, то он может повлиять на отягощение наказания в соответствии с тем обстоятельством, которое предусмотрено законом. В данном случае таким обстоятельством названы в первую очередь корыстные побуждения.

Корысть – это имущественная, материальная заинтересованность в определенном поступке, в результате которого лицо рассчитывает на обогащение себя или других лиц, так или иначе связанных с заинтересованным лицом.

В советские времена корыстная заинтересованность на официальной шкале ценностей жизни занимала низкое место. Несмотря на то, что господствующая идеология стояла на позициях исторического материализма, доказывавшего первичность материальных, базисных отношений по сравнению с политическими и духовными, в то же время утверждалось, что отношение человека к труду, к государству, к другим людям должно строиться на основе высокой духовности, в соответствии с коммунистическими идеалами. Любовь к деньгам, материальному достатку, к разрастанию личного имущества расценивалась как низменные побуждения. Не удивительно, что корысти как мотиву преступного поведения в уголовном праве давалась соответствующая оценка.

В современном кодексе, действующим в условиях рыночных отношений, при которых деньги, богатство стали доминирующей мотивацией и которыми в значительной степени оценивается мера успеха на жизненной стезе, понятие корысти как преступного мотива нуждается в существенном уточнении.

Следует обратить внимание на то, что рассматриваемое положение закона сформулировано как «корысть и иные низменные побуждения». Следовательно, не корысть вообще как мотив поведения, а корысть как низменное побуждение может обусловить отягощение наказания. То есть корысть, уродливо разросшаяся у человека до такой степени, что толкает его на преступный путь. Корысть и преступное поведение тесно переплетены друг с другом как клубок шипящих змей. В силу корысти совершается преступное деяние, но преступное деяние делает корысть низменным побуждением.

Однако, если так рассуждать, то любой мотив, обусловивший преступное поведение, должен считаться низменным побуждением. Между тем, кажется, что мысль, заложенная в закон, не сводится к тому, чтобы любое мотивированное поведение расценивать как совершенное из низменных побуждений. Все-таки, это особое обстоятельство, влияющее на возможность усиления наказания. Поэтому надо установить, что делает корысть низменным побуждением. Скорей всего – это неразборчивость в средствах достижения целей, обусловленных корыстной мотивацией. Так сказать, «шагание по трупам», безжалостное отношение к слабым, уничтожение конкурентов и т.п. Поэтому корысть как низменный мотив должна быть установлена путем выяснения всей жизненной позиции виновного лица.

У каждого низменного побуждения «свое лицо». Однако о каком бы из них речь ни шла, низменный характер, очевидно, появляется в том же самом, что и у корысти. Месть, озорство, сексуальное удовлетворение, фрустрация, ненависть и зависть превращаются в низменные побуждения, когда становятся самоцелью, не разбирающейся в средствах ее достижения.

Совершение виновного деяния с особой жестокостью или издевательством над потерпевшим (п. 2 § 58 KarS).

Любое умышленное преступление, от которого страдает потерпевшее лицо, жестоко по отношению к нему. Отягчающим наказанием обстоятельством считается лишь особая жестокость или издевательство над потерпевшим, что, по сути дела, является частным проявлением особой жестокости. Обычно такие обстоятельства встречаются в преступлениях против личности, против имущества (разбой, вымогательство, мошенничество), при пиратстве, захвате воздушного судна, порабощении, захвате заложника. Это далеко не полный перечень. Как уже об этом раньше неоднократно говорилось, утяжелять наказание нельзя, если обстоятельство является признаком состава преступления (как, например, в п. 1. § 114 KarS, - убийство при отягчающих обстоятельствах). Особая жестокость проявляется в издевательстве над человеком, причинении ему мучительных болезненных

страданий, как физических, так и психических (скажем, ложное сообщение матери об убийстве ее ребенка, сопровождаемое гнусным вымыслом о растлении трупа) и т. п.

Совершение виновного деяния общеопасным способом (п.7 § 58 KarS).

Способ совершения преступления можно считать общеопасным, когда действиями виновного лица наносится существенный вред значительному числу объектов, или для них создается реальная угроза наступления такого вреда. Общая опасность подразумевает как опасность для известного, так и неопределенного числа объектов. Суду необходимо самостоятельно без подсказки закона оценить степень общей опасности, не ориентируясь на какое-либо конкретное число. Из контекста формулировки этого признака следует, что опасность должна быть по оценке суда значительной. Иначе говоря, приходится принимать во внимание не только количественную, но и качественную характеристику последствия деяния. Ведь речь идет об отягощении наказания.

На общую опасность способа могут указывать используемые средства (взрывчатые вещества, оружие, радиоактивные материалы и др.), хотя такое имеет место далеко не во всех случаях. Вытащить бревно из укрепления плотины, в результате чего происходит прорыв воды и затопление местности. – это тоже общеопасно.

Норма закона не содержит, как это сделано в другом случае (п.3), признак «заведомость». Тем самым допускается усиление наказания и тогда, когда способ совершения деяния был общеопасным по своим объективным свойствам, но до конца не осознавался в качестве такового виновным лицом. Лицо, проявившее небрежность в использовании бактериологического материала в лаборатории, вследствие чего происходит выброс материала в окружающую среду, должно нести повышенную ответственность за свое головотяпство.

Как видно из приведенной сравнительной таблицы (п. «к»), российский кодекс не использует понятие общеопасного способа, а содержит перечень орудий и средств, способных создавать при их использовании повышенную опасность. Такой технический прием формулирования нормы закона чреват возможными пробелами, которые не могут быть восполнены судом, так как перечень отягчающих обстоятельств является закрытым.

Причинение тяжких последствий (п.8 § 58 KarS).

Тяжкие последствия в целом ряде статей KarS предусмотрены как признаки составов преступлений. Как понятно, сейчас речь идет не об этом, а о противоположной ситуации. Тяжкие последствия в статье не предусмотрены, но, если они являются следствием преступления, наказание виновному лицу в рамках санкции статьи может быть усилено.

Например. KarS § 215. ч.2 устанавливает наказание за самовольное пользование вещью при отягчающих обстоятельствах. Среди перечисленных в названной части статьи отягчающих обстоятельств тяжкие последствия не названы. Следовательно, этот признак, не играя никакой роли в

квалификации преступления, принимается в расчет при назначении наказания, увеличивая его размер в пределах предусмотренной санкции (тюремное заключение от двух до десяти лет).

Если рассматриваемое обстоятельство является признаком того или иного состава преступления, то оно чаще всего формулируется как вред, причиненный преступлением. Согласно Закону о введении в действие Пенитенциарного кодекса (§ 8) такой вред измеряется при помощи ставки действующей в момент применения закона минимальной ставки месячной заработной платы. Вред считается существенным, если он десятикратно превышает эту ставку, и крупным – если превышение составляет стократный размер.

При назначении наказания эти положения могут учитываться, но не буквально, а в качестве ориентира. В названном законе прямо указано, что содержащаяся в нем оценка вреда предназначена для квалификации виновных деяний. Тяжесть последствий, прежде всего, оценивается по существу (наступление смерти, серьезность повреждения здоровья, уничтожение ценных для собственника материальных предметов и т.п.), а во вторую очередь при помощи денежного эквивалента. Встречаются случаи, когда принимаются во внимание не только прямые результаты преступления, но и косвенные (например, потеря кормильца).

Совершение виновного деяния с целью облегчения совершения или сокрытия другого виновного деяния (п.9 § 58 KarS).

В данном случае закон реагирует на встречающиеся случаи совершения преступлений с особыми целями.

Угон автомашины осуществляется не столько, чтобы завладеть ей, сколько использовать для кражи товаров со склада, а потом уничтожить ее как опасное для виновного лица вещественное доказательство.

Насильник, жертвой которого стала несовершеннолетняя девочка (§ 141, ч. 2, п. 1 –наказание в виде тюремного заключения на срок от шести до пятнадцати лет) совершает карманную кражу в автобусе (§ 199 ч.1 – наказание в виде денежного взыскания или тюремного заключения на срок до трех лет). Цель второго преступления – уйти от ответственности за изнасилование, отбыв в тюрьме непродолжительное время, пока правоохранительные органы будут разыскивать лицо, виновное в совершении более тяжкого преступления – изнасилования несовершеннолетней.

Подобного рода комбинации говорят о том, что правосудию приходится иметь дело с лицами, четко осмысливающими возможные ходы осуществления преступных намерений, что дает основание назначать им суровое наказание.

Совершение виновного деяния группой лиц (п.10§ 58 KarS).

Данное обстоятельство использовано как признак квалифицированного состава преступления далеко не во всех статьях Особенной части. Или, иначе говоря, число видов преступлений, которые могут быть совершены группой, значительно больше, чем видов преступлений, составы которых учитывают

это обстоятельство. Тут как раз и применимо рассматриваемое обстоятельство.

При квалификации преступления важно видеть разницу между группой и преступным сообществом. Для усиления наказания это различие тоже необходимо учитывать. Участие в преступном сообществе является отдельным и самостоятельным составом преступления, за совершение которого установлено свое наказание.

Из таблиц (рисунки 4 и 5) хорошо видно, что по смыслу целый ряд смягчающих и отягчающих наказание обстоятельств, признанных KarS и УК РФ, совпадает. Явление это не уникально. Теоретические представления, влияющие на содержание законов, не могут быть обременены государственными границами. К тому же долгое время правовое поле двух, теперь самостоятельных государств, было единым. Влияние оказало и естественно-правовое происхождение многих рассматриваемых обстоятельств, в свою очередь обусловленное общечеловеческими этическими нормами.

Но видны и различия. Масштабы криминальных явлений в двух сравниваемых государствах трудно сопоставимы. И в плане величины территории их распространения, и в аспекте обуславливающих их тотальных проблем, и с точки зрения их интенсивности, видов и форм проявления. Играет свою роль и научный фактор, который в России представлен множеством школ и теоретических концепций, в дискуссиях представителей которых вырабатываются позиции, воспринимаемые законодателем. Эстонские возможности более скромные.

Тем не менее, некоторые вопросы в KarS решены, на мой взгляд, более обоснованно, чем в УК РФ. Например, преобладание в перечне отягчающих обстоятельств формулировок общего характера с учетом того, что в такой список ничего не может быть добавлено по усмотрению суда. В УК РФ, напротив, значительно число положений, изложенных методом перечисления типовых признаков, что создает возможность пробелов, восполнение которых не входит в компетенцию суда.

Несмотря ни на какие ныне существующие препятствия в перспективе не исключено прямое или косвенное взаимовлияния разных государственных наказательных систем, стимулируемое все возрастающими потребностями противодействия преступности. Это касается использования подходов как России, так и Германии, законодательство которой, напомним, тоже в данной работе используется для сравнительного анализа

Например, в Эстонии пока что не прижилось понятие рецидивиста, чему есть свои объяснения. По УК РФ рецидив преступления признается отягчающим наказание обстоятельством (п. «а» ч.1 ст.61).

Но вот становится известным, что Министерство юстиции Эстонии озаботилось этой проблемой и вынашивает предложения, учитывающие

германский опыт, далеко превосходящие те жесткие нормы о рецидиве, которые установлены в уголовном праве России.

Министерство юстиции планирует составить законопроект, который позволил бы не выпускать на свободу рецидивистов, отбывших свой тюремный срок."Это объясняется следующим образом: несмотря на то, что человек отбыл полный срок наказания, суд может принять решение не освободить его, если он убежден в том, что человек настолько опасен для общества, что может совершить преступление против личности", — объяснил министр юстиции Рейн Ланг в понедельник в Рийгикогу. Введение превентивного заключения в эстонское законодательство также предусматривается коалиционным соглашением. Такой порядок введен, например, в Германии. "Сейчас мы анализируем пример Германии и существует большая вероятность того, что в 2008 году мы придем в парламент с соответствующим законопроектом, который, я надеюсь, вы поддержите", — сказал Ланг во время выступления в Рийгикогу. Ланг не считает, что существующий на сегодняшний день в Эстонии правопорядок, когда лицо, освобождающееся в срок из тюрьмы, даже не состоит на учете в службе пробации, является эффективным. В отношении его невозможно проводить какую-либо оперативно-розыскную деятельность без разрешения суда. Однако даже служба пробации часто не является решением, отметил Ланг. Пресс-секретарь канцлера права Яана Падрик сказала Delfi, что законопроекты, которые пока существуют только как идеи, канцлер права комментировать не может.^{xli}

Лекция 5. Замена наказания

Нормы о замене наказания в кодексах трех государств. Причины, вызвавшие к жизни появления таких норм. Замещающая роль тюремного заключения как его дополнительная функция. Обоснование разрешения коллизии между принципом «наказание за преступление» и замещающей функцией тюремного заключения. Проблемность замены имущественного наказания на тюремное заключение. Отмена имущественного наказания и проблема введения вместо этого наказания конфискации имущества, полученного преступным путем. Влияние института замены наказания на предмет наказательного права. Замена тюремного заключения на общественно-полезный труд. Проблема правового статуса Общественно-полезного труда.

5.1. Юридическая природа замены денежного взыскания тюремным заключением

В поле действия института замены наказания оказываются основные наказания для физического лица, имущественное наказание и общественно-полезный труд. В KarS этому вопросу отведены разделы 2 и 3 (Замена наказания общественно-полезным трудом и Замена денежного взыскания, штрафа и имущественного наказания) главы 4 (Применение наказания). Ни в StGB, ни в УК РФ подобных разделов не существует, но отдельные положения о замене наказаний находятся в разделах кодексов о наказании, им посвящены некоторые параграфы.

Так, по § 43 StGB вместо невыплаченного денежного штрафа применяется лишение свободы. Одной денежной ставке соответствует один день лишения свободы. Минимальный срок замены денежного штрафа лишением свободы составляет один день.

То, что у нас называется имущественным взысканием, по StGB (§ 43a) именовалось имущественным штрафом. В части 4 названного параграфа было установлено правило, по которому суд выносит решение в виде лишения свободы, которое выполняется в случае невозможности выплаты имущественного штрафа (эрзац лишения свободы). Верхний предел замены имущественного штрафа лишением свободы составлял два года, нижний предел – один месяц. В 2002-м году эта норма была отменена как противоречащая Конституции ФРГ.

УК РФ предусматривает замещение злостно не выплаченного штрафа любым наказанием, предусмотренным санкцией той же статьи, что говорит и о штрафе (ч. 5 ст.46). Система наказаний в РФ многократно по численности ее представителей превосходит эстонский и немецкий варианты. Это обстоятельство расширяет рамки возможностей назначения наказания, оставаясь в пределах тех видов, которые перечислены в санкции.

Для порядка определения сроков наказаний при сложении наказаний (ст. 71) установлено два подхода. В соответствии с первым сложение наказаний при совокупности осуществляется с учетом однородности наказаний. Для приведения разных наказаний к общему знаменателю установлено правило соответствия одному дню лишения свободы размеров некоторых других наказаний, т.е. их замены на лишение свободы. Другой подход находит свое выражение в перечне видов наказания, которые наряду с лишением свободы исполняются самостоятельно.

Необходимость в существовании замены наказания обусловлена рядом причин.

Прежде всего, используется санкционная роль тюремного заключения по отношению к денежному взысканию. Поиск путей разрешения ситуации, при которой осужденное к выплате денежного взыскания лицо без уважительных к тому причин уклоняется от исполнения своей обязанности, приводит к решению применить более строгое наказание, которым является тюремное заключение. Поэтому один день тюремного заключения соответствует трем дневным ставкам денежного взыскания. Но требуется, чтобы минимальный срок тюремного заключения составлял десять дней (части 2 и 3 § 70 KarS).

Наказание, назначенное судом, должно быть исполнено. Из этого правила имеется исключение в виде истечения срока давности для исполнения приговора. Но это исключение закреплено в законе, к тому же, сковано своими ограничениями, о чем разговор пойдет в одной из последующих лекций. В данном же случае приговор не исполняется из-за ненадлежащего поведения осужденного лица. Наказание утратит свою легитимность, если такие факты будут оставлены без внимания. Тюремное заключение вместо денежного взыскания - это справедливая плата за пренебрежение судебным приговором.

Таким образом, у тюремного заключения как основного наказания выявляется дополнительная функция. Кроме того, что оно является правовым последствием преступления, установленным в санкции статьи Особенной части кодекса, оно выступает в роли гаранта исполнения другого основного наказания – денежного взыскания. Для лица, осужденного к денежному взысканию, перспектива оказаться в тюрьме, является «страшилкой», стимулирующей полную выплату суммы денежного взыскания.

Юридическая природа применения тюремного заключения вместо денежного взыскания в определенной своей разновидности отличается от того, что можно считать наказанием за данное преступление.

Дело в том, что § 329 KarS (Уклонение от отбывания наказания) предусматривает уклонение от отбывания наказания заключенным, которому разрешен выезд за пределы тюрьмы либо уклонение от исполнения обращенного к исполнению иного наказания (подчеркнуто мной – Ю.Л.).

В силу такого предписания закона уклоняющееся от исполнения денежного взыскания лицо совершает тем самым другое преступление. И уже должно нести за него самостоятельную ответственность. Оно наказывается денежным взысканием или тюремным заключением до одного года.. Возникает вопрос: происходит ли тут замена наказания или должно быть назначено наказание согласно методу « последующего назначения наказания по совокупности» (ч.2 § 65 KarS)?

На этот вопрос можно дать разные ответы, которые зависят от санкции статьи кодекса, по которой лицо было приговорено к денежному взысканию. Одно дело, когда санкция была альтернативной и содержала тюремное заключение, другое, - когда там значилось только одно наказание: денежное взыскание.

Например, § 157 KarS – нарушение обязанности хранить тайну, ставшую известной в связи с профессиональной или служебной деятельностью.

В том случае, когда санкция статьи содержит кроме денежного взыскания также и тюремное заключение, суд постановляет в пределах санкции статьи. Он только изменяет решение об избрании вида наказания, не претендуя на что-нибудь другое.

В связи с этим хотелось бы еще раз обратить внимание на то, как решается близкий по содержанию вопрос Уголовным кодексом РФ. В части 5 статьи 46 (Штраф) указывается, что в случае злого уклонения от уплаты штрафа, назначенного в качестве основного наказания, он заменяется в пределах санкции, предусмотренной соответствующей статьей Особенной части настоящего Кодекса.

Возьмем в качестве примера статью 137 – нарушение неприкосновенности частной жизни. Санкция части первой этой статьи предусматривает: штраф в размере до двухсот тысяч рублей или в размере заработной платы или иного дохода осужденного за период до 18 месяцев, либо обязательные работы на срок от ста двадцати до ста восьмидесяти часов, либо исправительные работы на срок до одного года, либо арест на срок до четырех месяцев.

Как видно, суду при замене штрафа на другой вид наказания предоставляется возможность решить этот вопрос, соблюдая принцип «наказание за преступление», т.е. заменить денежный штраф на одно из наказаний, предусмотренных санкцией той же самой статьи.

Но суд, руководствуясь принципом «наказание за преступление» (ч. 2 § 2 KarS), не может назначить наказание, которое не предусмотрено статьей, по которой квалифицировано преступление. При таком стечении обстоятельств ничего другого не остается, как осудить лицо за неисполнение наказания, использовать способ последующего назначения наказания по совокупности, заменив не выплаченную часть денежного взыскания на тюремное заключение, увеличить наказание за новое преступление на величину неотбытой части наказания по предыдущему приговору. При этом максимум не может превышать максимального предела вида наказания (для тюремного заключения – 20 лет).

Если бы не существовал § 329 KarS, то сложилась бы тупиковая ситуация. Основополагающий принцип наказательного права – наказание применяется за деяние, которое соответствует составу виновного деяния, является противоправным, и если лицо виновно в его совершении ч.2 § 2

KarS) – имеет международно-правовое происхождение, что придает ему самую большую юридическую силу. Поэтому норма о замене денежного взыскания на тюремное заключение в случае уклонения осужденного от исполнения приговора не могла бы конкурировать с этим принципом. Конкуренция складывалась бы по той причине, что тюремное заключение применялось бы не за самостоятельное преступление, а за то, что не было выплачено денежное взыскание как наказание. Получалось бы вроде наказания за наказание, а не наказание за преступление. Такое решение означало бы отход от названного принципа и влекло бы признание нормы о замене денежного взыскания на тюремное заключение недействительной.

5.2. Проблема замены имущественного наказания тюремным заключением.

Необходимость замены может возникнуть не только в связи с уклонением осужденного от уплаты определенных судом денежных сумм. Закон (§ 71 KarS) предусматривает также замену имущественного наказания тюремным заключением.

Видно, что моделью для этой нормы послужил § 43a StGB. Правило состоит в том, что в случае неуплаты осужденным назначенного ему имущественного наказания суд заменяет названное наказание тюремным заключением. Сумме 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.

Введение в KarS такой нормы было, очевидно, основано на предположении, что тюремное заключение является более тяжелой мерой воздействия, чем имущественное наказание. Если бы это было не так, то замена одного на другое вообще теряло бы всякий смысл. Аргументом в пользу такого предположения могло служить отнесение законом тюремного заключения к категории основных наказаний, а имущественного наказания – к категории дополнительных. Но как само предположение, так и его аргументация оказались весьма уязвимыми.

Законодатель с подачи теоретиков может создавать разные юридические конструкции, но критерием их обоснованности может быть лишь отражение в них требований жизни. Признать, что тюремное заключение на весах тяжести наказания перевешивает имущественное наказание, значит учесть такое обоснование в весьма ограниченной мере.

Для преобладающего контингента тех лиц, на которых могло быть распространено имущественное взыскание^{xliii}, уплатить сумму, размер которой может достигать стоимости всего имущества осужденного (§ 53 KarS), значит подвергнуться лишению не менее, а, скорее всего, более тяжкому, чем тюремное заключение на срок от тридцати дней до пяти лет. Как кара материальные ущемления не менее значимы, чем морально-психологические. Находиться в тюрьме и знать, что у тебя «на воле» имеется

значительное имущество, которое после освобождения станет опорой существования и деятельности,- это совсем другое мироощущение себя и окружающих, чем представление о себе как о «голи-моли», лишенной средств к существованию.

Вопрос о тяжести дополнительного наказания вызвал в прессе целую дискуссию.

Харьуский уездный суд признал 35-летнего Тимо Т. виновным в автокатастрофе, которая унесла жизни двух человек. Отягчающим обстоятельством стало употребление алкогольных напитков, что и явилось основной причиной трагедии. Т., который так и не признал себя виновным в гибели пассажиров разбившегося на Лаагна тез автомобиля, был приговорен к тюремному заключению сроком на три года, а также к трем годам лишения водительских прав. Итак, через три года после выхода из тюрьмы водитель-убийца вновь сядет за руль. А ведь даже невозможно себе представить, что обычный убийца через какое-то время получит разрешение на ношение оружия.

По словам старшего прокурора Северной Окружной прокуратуры Т. Б., три года – это максимальный срок лишения прав в криминальном порядке. Он также отметил, что на первый раз злостным нарушителям зачастую дают условный срок с лишением прав на максимально возможный промежуток времени. Мало ли, какие причины вынудили человека сесть за руль в состоянии алкогольного опьянения - пусть уж будет возможность исправиться.

Бывший комиссар Дорожной полиции И. С. также считает, что в случае с Т. закон действует правильно - есть вероятность того, что за проведенное без прав время человек существенно изменит свое поведение. И.С., правда, признает, что существуют и исключительные случаи, когда полное лишение прав является единственным адекватным выходом из ситуации. Но у столь жесткого наказания, по мнению бывшего полицейского, есть и свои недостатки: если человек имел водительские права, существует большая вероятность того, что никакое лишение водительских прав не остановит его, чтобы снова сесть за «баранку».

Автожурналист Александр Б. имеет на этот счет более радикальную точку зрения. По его мнению, любителя выпить за рулем, по вине которого произошла авария, не говоря уже о том, что имеются человеческие жертвы, стоит наказывать по полной программе, и пожизненное лишение прав этом случае должно стать неотъемлемой частью наказания.^{xliii}

Мне уже в предыдущих лекциях приходилось доказывать, что дополнительные наказания отличаются от основных отнюдь не своей меньшей тяжестью для осужденного, а возможностью субсидарного, но, в то же время, более целевого на него воздействия по сравнению с основными наказаниями.^{xliv}

Более детально разьяснять позицию по поводу замены имущественного наказания на тюремное заключение сейчас нет смысла, так как имущественное наказание утратило свое действие. Вместо этой меры была введена конфискация имущества, полученного путем совершения виновного деяния.

На момент вступления KarS в силу и в течение последующих пяти лет конфискация означала иной вид воздействия, заключавшийся в некомпенсируемом изъятии государством средства и непосредственного объекта совершения виновного деяния (§ 83). В 2007 году параграф 83 претерпел изменения, в том числе и в своем названии. Вместо единственной в своем роде меры воздействия, называвшейся ранее однозначно

конфискацией, параграф стал источником нескольких норм, регулирующих особый вид конфискации (средств и непосредственного объекта деяния). Наряду с ней появились другие параграфы (83-1, 83-2), предусматривавшие иные разновидности конфискации: конфискация имущества, полученного путем совершения виновного деяния, и обширная конфискация имущества, добытого путем совершения преступления.

Уже в самом наименовании § 83 допущена существенная неточность. Из текста параграфа видно, что им охватывается значительно более широкий круг обстоятельств, дающих основание для конфискации, чем только совершение виновного деяния.

Что же касается содержания правовых норм, находящихся в параграфе, то оно явно свидетельствует о том, что эта мера воздействия не может быть отнесена к категории наказаний. Даже, когда происходит изъятие средства или предмета у лица, совершившего виновное деяние, делается это не ради специальной и генеральной превенции, а в целях нейтрализации возможности использования кем-либо этих средств или предметов в противоправных целях. Тем более нельзя увидеть даже намека на наказательный характер такой конфискации при отобрании средства или объекта, обнаруженных при подготовке к виновному деянию (приготовление в принципе не наказуемо) или их изъятии у третьих лиц (которые, вообще, никакого деяния не совершали, кроме как были обладателями конфискуемых средств или предметов).

Иначе представляется правовая природа норм параграфов 83-1 и 83-2. У них нельзя не заметить два различных статуса.

Те нормы рассматриваемых параграфов, которые регулируют конфискацию имущества у лиц, непосредственно совершивших деяние, в том числе и преступление, исходят из того, что само деяние было актом виновным.

Сомнения насчет того, можно ли рассматривать указанные виды конфискации в качестве наказания, разумеется, имеют право на существование. Они обусловлены соображением, относящимся к предмету конфискации. Им является только особое имущество виновного лица, а именно - имущество, полученное путем совершения преступления. Можно заметить, что, отбирая такое имущество у осужденного, государство не наказывает, а восстанавливает справедливость в ненаказательном виде. Хотя в такой ситуации не проявляется восстановительная функция в ее чистом виде (она может иметь место при удовлетворении гражданского иска), но, все же, виновное лицо лишается того, что ему по закону не должно принадлежать.

Но, с другой стороны, приходится учитывать обстоятельства, указывающие на наказательный оттенок этой меры воздействия. Конфискованное имущество переходит к государству, как, скажем, и при денежном взыскании. Кроме того, не случайно, одним из существенных мотивов введения обширной конфискации имущества, добытого путем совершения преступления, стала констатация необходимости замены ей

имущественного наказания как дополнительного наказания. Симптоматично в этом отношении выглядит решение о том, каким образом должно начать действовать правило о конфискации. Оно распространяется на те случаи, когда преступление совершено 1 февраля 2007 года и позже. Преступление, совершенное до этого срока, может повлечь за собой применение имущественного наказания. Несмотря на то, что произошла, если так можно сказать, неэквивалентная замена, необходимо признать, что перевод нового вида воздействия в разряд иных мер воздействия, в то время, как заменяемый вид был дополнительным наказанием, концептуально спорен.

В «чистом виде» иным видом воздействия, а не наказанием, может считаться лишь конфискация, производимая у третьих лиц. Они не виновны в совершении преступления, конфискация имущества у них преследует не цели назначения наказания, а создание преграды на пути желания виновного лица уйти от ответственности в виде изъятия у него соответствующего имущества.

Все сказанное можно было бы использовать для обоснования предложения о переводе указанных видов конфискации в разряд дополнительных наказаний и оставлении в качестве иных мер воздействия положений параграфа 83 и положений, предусмотренных вторыми частями параграфов 83-1 и 83-2, касающихся конфискации у третьих лиц. Параграфы закона, имеющие нынешнее наименование, имело бы смысл разместить в разделе 3 главы 3 «Дополнительные виды наказаний, применяемые к физическим лицам за виновные деяния». Тогда наименование параграфов, оставляемых в главе об иных мерах воздействия, должно было бы содержать указания, что имеется в виду конфискация имущества у третьих лиц.

Использование в формулировках выдвигаемого предложения сослагательного наклонения не должно быть расценено как стилистический изыск. В силу ранее уже сделанных разъяснений в данном случае приходится иметь дело с весьма спорным вопросом, обусловленным особенностями предмета конфискации. Проигнорировать различие между конфискацией имущества, полученного преступным путем, и конфискацией всего имущества виновного лица было бы неправильно. Так что, был бы более обоснованным поиск компромиссного решения вопроса.

При таком положении дел приходится признать, пока законодатель не создал никаких новых норм, эквивалентных той, что регулировала замену имущественного наказания тюремным заключением, эта норма отживает свое время и вскоре применяться не будет.

5.3. Влияние института замены наказания на предмет наказательного права

При анализе института замены наказания привлекает к себе внимание тот факт, что этот институт интегрирован не только в предмет наказательного права, но и права исполнительного, которое в существующей правовой системе Эстонии отделено от наказательного права. По

сложившейся традиции предмет наказательного права ограничен задачами определения виновного деяния и мер воздействия на лицо, его совершившее, включая регулирование применения наказания (иных мер воздействия) и освобождения от него. В этом контексте по идее должен рассматриваться и институт замены наказания. В ч. 1 § 69 KarS читаем: «назначая наказание в виде тюремного заключения на срок до двух лет, суд может заменить его общественно-полезными работами». Значит, решение о замене одного на другое принимается тогда, когда суд выносит приговор, а не в ходе исполнения назначенного судом наказания.

Однако ч.1 § 70 предусматривает вынесение судом решения о замене денежного взыскания на тюремное заключение и тюремного заключения на общественно-полезные работы в стадии исполнения наказания. Тем самым осуществляется выход за пределы того, что принято считать предметом наказательного права. Эта линия продолжается и при регулировании освобождения от наказания (например, при условно-досрочном освобождении от отбытия наказания в виде тюремного заключения).

Отмеченные нюансы требуют объяснения не только в связи с особенностями видов замены наказания, но и в более широком аспекте.

Эстонское (Karistusõigus) и русское наименования отрасли права говорят сами за себя. В отличие от того, что было до 1 сентября 2002 года, когда она 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 «Strafgesetzbuch» (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).^{xlv} Пенитенциарное право - это не право, устанавливающее наказание за преступление, а право исполнения 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 мной 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 (§ 2).
- ⌚ Критерием различия преступления и проступка законом признается не характер деяния, а виды наказания (§ 3).
- ⌚ С наказанием, а не со степенью тяжести самого деяния, связано выделение степени тяжести преступлений (§ 4).
- ⌚ Вина – центральная категория данной отрасли права – практически важна как основание наказания (§ 56).^{xlvi}

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.

На проблему можно взглянуть с другой стороны. Если отрасль права в своем наименовании содержит термин «karistus», а в русском переводе, сделанным переводчиками Государственной канцелярии, право называется пенитенциарным, почему бы 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.)»^{xlvii}

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.

Здесь предполагается и активная роль суда. Суд, выносящий обвинительный приговор, должен иметь полные представления о тех лишениях и возможностях для ресоциализации осужденного, которые обуславливают 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 исполнении 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 обоснованно 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, было бы оправдано сосредоточить в отдельных лекциях, посвященной исполнению наказания. Но возможно разные сюжеты пенитенциарной

тематики вкратить 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 (KarS)).

5.4. Замена тюремного заключения на общественно-полезный труд

Существование особого средства воздействия на сужденного, которое называется общественно-полезным трудом (или - работами), вызвано рядом причин. Очевидно, все они существенны, если учесть, как Министерство юстиции давно ратовало за широкое использование такого средства в судебной практике и продолжает это делать в течение уже несколько лет/

Министр юстиции Рейн Ланг, узнав, сколько в Эстонии заключенных, ужаснулся и заявил, что самое лучшее наказание - общественно-полезный труд и надо активнее использовать такую меру, как досрочное освобождение.

В начале 2005 года в местах не столь отдаленных находились 4560 человек: 3480 осужденных и 1080 арестованных. Таким образом, на каждые 100 тысяч жителей у нас приходится 338 заключенных, по этому показателю мы занимаем первое место в Евросоюзе. причем если в странах Центральной и Восточной Европы на каждые 100 тысяч жителей приходится в среднем 184 заключенных, то в Северных странах - не более ста человек. Хуже, чем в Эстонии, ситуация разве что в России, где на каждые 100 тысяч приходится 532, в Туркмении - 489 человек. В США, правда, этого круче - 714 заключенных на каждые 100 тысяч человек, но Штаты, как сказал Рейн Ланг, страна богатая и может себе позволить содержать столько людей за решеткой.

По глубококому убеждению министра юстиции, число заключенных не должно превышать 3500 человек. Снижать число сидельцев путем объявления амнистии министр не намерен, он - за альтернативные наказания, одним из которых является труд на благо общества. Ратует они за досрочное освобождение при условии, что человек будет находиться под надзором криминальных опекунов.

Рейн Ланг уверен, что однажды оступившийся человек сможет встать на путь истинный, если его поддержит общество. Долгие годы, проведенные в тюрьме лагерного типа, приведут только к тому, что человек обретет далеко не лучший опыт. Преступность при таком подходе на убыль не пойдет, скорее, наоборот.^{xlviii}

Общественно-полезный труд (ОПТ) заключается, как видно из названия, в выполнении осужденным особой работы в течение указанного законом и судом срока, причем характер такой работы не обязательно должен отличаться публичностью, т.е. заметностью для горожан, что могло бы, если бы дело было организовано именно таким образом, усиливать карающее свойство этого средства. KarS (§ 69) определены только наказательно - правовые условия применения этого средства (См. рис. 6)

Отделы криминального надзора при уездных судах организуют работу, контроль за ее исполнением, исходя из Руководства по организации общественно полезной работы, созданной Министерством юстиции.

Аллан отправился в гости к живущему в волости Виймси брату. Но прежде он в Рохунезме «поправил здоровье», выпив со знакомым водки и пива. Дом брата был заперт, Аллан разбил дверное стекло, проник вовнутрь и, прихватив 3-литровую бутылку виски «Гранте», отправился, было, восвояси. Но сработала охранная сигнализация, на место примчался патруль, доставивший пьяного окровавленного ворюгу в арестантский дом проспать. Спустя месяц Харьюский уездный суд приговорил уже отбывшего условное

наказание за воровство и мошенничество Аллана к четырем месяцам заключения. Два проведенных в арестантском доме дня были списаны, а три месяца и 28 дней заменены на обязательные общественно полезные работы: по четыре часа за каждый день пребывания в заключении.

Директор Мустамяэского отдела криминального надзора говорит, что, отдел разъясняет наказанному его права и обязанности, сводит с работодателем и составляет график работ. Сейчас работу предлагают две фирмы по благоустройству - уборку пляжа и ремонт церкви. Двум квартирным товариществам требуются мойщик окон и дворник. Трудотерапия проходит под надзором работодателей, работники отдела совершают неожиданные проверки. - Прогул чреват арестом.^{xlix}

Встречаются случаи, когда решить, относится ли правовое последствие преступления к наказаниям или иным средствам воздействия, весьма затруднительно. Примером этому является параграф 69. Он устанавливает

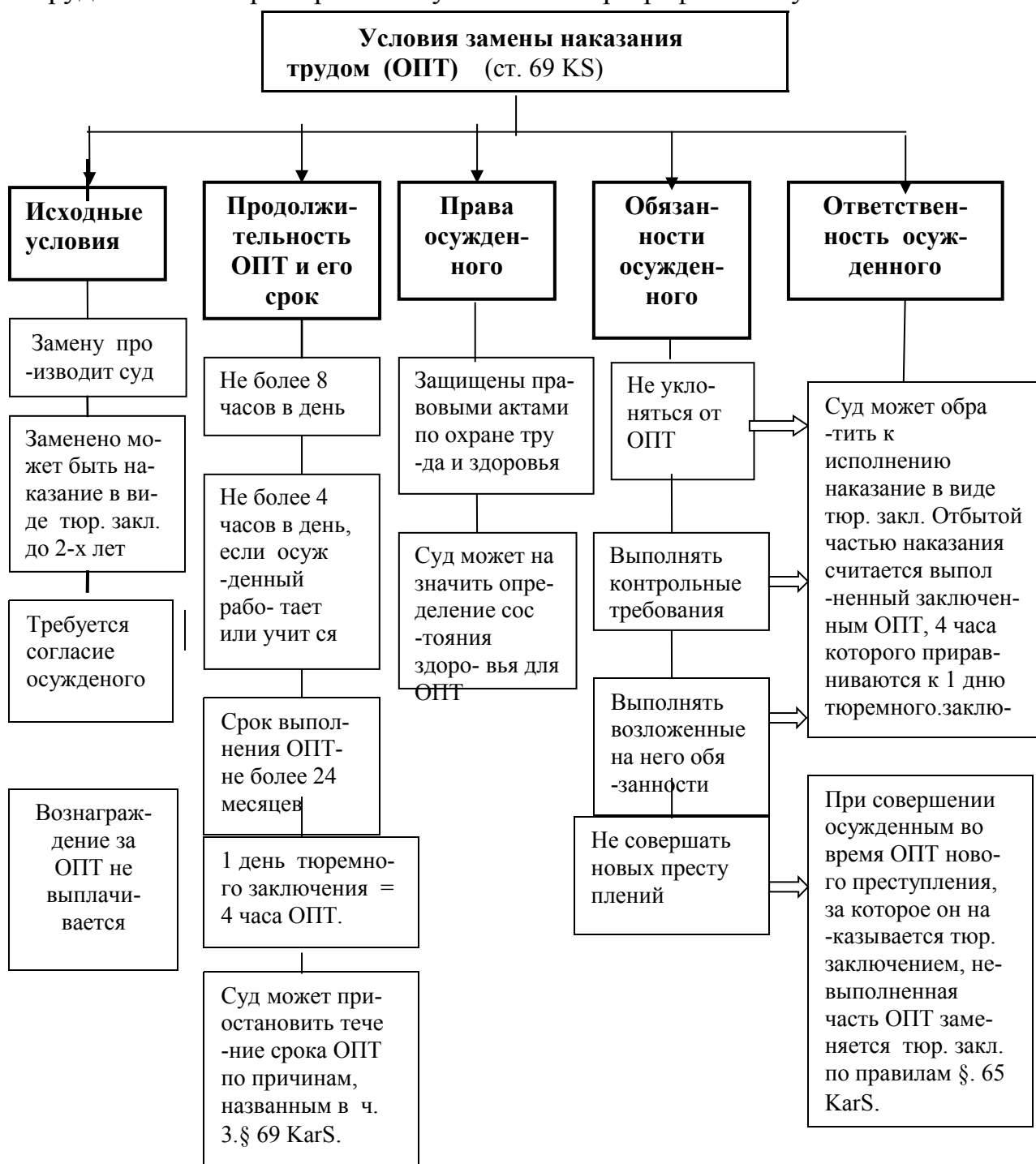


Рисунок 6. Содержание института общественно-полезного труда

возможность замены наказания в виде тюремного заключения общественно-полезный труд (ОПТ). Хотя эта статья и размещена в разделе о применении наказания, где отрегулированы, кроме всего прочего, вопросы замены одного вида наказания другим, но с точки зрения теоретической догматики, она стоит особняком. Общественно-полезный труд является единственной альтернативой наказанию, которая создана специально для выполнения замещающей роли. Ни в качестве основного или дополнительного наказания, ни в качестве иного средства воздействия ОПТ в KarS не значится.

Обнаруживается интересная картина. Применять можно лишь то, что существует. В этом смысле понятие применения наказания имеет право на юридическое признание лишь в контексте того, что понимается под наказанием и его видами. Руководствуясь критериями разграничения наказания и иных видов воздействия (вина и цели назначения наказания), можно было бы попытаться отнести ОПТ к категории наказаний. Но такой вид наказания законом не предусмотрен, и этим все сказано. Принцип «*nullum crimen, nulla poena; sine lege*» неприкосновенен и не знает никаких исключений.

Такой вид реагирования можно было бы считать иной мерой воздействия. В каком - то отношении эта идея не лишена смысла. Но всем имеющимся в KarS иным мерам воздействия присущ принудительный характер. ОПТ же может применяться лишь при наличии согласия осужденного. В тоже время труд осужденного не оплачивается, хотя иные нормативы трудового законодательства на этот вид трудовых занятий распространяются.

Рассматривая ОПТ как обстоятельство, используемое для замены непродолжительного тюремного заключения, можно заметить его двойственную юридическую природу. Замена, осуществляемая при назначении наказания, может рассматриваться как применение своеобразного вида иного воздействия на осужденного. Не обладая свойствами наказания, данная мера близка по своей природе мерам, применяемым к несовершеннолетним, совершившим виновное деяние.

Тартуский уездный суд признал виновным 44-летнего Калева, пытавшегося предложить тартускому полицейскому взятку. Калев неоднократно нарушал правила дорожного движения. К уголовной ответственности он привлекался уже три раза Суд заменил реальное лишение свободы сроком в один год 730 часами общественно-полезного труда¹.

Основанием ее применения является вина лица. Она осуществляется в целях специальной превенции. В нее заложен симптом кары: труд не оплачивается. Лишь требование согласия виновного лица на применение ОПТ определяет своеобразие этой меры. С учетом этих и ряда других характеристик такая разновидность ОПТ могла бы найти свое место в KarS (глава 7) как одна из иных мер воздействия.

Когда ОПТ применяется при исполнении наказания в виде тюремного заключения, то эта мера может рассматриваться в качестве института, обусловленного особенностями прогрессивной системы отбывания наказания в тюрьме. Это стимулирующая мера, родственная переводу из закрытой тюрьмы в тюрьму открытую (для чего, кстати, также требуется согласие осужденного) или условно-досрочному освобождению с применением контроля в течение испытательного срока и выполнением обязанностей, определенных судом. Соответственно место нормы о подобной разновидности ОПТ в главе 5 KarS об освобождении от наказания или в главе об исполнении наказания, если такая глава появится в обновленном кодексе.

Лекция 6. Совокупность преступлений

Место института совокупности деяний в системе наказательного права. О понятии множественности преступлений. Ограничение множественности институтом давности и нормами Регистра наказаний. Учет множественности в системе признаков состава преступления. Совершение преступления неоднократно (то же деяние, совершенное неоднократно). Совершение преступления лицом, ранее совершившим родственные преступления. Совершение преступления лицом, ранее привлекавшимся к ответственности за преступление. Совершение преступления лицом, ранее привлекавшимся к ответственности за такого же рода проступок. Отличие совокупности деяний от множественности как признака состава преступления. Отличие совокупности деяний от составных, продолжаемых и длящихся преступлений. Ответственность за рецидивное преступление по УК РФ. Идеальная совокупность деяний. Назначение наказания при идеальной совокупности. Реальная совокупность. Назначение наказания при реальной совокупности. Последующее назначение наказания при совокупности.

6.1. Множественность преступлений и их совокупность

Наказательным правом устанавливается наказание за преступление с учетом, кроме всего прочего, и таких факторов, как множественность лиц и множественность деяний. Совершение одного деяния несколькими лицами считается соисполнительством или соучастием и регулируется нормами, относящимися к той части KarS, которая посвящена виновному деянию. Совершение нескольких деяний одним лицом можно было бы назвать множественностью, одним из вариантов которой является совокупность деяний. Совокупность деяний регулируется той частью KarS, которая посвящена наказанию. Это видно из места расположения соответствующих норм в структуре KarS и названия параграфов:

- ⌚ Применение основного наказания по совокупности виновных деяний (§ 63).
- ⌚ Назначение наказания по совокупности (§ 64).
- ⌚ Последующее назначение наказания по совокупности (§ 65).

Эстонский закон стоит на позиции, принятой StGB. Третья глава немецкого кодекса называется «Назначение наказания при нескольких нарушениях закона». Причем § 53, входящий в эту главу, озаглавлен как «Совокупность деяний».

Законодательно данному вопросу может быть дано и другое решение. В УК РФ, например, понятие совокупности преступлений отнесено к характеристике преступления, а назначение наказания при совокупности регулируется нормами, относящимися к проблематике наказания.

Теоретически и в эстонском наказательном праве прежде, чем провести анализ вопросов наказания по совокупности, необходимо обратить внимание на особенности совокупности преступлений как разновидности их множественности.

Вопрос о соотношении понятий множественности и совокупности деяний является предметом спора между юристами.^{li} Не вдаваясь в разбор позиций и аргументов, могу лишь обратить внимание на необходимость корректирования правовой лексики в направлении ее максимально возможного сближения с общепринятым смыслом слов и выражений. Если слово «множественность», введенное в обиход теоретиками уголовного права (но не воспринятое законодателями), имеет право на использование для обозначения правового явления, то оно, скорее всего, применимо в определенном и, наряду с этим, самом широком смысле: много деяний. – (более одного), совершенных одним и тем же лицом.

Однако для множественности существуют ограничения.

Одним из них является истечение срока давности (§ 81 – давность виновного деяния; § 82 – давность исполнения приговора). Если после совершения предыдущего деяния срок давности прошел, то последующее деяние не создает ситуацию множественности. Давности будет посвящена самостоятельная лекция.

Свою роль в ограничении множественности играют сроки исключения из Регистра наказаний. Пока лицо числится в этом регистре, новое совершенное им деяние образует множественность с предыдущим, из-за которого лицо было внесено в регистр. Исключение из регистра положение меняет в противоположную сторону. В такой ситуации множественность не возникает.

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

- ⌚ 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.

Множественность деяний может быть учтена законодателем при конструировании признаков преступления как виновного деяния и тем самым влиять на квалификацию преступления.

Существует и другой смысл понятия множественности, заключающийся в том, чтобы установить влияние этого фактора исключительно только на применение (назначение) наказания. В этом случае он именуется совокупностью виновных деяний. Такое понятие признано законодателем. С его использованием названы параграфы 63 и 64 KarS.

Таким образом, совокупность деяний имеет место тогда, когда лицо совершает их два и более, но это обстоятельство не нашло своего отражения в признаках их составов. В широком смысле совокупностью преступлений можно считать и такое положение, которое состоит в последующем назначении наказания по совокупности, т.е. в том, что в России называют совокупностью приговоров

Признание совокупности преступлений институтом наказательного права и ее оценка по конкретному уголовному делу необходимы не только для обоснованного назначения наказания, что определяет значимость вопроса в первую очередь, но представляет и самостоятельный интерес.

В криминологическом плане лица, неоднократно совершившие преступления, выделяются в особый класс преступников, отличающийся высокой степенью криминальной зараженности. Это обстоятельство оказывает влияние на тактику и методику раскрытия и расследования преступлений, совершенных подобного рода нарушителями закона. Достижение целей наказания по отношению к этому контингенту предполагает использование особых способов и средств воздействия в пенитенциарном деле.

Все познается в сравнении, в том числе и понятие совокупности деяний. Скорее всего ожидаемый результат может быть получен из сравнения близко соприкасающихся явлений, что для выявления особенностей совокупности деяний выражается в их сравнении с такими явлениями, как :

- ⌚ **множественность деяний в структуре составов преступлений;**
- ⌚ **составные преступления;**
- ⌚ **продолжаемые и длящиеся преступления.**

Множественность деяний может влиять на квалификацию, особенно в плане установления различий основного и квалифицированного составов одного и того же преступления. О разнообразии видов множественности, учитываемых в составах преступлений, можно судить по предлагаемой таблице (см. рис. 7).

Приводимая в таблице группировка – плод авторского понимания, а не законодательного решения. Возможно, она могла бы быть произведена как-то иначе. Но нельзя не заметить, что в этой группировке находит свое отражение и намерение законодателя, подкрепленное размышлениями насчет того, что фактор множественности преступлений должен быть представлен в

законе не однопланово, а разнообразно. Природа каждой из выделенных групп специфична, хотя все четыре группы объединены общей основой - все это характеристики усиливающегося влияния личностного фактора на степень тяжести деяния.

Первая группа отличается тем, что ей охватываются нормы Особенной части KarS, которыми признано возрастание тяжести деяния из-за того, что лицо, совершившее новое преступление, ранее уже подобного рода преступление совершало. Такая множественность деяний может возникнуть под влиянием различных фактически сложившихся обстоятельств. Но закон в данном случае учитывает также известные в области противостояния

№	Виды множественности как признака состава преступления	Номер и наименование статьи KarS	Часть статьи
1	1 <i>Совершение преступления неоднократно (то же деяние, совершенное неоднократно)</i>	§ 114. Убийство при отягчающих обстоятельствах	
2		§ 176. Содействие занятию несовершеннолетним проституцией	2
3		§ 202. Приобретение, хранение и сбыт имущества, добытого преступным путем	2
4		§ 208. Распространение компьютерного вируса	2
5		§ 294. Получение взятки	2
6		§ 295. Посредничество в даче мзды	2
7		§ 296. Посредничество во взяточничестве	2
8		§ 297. Дача мзды	2
9		§ 298. Дача взятки	2
10		§ 325. Незаконная передача веществ и предметов в месте изоляции	2
11		§ 333. Подделка платежных средств и установленных государством знаков и обозначений	2
12		§ 334. Использование поддельных платежных средств и ценных бумаг	2
13		§ 335. Подделка акцизных марок	2
14		§ 336. Использование и выпуска в обращение поддельных акцизных марок	2
15		§ 394. Легализация (отмывание) денег	2
16		§ 414. Незаконное обращение со взрывчатыми материалами	2, 4
17		§ 418. Незаконное обращение огнестрельного оружия, его основных частей и боеприпасов	3, 4
18	2 <i>Совершение преступления лицом, ранее совершившим родственные преступления</i>	§ 183. Незаконное обращение с наркотическими средствами или психотропными веществами в небольших количествах	2
19		§ 184. Незаконное обращение с наркотическими средствами и психотропными веществами в крупных размерах	2
20		§ 185. Передача наркотических средств и психотропных веществ лицу, не достигшему 18-летнего возраста	2
21		§ 188. Незаконное выращивание снотворного	2

		мака, конопли и кокаиновых кустов	
22		§ 199. Кража	2
23		§ 200. Разбой	2
24		§ 201. Присвоение	2
25		§ 202. Приобретение, хранение и сбыт имущества, добытого преступным путем	2
26		§ 209. Мошенничество	2
27		§ 214. Вымогательство	2
28		§ 215. Самовольное пользование вещью	2
29	3 Совершение преступления лицом, ранее привлекавшимся к ответственности за преступление	§ 151. Разжигание вражды	2
30		§ 187. Склонение несовершеннолетнего к незаконному потреблению наркотических средств, психотропных веществ и других одурманивающих веществ	2
31	4 Совершение преступления лицом, ранее привлекавшимся к ответственности за такого же рода проступок	§ 218. Виновное деяние, направленное против малоценной вещи или имущественного права	1
		§ 227. Торговля фальсифицированными товарами	
32		§ 258. Незаконное пересечение государственной границы Эстонии и временной контрольной линии	1
33		§ 260. Пребывание иностранца в Эстонии без законного основания	
34		§ 264. Жестокое обращение с животным	

Рисунок 7. Виды множественности деяния как признака состава преступления.

преступности ситуации, при которых происходит как бы «узкая специализация» преступника. Он находит для себя запрещенный законом способ самовыражения или обогащения, который приносит ожидаемые плоды. Если первый опыт оказался успешным, преступление не было раскрыто, наказание за содеянное не было применено, то почему бы все не повторить сначала?

Такая мотивация и ход размышлений виновного лица, воплощенные в новое подобного рода преступление, становятся способом втягивания в определенную преступную деятельность.

Возьмем в качестве иллюстрации комплекс преступлений, называемый взяточничеством (см. рис., пункты 5 - 9). Одним из тяжелых недугов нашего современного общества является коррупция. Им поражены, кроме всех других, и правоохранительные органы. Только один пример.

Арди Ш. был обвинен в том, что, работая судьей Харьюского уездного суда, он потребовал через посредника от одного подсудимого взятку в большом размере. В качестве ответного шага судья пообещал принимать в отношении подсудимого благоприятные решения как во время судебного производства, так и при принятии судебного решения. Судебное решение по данному судебному делу судья Арди Ш. принять не успел, так как из-за возбужденного следствия дело передали для обсуждения другому составу суда.

Судья пожелал получить деньги от подсудимого в двух частях. Арди Ш. пожелал получить от подсудимого через посредника помимо ранее потребованных 900 000 крон еще 200 000 крон. 6 апреля 2006 года судья принял через посредника 200 000 крон наличными.

Работники КАПО задержали на тот момент еще занимавшего место судьи Арди Ш в качестве подозреваемого в принятии взятки в большом размере 6 апреля этого года — спустя несколько часов после того, как он принял от посредника 200 000 крон наличными.^{lii}

Коррупцированная личность – это чиновник, участвующий во взяточничестве. Он уже втянулся в этот процесс, и с трудом понимает, зачем нужна ему занимаемая должность, если он не будет с ее помощью получать сверхдоход. В кругу «деловых людей» нередко ищут информацию о том чиновнике, который «берет». Он, уже неоднократно проявивший себя на этом поприще, заработал себе определенную репутацию, и ему несут взятки, зная, что с ним «можно иметь дело». Так идет процесс гниения аппарата управления, что, разумеется, требует жестких мер со стороны закона и правоохранительных органов.

Почти каждый второй житель Эстонии готов дать взятку, если это поможет избежать наказания или поспособствует прохождению через чиновничьи лабиринты нужных ему бумаг. – сообщало издание «Деловые Ведомости» (ДВ). - Со своей стороны чиновничество готово брать взятки - 12% представителей публичного сектора, исполняя свои служебные обязанности, примут такое решение, за которое их "отблагодарят". Такие данные приведены в исследовании коррупции в Эстонии, проведенном Министерством юстиции.

Если в 2004 году 10% обратившихся к врачам "благодарили" их за медобслуживание, то на сегодня эта цифра поднялась до 14%. Если три года назад только 8% опрошенных отвечали, что при общении с полицией и авторегистром они давали "на лапу", то сегодня соответствующий показатель для полиции возрос до 13%, а для Центра авторегистра - до 19%..

По данным Института конъюнктуры Эстонии, средний размер взятки в 2004 году был 3200 крон, а в 2005 г. он поднялся до 4490 крон. Тенденция роста налицо. Причём приведённые цифры базируются на т.н. бытовых взятках. Что касается серьёзных "откатов", практикуемых в бизнес-коррупции, а по оценке бизнесменов, наиболее часто они применяются при госзаказах, получении разрешений и лицензий, одобрении детальных планировок и пр., то их размеры знают только взяточполучатели^{liii}.

Первая группа по сравнению с другими наиболее представительна, так как охватывает 17 из 34 наименований, включенных в таблицу.

Вторая группа, выделенная в таблице, включает в себя лиц, тоже неоднократно совершающих преступления подобно представителям первой группы, но эти преступления не однородные, а родственные по своему смыслу и содержанию. Причем степень такой близости деяний определяется нормами закона без учета какой-то общей характеристики, а применительно к особенностям отдельного состава преступления или их группы, объединенной общностью объекта преступного посягательства.

Так, по пункту 2 части 2 § 183, находящегося в разделе 1 (Виновные деяния, связанные с наркотическими средствами) главы 12 (Виновные деяния против здоровья населения), одним из признаков квалифицированного состава является то же деяние, совершенное лицом, ранее совершившим указанные в данном разделе преступления или кражу, хищение, контрабанду, передачу или обращение наркотических или психотропных веществ.

Рассматриваемый признак в разных имущественных преступлениях (§§ 199 – 201 и 209, 214, 215) сформулирован не однозначно.

Признаком квалифицированного состава кражи служит деяние, совершенное лицом, ранее совершившим кражу, разбой или присвоение.

Для разбоя характерно совершение деяния лицом, ранее совершившим разбой или убийство, сопряженное с разбоем или вымогательством.

Квалифицированный состав присвоения ограничен признанием только прежнего совершения кражи или присвоения.

При мошенничестве подобнымотягчающим обстоятельством считается совершение ранее мошенничества, кражи или присвоения.

Усиление ответственности за вымогательство происходит путем признания совершения деяния лицом, ранее совершившим вымогательство, кражу, разбой или мошенничество.

Квалифицированный состав самовольного пользования вещью имеет место при совершении деяния лицом, ранее совершившим кражу, присвоение или самовольное пользование вещи.

Такая комбинация признаков множественности деяний, которая представлена в приведенном перечне, может быть объяснена сугубо логическим и априорным образом. Имущественные преступления, не связанные с насилием над личностью, содержат признаки множественности, характерные именно для этих преступлений (присвоение, мошенничество, самовольное пользование). Преступления против имущества, сопряженные с насилием над личностью (разбой и вымогательство) представлены с точки зрения их множественности преимущественно насильственными деяниями.

Особо место занимает состав преступления кражи. Если не считать квалифицированного состава разбоя, то кража как характеристика множественности присутствует во всех иных составах преступлений. Умышленное противоправное и виновное изъятие (или угроза этого) чужого имущества в свое владение, что составляет юридическую основу кражи, является признаком любого из перечисленных преступлений. Отличия заключаются в способе изъятия. В этом смысле кража как состав преступления несет на себе нагрузку как бы родового явления. Поэтому сочетание кражи с другими имущественными преступлениями встречается довольно часто.

Выруский суд приговорил к тюремному заключению Райво Л. и его брата Юллара. В последние годы братья занимались мошенничеством и воровством в городе Выру. 29-летний Райво Л. признан виновным в нескольких мошенничествах и кражах и приговорен почти к четырем годам тюремного заключения, а его брат, 27-летний Юллар Л., признанный виновным в кражах, проведет в местах лишения свободы один год и четыре месяца года. По инициативе старшего из братьев в период с декабря 2006 года по январь

2007 года 11 легковерных человек взяли несколько раз SMS -займы так, что деньги, в конце концов, оказались у Л. Мужчине удалось таким образом получить 47 экспресс-займов в размере от 2000 до 3200 крон на общую сумму в 130 000 крон. Ранее Райво Л. привлекался к уголовной ответственности три раза, а его брат Юллар — пять.^{liv}

Преобладание кражи, в то же время, во многом обусловлено внутренними процессами, присущими эволюции преступности, ее псевдоценностями и тенденциями профессионализации. Мир воров, воровская субкультура – давно и хорошо известны исследователям преступности.^{lv} В этом смысле усиленный акцент на кражу, сделанный законом при установлении множественности деяний, можно расценивать как адекватную реакцию на относительно устойчивое криминогенное образование.

Следующую группу видов множественности как признака состава преступления образуют признаки лиц, совершивших новое преступление после того, как ранее привлекались к ответственности. Прежнее привлечение к ответственности не обязательно должно было выразиться в назначении наказания. Лицо могло быть даже освобождено судом от реального наказания. Но факт привлечения к ответственности свидетельствовал о том, что правосудие осуществляло свою деятельность ради достижения целей наказания. Новое же преступление, совершенное тем же самым лицом, показало, что эти цели достичь не удалось. Такое положение отличает третью группу от первых двух.

Подобного рода множественность признана KarS только в двух параграфах.

§ 151. Разжигание вражды - п.2, ч 2:

то же деяние, совершенное лицом, которое ранее наказывалось за подобное деяние.

§ 187. Склонение несовершеннолетнего к незаконному потреблению наркотических средств, психотропных веществ и других одурманивающих веществ – ч. 2:

то же деяние, совершенное лицом, ранее привлекавшимся за указанные в настоящем разделе преступления (раздел 1 главы 12 – Виновные деяния, связанные с наркотическими средствами) или за кражу, хищение, контрабанду передачу или обращение наркотических и психотропных веществ в пенитенциарном учреждении.

Малое число вариантов рассматриваемого вида множества больше похоже на исключение из правила, чем на само правило. Это можно понимать, скорее всего, как такую позицию законодателя, которой он показывает, что не проводит существенного различия между деяниями, относящимися к данной группе и к двум предыдущим. Косвенным подтверждением такого предположения служит непризнание на данный момент эстонским наказательным правом понятия рецидива преступлений.

В четвертую группу включены такие виды множественности, при которых последующее деяние становится преступлением в силу того, что ранее лицо привлекалось к ответственности за такого же рода проступок.

Иначе говоря, рост количества деяний изменяет их качество, превращая из проступков в преступления.

§ 218 Виновное деяние, направленное против малоценной вещи или имущественного права.

§ 227 Торговля фальсифицированными товарами – ч. 1:

торговля без разрешения владельца товарного знака товарами, обозначенными знаком, тождественным или сходным до степени смешения с имеющим правовую охрану товарным знаком. используемым для обозначения идентичных или однородных товаров, если к виновному за такое же деяние применено наказание за проступок.

§ 258. Незаконное пересечение государственной границы Эстонии и временной контрольной линии – п.4 ч.1:

неоднократно, если виновному за такое же деяние было применено наказание по делу о проступке.

§ 260. Пребывание иностранца в Эстонии без законного основания :

повторное в течении одного года пребывание иностранца в Эстонии без законного основания.

§ 264. Жестокое обращение с животным:

совершение недопустимых в отношении животного действий. Если к виновному за такие же действия применено наказание за поступок.

Особого внимания заслуживает проблема, возникшая в связи с § 218. Виновное деяние, направленное против малоценной вещи или незначительного имущественного права, понятие широкое, но все-таки поставленное законом в формальные рамки. Исключается применение этой нормы при разбое и вымогательстве. Кроме того, по части 2 данного параграфа малоценными вещами и незначительными имущественными правами считаются вещи и права, стоимость которых в денежном выражении не превышает двадцати минимальных дневных ставок или повреждение которых в случаях, предусмотренных параграфами 203, 204 и 206, не причинило существенного ущерба.

Такие деяния, несмотря на их распространенность в виде мелких краж из магазинов (на сумму до 1000 еек) с 15 марта 2007 в силу изменений, внесенных в KarS, стали расцениваться как проступки, а не малозначительные преступления. Такой шаг был предпринят законодателем с благими намерениями упростить делопроизводство в полиции, уменьшить нагрузку судебной системы, с тем, чтобы создать лучшие условия для борьбы с более серьезными преступлениями.

Однако у преступников на этот счет сложилось свое мнение.

В 2006 году полиция зарегистрировала 5230 фактов мелких краж, из них 908 были совершены несовершеннолетними. По данным исследования сети розничной торговли в течении 2006 года из магазинов розничной торговли было украдено товаров на 640 млн. крон. В 2005 году – на 570 млн. крон. В январе 2007 года охранники фирмы Falk предотвратили 305 краж из магазинов, стоимость «спасенных» товаров составила 81 860 крон.^{lvi}

Парламент столкнулся с дилеммой, каким интересам отдать предпочтение. Упрощению производства по делам о малозначительных

виновных деяниях в виде хищений или непосредственного противодействия преступности через строгость закона.

Решение, которое он принял, оказалось ошибочным. Воры, практикующие мелкие кражи с «прилавок магазинов», как и следовало ожидать, восприняли нововведение как отрывшуюся возможность практически безнаказанно заниматься своим противоправным ремеслом. Количество краж в течении последующего года резко возросло

За 2007 год 1550 лиц совершило мелкие кражи, к которым относится кража вещей стоимостью менее 1000 крон, при этом более 50 лиц попадались на мелких кражах 15 и более раз..

Реагируя на этот печальный факт, Рийгикогу в июне 2008 года вновь изменил часть первую § 218. Теперь наказание за преступление полагается тому, совершил кражу третий раз, невзирая на то, какова стоимость украденного имущества. Систематическая кража наказывается денежным взысканием либо тюремным заключением на срок до пяти лет..

В пояснительной записке к законопроекту подчеркнута важность того, чтобы регулярные мелкие кражи воспринимались бы в обществе именно как преступление, а не как проступок. За преступление законом предусматриваются более строгие наказания. «В течение года лица, регулярно совершавшие мелкие кражи, чувствовали себя безнаказанными. Теперь их отношение должно измениться. Своим решением парламент показывает, что он может достаточно быстро и в то же время обдуманно действовать в качестве законодателя и заполнить пробелы в законе», — заявил на финальном голосовании председатель парламентской комиссии по вопросам права Кен-Марти Вахер. Кроме того, изменения закона предусматривают наказание за приобретение, хранение или сбыт имущества, полученного путем совершения проступка.^{lvii}

Все, что выше было сказано о множественности деяний как признаке, включенном в систему состава преступления, стоит учитывать, чтобы не отождествлять такую множественность деяний с совокупностью деяний. Но такое сочетание двух и более деяний, которые в анализировавшейся таблице отнесено к первым трем группам, может иметь место и при совокупности деяний.

Возьмем, например, третью группу (совершение преступления лицом, ранее привлекавшимся к ответственности за преступление). В качестве признака квалифицированного состава преступления, такое сочетание, напомним, закреплено всего лишь в двух статьях Особенной части KarS. Что же касается совокупности деяний, назвать какое – то определенное число таких соединений совершенно невозможно. Тут допускаются любые сочетания в любом количестве. Поэтому проблема понятия рецидива – это прежде всего вопрос совокупности деяний.

Чтобы не нарушать принципа равенства всех перед законом, Российский законодатель не стал использовать в УК понятие рецидивиста, но сохранил понятие рецидива преступлений.

Отказ эстонского законодателя от понятий рецидивиста и рецидива объясним, похоже, тем, что выделение из общей массы осужденных категории рецидивистов требует дополнительных материальных затрат на

создание особых условий для их содержания в тюрьме. В малом государстве такие расходы могут быть чувствительны для бюджета.

Преступность, тем не менее, на такие аргументы не способна реагировать путем своего сокращения. Все происходит наоборот, и к этому приходится относиться с чувством обоснованной тревоги. Такая позиция похожа на знаменитую позу страуса, зарывающего голову в песок, чтобы не видеть ничего страшного. А это страшное, независимо от того, как его называют, у нас реально существует.

В Эстонии 2006 год был отмечен тем, что в числе заключенных в тюрьмах 49% (1666 человек) составляли лица, имевшие четыре судимости и более.^{lviii} С той поры улучшений не произошло.

Между тем, как уже ранее говорилось, в российском уголовном праве понятие рецидива органично встроено в юридическую конструкцию совокупности преступлений. Приведу статью 18 УК РФ, раскрывающую понятие рецидива.

1. Рецидивом преступлений признается совершение умышленного преступления лицом, имеющим судимость за ранее совершенное умышленное преступление.

2. Рецидив преступлений признается опасным:

а) при совершении лицом тяжкого преступления, за которое оно осуждается к реальному лишению свободы, если ранее это лицо два или более раз было осуждено за умышленное преступление средней тяжести к лишению свободы;

б) при совершении лицом тяжкого преступления, если ранее оно было осуждено за тяжкое или особо тяжкое преступление к реальному лишению свободы.

3. Рецидив преступлений признается особо опасным:

а) при совершении лицом тяжкого преступления, за которое оно осуждается к реальному лишению свободы, если ранее это лицо два раза было осуждено за тяжкое преступление к реальному лишению свободы;

б) при совершении лицом особо тяжкого преступления, если ранее оно два раза было осуждено за тяжкое преступление или ранее осуждалось за особо тяжкое преступление.

4. При признании рецидива не учитывается:

а) судимости за умышленные преступления небольшой тяжести;

б) судимости за преступления, совершенные лицом в возрасте до восемнадцати лет;

в) судимости за преступления, осуждения за которые признавалось условным либо по которым предоставлялась отсрочка исполнения приговора, если условное осуждение или отсрочка исполнения приговора не отменялись и лицо не направлялось для отбытия наказания в места лишения свободы, а также судимости, снятые или погашенные в порядке, установленном статьей 86 настоящего Кодекса.

5. рецидив преступлений влечет более строгое наказание на основании и в пределах, предусмотренных настоящим Кодексом.

Авторы постатейного комментария к УК РФ, сравнивая этот кодекс с его предшественником, особо обращают внимание на то, что «рецидив преступлений теперь является не квалифицирующим обстоятельством преступлений, а условием назначения наказания на основании и в пределах, предусмотренных УК (ст. 68. Назначение наказания при рецидиве преступлений – Ю.Л.)».^{lix}

Итак, можно еще раз констатировать, что совокупность преступлений отличается от их множественности, закрепленной в составах преступлений. Это понятие охватывает соединение в поведении лица двух и более деяний, каждое из которых в отдельности предусмотрено статьей Особенной части

KarS, но их соединение не включено в число признаков состава преступления. В систему соединяемых деяний могут входить преступления однородные и разнородные, за которые лицо ранее было или не было привлечено к ответственности (осуждено).

Правда, приходится считаться и с тем, что соединение в единый комплекс двух составов в ряде случаев происходит в рамках основного состава преступления без того, чтобы, с одной стороны, такой состав считать квалифицированным, а, с другой, - видеть здесь совокупность деяний. Такие составы преступлений принято называть **составными**.

Их особенность заключается в том, что состав преступления выполняет функцию охраны от преступных посягательств не одного, а, как правило, двух объектов. Они не обязательно должны быть близкими по своему содержанию, но посягательство на них производится путем совершения одного и того же деяния, охватывается единым, не делимым, умыслом характеризуется общей противоправностью и виновностью лица. В KarS имеется значительное число параграфов, содержащих подобные составы преступлений.

- ⌚ Геноцид (§.90);
- ⌚ Производство и распространение запрещенного оружия (§ 93)
- ⌚ Военные действия, направленные против гражданского населения (§ 95)
- ⌚ Посягательство на жизнь и физическую неприкосновенность лиц из числа гражданского населения (§ 97).
- ⌚ Посягательство на жизнь и физическую неприкосновенность военнопленных и интернированных лиц из числа гражданского населения (§99).
- ⌚ Оставление без помощи заболевшего, раненного или потерпевшего кораблекрушение (§ 100).
- ⌚ Посягательство на жизнь и физическую неприкосновенность небоеспособного бойца (§ 101).
- ⌚ Мародерство (§ 109)
- ⌚ Пиратство (§ 110)
- ⌚ Захват заложника (§ 135)
- ⌚ Разбой (§ 200)
- ⌚ Вымогательство (§ 214)
- ⌚ Терроризм (§ 237) и др.

В составных преступлениях выделяется основной непосредственный объект, в котором отражены свойства родового объекта, характерного для определенной главы или раздела Особенной части KarS. Кроме того, - дополнительный объект, связанный с родовыми объектами других глав и разделов. Доминирование одного из объектов позволяет давать квалификацию содеянному по одному параграфу Кодекса, а не по двум. Особенности основного и дополнительного объектов отражаются на разнородности характера совершаемых деяний. Каждое из них содержит признаки отдельного преступления. При этом все же считается, что имеет

место одно преступление, состав которого закреплен в одной норме KarS. Тем самым исключается признание составных частей одного состава преступления совокупностью деяний.

О том, какое практическое значение имеет размежевание составного преступления и совокупности деяний, говорит нижеследующий пример.

Потрясающее всю страну преступление было совершено 1 декабря 2003 года, когда Урмас Э. ударом кирпича убил своего пасынка, когда тот выходил из квартиры матери. После своего кровавого дела убийца спрятал труп в шкаф, вытер кровь, забрал украшения и белье и скрылся. Полиция задержала изменившего свою внешность убийцу два дня спустя недалеко от Балтийского вокзала.

Ранее неоднократно привлекавшийся к судебной ответственности, Урмас Э. хотел, чтобы суд рассматривал его преступление как убийство и кражу, но не как убийство с целью ограбления, за которое закон предусматривает более суровое наказание.

Государственный суд отклонил жалобу убившего своего 11-летнего пасынка Урмаса Э, оставив тем самым в силе решение, согласно которому убийца пробудет в тюрьме 20 лет. Урмас Э. обратился в суд с жалобой на пяти страницах, в которой писал, что в состоянии выдержать в заключении лишь 12,5 лет. Суд, однако, решил жалобу не учитывать и оставил в силе решение Таллиннского окружного суда, согласно которому мужчина за убийство при отягчающих обстоятельствах был отправлен за решетку на 20 лет.^{lx}

В KarS упоминается еще два вида преступлений, которые не нужно путать с совокупностью деяний. Это **продолжаемые и длящиеся преступления**. Приходится говорить именно об упоминании, а не об определении, потому что это сделано как бы вскользь и не в связи с вопросом о совокупности, а по поводу совсем другого института наказательного права. В части 4 § 81 (Давность) содержится правило о применении срока давности к, так называемым, продолжаемым и длящимся виновным деянием. Такой технический прием не может стать препятствием, чтобы установить связь названных видов преступлений с вопросом о совокупности деяний. Собственно говоря, имеется в виду связь негативная, а не позитивная, так как задача состоит в том, чтобы показать, что продолжаемые и длящиеся преступления не являются совокупностью деяний, хотя имеют с ней некоторое внешнее сходство.

Продолжаемое преступление складывается из нескольких однородных и одновременных деяний. Несмотря на то, что каждый из эпизодов этого преступления мог бы быть квалифицирован по тому же параграфу KarS, по которому производится квалификация всей системы деяний, все они, вместе взятые, образуют одно преступление.

Другой вопрос, что правовая норма может быть представлена основным и квалифицированным составами преступления. Если во втором виде содержится признак неоднократности деяния как отягчающий ответственность, то продолжаемое преступление подлежит оценке именно по этой части параграфа.

Благодаря записи камер наблюдения, в Выру удалось задержать и опознать пару воров, кравших в магазинах. Двое мужчин, 20 и 40 лет, за 36 часов успели совершить 11 краж. В основном мужчин интересовал алкоголь.^{lxi} (См. также примеры в группе 1 таблицы, изображенной на рисунке ...).

Но имеется много других параграфов Особенной части KarS, где признак неоднократности не предусмотрен, ни в основном, ни в квалифицированном составах преступлений. Например:

- Ⓜ изготовление пиратской копии (§ 222);
- Ⓜ публичное исполнение произведения с пиратской копии (§ 223);
- Ⓜ торговля пиратскими копиями (§ 224).

Нужно при этом напомнить, что в списочном перечне отягчающих обстоятельств такое обстоятельство, как неоднократность виновных деяний, отсутствует. Значит, продолжаемое преступление не во всех случаях влечет за собой ужесточение наказания по прямому указанию закона. Но это не лишает возможности назначения судом наказание в пределах санкции статьи с учетом неоднократности совершения виновным лицом данного деяния.

В России при применении нового УК в части рассматриваемых вопросов возникла одна проблема. В числе внесенных в Кодекс изменений (декабрь 2003) значится отказ от использования понятия неоднократности.

«Из УК РФ исключено понятие неоднократности, в связи с чем изменено понятие совокупности преступлений, - пишет доктор юридических наук, Председатель Верховного Суда Российской Федерации В.М. Лебедев.- Ранее в судебной практике возникали серьезные трудности при разграничении понятий неоднократности и продолжаемого преступления. Данное изменение имеет не только важное практическое значение, но и придает новое содержание теории множественности преступлений».^{lxii}

УК РФ сначала был освобожден от понятия повторности, а потом и неоднократности. Тем самым была усилена смысловая нагрузка на понятие продолжаемого преступления. Эстонский законодатель подобный шаг не сделал, что означает параллельное использование по-прежнему в теории и на практике двух, практически совпадающих понятий.

Длящееся преступление в отличие от продолжаемого осуществляется не путем совершения отдельных деяний, а непрерывно до тех пор, пока оно не будет прекращено. Хотя длящееся преступление тянется во времени вплоть до его прекращения, оно считается оконченным с самого его начала. Как понятно, его отличие от совокупности деяний состоит в непрерывной длительности деяния, в то время как совокупность складывается из нескольких деяний.

Обычно в качестве примера длящегося преступления приводится состав, предусмотренный § 328 Побег из места изоляции от общества и из-под стражи. Это действительно так, иллюстрацией чему может служить следующий случай.

Двое заключенных, сбежавших ночью 10 декабря из тюрьмы Румму, через несколько дней вернулись обратно. Отбывающий наказание за ограбление Денис (1980) и сидящий за мошенничество Владислав (1978) наслаждались свободой до 14 декабря, а затем сами вернулись в Таллинскую тюрьму.^{lxiii}

Как видно, оба заключенных. «находясь в бегах» четверо суток, все это время считались лицами, совершившими преступление, предусмотренное § 328. Даже, если бы они самовольно покинули территорию тюрьмы Румму на короткий промежуток времен 10 декабря, их преступление все равно бы считалось оконченным.

Надо сказать, что рассмотренное деяние не является единственным представителем вида длящихся преступлений. К их числу могут быть отнесены такие составы, как:

- ⌚ оставление без помощи заболевшего, раненного или потерпевшего кораблекрушение (§ 100);
- ⌚ оставление без помощи (§ 124);
- ⌚ порабощение (§ 133);
- ⌚ захват заложника (§ 135);
- ⌚ лишение свободы без законного основания (§ 136) и ряд других

6.2. Виды совокупности деяний и их влияние на назначение наказания

В эстонском, немецком и российском кодексах проводится различие между отдельными видами совокупности деяний. Точнее говоря, более близкими в решении этого вопроса могут показаться эстонский и российский законы, немецкий же стоит особняком (см. рис. 8).

По KarS (ч. 1 § 63) к совокупности деяний относится совершение одного деяния, соответствующего составам нескольких различных виновных деяний. Наряду с таким вариантом предусматривается и другой (ч. 2 § 63): совершение нескольких деяний, соответствующих составам нескольких различных преступлений. Кроме того, специально выделен вид совокупности, состоящей

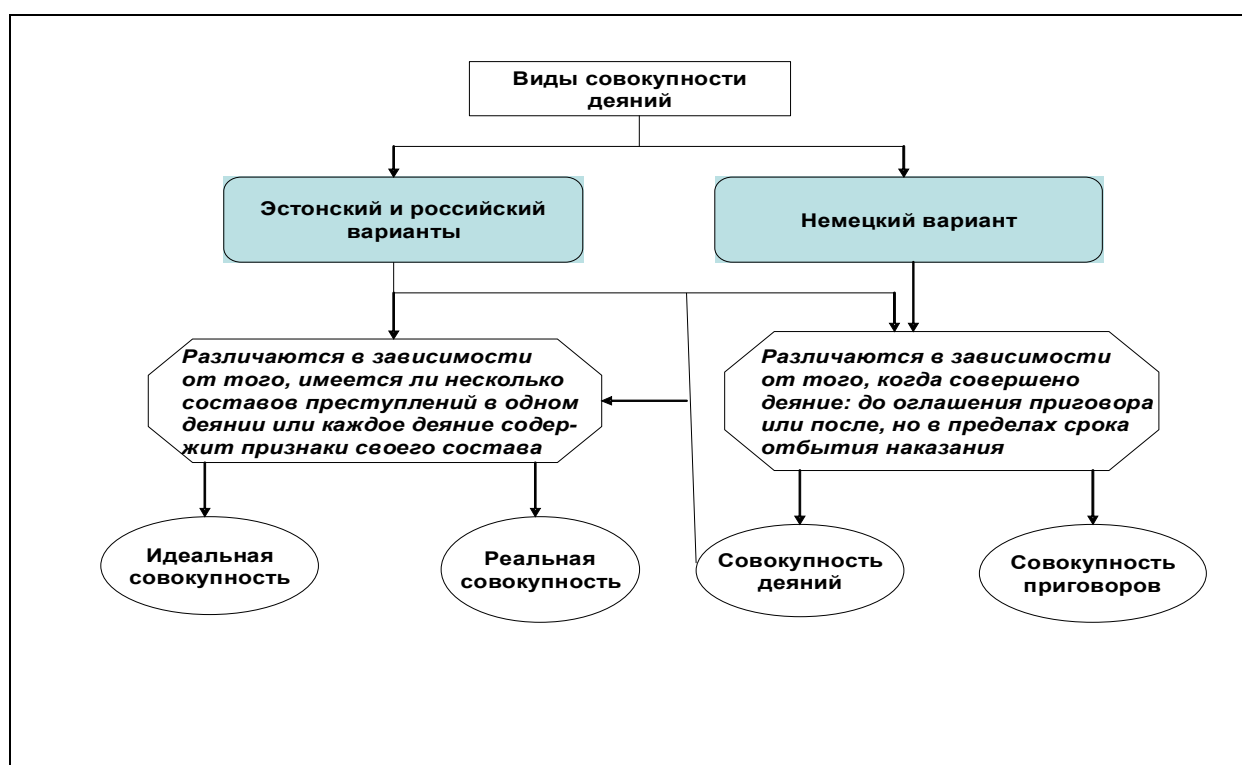


Рисунок 8. Виды совокупности деяний по эстонскому, российскому и немецкому кодексам

из деяния, за которое оглашен обвинительный приговор, и иного деяния, по которому приговор еще не обнародован (§ 65).

Часть 1 ст.17 УК РФ признает совокупностью преступлений совершение двух или более преступлений, ни за одно из которых лицо не было осуждено. В то же время утверждается (ч. 2), что совокупностью преступлений является также и одно действие (бездействие), содержащее признаки преступлений, предусмотренных двумя или более статьями УК РФ. Если имеет место сочетание преступления, по которому вынесен приговор и преступления, по которому приговор должен быть вынесен, то этот вариант носит название совокупности приговоров (ст. 70)

Немецкий StGB отличается от двух других кодексов тем, что признает совокупностью деяний только вариант совершения нескольких наказуемых деяний, если по ним одновременно выносятся приговор (§ 53). Что же касается совершения одного деяния, которым нарушается несколько уголовных законов или один и тот же закон неоднократно, то это называется «Единое деяние», но не совокупность (§52), что имеет свое теоретическое обоснование. Наряду с этим существует норма, регулирующая совокупность ранее вынесенного приговора за совершенное деяние и приговора за деяние, по которому назначается наказание (§ 55).

Вариант совокупности деяний, предусмотренный частью 1 § 63 KarS, получил в теории название **«идеального»**. Надо сказать, что такой термин не достаточно ясно характеризует рассматриваемое явление. Это слово имеет разные смыслы, и поэтому нуждается в разъяснении. Понятно, что должны быть полностью исключены те значения, которые сводятся к «образцу для подражания» или «мечте о прекрасном будущем». И то, и другое, с точки зрения закона абсурдно по отношению к преступлению.

В праве имеется прецедент использования этого термина в другом понимании. Имеется в виду понятие «идеальная доля», признанное вещным правом. Речь идет о мыслимой доле, собственником которой, например, является каждый собственник квартиры в многоквартирном доме, и которая распространяется на земельный участок, коммуникации, места общего пользования и т.п. Такая доля может быть выражена только дробью, а не реальной частью перечисленных вещей.

В наказательном праве совокупность названа «идеальной» по той причине, что она фактически не существует, так как лицо совершает не два и более деяния, которые можно было бы рассматривать при назначении наказания как совокупность, а одно. Но этим одним деянием нарушаются запреты, установленные несколькими статьями Особенной части KarS. То есть, лицо признается виновным в совершении двух и более преступлений. Поэтому совокупность этих преступлений является мыслимой, представленной в сознании и конструкция статей закона, а не реальной.

Киллер, подложивший в автомобиль жертвы преступления взрывное устройство и приведший его в действие. может одним деянием совершить убийство находившегося в машине ее владельца, причинить тяжёлый вред здоровью прохожего, оказавшегося поблизости, уничтожить автомашину, вызвать пожар в соседнем строении и т.д

Другой пример. В Таллинне неизвестный мужчина сел на улице Металли в легковой автомобиль Hyundai Accent и, угрожая сидевшей за рулем 42-летней Аннели предметом, похожим на оружие, заставил ее ехать к магазину "Минск" на улице Сыле, — сообщил Delfi пресс-секретарь Пыхьяской полиции. Там преступник отобрал у потерпевшей телефон и 3100 крон наличными и скрылся.^{lxiv}

Захватив автомашину и лишив тем самым ее владелицу свободы, грабитель тем самым совершил два преступления, соединившихся в одном деянии: самовольное

пользование вещью (§ 215 KarS) и лишение свободы без законного основания (§ 136). Это и есть идеальная совокупность. Кроме того, было совершено разбойное нападение.

Другой вид совокупности, о котором говорится в части 2 § 63 KarS, в теории стали называть **реальной** совокупностью. Он учтен во всех трех кодексах и особых споров не вызывает.

Вопрос о том, признавать ли «идеальное» сочетание деяний их совокупностью, привлек к себе внимание еще в позапрошлом и прошлом столетиях. Так, например, известный австрийский криминалист Франц фон Лист не считал возможным признавать этот вид совокупности деяний имеющим самостоятельное значение для наказательного права. Отсюда становятся понятными те расхождения в правовом регулировании назначения наказания при совокупности деяний, которые отмечаются при сравнении эстонского (а также российского) и немецкого кодексов.

Существо дискутируемого вопроса сводится к тому, насколько оправдано ставить на одну чашу весов правосудия и того, кто одним деянием учинил несколько преступлений, и того, кто последовательно, совершая преступления одно за другим, часто в течении продолжительного времени, занимался преступной деятельностью, демонстрируя неприятие признанных большинством людей правил общежития, чей интерес выражает наказательный закон. Позиция, свойственная немецкому праву, исключает возможность такого уравнивания.

Но точка зрения, закрепленная в KarS, не лишена своих аргументов. Основанием для наказания является не личность, а вина лица, совершившего деяние. Нарушение лицом своим деянием запрета, установленного законом, есть акт сознательный и, как правило, волевой. Совершая деяние, подпадающее под действие нескольких норм KarS, лицо осознает причинение многогранного вреда. Такое осознание, тем не менее, не останавливает его на пути к преступлению. Тем самым его вина значительно возрастает. Иной вариант преступного поведения может складываться из нескольких относительно малозначительных по своим последствиям актов. Как звучало в одной цыганской песне, «лучше много раз по малу, чем один раз много раз». При идеальной совокупности появление нескольких векторов вредного воздействия на охраняемые законом объекты не могут быть оставлены без реакции со стороны суда.

Другое дело, что правила применения и назначения наказания при идеальной совокупности деяний могут и должны отличаться от того, что предписано законом для реальной совокупности. По этой причине между двумя рассматриваемыми видами совокупности необходимо проводить, по возможности, четкое разграничение.

Многие криминалисты считают таким разграничителем фактор времени. При идеальной совокупности несколько деяний совершаются одновременно, при реальной – разновременно. Признавая, что учет времени играет свою роль в разделении двух видов совокупности, все-таки, приходится отметить его формальный характер. Если одновременность для идеальной

совокупности имеет тотальное значение, то реальная совокупность далеко не во всех случаях складывается из деяний, происходящих в разное время.

Например, лицо, совершая действия, подпадающие под признаки пункта 1 части 2 §143 KarS (понууждение к половому сношению в отношении лица не достигшего восемнадцатилетнего возраста), одновременно снимает происходящее на видеокамеру с целью изготовления порнографического изображения, чем совершает преступление, предусмотренное частью 1 § 176 KarS (Изготовление и распространение порнографических произведений, изображающих детей). В данном примере, хотя два деяния происходят одновременно, они отделены друг от друга способами своего совершения и целевыми установками, что не позволяет их признать идеальной совокупностью деяний.

Очевидно, для разделения двух видов совокупности, еще большую роль, чем временной фактор, призваны играть характеристики, относящиеся к существу происходящего. А именно: единство деяния, путем совершения которого осуществляется несколько преступлений, или отделенность одного деяния от другого. Именно такое различие, в первую очередь, а не временной фактор, сказывается на способе назначения наказания

На рисунке 9 видно, что **назначение наказания при идеальной совокупности** производится таким образом, что исключается необходимость определять наказание отдельно за каждое преступление, входящее в совокупность, и только после этого подводить какой-то окончательный итог. Закон предписывает суду поступать иначе и более просто. За всю совокупность преступлений подлежит назначению наказание, основывающееся на более строгой санкции.

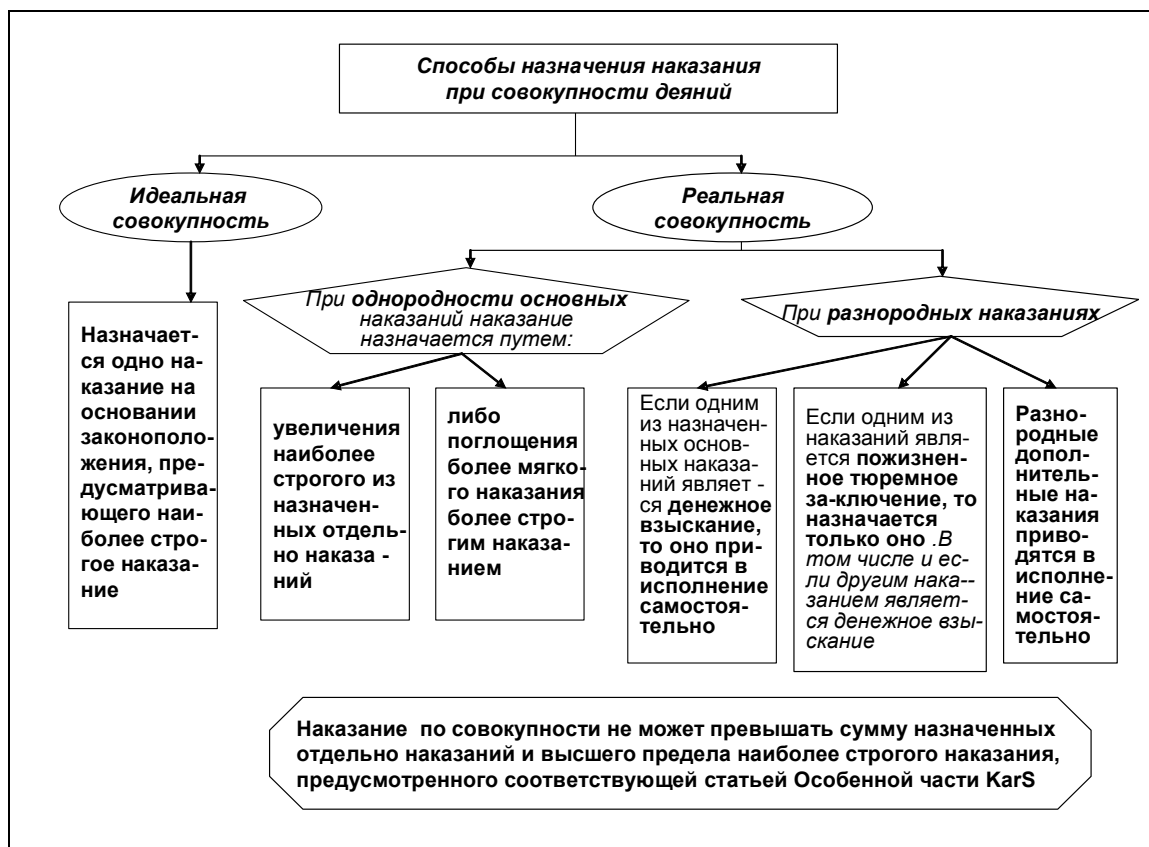


Рисунок 9. Способы назначения наказаний при совокупности деяний

Может возникнуть кажущееся сомнение в понимании этого правила. Ведь суд при определенном стечении обстоятельств может столкнуться с вопросом, какому решению отдать предпочтение, исходить ли из самого сурового наказания, которое он назначает за совокупность преступлений, или из более строгой санкции параграфа. Одно с другим может не совпадать. Суровая санкция параграфа, имеющая большой диапазон между нижним и верхним пределами, может быть использована судом с учетом смягчающих обстоятельств в наименьшем своем значении. Санкция же, содержащая меньшее наказание за другое преступление, может ориентировать суд назначить при наличии отягчающих обстоятельств наказание по ее высшему пределу.^{lxv}

Буквальное толкование части 1 § 63 KarS, где содержится правило о назначении наказания при идеальной совокупности, дает только одно решение проблемы, Надо исходить не из факта, а из закона. Иначе и быть не может. Упомянутая выше дилемма может стать предметом размышления судьи, но не его решения. Потому что, принимая его, в силу указания закона нет нужды задумываться над вопросом, за какое преступление идеальной совокупности наказать мягче, а за какое строже. Требуется просто руководствоваться санкцией параграфа, предусматривающей большее наказание.

Такое правило не совсем обычно. Очевидно, не случайно оно помещено в параграф о применении наказания по совокупности (§ 63), а не его назначении (§ 64). За каждое преступление тут наказание не назначается. Следовательно, принцип «наказание за преступление» до конца не выдерживается.

Любопытно, что УК РФ для наказания при идеальной совокупности не делает никакого исключения из общей установки. В части 1 ст. 69, сказано, без каких-либо оговорок, что при совокупности преступлений наказание назначается отдельно за каждое совершенное преступление.

Возможно, такое решение вопроса обусловлено тем, что в России время от времени проводятся амнистии. В актах об амнистии содержатся указания о составах преступлений и размерах наказания, а также о лицах, которые на тех или иных условиях освобождаются от наказания. При освобождении лица, осужденного за преступления, совершенные в совокупности, имеет практический смысл разделить наказание по каждому преступлению в отдельности. Нельзя исключать такой ситуации, что амнистия будет распространена на один вид преступления и размер наказания, а не будет на другой.

В Эстонии после восстановления государственной независимости амнистия ни разу не проводилась, хотя упоминание о такой возможности встречается в УПК.

При назначении наказания за деяния, входящие в реальную совокупность, необходимо принимать в расчет однородность или разнородность наказаний, относящихся к каждому из инкриминируемых

виновному лицу преступлений. Если, например, одно и другое преступления повлекли за собой назначение тюремного заключения, то имеют место однородные наказания. Разнородными, в другом случае, будут тюремное заключение и денежное взыскание. Но денежное взыскание, к тому же, может исполнять роль не только основного, но и дополнительного наказания. В таком случае разнородность еще более усиливается.

Сразу же, чтобы больше не возвращаться к этому вопросу, надо сказать, что **разнородные наказания** назначаются самостоятельно, а не в совокупности. Если одним из назначенных основных наказаний является денежное взыскание, то оно приводится в исполнение самостоятельно (ч.2 § 64 KarS). Также самостоятельно приводятся в исполнение и дополнительные наказания (ч5 § 64 KarS). Что касается денежного взыскания, то для него установлено одно исключение. В соответствии с частью 4 § 64 KarS, если одним из назначенных наказаний является пожизненное тюремное заключение, то в качестве наказания по совокупности назначается пожизненное тюремное заключение. В Эстонии, как и в Германии, так мало по сравнению с Россией основных наказаний, что применение изложенного правила никаких проблем не создает.

Назначение однородных наказаний при реальной совокупности деяний производится особыми способами. Их два (ч.1 § 64 KarS):

- 1) увеличение наиболее строгого из назначенных отдельно наказаний;
- 2) поглощение более мягкого наказания более строгим наказанием.

Привлекает к себе внимание иное понимание термина «наказание» при назначении наказания в случае реальной совокупности по сравнению с идеальной. Если во втором из названных вариантов имеется в виду мера воздействия, заключенная в санкции параграфа, то в первом – определенное судом по виду и размеру наказание.

Первый из указанных способов означает, что после назначения наказания за каждое из входящих в реальную совокупность преступлений, суд, в конечном итоге, устанавливает наказание в тех пределах, которые предусмотрены санкцией наиболее строгого характера.

Так, например, «хакер» привлекается к ответственности по части 1 § 206 KarS (Компьютерное вредительство – санкция: денежное взыскание или тюремное заключение на срок до одного года), по которой назначается наказание 6 месяцев тюремного заключения. Кроме того виновному лицу вменяется совершение преступления, предусмотренного п.1 ч.2 § 208 (Распространение компьютерного вируса, совершенное неоднократно – санкция: денежное взыскание или тюремное заключение на срок до трех лет). Назначенное судом наказание составляет один год и шесть месяцев тюремного заключения. Окончательное наказание суд выносит по п.1 ч. 2 § 208 – один год и восемь месяцев тюремного заключения.

Приведенный пример дает представление о содержании первого способа назначения наказания при реальной совокупности деяний. Но стоит обратить внимание и на то, что характер совершенных преступлений оказался относительно близким друг другу. Считается, что способ «удлинения» наиболее приемлем, прежде всего, для такого рода сочетания виновных деяний.

Максимальный предел «удлинения» определяется «потолком» санкции параграфа, которым предусматривается более суровое наказание.

Второй способ – «поглощения» - состоит во включении при подведении окончательного итога (после назначения наказания за каждое преступление, входящее в совокупность) меньшего однородного наказания в большее.

Варианты последующего назначения наказания по совокупности (§ 65 KarS) показаны на схеме (см. рисунок 10).

Первый вариант состоит в том, что назначается наказание за преступление, о котором не было известно на момент оглашения приговора за другое преступление.

Если бы информация о первом преступлении была известна до оглашения приговора за второе преступление и была бы соответствующим образом установлена вина лица, то это могло существенным образом повлиять на вынесенный приговор в плане назначения наказания при наличии реальной совокупности деяний. Но отсутствие данных о первом преступлении на момент оглашения приговора по второму преступлению меняет ситуацию. Схематически приговор за первое преступление по хронологии занимает второе место после приговора за второе преступление, который оглашен первым. Закон указывает, что к такому варианту развития событий при назначении наказания следует применить правила наказания при реальной совокупности деяний. Но с одной существенной оговоркой. Полностью или частично отбытое наказание по предыдущему приговору вычитается из срока наказания по совокупности.

Для второго варианта характерен такой пример.

В зале суда в Курессааре был взят под стражу 23-летний Марти Р., которого обвиняли в краже мобильного телефона. Вместе с назначенными ему за прежние



Рисунок 10. Последующее назначение наказания по совокупности

преступления наказаниями ему придется просидеть за решеткой более трех лет. Согласно обвинению, Р. украл из незапертого кабинета курессаареского учреждения мобильный телефон с разговорной картой, причинив владельцу ущерб на сумму 1150 крон, Суд решил, что Р. виновен в краже, и назначил ему наказание — 4 месяца заключения.

Р. ранее 5 раз наказывался в уголовном порядке и 21 раз за проступок, новое преступление он совершил во время действия прежнего наказания, поэтому суд решил обратить к исполнению назначенное прежним решением суда наказание. Тем самым Р. проведет в тюрьме три года, два месяца и 20 дней, а кроме того ему придется оплатить судебные издержки.^{lxvi}

Как видим, за то, что Р. совершил новое преступление в ходе отбывания наказания за прежнее, суд, назначив ему наказание за последнее преступление, по совокупности увеличил наказание на неотбытую часть наказания по предыдущему приговору. Все это сделано в соответствии с частью 2§ 65 KarS. Увеличенная часть может полностью соответствовать величине второго наказания или частично.

Но высший предел для последующего назначения наказания по совокупности определен законом иначе, чем для реальной совокупности деяний. Тут максимум ограничивается не высшим показателем санкции параграфа Особенной части, в соответствии с которой назначено наказание. Ориентация осуществлена на Общую часть, где закреплены характеристики всех видов наказания, их минимальные и максимальные размеры. Так, максимум для тюремного заключения установлен в 20 лет.

ⁱСсылки и примечания

rus.postimees.ee, 08.04.2008

ⁱⁱ См. Лившиц Ю. Наказание за преступление: понятие, цели, средства, система. Таллинн: Социально-гуманитарный институт. 2006, с. 99-112

ⁱⁱⁱ См. Sootak Jaan ja Pikamae Priit. Karistusseadustik. Kommenteeritud valjaanne. 2., taiendatud ja umbertootatud valjaanne. Tallinn, 2004. lk. 185.

^{iv} Jescheck H.-H. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil Aufl. Berlin: Dunker & Humblot, 1988, S. 777. Цит. по кн. «Жалинский А. Э. Современное немецкое уголовное право». Москва: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004, с. 323

^v Проблема изложена как предложение de lege ferenda в кн. Лившица Ю. Наказание: понятие, цели, средства, система, с. 6-10.

^{vi} Объяснение упомянутых различий см. Лившиц Ю. Преступление как виновное деяние: понятие, состав, противоправность, вина. Таллинн: СГИ, 2004,.

^{vii} См. Лившиц Ю. Наказание за преступление: понятие, цели, средства, система. Таллинн: СГИ. 2006. с. 86 -112.

^{viii} Кристи Н. Пределы наказания. Москва, 1985, с. 7,8.

^{ix} Сравнение гражданско-правового и наказательно-правового аспектов принудительного прекращения юридического лица по эстонскому праву см. в кн.: Лившиц Ю. Виды наказания за преступление, с. 161- 170.

^x Решение № 3-1-1-7-04 от 23 марта 2004 г. судебной коллегии по уголовным делам Государственного суда. Уголовное дело по обвинению Erkki Pilt по KarS § 356 Ч. 1 и по обвинению OÜ Save Puit по KarS § 356 ч.3. Текст перевода на русский язык приводится по кн. «Руководящие органы коммерческого товарищества. Права, обязанности и ответственность членов руководящих органов коммерческого товарищества». Пауль Варуль и др. Ägiräev. 2007, с. 227-229.

^{xi} Убийцу приговорили к максимальному сроку наказания.// Postimees. ee 18.02.2008

^{xii} Казаченко И. Я., Незнамова З.А. (Отв. редакторы). Уголовное право, Общая часть. Учебник для вузов. Москва: Издательская группа НОРМА –ИНФРА. 1998., с. 383.

^{xiii} Указ. Соч., с. 382

^{xiv} См. Лившиц Ю. Виды наказания за преступление, с. 170—189.

^{xv} Физическое лицо может быть подвергнуто дополнительно наказанию в виде: запрещения деятельности (ст. 49); лишения права управления транспортным средством (ст. 50); лишения права владения оружием и боеприпасами (ст. 51); лишения права охоты и рыбной ловли (ст. 52); лишения допуска к государственной тайне и засекреченной внешней информации, а равно лишения права обработки сведений, составляющих государственную тайну или являющихся засекреченной внешней информацией (ст. 52-1); лишения права содержания животных (ст. 52-2); имущественного наказания (ст. 53 - за преступления, совершенные до 1.02. 2007г). выдворения (ст. 54).

Для юридических лиц предусмотрены такие дополнительные наказания, как: лишение права обработки сведений, составляющих государственную тайну или являющихся засекреченной внешней информацией, на условиях, установленных статьей 52 KS (ч. 1 ст 55-1); лишение права содержания животных на условиях, установленных статьей 52² настоящего Кодекса.

Кроме того в роли дополнительного наказания, применяемого и к физическому, и к юридическому лицу, выступает такое основное наказание, как денежное взыскание.

^{xvi} Зубкова В.И. Система наказаний по УК РФ п проблемы ее реализации. В сб. «Уголовное право в XXI веке. Материалы Международной научной конференции, состоявшейся на юридическом факультете МГУ им. М. В. Ломоносова 31 мая – 1 июня 2001 года». Москва: «ЛексЭст», 2002, с. 134-135

^{xvii} Жалинский А.Э. Современное немецкое уголовное право. М.: ТК Велби, Изд-во Проспект, 2004, с. 297

^{xviii} Там же

^{xix} Мать, давшая своему младенцу успокоительное, пошла под суд // Postimees. ee, 10.06.2008

^{xx} Из-за произведенной смысловой группировки в таблице (рисунок 3) не соблюдена очередность списка смягчающих обстоятельств, которая имеет место в каждом из двух кодексов. Кроме того, те обстоятельства, которые по ст.61 УК РФ полностью или частично совпадают с обстоятельствами, содержащимися в KarS § 57, в таблице находятся на одном уровне. Использование этого наглядного приема потребовало расположить смягчающие обстоятельства, содержащиеся в ст. 61 УК РФ, не в той системе, в какой они размещены в законе, сохранив при этом их буквенные обозначения.

^{xxi} Игнатов А.Н., Красииков Ю. А. Курс российского уголовного права: в 2 т. Т.1.Общая часть. – М.: Издательство НОРМА (Издательская группа НОРМА – ИНФРА –М). 2001,с.396,397.

^{xxii}

^{xxiii} Большой фактологический материал об эвтаназии содержит монография О. С. Капинус «Эвтаназия в свете права на жизнь». М. Издательский дом «Камерон». 2006. 480 с.

^{xxiv} Цит. по кн. А.Я. Иванюшкин. Профессиональная этика в медицине. Москва, 1990 с.. 148

^{xxv} BBC World Service.http://news.bbc.co.uk/hi/russian/news/newsid_1271000/1271071.stm

^{xxvi} ГРАНИ.ру <http://www.grani.ru/Society/Health/m.134717.html>

^{xxvii} Игнатов А.Н., Красииков Ю. А. Указ. соч., с. 400.

^{xxviii} См. Панов В.П. Международное уголовное право. Учеб. Пособие.- ИНФРА – М., 1977, с. 31

^{xxix} Подробнее об этом см. Бейлинсон П. Убийства и их квалификация (по уголовному законодательству Эстонской Республики). Таллинн: Социально-гуманитарный институт. 2006,с. 249-270.

^{xxx} Стресс. Википедия. <http://ru.wikipedia.org/wiki/%D0%A1%D1%82%D1%80%D0%B5%D1%81%D1%81>

^{xxxi} См. Акушерство. Большая медицинская энциклопедия. <http://www.neuro.net.ru/bibliot/bme/>

^{xxxii} Пряжников Н.С., докт. пед. н., профессор. Личностное самоопределение в преклонном возрасте. http://www.fpo.ru/teor/pryaj_samoopred.html

^{xxxiii} См. Лившиц Ю.М. Преступление как виновное деяние: состав, противоправность, вина. Курс лекций. Таллинн: Социально-гуманитарный институт. 2004, с. 173-191

^{xxxiv} Необходимая оборона. Уголовное право из курса правоведения по Народной энциклопедии изд. 1911 г. Полутом 1.Общественно-юридическая наука // Allpravo. Ru

^{xxxv} DELFI 5.06. 2008

^{xxxvi} Verkko Lepassalu. Легкий макияж для преступлений. Комментарий // День за днем. 2008, №12 (86),lk.9

^{xxxvii} О возникновении и апробации идеи см. Лившиц Ю. Наказание за преступление, с.146-150

^{xxxviii} Девочка засняла своего совратителя-отчима //Päevaleht - DELFI 26 10. 2007

^{xxxix} Элсас Урве. Этот малый грех – взятка.// Postimees, 23. 04. 2008

^{xl} Гроций Гуго. О праве войны и мира. Москва , 1948, XVI.

^{xli} Ланг: оставить рецидивистов в тюрьме // DELFI, 7. 11. 2007

^{xlii} Например, преступления, предусмотренные §§ 184,185 KarS

^{xliii} Шмелев Максим. Три года без пьяной езды. // Вести. 19.09. 2006.

^{xliv} Лившиц Ю. Виды наказания за преступление, с. 171.

^{xlv} Указ.соч., с.. 8-13

^{xlvi} Указ. соч, с.12

^{xlvii} 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.

^{xlviii} Вор не обязан сидеть в тюрьме. // Postimees. 8. 06. 2005

^{xliv} Труд как наказание. // Вести. 18-24. 07. 2003.

ⁱ За взятку полиции— 730 часов работ // DELFI 5 06/ 2007

ⁱⁱ Множественность преступлений – так названа глава 12 в книге Игнатова А.Н.и Красикова Ю.А. «Курс Российского уголовного права».с.288-306.

ⁱⁱⁱ Судья брал взятки. // DELFI. 5.10. 2006

ⁱⁱⁱⁱ Korruptsija Eesti 07 Передовая. Межсезонье в борьбе с коррупцией // Деловые ведомости.26.06. 2007

^{liv} Судья отправил братьев-воров за решетку // Võrumea Teataja - DELFI 17. 05 2008

^{lv} «Мало воровать, надо принадлежать к этому ордену, - рассказывал о мире воров Варлам Шаламов, один из самых ярких и известных разоблачителей сталинского ГУЛАГА, долгие годы проведенный за его колючей проволокой - Вовсе не всякий "тяжеловес", вовсе не всякий убийца - только потому, что он - грабитель и убийца - занимает почетное место среди блатарей. Там есть свои блюстители чистоты нравов, и особо важные воровские секреты, касаемые выработки общих законов этого мира (которые, как и жизнь, меняются), выработки языка воров, "блатной фени", - дело только блатарской верхушки, состоящей из потомственных воров, хотя бы там были только карманники. И даже к мнению мальчика-подростка (сына, брата какого-нибудь видного вора) блатной мир будет прислушиваться больше, чем к суждениям "порчаков" - пусть они будут хоть Ильями Муромцами в грабительском деле. И "марьян" - женщин блатного мира - будут делить в зависимости от знатности хозяина... Их получают сначала обладатели "голубой крови", а в последнюю очередь - "порчаки". Блатари немало заботятся о подготовке своей смены, о выращивании "достойных" продолжателей их дела». Варлам Шаламов. Очерки преступного мира. OCR: Александр Белоусенко, <http://belousenkolib.narod.ru>

^{lvi} Кооритс Вахур, Куймет Пеетер. Законодатели избавляют магазинных воров от страха.// Postimees. 15. 02. 2007.

^{lvii}

^{lviii} Ресурсы Интернета. Eesti vanglasüsteemi ja kriminaalhoolduse. Aastaramat // aastaramat_2006_kodulehele.pdf

^{lix} Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. Под общей редакцией доктора юридических наук, Председателя Верховного Суда Российской Федерации В.М. Лебедева. 2-е издание, переработанное и дополненное. Издательство НОРМА, Москва, 2004, с.36.

^{lx} Убийца ребенка останется в тюрьме на 20 лет // Eesti Päevaleht – Delfi 3.02. 2005

^{lxi} Парочка воров совершила 11 краж за 36 часов. // DELFI. 01.02. 2008

^{lxii} Комментарий к Уголовному кодексу Российской Федерации. Предисловие ко второму изданию. с. V

^{lxiii} Сбежавшие заключенные вернулись в тюрьму // SL Õhtuleht - DELFI 27.12. 2004

^{lxiv} Грабитель угнал машину вместе с женщиной // DELFI. 27.05. 2005

^{lxv} При этом, в Эстонии в отличие от Германии в расчет берутся высшие, а не низшие пределы санкции. См. § 4 KarS (Степени тяжести преступлений). В Германии, - сообщает профессор А.Э. Жалинский, - «существует правило, по которому «критерием разграничения более и менее тяжкого преступления является нижняя, а не верхняя граница санкции, что приводит к преобладанию менее тяжких преступлений...». Жалинский А. Э. Современное немецкое уголовное право. с.324.

^{lxvi} За кражу мобильного — в тюрьму на три года // DELFI 4.06.2008