Пархоменко Дмитрий Александрович. Усмотрение в уголовном праве: диссертация ... кандидата юридических наук: 12.00.08 / Пархоменко Дмитрий Александрович;[Место защиты: Российская правовая академия Министерства юстиции РФ https://rpa-mu.ru/].- Москва, 2015.- 182 с.

**Содержание к диссертации**

Введение

**Глава 1. Социально-правовые предпосылки и юридическая природа усмотрения в уголовном праве 13**

1.1. Понятие и этапы осуществления усмотрения в уголовном праве 13

1.2. Формы выражения основания для усмотрения в уголовном законе и субъекты его реализации 34

1.3. Усмотрение в уголовном законодательстве зарубежных стран 45

**Глава 2. Усмотрение при оценке содеянного в качестве преступного 56**

2.1. Усмотрение при оценке деяния на предмет малозначительности 59

2.2. Усмотрение при оценке обстоятельств, исключающих преступность деяния 75

**Глава 3. Усмотрение при избрании меры уголовно-правового характера ... 105**

3.1. Усмотрение при освобождении от уголовной ответственности 106

3.2. Усмотрение при назначении наказания и освобождении от нег о 128

Заключение 151

Библиографический список

**Введение к работе**

**Актуальность темы исследования.** Усмотрение в праве присутствует там и тогда, где и когда определенный масштаб поведения или деятельности, обличенный в форму нормативного правового установления, подлежит применению к конкретной жизненной ситуации. По образному высказыванию С. С. Алексеева, «право напоминает... не матрицу, на которой запрограммированы все возможные варианты человеческих поступков, по которым "печатается" поведение людей, а скорее обширную "раму", состоящую из такого рода программ и ячеек, различных объемов и форм, всегда четко очерченных, но всегда оставляющих пространство для собственного поведения участников общественных отношений»1. И с этой точки зрения усмотрение в праве объективно необходимо и неизбежно. Вместе с тем усмотрение вообще и в праве в частности всегда несет в себе субъективную составляющую — оценку правоприменителем жизненной ситуации, нормы права, подлежащей применению в ней, вариантов правил поведения, предписываемых в норме, возможных их правовых последствий. Поэтому результаты усмотрения в праве могут по-разному восприниматься лицом, в отношении которого выносится акт применения права, органом, контролирующим процесс правоприменения или осуществляющим за ним надзор, специалистами. Рассматриваемая проблема актуальна для любой отрасли права, но, пожалуй, наибольшую остроту она имеет для отраслей права, нормы которых имеют санкционную защиту, обеспечены охранительными санкциями.

В связи с интенсификацией правотворческого процесса особое звучание проблема усмотрения приобрела в последние годы в сфере законодательства криминального профиля. Неоднозначное к ней отношение проявляется на самом высоком уровне. Так, на состоявшемся в октябре 2009 г. заседании Научно-консультативного совета при Генеральной прокуратуре РФ, темой обсуждения которого выступала проблема усмотрения в уголовном праве и уголовном процессе, озвучивалось практически единодушное мнение о необходимости формализации этого процесса, о недопустимости расширения, в частности, судебного усмотрения2. Согласно методике проведения антикоррупционной экспертизы нормативных правовых актов и проектов нормативных правовых актов, утвержденной постановлением Правитель-

1 Алексеев С. С. Теория права. М., 1993. С. 87.

2 См.: Жевлаков Э., Звечаровский И., Минская В., Наумов А., Решето-ваН., СавкинА., ХалиулинА. Усмотрение в уголовном праве и уголовном про  
цессе//Уголовное право. 2010. № 1. С. 108-113.

ства РФ от 26.02.2010 № 96, одним из коррупциогенных факторов, устанавливающих для правоприменителя необоснованно широкие пределы усмотрения или возможность необоснованного применения исключений из общих правил, является широта дискреционных полномочий. Между тем состоявшаяся в 2010-2011 гг. по инициативе Министерства юстиции Российской Федерации (далее — Минюст России) реформа уголовного законодательства, связанная с отменой нижних пределов санкций значительного количества статей Особенной части Уголовного кодекса Российской Федерации (далее — УК), по существу, привела к ситуации, когда невольно возник вопрос: а нужно ли вообще указание на размер определенного вида наказания в санкции, так как нижние пределы наказания стали совпадать с теми, которые установлены для наказания определенного вида в Общей части УК? Явно неоднозначной оценке подлежит и решение законодателя, принятое им в конце 2011 г., о предоставлении суду права изменять категорию преступления, предусмотренную в ст. 15 УК, на более мягкую, в сравнении с той, к которой изначально относилось совершенное преступление (см. Федеральный закон от 07.12.2011 № 420-ФЗ «О внесении изменений в Уголовный кодекс Российской Федерации и отдельные законодательные акты Российской Федерации»). Небесспорным представляется появление у «судьи (суда)» права по своему усмотрению признавать обстоятельством, отягчающим наказание, совершение преступления в состоянии опьянения (ч. 1.1 ст. 63 УК), которое и до принятия Федерального закона от 21.10.2013 № 270-ФЗ «О внесении изменения в статью 63 Уголовного кодекса Российской Федерации» могло быть реализовано в части учета личности преступника наряду с другими обстоятельствами.

**Состояние научной разработанности темы исследования.** Вопросы усмотрения всегда находились в поле зрения отечественной теории права. В последние годы особое внимание им уделялось в диссертационных исследованиях общетеоретического характера А. Б. Сте-пина (Волгоград, 2002), В. Д. Подмосковного (Волгоград, 2004), А. А. Березина (Нижний Новгород, 2007), Л. Н. Берг (Екатеринбург, 2008), О. В. Кораблиной (Саратов, 2009), К. П. Ермаковой (Москва, 2010), Д. В. Бойко (Волгоград, 2011), П. В. Маркова (Москва, 2012), а также в монографии Ю. А. Тихомирова (Москва, 2010). Применительно к конкретным отраслям законодательства они освещались, в частности, О. А. Папковой (Москва, 1997), Д. Б. Абушенко (Екатеринбург, 1998), Ю. В. Старых (Воронеж, 2006), Н. С. Погореловой (Ростов-на-Дону, 2005), А. А. Хайдаровым (Москва, 2011), М. А. Ни-коновым (Москва, 2014). Различные аспекты усмотрения неодно-

кратно попадали и в орбиту уголовно-правовых исследований, в том числе А. П. Севастьянова (Красноярск, 2004), А. А. Пивоваровой (Самара, 2009). В 2011 г. рассматриваемая проблема стала предметом исследования Ю. В. Грачевой на уровне докторской диссертации. Тем не менее количество исследований проблемы усмотрения в праве не переросло в должное качество. Практически каждый автор, рассматривающий данную проблему, констатирует ее неразре-шенность уже на понятийном уровне. По-прежнему неоднозначно отношение к самому по себе усмотрению в праве и его пределам, соотношению с законностью, формам выражения в тексте нормативного правового акта, стадиям и субъектам осуществления. Примечательно, что не только в процессуальном, но и в материальном уголовном праве эта проблема фокусируется на судебном усмотрении, в то время как целый блок уголовно-правовых норм, допускающих усмотрение, применяется во внесудебном порядке. Своеобразной нормой стало рассмотрение вопросов осуществления усмотрения в уголовном и уголовно-процессуальном праве изолированно друг от друга, что уже само по себе вызывает сомнения в обоснованности предложений по совершенствованию законодательства в данном направлении.

Названные обстоятельства предопределили выбор темы диссертационного исследования, его структуру и содержание.

**Цель исследования** — на основе общетеоретического учения о правоприменении, воззрений на возможность, формы и пределы осуществления усмотрения в праве, и уголовном в том числе, с учетом практики применения уголовного законодательства в этой части выработать рекомендации по его единообразному применению, подчиненному основополагающим принципам уголовного права, и при необходимости определить основные направления совершенствования материального и процессуального уголовного законодательства в зависимости от этапов реализации усмотрения.

Для достижения поставленной цели в диссертации решаются следующие задачи:

на основе анализа общетеоретических и отраслевых исследований проблемы усмотрения в праве определить понятие усмотрения в уголовном праве и показать его специфику с учетом режима уголовно-правового регулирования, определяемого предметом, методом и принципами уголовного права;

с учетом требований законодательной техники и правил толкования уголовного закона выявить существующие формы выражения основания для усмотрения в нормативных установлениях УК;

проанализировать состояние отечественного уголовного законодательства в части нормативной основы осуществления усмотрения различными субъектами на различных этапах правоприменения;

на основании анализа правоприменительной практики осуществления усмотрения в уголовном праве: а) показать функциональную взаимообусловленность и взаимозависимость уголовно-правовых норм, допускающих усмотрение, от уголовно-процессуальных норм, способствующих их реализации; б) сформулировать предложения по совершенствованию уголовного и уголовно-процессуального законодательства в этой части.

**Объектом исследования** выступают правоотношения, возникающие на основе уголовно-правовых норм, допускающих усмотрение органов, применяющих уголовный закон.

**Предмет исследования** составляют нормы отечественного и зарубежного уголовного законодательства, в применении которых присутствует элемент усмотрения, теоретико-прикладные исследования и материалы правоприменительной практики в данной области.

Исходя из того что усмотрение в уголовном праве осуществимо с момента оценки содеянного на предмет его уголовной противоправности до момента погашения или снятия судимости, содержание предмета диссертационного исследования ограничивается нормативной основой для осуществления такой оценки вплоть до избрания меры уголовно-правового характера к лицу, совершившему преступление. Вопросы усмотрения в процессе исполнения таких мер лежат за рамками настоящего исследования.

**Методологическую основу исследования** составляют положения диалектического и исторического методов познания, теория применения права. В целях полноты и достоверности исследования использовались также методы формально-юридического, логического, сравнительно-правового, статистического анализа, эмпирические методы исследования.

**Нормативную основу исследования** составляют общепризнанные принципы и нормы международного права, положения Конституции Российской Федерации (далее — Конституция), нормы УК, уголовных кодексов ряда зарубежных стран, Уголовно-процессуального кодекса Российской Федерации (далее — УПК), разъяснения Пленума Верховного Суда **РФ.**

**Эмпирическую основу исследования** составили опубликованные материалы судебной практики, включая решения Верховного Суда РФ, по толкованию уголовно-правовых и уголовно-процессуальных норм, в процессе применения которых в той или иной степени присутствует

элемент усмотрения, статистические данные о состоянии преступности в стране. Использованы результаты социологических исследований по рассматриваемой проблеме, опубликованные в литературе, а также результаты анкетного опроса 176 прокурорских работников, проходивших профессиональную переподготовку и повышение квалификации в Иркутском институте (филиале) Академии Генеральной прокуратуры РФ (2013-2014 гг.), 65 судей Восточно-Сибирского региона (2013-2014 гг.).

**Теоретической основой исследования** выступили достижения общей теории права, науки уголовного права и уголовного процесса, представленные в трудах специалистов в области усмотрения в процессе правоприменения.

**Научная новизна исследования** состоит в том, что в нем впервые в науке уголовного права проблема усмотрения в применении уголовно-правовых норм рассматривается в неразрывной связи с процессуальной формой их реализации именно как проблема усмотрения в уголовном праве, т. е. безотносительно субъектов усмотрения (например, судебного) и этапов его осуществления (например, при назначении наказания). В сравнении с другими подобными по тематике исследованиями, в настоящей работе проанализирован вопрос об осуществлении усмотрения при оценке содеянного на предмет его уголовной противоправности.

В результате проведенного исследования **на защиту выносятся следующие новые или содержащие элементы новизны положения**:

1. Обосновывается несостоятельность попыток увязывать определение понятия усмотрения в праве на отраслевом уровне с его назначением в праве, возможными субъектами его реализации, стадиями (этапами) осуществления и т. п. В этой связи критически оцениваются попытки говорить, в частности, об административном, судебном, судейском усмотрении, усмотрении судьи. Дополнительно аргументируется положение об условности деления понятия усмотрения как правоприменительной деятельности и усмотрения как результата этой деятельности.
2. С учетом специфики предмета и метода уголовно-правового регулирования обращается внимание на неразделимость материального содержания и процессуальной формы в нормативно-правовой основе усмотрения в уголовном праве, на недопустимость ограничения круга субъектов, осуществляющих усмотрение в уголовном праве, только судом; подчеркивается, что такое усмотрение проявляется в отношении не только лица, совершившего преступление, но и лица, совершившего деяние, лишь формально подпадающее под признаки

состава преступления; актуализируется положение о необходимости максимальной осведомленности о предусмотренных законом вариантах правового поведения субъекта, в отношении которого осуществляется усмотрение.

1. На основе анализа общетеоретического учения о применении права, существующих определений понятия усмотрения и с учетом реалий механизма уголовно-правового регулирования предлагается следующее определение искомого понятия: усмотрение в уголовном праве — это основанная на нормах уголовного закона деятельность компетентного органа, заключающаяся в оценке обстоятельств дела в контексте их уголовно-правового урегулирования, имеющая своим итогом принятие решения в рамках дозволенного законом в отношении лица, совершившего деяние, содержащее признаки конкретного состава преступления, с соответствующим его уголовно-процессуальным оформлением.
2. На основе системного анализа нормативной основы УК, допускающей возможность правоприменителя действовать по своему усмотрению в установленных законом пределах, обосновывается вывод о том, что такая возможность может, во-первых, быть реализована на всех этапах уголовного правоотношения, а во-вторых, вытекать не только собственно из управомочивающих норм-предписаний, как это принято считать в теории и практике уголовно-правового регулирования, но и из других предписаний, отличных от названных по целевому назначению, характеру (форме) правового регулирования (норм-принципов, норм-дефиниций, обязывающих, запрещающих, поощрительных).
3. На примерах практики применения уголовно-правовых норм о малозначительности деяния, обстоятельствах, исключающих преступность деяния, демонстрируется реальность возможности проявления усмотрения при решении правоприменителем вопроса о преступности или непреступности содеянного, квалификации преступного; актуализируется необходимость более жесткой формализации нормативной основы УК в этой части, особенно в свете действия принципа законности.
4. При оценке нормативной основы осуществления усмотрения при избрании меры уголовно-правового характера к лицу, совершившему преступление, особо обращается внимание на необходимость учета при этом первичной основы для усмотрения на данном этапе — санкций статей (частей статей) Особенной части УК, «наведения порядка» в законодательной регламентации института освобождения от уголовной ответственности во всех его многообразных проявлениях, некоторых видов освобождения от наказания.

7. С учетом анализа уголовного и уголовно-процессуального законодательства в части, допускающей его применение в режиме усмотрения, правоприменительной практики по этому вопросу высказываются предложения по его совершенствованию, в частности: об изменении редакции ч. 2 ст. 14 УК с дополнением ч. 1 ст. 24 УПК указанием на основание для отказа в возбуждении уголовного дела или его прекращения в связи с наличием обстоятельств, исключающих преступность деяния; об изменении редакции ст. 37, 41, 42, 63, 75, 78, 81 УК.

**Теоретическая и практическая значимость исследования** состоит в том, что сформулированные в нем положения и выводы могут быть использованы не только в целях дальнейшей разработки теории применения уголовного права, но и в целях совершенствования уголовного законодательства в части формализации нормативной основы, допускающей при ее реализации усмотрение со стороны правоприменителя.

Материалы диссертации могут быть использованы в учебном процессе юридических факультетов и вузов при преподавании общего и специальных (например, «Теория и практика применения уголовного закона», «Квалификация преступлений», «Освобождение от уголовной ответственности и наказания») курсов уголовного права, в процессе повышения квалификации сотрудников органов, применяющих уголовный закон.

**Апробация результатов исследования.** Диссертация подготовлена на кафедре уголовного права и криминологии Российской правовой академии Минюста России, где проводилось ее рецензирование и обсуждение. Основные положения и выводы работы использовались в личной педагогической практике при преподавании дисциплин уголовно-правовой специализации, докладывались на научно-практических семинарах и конференциях: Всероссийской научно-практической конференции «Проблемы совершенствования российского законодательства» (Иркутск, 2012 г.), Международном научно-практическом семинаре «Тенденции развития российского и зарубежного законодательства: формирование нового качества безопасности и сотрудничества России и стран Азиатско-Тихоокеанского региона в XXI веке» (Владивосток, 2012 г.), Международной научной конференции «Проблемы становления гражданского общества» (Иркутск, 2013 г.), научно-практической конференции аспирантов и соискателей «Актуальные проблемы современного права в научных исследованиях молодых ученых-юристов» (Москва, 2013 г.), Всероссийской научно-практической конференции «Проблемы совершенствования российского законода-

тельства» (Иркутск, 2014 г.), Международной научно-практической конференции «Правовая политика современной России: реалии и перспективы» (Иркутск, 2014 г.).

По теме диссертации подготовлено и опубликовано 11 научных статей, в том числе четыре — в ведущих рецензируемых научных журналах, включенных Высшей аттестационной комиссией Министерства образования и науки Российской Федерации в перечень изданий, в которых должны быть опубликованы основные научные результаты диссертаций на соискание ученых степеней доктора и кандидата наук.

**Структура диссертации** обусловлена целью и задачами исследования. Работа состоит из введения, трех глав, включающих семь параграфов, заключения, библиографического списка и приложения.

## Формы выражения основания для усмотрения в уголовном законе и субъекты его реализации

По справедливому замечанию Н. И. Матузова, закон может быть как неотъемлемым атрибутом гражданского общества, так и всего лишь «фасадом» тоталитарного государства. Он может быть элементом демократии и инструментом власти, средством управления и механизмом только принуждения, способом социальной регуляции и приемом ограничения прав и свобод личности. Закон может выражать как идеалы добра, равенства, справедливости, так и служить проводником сиюминутных эгоистических интересов политиков. «Короче, закон может быть наполнен различным содержанием» 68 . Немаловажно, однако, и то, в какую форму облекается содержание закона и как эта форма воспринимается адресатами закона.

Нормативный материал, составляющий содержание уголовного закона, может быть классифицирован по всем известным в общей теории права критериям 69 . Наиболее же показательным с точки зрения юридической характеристики отраслевой нормы права выступает такой критерий, как способ правового регулирования и форма выражения нормы в тексте закона. По данному основанию уголовно-правовые нормы подразделяются на следующие виды: - запрещающие (большая часть норм, закрепленных в статьях Особенной части УК (например, ст. 105-123, гл. 17-18, 21 и др.); - обязывающие (закрепленные, например, в ст. 124, 125, 157, 194, 270 УК); -управомочивающие (закрепленные, например, в ст. 64, 75, 76, 80, 81, 82 УК); - поощрительные (закрепленные, например, в ст. 31, в примечаниях к ст. 205, 205.1, 206, 208, 210, 275, 291 УК)70.

С точки зрения рассматриваемой проблемы в приведенной классификации нас прежде всего должны интересовать управомочивающие нормы уголовного права. Именно они регулируют общественные отношения путем определения положения субъектов права с предоставлением им возможности усмотрения при совершении действий, указанных в норме . Неслучайно, Ю. В. Грачева в качестве основного («позитивного») источника судейского усмотрения в институтах освобождения от уголовной ответственности и наказания наряду с оценочными понятиями называет как раз управомочивающие нормы. К числу предписаний, их закрепляющих, автор относит ст. 73, 74, 75, 76. ч. 4 ст. 78, ст. 79, 80, 81, 82, ч. 3 ст. 83, ст. 90, ч. 1, 2, 4 ст. 92 УК . Очевидно, позиция автора объясняется тем, что в названных случаях органы, применяющие уголовный закон, имеют предусмотренную законом возможность выбирать вариант решения в рамках, установленных той или иной нормой. Однако, во-первых, остается неясным, почему из поля зрения автора выпал целый блок предписаний, аналогичных по способу правового регулирования, но «работающих» на других этапах уголовного правоотношения, например при назначении наказания или в процессе его исполнения (ч. 5 ст. 31, ч. 3 ст. 47, ст. 48, ч. 4 ст. 50 УК)? Во-вторых, ссылаясь где-то на номер статьи, а где-то на часть статьи, автор, по-видимому, оставляет без внимания тот факт, что в одной и той же статье из числа названных им может содержаться не одна, а несколько управомочивающих норм, как это имеет место, например, в ст. 73 УК. Здесь само по себе решение об условном неприменении назначенного судом наказания этим же самым судом принимается в режиме усмотрения (ч. 1). Подобный механизм в этой же статье установлен в отношении применения (назначения) дополнительных видов наказания (ч. 4), отмены либо дополнения ранее установленных для условно осужденного обязанностей (ч. 7). По большому же счету усмотрение присутствует практически во всех элементах применения института условного осуждения (ч. 3, 3.1, 5 ст. 73, ч. 1-4 ст. 74 УК). Другой вопрос, что возможность осуществления усмотрения судом в данном случае по-разному выражается в тексте закона: где-то в открытой форме посредством использования слова «может» («могут быть», «может возложить», «может отменить», «может постановить») и т. д. либо формулировки «решается судом», а где-то в скрытой форме — например путем указания нижней и верхней границ испытательного срока. Подобным образом решается вопрос о возможности усмотрения и в других предписаниях, на которые ссылается Ю. В. Грачева.

В определении нормативной основы для осуществления усмотрения в уголовном праве Ю. В. Грачева фокусирует внимание на управомочивающих нормах, которые автор называет еще и средствами законодательной техники73. Следует, однако, заметить, что предписания, в которых такие нормы закреплены, содержат в себе не одну, а две полноценных (логических) нормы уголовного права. Одна из них — собственно управомочивающая норма — регулирует поведение органа, применяющего уголовный закон с элементом усмотрения, другая — регулирует поведение субъекта права (лица, совершившего преступление), в отношении которого применяется первая норма. Такая норма может иметь и диспозитивный, и императивный характер. Так, например, если лицо, совершившее преступление небольшой или средней тяжести впервые, деятельно раскается в содеянном, то оно может быть освобождено от уголовной ответственности. Таким образом, в свете приведенной выше классификации уголовно-правовых норм предписание, закрепленное в ч. 1 ст. 75 УК, обращенное (адресованное) к лицу, совершившему преступление, будет содержать поощрительную норму уголовного права, а это же самое предписание, адресованное органу, применяющему уголовный закон, — управомочивающую норму уголовного права. При наличии же императива «освобождается», как это имеет место в ч. 2 ст. 75 УК, норма, регулирующая поведение органа, применяющего уголовный закон, будет уже не управомочивающей, а обязывающей. В этой связи следует заметить, что порой наличие императива, подобного «освобождается», одновременно ставится законодателем в зависимость от ряда условий, оценка выполнения которых судом или иным органом, по сути, содержит в себе элемент усмотрения и тем самым «превращает» норму в управомочивающую. Например, такая законодательная конструкция заложена в предписании, предусмотренном ст. 80.1 УК: «Лицо, впервые совершившее преступление небольшой или средней тяжести, освобождается судом от наказания, если будет установлено, что вследствие изменения обстановки это лицо или совершенное им преступление перестали быть общественно опасными».

## Усмотрение в уголовном законодательстве зарубежных стран

В рассмотренном выше постановлении Пленума наряду с необходимой обороной внимание уделено причинению вреда при задержании лица, совершившего преступление (ст. 38 УК). Объяснением такой избирательности может служить тот факт, что законодательство о задержании в свое время «вышло» из законодательства о необходимой обороне. Причинение вреда лицу, совершившему преступление, при его задержании впервые регламентировано в УК в качестве обстоятельства, исключающего преступность деяния. Ранее правовой основой для причинения вреда задерживаемому выступал п. 16 Указа Президиума Верховного Совета СССР от 26.07.1966 № 5362-VI «Об усилении ответственности за хулиганство»163. Он гласил: «Действия граждан, направленные на пресечение преступных посягательств и задержание преступника, являются в соответствии с законодательством СССР и союзных республик правомерными и не влекут уголовной или иной ответственности, даже если этими действиями вынужденно был причинен вред преступнику». Поскольку законодательство СССР и союзных республик в этой сфере было представлено в УК 1960 г. — ст. 13 (необходимая оборона), постольку названный Указ фактически приравнял институт задержания к институту необходимой обороны. Неслучайно ныне утратившие силу постановления Пленума Верховного Суда СССР от 04.12.1969 № 11 «О практике применения судами законодательства о необходимой обороне»164, от 16.08.1984 № 14 «О применении судами законодательства, обеспечивающего право на необходимую оборону от общественно опасных посягательств» рекомендовали рассматривать случаи причинения вреда при задержании по правилам о необходимой обороне165.

В связи с самостоятельной регламентацией института задержания в уголовном законе следует иметь в виду, что близкие к нему институты предусмотрены в других отраслях законодательства: в административном — задержания лица, совершившего административное правонарушение (ст. 27.3 КоАП); в уголовно-процессуальном — задержания лица, подозреваемого в совершении преступления (ст. 91 УПК); в уголовном же законе речь идет о задержании лица, совершившего преступление. Различаются эти институты и по своему назначению: в административном законодательстве задержание выступает одной из мер обеспечения производства по делам об административных правонарушениях (наряду, в частности, с личным досмотром, досмотром вещей, изъятием вещей и документов); в уголовно-процессуальном — эта мера также имеет процессуальный характер, ее целями являются установление и собирание доказательств по уголовному делу; задержание в уголовно-правовом смысле нацелено на доставление задерживаемого органам власти и пресечение возможности совершения им новых преступлений. В то время как право на административное и уголовно-процессуальное задержание имеют специально на то уполномоченные органы и должностные лица (например, органы дознания, следователь, прокурор), уголовный закон не ограничивает круг таких субъектов. Правом на уголовно-правовое задержание, как и на необходимую оборону, обладают любые физические лица; для некоторых категорий должностных лиц, в частности для работников органов внутренних дел, сотрудников Федеральной службы безопасности, задержание лица, совершившего преступление, есть правовая обязанность, предусмотренная федеральными законами и иными нормативными актами166.

Основанием для причинения вреда при уголовно-правовом задержании выступает совершение преступления задерживаемым. Исходя из смысла закона причинение вреда правомерно при совершении любого преступления независимо от степени его тяжести и формы вины. Важно другое: правила уголовно-правового задержания не распространяются на задержание лиц, совершивших иные правонарушения167.

Социально-правовое значение рассматриваемого института достаточно высоко оценивается в литературе. В частности, отмечается, что нормы, закрепленные в ст. 38 УК, являются действенным средством борьбы с преступностью, поскольку, во-первых, способны оказать сдерживающее воздействие в отношении лиц, совершающих преступления, так как закон предоставляет право задерживаемому лицу причинять вред преступнику; во-вторых, действия граждан, направленные на задержание преступника, в силу их высокой социальной ценности обеспечены нормами УК, поскольку действия таких граждан признаны непреступными. В нормах ст. 38 УК, признающих общественно полезными действия лица при задержании, отражена уголовная политика, выражающая взгляды государства на предоставление возможности гражданам противодействовать преступности путем осуществления действий, целью которых является доставление преступника органам власти и пресечение возможности совершения ими новых преступлений168.

Вместе с тем при оценке действенности права на причинение вреда при задержании лица, совершившего преступление, необходимо учитывать следующие обстоятельства.

Во-первых, лицо, реализующее право на задержание, должно быть твердо уверено в том, что причиняет вред именно тому лицу, которое совершило преступление, что уже само по себе проблематично при совершении преступления, например при массовом скоплении людей или в соучастии. Неслучайно в названном выше постановлении Пленума на это обращается особое внимание: «В случае совершения преступления несколькими лицами причинение вреда возможно только в отношении тех соучастников, которых задержать иными средствами не представлялось возможным» (п. 21). Во-вторых, лицо, реализующее право на задержание, должно быть не менее твердо уверено в том, что лицо, в отношении которого осуществляется задержание, связанное с причинением ему вреда, совершило именно преступление, а не, например, административное правонарушение (п. 24 постановления Пленума). В-третьих, требование закона о соразмерности причиненного вреда совершенному преступлению предполагает осведомленность субъекта задержания еще и о характере и степени общественной опасности последнего. При этом субъект задержания должен осознавать, что причинение вреда лицу, совершившему преступление, как средство его задержания носит исключительно вынужденный характер и применимо лишь тогда, когда иными средствами задержать данное лицо не представлялось возможным. Вред задерживаемому может быть причинен только при наличии реальной опасности его уклонения от уголовной ответственности за содеянное.

## Усмотрение при оценке обстоятельств, исключающих преступность деяния

Рассуждая об усмотрении при назначении наказания, Т. В. Кашанина выделяет три направления, по которым может допускаться «свободное усмотрение» судьи: 1) определение размера наказания; 2) учет личности преступника; 3) определение квалифицирующих признаков состава преступления . Сказанное автором, на наш взгляд, нуждается в двух замечаниях. Во-первых, названные направления, если их считать более или менее самостоятельными векторами при назначении наказания, не исчерпывают тех параметров, которые предусмотрены в ст. 60 УК. Например, среди них отсутствует такой, как учет характера и степени общественной опасности преступления. Во-вторых, остается неясной избранная автором последовательность перечисления направлений, в рамках которых допускается усмотрение при назначении наказания, поскольку все они, в том числе и не названные Т. В. Кашаниной, в конечном итоге сводятся к определению размера наказания, а до этого — конкретного его вида. Строго же говоря, завершающим этапом (направлением) стадии назначения наказания является не определение вида и размера наказания, а принятие решения о его реальном исполнении или неприменении под условия в рамках ст. 73 УК. При этом вместо такого решения могут быть приняты и другие, например: об отсрочке отбывания наказания (ст. 82, 82.1 УК), об освобождении от отбывания наказания в связи с истечением срока давности обвинительного приговора суда (ст. 83 УК). С учетом данного обстоятельства, а также в контексте исследуемой нами проблемы следует обратить внимание на название гл. 10 УК — «Назначение наказания». Между тем содержание нормативного материала этой главы не исчерпывается регламентацией назначения (применения) только наказания. На стадии назначения наказания могут быть избраны, в том числе в режиме усмотрения, и другие меры уголовно-правового характера, к числу которых можно отнести, к примеру, назначение более мягкого наказания, чем предусмотрено за данное преступление (ст. 64 УК), условное осуждение (ст. 73, 74 УК). В этой связи не лишено оснований предложение М. В. Коновальчук об изменении названия ст. 60 УК на «Общие начала назначения наказания и иных мер уголовно-правового характера», что, по справедливому замечанию автора, соответствовало бы и ч. 1 ст. 6 УК269. Заметим: во-первых, это соответствовало бы и ч. 2 ст. 2 УК, а, во-вторых, если уж и менять название ст. 60 УК, то до этого логично было бы изменить название гл. 10 УК на «Назначение наказания и иных мер уголовно-правового характера» или пойти еще дальше — изменить название разд. III «Наказание» на «Наказание и иные меры уголовно-правового характера».

Далее следует отметить, что в противовес расхожим суждениям о неограниченных пределах судебного усмотрения на стадии назначения наказания в гл. 10 УК с количественной точки зрения бесспорно доминируют обязывающие, а не управомочивающие нормы. С формальной точки зрения императивность присутствует во всех статьях этой главы за исключением ст. 64, 73, 74 УК. Это касается даже такой общей нормы, которая предусмотрена в ч. 3 ст. 60 УК: «При назначении наказания учитываются (курсив наш. — Д. П.) характер и степень общественной опасности преступления и личность виновного, в том числе обстоятельства, смягчающие и отягчающие наказание, а также влияние назначенного наказания на исправление осужденного и на условия жизни его семьи» . Вместе с тем, как уже отмечалось ранее, сама по себе эта констатация не исключает возможности усмотрения в процессе применения даже таких норм.

Так, ряд вопросов на практике возникает в связи с применением положений уголовного закона об обстоятельствах, смягчающих наказание. Как показали результаты исследования, проведенного В. Н. Ворониным, суды нередко просто смешивают (отождествляют) данные, характеризующие личность виновного, и обстоятельства, смягчающие наказание, тогда как они должны рассматриваться отдельно, поскольку имеют самостоятельное значение. Влияние смягчающих обстоятельств на конечную меру наказания в исследованных автором приговорах не поддается никаким закономерностям, и в основном оно очень незначительное271.

Далее, согласно ч. 3 ст. 62 УК правило фиксированного смягчения наказания (предусмотренное ч. 1 этой статьи) не применяется, если соответствующей статьей Особенной части УК предусмотрены пожизненное лишение свободы или смертная казнь. Однако как должен поступить суд в ситуации, когда она касается назначения наказания лицам женского пола, лицам, совершившим преступления в возрасте до 18 лет, и мужчинам, достигшим к моменту вынесения приговора судом 65-летнего возраста? Прямые указания на этот счет в законе отсутствуют. Не дано никаких разъяснений по данному вопросу и в постановлениях Пленума Верховного Суда РФ. И, как справедливо замечает Э. Жевлаков, лишь с учетом системного толкования уголовного закона, в частности положений ст. 57, 59 УК, следует сделать вывод о том, что при наличии для этого оснований названным лицам наказание должно назначаться без учета положений ч. 3 ст. 62 УК по правилам ч. 1 указанной статьи .

Немало сложностей возникает на практике при назначении наказания несовершеннолетним, особенно в тех случаях, когда они осуждаются по статьям Особенной части УК, санкции которых содержат виды наказаний с нижней границей, превышающей максимальные сроки наказаний, установленные в ст. 88 УК. В этом случае суды должны руководствоваться положениями именно этой статьи, согласно которой для несовершеннолетних установлены свои минимальные сроки для видов уголовных наказаний, к ним применяемым.

До настоящего времени ни на законодательном уровне, ни на уровне правоприменения не решен однозначно вопрос о порядке реализации положений уголовного закона о фиксированном назначении наказания. Речь идет, в частности, о ст. 62, 65, 66 УК. В этой связи следует придерживаться следующих правил, разработанных в специальной литературе: 1) назначение наказания в указанном порядке является императивом для суда и не может происходить по его усмотрению. С этой точки зрения нормы, закрепленные в названных статьях УК, применяются в приоритетном порядке в сравнении с положениями ст. 64, 73 УК;

2) в то время как значение ст. 64 УК заключается в переходе нижней границы санкции там, где она сохранилась после реформирования уголовного законодательства в этом направлении в 2010-2011 гг., значение рассматриваемых норм — в понижении «лишь» верхнего предела санкции; 3) если в результате применения рассматриваемых норм состоялся выход за нижний предел санкции статьи, по которой происходит осуждение виновного, то положения ст. 64 УК вообще неприменимы. Если такой выход не состоялся, ст. 64 УК может применяться самостоятельно при наличии для этого оснований, в ней предусмотренных .

## Усмотрение при назначении наказания и освобождении от нег

Отсрочка отбывания наказания, предусмотренная ст. 82 УК, по своей сути выступает разновидностью отсрочки исполнения приговора, регламентированной в ст. 398 УПК. Оставляя в данном случае без внимания вопрос о юридической природе этих двух отсрочек, их соотношении, проблемы, связанные с применением собственно уголовно-правовой отсрочки отбывания наказания290, отметим, что с формальной точки зрения применение данной меры полностью зависит от усмотрения суда. В этом единодушны и комментаторы уголовного закона , и суды, применяющие ст. 82 УК. Так, например, Новосибирский областной суд в своем определении от 09.03.2011 № 22-329/2011, ссылаясь на ст. 82 УК, пояснил, что основанием предоставления лицу отсрочки отбывания наказания является убеждение суда в правомерном поведении осужденной в период отсрочки и в возможности исправиться без изоляции от общества в условиях занятости воспитанием своего ребенка. К такому убеждению суд приходит на основе учета характера и степени тяжести совершенного преступления, условий жизни на свободе, анализа данных о самой женщине и ее поведении. Аналогичная позиция по этому вопросу высказана в определении Пермского краевого суда от 22.12.2011 по делу № 22-10458-2011292. Еще более определенно зависимость решения об отсрочке отбывания наказания на основании ст. 82 УК от усмотрения суда просматривается в постановлении Московского городского суда от 23.05.2012 № 4у/4-4356. Суд разъяснил, что основанием для применения отсрочки в этом случае является нецелесообразность отбывания наказания при возможности сохранения семьи и в целях обеспечения малолетним надлежащего родительского ухода и воспитания. Вместе с тем наличие формальных условий для предоставления отсрочки отбывания наказания само по себе не влечет автоматического применения судом положений ст. 82 УК, поскольку вышеуказанная норма закона не является императивной . Заметим, что от позиции суда, от его усмотрения зависит не только применение этой статьи, но и последующее исполнение отсрочки отбывания наказания: вопросы ее отмены (ч. 2), сокращения срока отсрочки, освобождения от отбывания наказания и т. д. (ч. 3, 4 ст. 82 УК).

Освобождение от отбывания наказания в связи с истечением сроков давности исполнения обвинительного приговора выступает обязанностью суда, за исключением ситуации, предусмотренной ч. 3 ст. 83 УК. Сказанное ранее в отношении подобного по своей юридической природе института давности привлечения к уголовной ответственности сохраняет значение и в данном случае. Следует, однако, обратить внимание на вопрос, не имеющий непосредственного отношения к рассматриваемой нами проблеме.

Как уже отмечалось при анализе ст. 81 УК, законодатель в рамках гл. 12 УК не всегда последователен в употреблении понятий, связанных с освобождением от наказания или от его отбывания. Один из примеров тому, на наш взгляд, ст. 83 УК. Как представляется, если назначенное судом наказание реально не отбывалось (не применялось, не исполнялось), как это имеет место в рассматриваемой ситуации, нельзя говорить и об освобождении от его отбывания. Между тем это обстоятельство обычно остается без внимания не только в комментариях уголовного закона, но и в современной специальной литературе, где понятия освобождения от наказания и от его отбывания употребляются зачастую как равнозначные294. Лишь в п. 15 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 20.12.2011 № 21 «О практике применения судами законодательства об исполнении приговора»295 впервые за долгие годы на официальном уровне сказано: «Решая вопрос об освобождении от наказания в связи с истечением сроков давности обвинительного приговора в соответствии со ст. 83 УК РФ (пунктом 9 статьи 397 УПК РФ), суд проверяет, не уклонялся ли осужденный от отбывания наказания. Осужденный может быть освобожден от наказания лишь в том случае, если приговор не был исполнен по независящим от него причинам (курсив наш. —Д. П.)».

Говоря об усмотрении на стадии назначения наказания, конечно же, нельзя оставить без внимания два решения законодателя, принятые им в последнее время и имеющие самое непосредственное отношение к рассматриваемой нами проблеме. Во-первых, речь идет о дополнении ст. 15 УК частью 6, согласно которой «с учетом фактических обстоятельств преступления и степени его общественной опасности суд вправе при наличии смягчающих наказание обстоятельств и при отсутствии отягчающих наказание обстоятельств изменить категорию преступления на менее тяжкую, но не более чем на одну категорию преступления при условии, что за совершение преступления, указанного в части третьей настоящей статьи, осужденному назначено наказание, не превышающее трех лет лишения свободы, или другое более мягкое наказание; за совершение преступления, указанного в части четвертой настоящей статьи, осужденному назначено наказание, не превышающее пяти лет лишения свободы, или другое более мягкое наказание; за совершение преступления, указанного в части пятой настоящей статьи, осужденному назначено наказание, не превышающее семи лет лишения свободы» (Закон № 420-ФЗ). В литературе мы не встретили ни одного положительного отклика на эту законодательную новеллу296. С точки зрения проблемы усмотрения в уголовном праве это нонсенс, так как ч. 6 ст. 15 УК предоставляет суду право изменять то, что является исключительно прерогативой законодателя. С практической точки зрения самый главный недостаток этой законодательной новеллы назвал В. П. Малков: в действующем законодательстве отсутствует вообще какой-либо механизм реализации положения, предусмотренного ч. 6 ст. 15 УК . По этой причине трудно представить себе то, как на практике может быть реализовано разъяснение Пленума Верховного Суда РФ, данное им в постановлении от 27.06.2013 № 19: «В случае, когда при постановлении приговора суд, назначив наказание, в соответствии с частью 6 статьи 15 УК РФ изменил категорию преступления на менее тяжкую, то при наличии оснований, предусмотренных статьями 75, 76, 76.1 и 78 УК РФ, он освобождает осужденного от отбывания назначенного наказания» (п. 26). Однако действующий уголовный закон не знает нормы об освобождении «от отбывания назначенного наказания» по основаниям, предусмотренным в указанных статьях, на что уже обращалось внимание в специальной литературе .

Во-вторых, Законом № 270-ФЗ ст. 63 УК дополнена положением, согласно которому «судья (суд), назначающий наказание, в зависимости от характера и степени общественной опасности преступления, обстоятельств его совершения и личности виновного может признать отягчающим обстоятельством совершение преступления в состоянии опьянения, вызванном употреблением алкоголя, наркотических средств или других одурманивающих веществ». Данным решением законодатель продолжил линию на усиление уголовной ответственности за преступления, совершенные в состоянии опьянения, имея в виду, что ранее это обстоятельство уже получило значение квалифицирующего в ст. 264 УК299. При всей актуальности борьбы с пьянством и алкоголизмом в стране, особенно связанным с совершением преступлений, решение законодателя в рамках ст. 63 УК, по нашему мнению, небезупречно. Если учесть, что примерно 1/3 преступлений, ежегодно регистрируемых в стране, совершается в состоянии опьянения, то не правильнее ли было бы вернуться к прежней законодательной практике и предусмотреть это обстоятельство в качестве отягчающего наказание, т. е. сделать его правилом, которое дополнить исключением, как это было предусмотрено в УК 1960 г. (п. 10 ст. 39), а не наоборот, как это сейчас имеет место. Такое решение было бы более обоснованным и справедливым по отношению к лицу, совершившему преступление.