

**О. А. Борисов, А. С. Бондарь**

## **НЕКОТОРЫЕ АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ СУДЕБНОГО УСМОТРЕНИЯ ПРИ НАЗНАЧЕНИИ НАКАЗАНИЯ**

Статья посвящена малоизученной проблеме принципов и пределов судебного усмотрения при назначении судом вида и размера уголовного наказания. Также освещены сложные вопросы уголовно-процессуальных гарантий обеспечения прав и законных интересов личности при субъективном подходе суда в вопросе определения уголовного наказания.

*Ключевые слова:* уголовно-процессуальный закон, суд, усмотрение, подсудимый, наказание, преступление, решение, норма, предел, контроль.

**О. А. Borisov, A. S. Bondar**

## **SOME TOPICAL ISSUES OF JUDICIAL DISCRETION IN IMPOSING PUNISHMENT**

The article is devoted to the poorly studied problem of principles and limits of judicial discretion in prescribing the type and measure of criminal punishment by the court. Besides, the authors focus on some complicated issues of criminal procedure guarantees of ensuring rights and legal interests of an individual using the subjective approach of the court in determining the measure of criminal punishment.

*Keywords:* law of criminal procedure, court, discretion, juvenile, defendant, crime, punishment, fundamentals, decision, norm, limit, supervision.

При имеющихся в современном законодательстве пробелах судам при решении вопросов, связанных с назначением наказания, часто приходится действовать, основываясь на складывающейся судебной практике, собственного опыте, взглядах и представлениях. Уголовно-процессуальное законодательство этого не исключает, однако это не может способствовать формированию единого подхода к решению проблем, возникающих в деятельности судов при практической реализации положений уголовного и уголовно-процессуального законодательства, вызывает раздробленность и деление судебной практики на различные уровни: региональную, районную и т. д. Неопределенность, которая существует в вопросах выбора вида и размера наказания, а также несовершенство основных

начал его назначения лишь способствуют такой раздробленности. Зачастую суды «корректируют» позицию законодателя относительно конкретных видов и в особенности — размеров назначаемых наказаний за те или иные преступления. По справедливому мнению некоторых авторов, прежде всего следует вести речь об общей тенденции смягчения наказания, которое происходит именно на правоприменительном уровне, в результате, во-первых, чрезмерного и зачастую необоснованного применения судами положений ст. 64 и 73 УК РФ и, во-вторых, назначения наказаний, исходя из нижних пределов, установленных законодателем. Зачастую тяжесть совершенного преступления не является препятствием для применения условного осуждения и назначения более

мягкого наказания, чем предусмотрено за данное преступление. Становится непонятным: в чем заключается целесообразность наказания, если суды, как правило, назначают наказание в виде лишения свободы, но в то же время за совершение тяжкого или особо тяжкого преступления подсудимому может быть назначено два или три года условно? Речь сейчас идет не о судебных ошибках, а о деятельности судов, которая строится исключительно на основе закона, без каких-либо нарушений. Дело в том, что сам закон в силу своего несовершенства порождает *чрезмерное* судебское усмотрение и способствует формированию противоречивой судебной практики. В результате таких противоречий нарушаются основополагающие принципы уголовного процесса, прежде всего, принципы объективности и справедливости. Это касается тех случаев, когда при совершении одного и того же по своему характеру деяния разные лица осуждаются на значительно отличающиеся сроки наказания. В современной литературе существует множество определений понятия судебного усмотрения: официальное и неофициальное, предварительное и окончательное усмотрение и т. д. Однако ряд авторов считают его вообще недопустимым в правоприменительной деятельности и отрицают саму возможность его существования. Сторонником такого подхода является Дворкин Р., который считает, что каждая правовая проблема имеет только одно *законное* решение. Согласно этому подходу право — это закрытая система, которая содержит решение для каждой трудной проблемы и не оставляет места для судебного усмотрения, вопрос только в квалификации самого правоприменителя. Судья не изобретает и не создает новые правовые нормы, а раскрывает или выявляет уже существующие правовые нормы [1]. По нашему мнению, такой подход является не совсем верным, поскольку он идеализирует и законодателя, и судебные органы. Принципиально иную позицию занимают

сторонники другого, прямо противоположного подхода к проблеме судебного усмотрения. По их мнению, судебское усмотрение присутствует в каждом деле [2]. Мы полагаем, что такая точка зрения имеет под собой вполне реальную основу, поскольку сложно говорить об отсутствии усмотрения на уровне установления обстоятельств дела и оценки доказательств на стадии судебного разбирательства с целью установления вины подсудимого и вынесения ему справедливого приговора. Следовательно, необходимо вести речь не о допустимости или не допустимости судебного усмотрения, а о его качестве при вынесении судебного решения, тем более обвинительного приговора. Как мы уже говорили, современная судебная практика весьма противоречива с той стороны, что при наиболее распространенном назначении самого тяжкого наказания — лишения свободы — усматривается неоправданное смягчение мер уголовной репрессии вне зависимости от тяжести совершаемых преступлений и рамок, устанавливаемых мер этого наказания. Суд при этом сам определяет, когда и в каких пределах он может назначить тому или иному лицу наказание: назначать это наказание по минимальному или максимальному пределу, применять или не применять наказание условно, назначать ниже низшего предела или нет и т. д., что недопустимо. Уголовно-процессуальное законодательство предоставляет суду полное право решать вопросы, которые в самом законе должного обоснования так и не нашли. В связи с этим нельзя не согласиться с мнением, что «правосознание судей объективно нельзя унифицировать, поэтому при широком судебском усмотрении в вопросе выбора вида и размера наказания невозможно добиться назначения разными судьями одинаковых или похожих наказаний за одни и те же преступления при сходных обстоятельствах дела и характеристиках личности виновного» [3]. Данное обстоятельство, безусловно, свидетельствует о том, что правосознание судей не способно выступать гарантией единства

судебной практики и справедливости назначаемых наказаний. Следует согласиться с теми авторами, которые считают, что положение вещей, когда правоприменитель при одной и той же квалификации деяния может назначать наказания, размеры которых значительно отличаются друг от друга, следует признать недопустимым [4]. Трудно говорить об объективности судебного усмотрения в данном случае. Судья при рассмотрении каждого конкретного дела исходит из своих собственных представлений о необходимости применения того или иного вида и размера наказания. В основе такой позиции лежит субъективное отношение конкретного судьи к конкретным обстоятельствам уголовного дела, что не может не отразиться на принимаемых им решениях. Это приводит к «безграничному» применению положений закона, существование которых обуславливается необходимостью снижения наказания лишь в исключительных случаях. Нельзя согласиться с мнением, согласно которому существующую карательную политику государства можно назвать жесткой, и на сегодняшний день существует необходимость в ее смягчении [5]. В современной литературе обращается внимание на то, что в последнее время, наоборот, происходит смягчение карательной политики, и именно за счет необоснованного применения положений ст. 73, 64 УК РФ [6]. У правоприменителя всегда должно быть право выбора одного, наиболее эффективного решения из нескольких, предоставленных ему законодателем. Однако рамки усмотрения должны изначально закладываться при конструировании уголовного и уголовно-процессуального законодательства и его отдельных норм. При формулировании ст. 64 и 73 УК РФ, а также при оп-ределении разницы между минимальными и максимальными пределами наказания законодатель использует слишком неопределенные критерии. Обе нормы, по сути, относятся к «ситуационным относительно-определенным» пред-писаниям [7]. Их

применение всецело зависит от особенностей конкретного уголовного дела, объективных и субъективных обстоятельств совершенного преступления. Исследование таких обстоятельств в условиях отсутствия законодательных пределов применения рассматриваемых законоположений, их оценочный характер создают для суда комплекс проблем, решение которых зачастую носит излишне субъективный характер, зачастую зависит и от квалификации судьи. В этом убеждает и непосредственно анализ содержания указанных статей. Например, в ч. 1 ст. 64 УК РФ говорится, что наказание может быть назначено ниже низшего предела, предусмотренного соответствующей статьей Особенной части УК РФ при наличии исключительных обстоятельств, связанных с целями и мотивами преступления, ролью виновного, его поведением во время или после совершения преступления и других обстоятельств, существенно уменьшающих степень общественной опасности преступления, а равно при активном содействии участника группового преступления раскрытию этого преступления. Если термин «исключительные обстоятельства» получил хоть какое-то законодательное толкование, то что необходимо понимать под другими обстоятельствами, «существенно уменьшающими степень общественной опасности преступления», остается неясным и для теории и для практики. То же самое и в ст. 73 УК РФ, где речь идет о том, что суд может прийти (соответственно, может и не прийти) к выводу о возможности исправления осужденного без отбывания наказания. При этом установленный в данной статье предел — восемь лет лишения свободы — является не более чем фикцией, абсолютно никаким образом не ограничивающей рамки судебного усмотрения. Формулировки анализируемых статей являются более чем неконкретными, на что уже неоднократно обращалось внимание в современной юридической литературе [8]. И в том, и в

другом случаях законодатель использует оценочные категории, которые им не раскрываются, что существенным образом расширяет сферу деятельности судей, порой и необоснованно. По данному поводу уместно будет вспомнить Ч. Беккариа, писавшего: «Невыгоды от строгого соблюдения буквы закона незначительны по сравнению с невыгодами, порождаемыми его толкованием судьей» [9]. Такое толкование способно повлечь за собой значительно более серьезные последствия, нежели принятие необоснованных решений в отдельно взятых случаях. Следует отметить, что законодателем в отдельных случаях делаются попытки установления условий, которые являются обязательными при решении судами вопросов, связанных с размером назначаемого наказания. Например, ст. 66 «Назначение наказания за неоконченное преступление» УК РФ или ст. 68 «Назначение наказания при рецидиве преступлений» УК РФ: в первом случае указывается на невозможность назначения наказания выше законодательно установленного предела, а во втором — на невозможность назначения наказания меньшего, чем этот предел. В том и другом случаях для суда оставляются определенные рамки, в пределах которых он должен принимать окончательное решение. В статье 64 УК РФ, напротив, ничего не говорится о каких-либо ограничениях. С учетом того, что в законе не оговариваются конкретные критерии снижения наказания и неясно, до какого предела оно допустимо, возможно установление таких критериев в самой данной норме. За основу при этом можно взять уже известные способы, например, использование определенной части наказания от его минимального предела. По нашему мнению, следует согласиться с теми авторами, которые считают, что применение меры, существенно смягчающей ответственность, к лицам, виновным в совершении особо тяжких преступлений, является недопустимым [10]. В УПК РФ необходимо четко обозначить категории

преступлений, в случае совершения которых возможно применение положений ст. 64 УК РФ. К таковым следует относить тяжкие, средней и небольшой тяжести преступления. Аналогичным образом возможно решение проблемы и с условным осуждением, применение которого также полностью находится во власти судебного усмотрения. Установив такие ограничения, законодатель, с одной стороны, решит проблему чрезмерного и зачастую необоснованного снижения наказания, а с другой — сделает деятельность судов более контролируемой и ограниченной рамками закона. В то же время суд также будет иметь возможность принимать решение самостоятельно, за ним по-прежнему будет сохраняться право выбора наиболее справедливого и целесообразного варианта действий из нескольких возможных.

### Список библиографических ссылок

1. Винаркевич И. Р. Допустимые пределы судебного усмотрения // Экономический лабиринт. Дальневосточный экономико-правовой журнал. 2002. № 11. С. 47.
2. Севастьянов А. П. Пределы судебного усмотрения при назначении наказания: автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Красноярск, 2004. С. 3.
3. Там же. С. 5.
4. Бавсун М. В. Судебное усмотрение при назначении наказания и проблемы его ограничения // Журнал рос. права. 2007. № 9. 23.
5. Зубкова В. И. Уголовное наказание и его социальная роль: теория и практика. М., 2006. С. 145.
6. Велиев С. А., Савенков А. В. Индивидуализация уголовного наказания. М., 2005. С. 104—105.
7. Папкина О. А. Усмотрение суда. М., 2005. С. 72.
8. Бавсун М. В. Указ. соч. С. 23.
9. Папкина О. А. Указ. соч. С. 72.
10. Барак А. Судейское усмотрение / пер. с англ. М., 1999. С. 13.

© О. А. Борисов, А. С. Бондарь, 2010