

ки человека, точнее ее подвид - заблуждение, а при небрежности - результат ошибки.

### ЛИТЕРАТУРА

1. Бажанов М.И. Уголовное право Украины: Общая часть. -Днепропетровск: Пороги, 1992. -166 с.
2. Ворошилин Е.В. Кригер Г.А. Субъективная сторона преступления. Учебное пособие. -М.: МГУ, 1987. -76 с.
3. Зелинский А.Ф. Криминальная психология. -К.: Юринком Интер, 1999. -240 с.
4. Угрехелидзе М.Г. Проблемы неосторожной вины в уголовном праве. -Тбилиси: Мецниереба, 1976. -131 с.
5. Кочетков А.А. Фактическая ошибка и квалификация преступлений: Дисс... канд. юрид. наук: 12.00.08. -М., 1991. -214 с.
6. Практикум по уголовному праву /Под ред. Л.Л. Кругликова. -М.: БЕК, 1997. -501 с.
7. Гилязов Ф.Г. Вина и криминогенное поведение личности. Уголовно-правовые, криминологические и социально-психологические черты. -М., 1991. -144 с.
8. Кузнецова Н.Ф. Значение преступных последствий для уголовной ответственности. -М.: Госюриздат, 1958. -

219 с.

9. Панов Н.И. Квалификация преступлений, совершенных путем обмана: Учебное пособие. -Харьков: Харьк. юрид. ин-т, 1980. -88 с.
10. Волков Б.С. Проблемы воли и уголовная ответственность. -Казань: Изд-во Казанск. ун-та, 1965. -136 с.
11. Рубинштейн С.Л. Бытие и сознание. -М.: Изд-во АН СССР, 1957. -328 с.
12. Ожегов С.И. Словарь русского языка /Под ред. Н.Ю. Шведовой. -М.: Русский язык, 1988. -750 с.
13. Островская Н., Коломеец И. Лес рубят – бомбы летят // Комсомольская правда в Украине. -2000. -№ 46.
14. Платонов К.К. Краткий словарь системы психологических понятий. -М.: Высшая школа, 1984. -174 с.
15. Толковый словарь русского языка: В 4-х т. /Сост. В.В. Виноградов, Г.О. Винокур, Б.А. Ларин и др. /Под ред. Б.М. Волина, Д.Н. Ушакова. -М.: Русские словари, 1994. -Т.3. -713 с.
16. Якушин В.А. Ошибка и ее уголовно-правовое значение. -Казань: Изд-во Казанск. ун-та, 1988. -128 с.

*Поступила в редколлегия 26.05.2006*

ВАПСВА Ю.А. ПОМИЛКА В НАВМИСНИХ Й НЕОБЕРЕЖНИХ ЗЛОЧИНАХ: ІНТЕЛЕКТУАЛЬНА ТА ВОЛЬОВА ОЗНАКИ

Виконано аналіз інтелектуального та вольового моментів при наявності помилки в кримінальному праві

\*\*\*

VAPSVA JU.A. MISTAKE IN DELIBERATE AND CARELESS CRIMES: INTELLECTUAL AND STRONG-WILLED ATTRIBUTES

The analysis of the intellectual and strong-willed moments is executed at presence of a mistake in criminal law.



**В.П. ГЕРАСИМЕНКО**

*Национальная юридическая академия Украины им. Ярослава Мудрого*

УДК 343.288

## ВИДЫ НАКАЗАНИЙ, ПРИМЕНЯЕМЫХ ПРИ ЗАМЕНЕ НЕОТБЫТОЙ ЧАСТИ НАКАЗАНИЯ БОЛЕЕ МЯГКИМ<sup>1</sup>

Анализируются вопросы определения видов наказаний, которые могут быть применены при замене неотбытой части наказания более мягким (ст.82), установления их сроков и особенности применения отдельных их видов, а также предлагается решение вопроса об определении более мягкого вида наказания.

При замене неотбытой части наказания более мягким, принципиальное значение имеет вопрос о видах заменяющих наказаний. Отсутствие в УК их перечня обусловило широкое обсуждение этой проблемы в литературе. Некоторые ученые (Ю.М. Ткачевский, И.Д. Перлов) вы-

сказываются о необходимости при замене назначать только наказания, имеющие срочный характер, поскольку на осужденного необходимо еще в течение определенного срока оказывать карательно-исправительное воздействие [1, с.162-165; 2, с.57]. Другие (например, Ф.Р. Сундуров) утверждают, что в качестве заменяющего возможно назначение и одноактного наказания, в частности такого, как штраф [3, с.494]. Существует позиция, что в порядке за-

<sup>1</sup> Первичная рекомендация по направлению исследований: канд. юрид. наук Тютюгин В.И. (НЮАУ).

мены не могут назначаться дополнительные наказания, а также содержание в дисциплинарном батальоне военнослужащих (Н.А. Стручков) [4, с.21]. Напротив, отдельные криминалисты (например, А.И. Рарог) допускают назначение военнослужащим таких наказаний, как содержание в дисциплинарном батальоне или служебные ограничения [5, с.496]. Как видно, среди ученых отсутствует единство мнений по вопросу о видах заменяющих наказаний. При этом мнения юристов разнообразны, а иногда и противоречивы. Поскольку указанная проблема имеет важное практическое значение, то целью исследования является изучение вопроса о том, какие же виды наказания можно применять в порядке замены неотбытой части наказания более мягким и на какой срок.

Согласно ч.1 ст.82 УК лицам, отбывающим наказания в виде ограничения или лишения свободы, неотбытая их часть может быть заменена судом более мягким видом наказания. Отсюда, казалось бы, следует, что в качестве заменяющего наказания суд может применить *любой вид более мягкого наказания*, по сравнению с лишением или ограничением свободы. Таким образом, первый вопрос, который должен решить суд при применении замены, состоит в том, является ли заменяющее наказание более мягким (менее строгим) по сравнению с заменяемым.

На первый взгляд, вопрос о том, какое наказание признается более мягким, не вызывает затруднений. Однако проблема не так проста. В литературе понятие «более мягкое наказание» либо не раскрывается, либо определяется как наказание, которое в законодательном перечне, установленном в ст.51 УК, выше заменяемого, т.е. поставлено на «ступеньку» выше того, которое подлежит замене. В то же время в ст.51 УК прямо не указано, что предусмотренные здесь виды наказаний расположены в определенной последовательности по степени их строгости – от менее строгого к более строгому. В науке уголовного права высказывается позиция, что система наказаний закреплена в ст.51 УК в виде установленного уголовным законом и обязательного для суда перечня наказаний, в котором все они расположены в определенном порядке – по степени их строгости [6, с.368-369]. Но это лишь научное толкование нормы закона. Что же свидетельствует о том, что в ст.51 УК наказания расположены по степени строгости, имеются ли какие-либо правовые основания говорить о том, что, например, арест является более мягким наказанием, чем ограничение свободы, а, следовательно, может выступать в качестве заменяющего наказания?

Представляется, что доказательства того, что в ст.51 УК законодатель расположил наказания по степени их строгости, содержатся в ст.72 УК, в которой указано, что при сложении наказаний *менее строгий вид наказания переводится в более строгий вид*. Из данного законодательного положения следует, что лишение свободы является более строгим наказанием чем, например, ограничение свободы, арест или общественные работы.

Некоторые ученые утверждают, что при установлении более мягкого наказания необходимо учитывать не только его строгость, но и срок (размер) [7, с.60]. Считаем, что подобные высказывания лишены достаточных оснований, поскольку закон предусмотрел систему наказаний по степени их строгости независимо от срока (размера) того или иного вида наказания, а исходя из общепризнанной иерархии ценностей, а также характера и объема тех правоограничений, которые претерпевает лицо. Поэтому лишение свободы сроком на один год всегда будет более стро-

гим наказанием, чем, скажем, ограничение свободы даже сроком на пять лет. В подтверждение данной позиции можно сослаться на конструкцию альтернативных санкций статей Особенной части УК, где наказания также расположены по степени их строгости, но при этом более мягкое наказание может быть установлено на более длительный срок, чем более строгое наказание, в той же санкции предусмотренное (например, ч.1 ст.371 УК). Более того, согласно положениям Общей части УК, более строгое наказание может назначаться на меньший срок, чем менее строгое. Так, наказание в виде исправительных работ назначается на срок от шести месяцев до двух лет (ч.1 ст.57 УК), а более строгое наказания в виде ареста устанавливается на срок от одного до шести месяцев (ч.1 ст.61 УК). Таким образом, строгость наказаний не связана со сроком (размером) его назначения.

Итак, несмотря на то, что различные виды наказания, предусмотренные в ст.51 УК могут назначаться на разные сроки и в различных размерах, более мягким наказания является наказание, которое в законодательном их перечне расположено выше заменяемого. Таким образом, *при замене неотбытой части наказания более мягким суд может избрать одно из наказаний, расположенных в ст.51 УК «выше» ограничения или лишения свободы*.

Как известно, при классификации наказания делятся не только на более или менее строгие, но и на общие и специальные, срочные, бессрочные и одноактные, основные и дополнительные. Поэтому следующий вопрос, который возникает при замене, заключается в том, какой же вид более мягкого наказания может применить суд в качестве заменяющего. При его решении следует исходить из того, что в ст.82 УК речь идет о замене так называемых общих (универсальных) видов наказания, применение которых, как правило, не ограничено по кругу субъектов. Следовательно, и замена может осуществляться, как правило, общими видами наказания.

Спорным в науке уголовного права и практике применения института замены наказания более мягким остается вопрос о возможности замены лишения свободы на определенный срок (ст.63 УК) содержанием в дисциплинарном батальоне военнослужащих (ст.62 УК). Так, Ю.М. Ткачевский считает, что замена неотбытой части лишения свободы на содержание в дисциплинарном батальоне произведена быть не может, поскольку последнее наказание, по его мнению, не является более мягким, чем первое [8, с.260]. Более верную позицию, на наш взгляд, занимает Н.А. Стручков, который утверждает, что лишение свободы не может быть заменено направлением в дисциплинарный батальон, поскольку это наказание применяется только к военнослужащим срочной службы. Если же военнослужащий был приговорен к лишению свободы, он был уволен из армии и к моменту замены наказания таким не является [4, с.21]. Думается, что в связи с этим законодатель и предусмотрел возможность замены лишения свободы содержанием в дисциплинарном батальоне не в порядке ст.82, а лишь при назначении наказания, предоставив суду возможность использовать для этого положения ч.1 ст.62 УК.

В литературе высказана позиция, согласно которой не должна допускаться замена ограничения или лишения свободы лишением права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью. Например, И.А. Тарханов пишет, что при замене наказания суд не вправе производить переоценку обстоятельств, уста-

новленных приговором. И коль скоро суд при вынесении приговора не счел необходимым назначить данный вид наказания, то нет достаточных оснований для его определения в порядке замены [9, с.58]. С.Г. Келина утверждает, что этот вид наказания тесно связан с характером совершенного преступления, с профессией или занятием лица, а при применении ст.82 УК суд интересуется только поведением лица во время отбывания лишения свободы [10, с.674].

Противоположную позицию занимает Р.А. Дьяченко, утверждая, что, несмотря на то, что суд при рассмотрении дела уже учитывал характер преступления, это не исключает возможности назначения лишения права в порядке замены [11, с.126].

На наш взгляд, закон не устанавливает запретов на назначение в порядке замены рассматриваемого наказания. Есть лишь одно ограничение – данный вид наказания может выступить в качестве заменяющего при условии, что преступление было совершено осужденным по должности или в связи с занятием определенной деятельностью. Аргументы криминалистов о том, что в такой ситуации суд должен был назначить этот вид наказания в качестве дополнительного, не считаем убедительными, поскольку согласно ч.2 ст.55 УК назначение лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью, в случае если оно не предусмотрено в санкции статьи Особенной части УК как обязательное, является правом суда.

Таким образом, по общему правилу замена неотбытой части наказания более мягким видом может осуществляться лишь общими видами наказания за исключением лишения права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью.

Далее из ч.1 ст.82 УК следует, что замене подлежат только *основные* виды наказаний, следовательно, и заменяться они могут лишь на те виды наказаний, которые назначаются в качестве основных. Поэтому, такие наказания, как лишение воинского, специального звания, ранга, чина или квалификационного класса, а также конфискация имущества не могут использоваться в качестве заменяющих видов наказания.

Вызывает дискуссии и вопрос о возможности применения при замене так называемых «одноактных» наказаний [6, с.372] и, в частности, штрафа в качестве заменяющего наказания. УК Украины 1960 г. не допускал замену лишения свободы штрафом (ч.4 ст.32 УК). Однако такой запрет отсутствует в УК 2001 г., что, по мнению некоторых криминалистов является необоснованным. Как отмечал Ю.М. Ткачевский, «штраф является одноразовым наказанием и не предполагает осуществления процесса исправления» [2, с.57]. Противоположное мнение высказывает М.М. Нурмиев, который отмечает, что любое наказание в той или иной мере предполагает исправительное воздействие на осужденного вне зависимости от длительности его применения, в противном случае оно не будет являться таковым, а возможность замены лишения свободы штрафом формально не ограничена [12, с.140].

На наш взгляд, законодатель ограничил возможность применения в качестве заменяющих наказаний исключительно *срочными* их видами. Так, согласно ч.1 ст.82 УК, более мягкое наказание устанавливается в пределах сроков, предусмотренных в Общей части УК для данного вида наказания. Поэтому указание в УК на возможность замены неотбытой части наказания предопределяет срочный характер заменяющего наказания. Кроме того, заменяющие наказания относятся к срочным видам, поскольку

на осужденного, который лишь встал на путь исправления, необходимо еще в течение определенного срока оказывать карательно-исправительное воздействие. Также ч.5 ст.82 УК говорит о возможности условно-досрочного освобождения от отбывания наказания лиц, к которым применялась замена. Стало быть, и закон имеет в виду, что замена осуществляется срочными видами наказаний. Наконец, согласно ч.4 ст.90 УК при замене неотбытой части наказания более мягким срок погашения судимости исчисляется со дня отбывания более мягкого наказания. А отбыть (отбывать) можно только срочные виды наказаний. Штраф, как наказание одноактное, не отбывается, а исполняется.

Таким образом, *в качестве заменяющего наказания могут использоваться только (а) более мягкие, (б) основные, (в) срочные и (г) как правило, общие виды наказаний, к числу которых относятся:* ограничение свободы, арест, исправительные работы, общественные работы, лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью.

На первый взгляд, широкий перечень заменяющих наказаний позволяет дифференцированно, исходя из необходимости завершения карательно-исправительного воздействия, применить наказание, необходимое для завершения процесса исправления в каждом конкретном случае. Однако существуют определенные ограничения для применения отдельных видов наказания в порядке замены.

1. *Лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью (ст.55 УК).* Как было изложено ранее, этот вид наказания может применяться в качестве заменяющего при условии, что преступление было совершено осужденным по должности или в связи с занятием определенной деятельностью.

2. *Общественные работы (ст.56 УК).* По мнению Ю.М. Ткачевского, общественные работы в силу их кратковременного характера едва ли целесообразно применять взамен неотбытой части лишения свободы [8, с.259]. На наш взгляд, этот вид наказания вполне допустимо использовать в качестве заменяющего, обратив лишь особое внимание на срок и заменяемого, и заменяющего наказаний (как известно, ограничение и лишение свободы исчисляются годами и месяцами, а общественные работы – часами). Предлагаем, при решении этого вопроса руководствоваться положениями ст.72 УК и перевести неотбытый срок ограничения или лишения свободы в общественные работы, а далее, используя положения ст.82 УК, окончательно установить срок данного заменяющего наказания.

3. *Исправительные работы (ст.57 УК).* Замена неотбытой части наказания исправительными работами, по мнению большинства криминалистов, считается наиболее удачной и целесообразной [9, с.58]. В то же время, поскольку исправительные работы отбываются по месту работы осужденного, то возникает вопрос о возможности такой замены. Во-первых, лицо уже на момент совершения преступления могло нигде не работать. Во-вторых, с осужденным могли быть прекращены трудовые отношения на основании п.7 ст.36 КЗоТ в связи с вступлением в законную силу приговора суда, которым работник осужден к лишению свободы или иному наказанию, исключая возможность продолжения данной работы. В связи с этим для замены неотбытой части наказания исправительными работами осужденного сначала необходимо трудоустроить. Представляется, что на практике это достаточно проблематично.

4. *Арест (ст.60 УК).* В юридической литературе возник спор о возможности замены лишения свободы арестом

стом. По мнению Ю.М. Ткачевского, арест, будучи краткосрочным лишением свободы в условиях строгой изоляции осужденного от общества, не может быть использован в качестве заменяющего наказания [8, с.259]. В.Ф. Иванов, разделяя такой подход, утверждает, что такая замена вряд ли возможна, поскольку, во-первых, очень кратким является сам срок ареста, а, во-вторых, арест состоит в содержании лица в условиях строгой изоляции, что может привести к фактическому ухудшению положения осужденного даже в сравнении с лишением свободы [13, с.352]. Считаем, что замена ограничения или лишения свободы арестом не противоречит требованиям закона, поскольку этот вид наказания является более мягким, чем ограничение и лишение свободы, относится к числу основных, общих и срочных видов наказаний и в связи с этим вполне может применяться.

5. *Ограничение свободы (ст.61 УК)* Ограничение свободы может выступить в качестве заменяющего наказания только при замене неотбытой части лишения свободы.

Следует также отметить, что, применяя в порядке ст.82 УК более мягкое наказание, суд должен определить не только вид наказания, но и его срок. Согласно ч.1 ст.82 УК срок заменяющего наказания ограничен двумя моментами: а) заменяющее наказание устанавливается в пределах сроков, указанных в Общей части УК для данного вида наказания и 2) не должно превышать неотбытого срока наказания, назначенного приговором суда.

Назначение наказания в пределах сроков, установленных в Общей части УК для данного вида наказания означает, что наказание может быть определено в рамках низшего и высшего пределов этого вида наказания, указанных в соответствующей статье Общей части УК, например, от шести месяцев до двух лет исправительных работ (ч.1 ст.57 УК). То, что наказание не должно превышать неотбытого срока наказания, назначенного приговором суда, означает, что срок заменяющего наказания должен быть либо меньшим, либо равен неотбытой части наказания. Какие-либо исключения из этих правил не допускаются.

Необходимо добавить, что при установлении срока заменяющего наказания суд учитывает все обстоятельства дела: личность осужденного, степень становления его на путь исправления и т.д. При этом вид и срок нового (заменяющего) наказания должен обеспечить эффективное завершение процесса достижения целей наказания.

Изложенное дает основание для выводов:

1. Несмотря на то, что различные виды наказания могут назначаться на разные сроки и в различных размерах, более мягким наказания является наказание, расположенное в перечне ст.51 УК выше заменяемого.

2. При замене неотбытой части наказания более мягким в качестве заменяющего наказания могут использоваться более мягкие, основные, срочные и, как правило,

общие виды наказаний. Лишение права занимать определенные должности или заниматься определенной деятельностью применяется как заменяющее наказание при условии, что преступление было совершено осужденным по должности или в связи с занятием определенной деятельностью

3. Срок заменяющего наказания ограничен двумя моментами: а) устанавливается в пределах сроков, указанных в Общей части УК для данного вида наказания и 2) не должен превышать неотбытого срока наказания, назначенного приговором суда.

## ЛИТЕРАТУРА

1. Перлов И.Д. Исполнение приговора в советском уголовном процессе. –М.: Юрид. лит., 1963. –227 с.
2. Ткачевский Ю.М. Замена уголовного наказания в процессе исполнения. –М.: Юрид. лит., 1982. –136 с.
3. Уголовное право России. Часть общая: Учебник /Отв. ред. Л.Л. Кругликов. –М.: БЕК, 1999. –590 с.
4. Стручков Н.А. Условно-досрочное освобождение. –М.: Госюриздат, 1961. –47 с.
5. Уголовное право России: Учебник. –В 2-х т. –Т.1. Общая часть /Под ред. А.Н. Игнатова и Ю.А. Красикова. –М.: Инфа-М-Норма, 1998. –639 с.
6. Уголовное право Украины: Общая часть: Учебник /Под ред. М.И. Бажанова, В.В. Сташиса, В.Я. Таця. –К.: Юринком Интер, 2003. –512 с.
7. Милин А.С. Замена уголовного наказания более мягким // Соц. законность. –1982. –№ 10. –С.60-61.
8. Курс уголовного права: Общая часть. –Т.2: Учение о наказании: Учебник /Под ред. Н.Ф. Кузнецовой и И.М. Тяжковой. –М.: ИКД «Зерцало-М», 2002. –464 с.
9. Тарханов И.А. Замена наказания по советскому уголовному праву. –К.: Изд-во Казанск. гос. ун-та, 1982. –104 с.
10. Курс российского уголовного права: Общая часть /Под ред. В.Н. Кудрявцева, А.В. Наумова. –М.: Спартак, 2001. –767 с.
11. Дьяченко Р.А. Условно-досрочное освобождение и замена неотбытой части наказания более мягким видом наказания: Дисс... канд. юрид. наук: 12.00.08 /Кубанск. гос. ун-т. –Краснодар, 1999. –215 с.
12. Нурмиев М.М. Заменяющие наказания по российскому уголовному праву: Дисс... канд. юрид. наук: 12.00.08 /Казанск. гос. ун-т им. В.И. Ульянова-Ленина. –Казань, 2005. –198 с.
13. Уголовное право Российской Федерации: Общая часть: Учебник. –Саратов: Изд-во Саратовск. ун-та, 1997. –537 с.

Поступила в редколлегию 07.07.2006

## ГЕРАСИМЕНКО В.П. ВИДИ ПОКАРАНЬ, ЗАСТОСОВУВАНИХ ПРИ ЗАМІНІ НЕВІДБУТОЇ ЧАСТИНИ ПОКАРАННЯ БІЛЬШЕ М'ЯКИМ

Аналізуються питання визначення видів покарань, які можуть бути застосовані при заміні невідбутої частини покарання більше м'яким (ст.82), установлення їхніх строків й особливості застосування окремих їхніх видів, а також пропонується рішення питання про визначення більше м'якого виду покарання.

\*\*\*

## GERASIMENKO V.P. KINDS OF THE PUNISHMENTS USED AT REPLACEMENT REMANENT BY SOFTER

Questions of definition of kinds of punishments which can be applied at replacement remanent by softer (clause 82), establishments of their terms and features of application of their separate kinds are analyzed, and also the decision of a question on definition of softer kind of punishment is offered.