

Карагандинский институт актуального образования
«Болашак»

БАРОН ЭД.В. РОЗЕНБЕРГ

НЕОБХОДИМОСТЬ
ЦЕЛЕСООБРАЗНОГО И ЭКОНОМНОГО
НАЗНАЧЕНИЯ МЕРЫ НАКАЗАНИЯ
(ПРИЗЫВ К КОРЕННОЙ РЕФОРМЕ УГОЛОВНОГО ПРАВА)

Караганда
Болашак–Баспа
1998

Карагандинский институт актуального образования
«Болашак»

БАРОН ЭД.В.РОЗЕНБЕРГ

НЕОБХОДИМОСТЬ
ЦЕЛЕСООБРАЗНОГО И ЭКОНОМНОГО
НАЗНАЧЕНИЯ МЕРЫ НАКАЗАНИЯ
(Призыв к коренной реформе уголовного права)

Караганда
Болашак-Баспа
1998

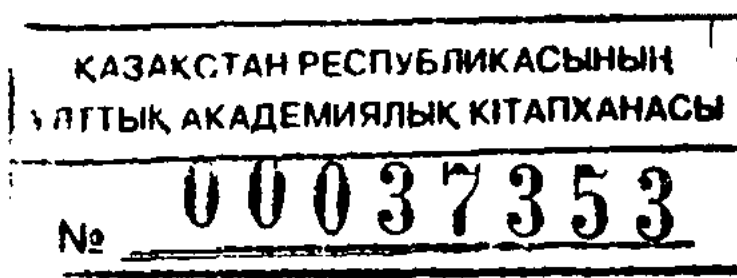
Барон Эд.В.Розенберг. Необходимость целесообразного и экономного назначения меры наказания.

Книга впервые была издана в типографии К.Матиссена (Юрьев) в 1917 году.

Подготовил к печати кандидат юридических наук, доцент Н.О.Дулатбеков.

Данная монография является классическим произведением права. В ней приводятся рассуждения об определении наказания, рассматриваются философские, психологические, юридические аспекты меры наказания.

Для широкого круга читателей.



Издательская группа «Болашак-Баспа» Карагандинского института актуального образования «Болашак».

© «Болашак-Баспа» 1998.

К читателю!

Что наша жизнь? Цепь совершенно бессмысленных в своей сложности и осмысленных в отдельности происшествий и событий, которые обречены тут же утонуть в безбрежном океане повседневности. Однако одно из событий может стать более существенным, устанавливая скрытый порядок между человеческим настоящим и далеко прошедшим.

Как это не парадоксально, но именно маленький курьез, происшедший со мной, стал началом переиздания книги Барона Эд.В.Розенберга «Необходимость целесообразного и экономного назначения меры наказания».

Будучи аспирантом института философии и права, я многие часы проводил в Пушкинской библиотеке.

Как-то, примчавшись спозаранку в Пушкинку, возбужденный свежим воздухом и только что увиденным сном, занятый новой идеей, я вошел...не в дверь, а... в витринное стекло, запечатлев свой силуэт. Сбежавшие на гром и шум перепуганные сотрудники библиотеки сначала горячились, советовали, но затем мой виноватый вид привел их в необычайно хорошее расположение духа,

ознаменованное легким смешком, переходящим в неудержимый веселый хохот. С того дня я— любимчик Пушкинки, беспрепятственно захож во все отделы книгохранилища. Однажды, работая в одном из отделов книгохранилища, я натолкнулся на интересные произведения юридической классики: М.М. Гернет «Социальные факторы преступности», Э. Фэрри «Уголовная социология», Г. Тард «Преступники и преступление», Лист Фон «Наказание и его цели», Д. Дорн «Уголовное преступление и нравственность», Гольденвейзер «Преступление как наказание, наказание как преступление», И.Айвазов «К вопросу о смертной казни» и среди них старый переплет затертой книги, пахнущей одновременно мудростью и знанием. Этой книгой оказалась монография Барона Эд. В Розенберга — практика и теоретика уголовного права.

В этой работе полно и развернуто даются определения уголовного наказания, целей наказания, исследуется действительность мер наказания. Повествовательная форма изложения мысли захватывает, а новые определения, отличные от предложенных ранее русскими и немецкими учеными-юристами, будоражат и наталкивают на размышления.

Изучая данную монографию, я заметил на полях пометки и инициалы «Е.К.», свидетельствующие о детальном исследовании данной книги. Мне, переполненному впечатлениями, необходимо было поделиться с мыслями. И я задался целью, выяснить автора пометок. После долгих рассуждений я пришел к выводу о том, что автором мог быть теоретик права, заместитель директора института философии и права Еркеш Калиевич Нурпеисов. Но я ошибся. Им оказался Каиржанов Елеген

Естлеуович – доктор юридических наук, профессор, прочитавший ее в 1974 году.

...Мы с ним долго рассуждали и делились впечатлениями о прочитанном. Наши мнения сошлись в оценке: это монография необходима и актуальна, многое можно возразить и оспорить, но полезность данной работы очевидна.

Я с большим интересом прочитал книгу-рассуждение, взяв для себя много поучительного и хотелось бы выразить пожелания студентам–будущим юристам ознакомиться с содержанием и использовать при подготовке практических занятий.

С уважением

Н.О. Дулатбеков
кандидат юридических наук,
доцент

Необходимость целесообразного и ЭКОНОМНОГО НАЗНАЧЕНИЯ МЕРЫ НАКАЗАНИЯ.

ПРИЗЫВ К КОРЕННОЙ РЕФОРМЕ УГОЛОВНОГО ПРАВА

У современной теории и практики уголовного права существует одна «Ахиллесова пята», одно крайне слабое место, куда может быть направлен смертельный удар всей существующей системе карательной деятельности и всем руководящим ею теориям наказания. Для того, чтобы обнаружить это слабое место, нужно только настойчиво требовать ответа на один вопрос: на каком основании исчисляется мера наказания за каждое прошедшее преступление?

Этот практически самый важный, самый жгучий вопрос нигде не находит себе мало-мальски удовлетворительного ответа ни в теории, ни в практике современного уголовного права. Тщетно ищет он ответа, являясь в виде жуткого кошмара к совести судьи в мучительной тишине ночи после объявления приговора, цель которого остается непонятной. Огненными буквами горит этот вопрос на мрачных стенах тюрьмы, и от него болят и плачут глаза несчастного арестанта, с нетерпением считающего дни, часы и минуты, остающиеся до момента его освобождения. Хриплым голосом выкрикивают этот вопрос сытые вороны, сидя на виселице и, как будто, злорадствуя роду человеческому, терзающему друг друга, не зная: зачем? и для чего?

Что может нам ответить на этот вопрос слепая Фемида? Не покраснеет ли она и не скажет ли сама: «Отпустите меня, слепую старушку, и возьмите себе молодую богиню правосудия, видящую и понимающую, достойную руководить деятельностью просвещенных людей!»

Возьмем для наглядности любую статью нашего действующего «уложения о наказаниях», напр. ст.1467. Эта статья

предусматривает за нанесение смерти при необходимой личной обороне «без нужды, после уже отвращения грозившем опасности» – тройкое наказание, «смотря по роду побуждения и «другим обстоятельствам дела»:

1) или заключение в тюрьме от 4 до 8 месяцев,

2) или арестовать от 3 до 7 дней,

3) или же, «токмо строгий выговор в присутствии суда».

К этому наказанию присоединяется для христиан церковное покаяние.

Теперь представьте себе какого-нибудь Иванова, обвиняемого по этой статье и с трепетом ожидающего приговора суда.

Бедный Иванов, проявивший излишнюю горячность при необходимой личной обороне, не знает, предстоит ли ему за это восьмимесячное заключение в тюрьме, семидневный арест или – просто выговор. – Его защитник, опытный криминалист, также не может предугадать, на какой из предусмотренных мер наказания остановится суд.

А сам суд?! - Знает ли он, какую меру наказания нужно применить к Иванову?! – По «роду побуждений» и «по обстоятельствам дела» проступок Иванова, допустим, ничем не отличается от большинства подобных проступков. «Судейская совесть» не находит причин судить Иванова особенно строго, но и не видит мотива, относиться к нему особенно снисходительно.

Вот судьи, находясь под впечатлением убедительной речи прокурора о необходимости строго осуждать легкомысленное причинение смерти, присуждают нашего Иванова, скажем к пятимесячному заключению в тюрьме.

Если вы потом спросите судей, почему они в данном случае остановились именно на 5 месяцах, почему нельзя было ограничиться заключением Иванова на 4 или 3 месяца, почему они считали невозможным назначить Иванову арест на 7 или 5

дней, или же – просто выговор, то вы от судей не получите удовлетворительного ответа. Они скажут, что избранная мера им «казалась справедливой», или – они признаются, что ничего нельзя ответить на ваш вопрос!

Какой простор от выговора до восьмимесячного заключения в тюрьме! И сама слепая Фемида не знает вперед, какую кучку горя она вытащит из своей сумки и высыплет на голову Иванова!

Мера наказания назначается судом в широких рамках законных санкций всецело на основании субъективного «чувства справедливости». Но это все решающее чувство является величиной весьма неустойчивою и крайне неопределенною! –

Если немного взглянуть на судебную действительность, то нельзя не видеть, что «чувство справедливости» в своей мере зависит от тысячи случайных причин, а не только от «обстоятельств дела». Бывают судьи «строгие» и «добродушные»: у одного подсудимый получит тюремного заключения на несколько недель, месяцев и даже лет больше, чем у другого мягкосердечного судьи. Даже степень реакции «чувства справедливости» у одного и того же судьи будет весьма не одинаковой в разное время, в зависимости от случайного его настроения, от состояния его здоровья и от всевозможных других непредвиденных причин. Как много зависит иногда от талантливости речи прокурора, от трогательных слов защитника, от симпатичного или антипатичного выражения лица подсудимого или потерпевшего и т.д.

Если мы, однако, исходим из такой точки зрения, что не может быть безразличным ни для судьи, ни для общества, ни для казны, будет ли подсудимый заключен в тюрьме на 5 лет или на 4,5, 4, 3,5 или 3 года и пр., то мы не можем мириться с таким «приблизительным» исчислением меры наказания на ос-

новании субъективного «чувства справедливости», не проверенного сознательными целевыми мотивами!

Возвратимся к нашему реальному случаю с Ивановым, обвиняемым по ст. 1467 улож. наказ. Мы видели, что судебная практика слишком бессознательна и неустойчива, что в ней вообще нет данных, по которым могла бы быть исчислена точная и правильная мера наказания для Иванова.

Но обратимся к теоретикам уголовного права, вдохновителям действующих кодексов уголовного права. Знают ли они, какому наказанию нужно подвергать Иванова? Найдете ли вы у них удовлетворительный ответ на вопрос: почему 5 месяцев, а не 4 и не 6.

Представитель теории возмездия учит, что мера наказания диктуется «чувством справедливости», «чувством равновесия», «чувством возмездия» и подобными другими чувствами. Эти чувства, по мнению ученик теоретика, требуют, чтобы вина Иванова была «искуплена» соответствующим «возмездием». Но если уже существуют такие озлобленные чувства, которые требуют присоединения к прошедшему несчастью потерпевшего еще нового горя «виновного», то все-таки нужно же выяснить, почему эти чувства удовлетворяются именно пятимесячным тюремным заключением Иванова? – На вопрос о масштабе при «оценке» преступного деяния теории возмездия выработали один общий ответ: существует какой-то «исторически сложившийся критерий», который заставляет реагировать на каждое преступление определенной мерой наказания. Тут перед нами воздвигается какая-то мистическая непреодолимая сила: сама история человечества выходит на сцену и приказывает карать за каждое преступление по выработанному ею критерию!

Но разве история является такой всемогущей богиней, что ей надо беспрекословно подчиняться? Ведь история не только руководит нами, но и мы, со своей стороны, также руководим ею мы сами – делаем историю! Так позвольте же

спросить, каков смысл этого критерия, перешедшего к нам от дедов и прадедов? Нужен ли нам этот критерий? Не является ли он просто одним из тех многочисленных заблуждений человечества, которые скорее должны быть унесены в исторический архив? Может ли наука уголовного права, руководительница карательной деятельности государства, довольствоваться скромной ролью слепой исполнительницы велений какого-то непонятного «исторически сложившегося» идола?! – На все эти вопросы теории возмездия отвечают – гробовым молчанием. Если вы желаете идти по их стопам, то спрячьте свои нескромные «почему?» и «для чего?», и – продолжайте слепо поступать с преступниками, как поступали отцы и деды!

Если же взять этот всемогущий «исторически сложившийся критерий» с высокого пьедестала чистой отвлеченной теории и, поставив его на реальную почву будничной жизни, спросить его о мере наказания, выработанной для нашего Иванова, – то этот идол теории возмездия не только лишен возможности доказать свои полномочия, но – к тому же молчит самым бесцеремонным образом на заданный ему вопрос о мере наказания. Оказывается, что вообще для нарушителей ст. 1467 улож. наказ, «исторически выработаны»: и выговор, и арест на 3 дня, и арест на 7 дней, и тюремное заключение на 4 месяца, и на 5 месяцев, и на 8 месяцев, и т. д., но для данного проступка Иванова пять никаких указаний этого критерия и все зависит от субъективного чувства судей, имеющих в своем распоряжении громадный выбор самых различных мер наказания! Таким образом, теория возмездия не дают удовлетворительного ответа на вопрос об основаниях исчисления меры наказания.

Но еще менее разъяснен этот вопрос утилитарными теориями. Они учат, что карательная деятельность государства должна быть целесообразна во всех своих стадиях. По их ос-

новному учению, наказание Иванова не должно быть излишним слепого чувства, а должно преследовать разумную цель. Целей, достигаемых наказанием, мы находим у разных представителей утилитарных теорий много. Но эти цели обыкновенно лишь выставляются в виде общих принадлежностей всего института наказания, но не ставятся в связь с назначением меры наказания в единичных случаях. Для большинства утилитарных теорий остается в силе то положение, что мера наказания зависит от степени прошедшей «вины», а не от утилитарных мотивов: получается такая странная картина, что наказание вообще должно быть целесообразно, а мера его назначается вне всякой связи с какой-либо общей целью наказания. Но станем те на минуту на точку зрения утилитарных теорий и попробуем-ка проверить на нашем практическом примере с Ивановым, подойдут ли к данному случаю цели наказания, обыкновенно указываемые этими теориями. «Исправление» или «перевоспитание» преступника? Вряд ли подойдет эта цель к нашему случаю! Иванов не особенно порочен и не нуждается в перевоспитании больше, чем другой средний обыватель. Но если даже требовалось бы исправление, то судьи не имеют никаких оснований думать, что именно в тюрьме и как раз в течение 5 месяцев (не больше и не меньше!) Иванов будет перевоспитан.

Цель «изъятия» вредного члена из общества? Нарушение ст. 1467 улож. наказ. еще не может служить доказательством особенной вредности Иванова и необходимости его изъять из общества для предупреждения каких-либо новых проступков его. Но если даже изъять его, то зачем именно на 5 месяцев? Разве после истечения этого срока он будет менее вреден для общего блага? Кроме того, почему изъятие Иванова из общества получает форму тюремного заключения, а не скажем, содержания в крепости? «Частное предупреждение?» Нужна ли мера наказания, назначенная Иванову для того, чтобы он в бу-

душем, при подобном же нападении на него, вспомнил о неприятности своего пребывания в тюрьме и воздержался от нанесения смерти нападающему? Но ведь так мало вероятности, что в жизни того же Иванова повторится такой случай, даже если его отпустить без наказания! А если уже имеется в виду вероятность или возможность рецидива, то почему именно 5 месяцев тюремного заключения будет целесообразной мерой борьбы с рецидивом Иванова?

Остается «общее предупреждение». Может быть, заключение Иванова в тюрьме на 5 месяцев необходимо для создания мотива, удерживающего других лиц от нарушения ст. 1467 улож. наказ.? Эта цель, на первый взгляд, вполне возможна и разумна. Но нам не дают никаких данных утверждать, что общее предупреждение не будет достигнуто в той же мере, если мы посадим Иванова только на 7 дней под арест! Может быть нарушения ст. 1467 улож. наказ, нисколько не участятся в будущем, если мы назначим Иванову «токмо строгий выговор в присутствии суда»!

Вот, если вы попробуете мало-мальски последовательно проводить на практике какую-либо из ныне господствующих теорий целесообразности наказания, то вы при первом случае судебной действительности натолкнетесь на резкий диссонанс: наказание вообще целесообразно, благоразумно и полезно, а мера его в каждом отдельном случае — является совершенно произвольной, немотивированной и непонятной! «Отвергая голословную ссылку теорий возмездия на непреодолимую силу какого-то «чувства справедливости» и на авторитетное веление «исторически сложившегося критерия», утилитарные теории не дают никакого объяснения о том, какая мера наказания могла бы считаться целесообразной и разумной в каждом случае судебной практики.

При таком положении дела получается весьма печальная картина современного правосудия: ежедневно произносятся

сотни приговоров по санкциям закона, ничем не мотивированным в исчислении меры грозящего наказания, и по «чувству справедливости» судей, лишенному всякой сознательной проверки какими-либо целевыми соображениями. При каждом приговоре вы одинаково тщетно спросите себя и других: почему 5 дней, а не 7 или 3? почему 3 года, а не 2,5; 2 или 1,5 года? почему 100 рублей штрафа, а не 75 и не 125? и т.д.

Но может ли мириться с таким хаосом в правосудии культурное общество? Ведь признается бесспорной аксиомой, что каждая копейка народных денег должна быть истрачена экономно и целесообразно! Как же может судья приговорить воришку к заключению в тюрьме на два года, не убедившись в необходимости именно такого срока наказания? Может быть окажется, что сокращение срока, назначенного этому вору, на целый год, дало бы казнь значительную экономию и не причинило бы никакого вреда общему благу? Если же окажется, что в течение года можно сократить без всякого вреда 1,000 преступникам срок наказания хотя бы только на один месяц, то на сбережения, получаемые от такого сокращения, мы могли бы дать народу лишнюю школу или какую-либо другую культурную ценность! Так как никто до сих пор не выяснял, насколько необходимы и полезны для общего блага те меры наказания, которые применяются ежедневно на практике в суде, то я имею полное право верить и утверждать, что без малейшего ущерба для общего блага можно было бы получить громадную экономию народных средств, если ввести более сознательную и рациональную уголовную политику. Во всяком случае мы обязаны представлять отчет, разумно обоснованный и строго проверенный, о производительности и хозяйственности каждой народной копейки, истрачиваемой на применение тех или иных мер наказания.

Однако, материальный вопрос, хотя и весьма важный, все-таки представляет собой лишь самую грубую сторону дела.

Меры наказания связаны с более или менее чувствительными страданиями и лишениями для «преступников», для членов их семьи, для – всего народа. Присуждая подсудимых к более или менее тяжким для них карательным мерам, мы производим громадный расход народного благополучия. Всякий добросовестный государственный деятель должен относиться чрезвычайно бережно к благополучию граждан. Он не может допускать ненужной траты из запаса общего блага. Если вообще наказание необходимо и целесообразно, то мы обязаны также выяснять в каждом единичном случае, какая мера наказания целесообразна и необходима. Присудить подсудимого к тюремному заключению на 6 месяцев мы не имеем нравственного права, не выяснив сначала, что сокращение этого срока на 1, 2 или 3 месяца принесло бы общему благу больше вреда, чем пользы.

Ни теория, ни практика уголовного права до сих пор не дали никакого удовлетворительного ответа на вопрос, какому наказанию следует подвергать подсудимого. Эта громадная дыра в самом фундаменте современного «дворца правосудия» настолько опасна для него, что все здание должно рухнуть, если его не перенести на другой, более прочный фундамент!

Такое перенесение такого здания на другой фундамент, конечно, не является легкой работой и требует много труда и времени. Прежде всего, однако, необходимо ломать все здание и разбирать все его, художественно выработанные части, чтобы их потом уже использовать по мере возможности для новой постройки. Убедившись в фундаментальных и общеопасных ошибках архитектуры нынешнего дворца правосудия, необходимо приступить к постройке нового здания, стараясь избегать прежних ошибок. Задача настоящего призыва состоит в приискании работников, сознающих необходимость коренной перестройки этого здания и согласных принять участие в этой работе во имя общего блага.

Но, кто собирается ломать какие-либо здания, тот не может надеяться на благосклонную встречу со стороны жильцов этих зданий, тепло приютившихся в них и полюбивших каждый свой уголок! Поэтому всякая попытка обнаружить слабые места в основных учениях господствующих теорий и подвергать критике общепризнанные тезисы авторитетных представителей науки, естественно вызывает у многих чувство озлобления и обиды, мешающее им спокойно обсуждать затронутые вопросы. Ниже, в приложении к настоящему призыву, я привожу вместе с моим ответом некоторые критические отзывы о недавно вышедшей моей книге, в которых неоднократно выступает явное озлобление против меня за попытку входить в пререкания с научными авторитетами нашего времени. Я должен просить читателя освободить себя от подобных чувств: если никто никогда не указывал бы на ошибки отцов и дедов и не оспаривал бы тезисов заслуженных представителей науки, то сама наука превратилась бы в неподвижный холодный труп! – Если весь спор сводился бы к чисто теоретическим разногласиям, то я, конечно, не стал бы возражать господствующим теориям и предпочел бы, подобно большинству юристов-практиков, благополучно сдавших государственный экзамен, не вмешиваться в пререкания профессиональных теоретиков. Но я убедился в страшной необоснованности всей современной практики уголовного права, в неотложности коренных реформ, настойчиво требуемых реальной жизнью. Я убедился в том, что современная теория при рассмотрении самых основных вопросов наказания слишком далеко ушла от практики. Поэтому мне волей-неволей, пришлось подвергнуть сомнению и критике некоторые научные тезисы, которые обыкновенно принимаются современными криминалистами. Пусть мне докажут, в чем я не прав, но – я категорически протестую против такого способа борьбы, при котором стараются задуть противника авторитетностью каких-либо заслуженных

авторов, не входя в рассмотрение существа противоположного мнения.

Надеясь, что уважаемый читатель согласится с вышеизложенными рассуждениями о неудовлетворительности современной постановки уголовного правосудия и отнесется без предвзятых убеждений к моей дальнейшей аргументации, я приступаю к краткому изложению моего общего плана перестройки.

Желая говорить об исчислении меры наказания, мы, прежде всего, должны знать сущность самого понятия наказания и иметь ясное представление о цели, преследуемой наказаниям. Между тем эти самые основные вопросы, без решения которых немыслима правильная постановка уголовного правосудия, до сих пор еще не нашли общепризнанного ответа в науке уголовного права. Не находя в современных учебниках ни одного определения понятия наказания, которое я считал бы возможным признать правильным, я был вынужден выработать собственное свое определение. Критическое рассмотрение важнейших научных определений наказания и более подробное развитие моих собственных взглядов содержится в вышеупомянутой моей книге «Экономия страданий». В настоящей брошюре я могу лишь вкратце изложить ход моих мыслей о сущности наказания.

Я исхожу из того, казалось бы, бесспорного положения, что т.н. «уголовное наказание», исходящее от государственной власти, является только видом общего понятия наказания, с которым мы сталкиваемся не только в сфере государственной жизни, но также везде: в детской комнате, в школе, в клубе, даже в зверинце. Наказание всегда и везде должно быть наказанием: должны существовать общие признаки этого понятия, которые окажутся одинаковыми при каждом виде наказания.

Желая определить видовые понятия, напр. «кража со взломом», «пожизненное владение», — мы легче найдем верное

решение этой задачи, если мы сначала установим сущность общих понятий: «кража», «владение». Поэтому я поставил себе основной задачей выяснение общего понятия наказания: для выяснения особенных свойств «уголовного наказания», потом достаточно прибавить к общему определению те признаки, которыми отличается этот вид наказания от других видов его.

Определение наказания я стараюсь найти посредством постепенного отмежевания его от всевозможных прочих явлений. Я пытаюсь установить такое «определение», которое, подобно многогранному геометрическому телу, было бы точно ограничено со всех сторон от громадного его окружающего пространства: только то и все то, что вмещается в границах этого определения, должно быть признано «наказанием».

Приступая к такому постепенному отмежеванию, я начинаю с азбуки, с общепризнанной и очевидной истины: из двух больших групп понятий, абстрактных и конкретных, наказание должно быть отнесено к абстрактным понятиям. Розга, тюрьма, крепость и другие конкретные предметы, вопреки нередко встречающемуся словоупотреблению, не могут считаться «наказаниями», а только иногда «средствами наказания».

Являясь абстрактным понятием, наказание всегда бывает «причинением страданий» (или неприятных ощущений). Количество причиняемых страданий измеряется вся величина, вся сила наказания. Наказывать строже – это значит причинять больше страданий. Если нет страданий, то и нет никакого наказания.

Среди современных криминалистов-теоретиков многие усматривают в наказании причинение страданий. Так напр. проф. Таганцев находит: «Всякое наказание, начиная от смертной казни и кончая денежною пенею, по своему содержанию является известным ограничением или стеснением преступника в его благах и интересах, поэтому осуществление карательного права неминуемо является причинением страдания, физическо-

го и нравственного...» Однако, другие криминалисты не согласны с таким мнением и резко возражают против такого определения. Так как от принятия или непринятия этого моего основного тезиса зависит прочность всего дальнейшего логического строения и убедительность всех выводов из него, то я должен немного остановиться на возражениях, приводимых против этого тезиса в литературе уголовного права. Не имея возможности здесь входить в критику всевозможных авторов, высказавшихся против этого тезиса, я останавливаюсь на последнем по времени русском исследовании о понятии наказания, на докторской диссертации профессора А.А.Жижиленко. Подробно возражая против «указания на то, что наказание есть страдание», автор на самом деле полемизирует с определением наказания как «причинение страданий», так как «страданием» его ведь никто не считает. Но доводы его не выдерживают критики:

1. Понятие страдания, по мнению профессора Жижиленко, «непригодно для характеристики наказания, как правового явления», так как «оно не включает в себе указания на юридический момент в понятии наказания. И преступление есть страдание, причиняемое преступником потерпевшему, но это не указывает на юридическую сущность преступного деяния, и никто с этой точки зрения его не определяет».

Если даже стать на точку зрения автора, что необходимо дать такое определение наказания, которое «характеризует» его как «правовое явление», хотя вообще наказание существует также вне сферы юридической, то все-таки нельзя же требовать, чтобы все признаки каждого «правового явления» «указывали на юридический момент» в нем. Если мы, например, определим убийство, как «причинение смерти», то нам бы пришлось бы выслушивать такое же возражение, хотя «для характеристики убийства, как правового явления», мы могли бы прибавить ряд других признаков: «умышленное»,

«запрещенное законом» и т.д. Я, лично, не знаю определения — какого-либо юридического явления, которое состояло бы исключительно из специальных, юридических признаков без употребления обыкновенных слов обывательской речи. Поэтому я не могу признать «страдание» таким словом, которое не может быть включено в определение «правового явления». Для меня такое возражение, вообще, лишено смысла, так как я даю определение общего понятия наказания, вовсе не являющегося только «правовым явлением». Что же касается замечания проф. Жижиленко о том, что «и преступление есть страдание»..., то это, очевидно, совершенно ошибочно: преступление не только не есть страдание, но даже очень часто никому не причиняет никаких страданий (напр. все покушения и все нарушения акцизного, строительного и таможенного уставов и т.д.). Поэтому вполне понятно, почему «никто с этой точки зрения его не определяет»!

2. Далее проф. Жижиленко находит, что «не всякое наказание включает в себе необходимо элемент переживания его в виде страдания. Этим элементом окрашены только те наказания, которые заключаются в посягательстве на личные блага преступника, но, например, денежное взыскание едва ли можно называть «страданием».

Как мною уже оговорено, я употребляю выражение «страдание» в широком смысле, как всякое более или менее значительное неприятное ощущение. Так как деньги являются средством достижения разных удовольствий и потребностей, то лишение их обыкновенно причиняет неприятность, «страдание». Сколько денежное взыскание может причинять страданий, это показывают нередко встречающиеся случаи, что при эвентуальных приговорах осужденные предпочитают, вместо денежного штрафа, подвергаться «посягательству на личное благо», лишению свободы на более или менее продолжи-

тельный срок. Очевидно, для таких лиц денежное взыскание представляется более неприятным способом наказания!

3. «Само же определение наказания, как страдания, напоминает нам о той эпохе, когда действительно наказания принимали такую форму своего выражения, при которой все сводилось к причинению физических страданий человеку», – продолжает проф. Жижиленко.

Но так как бывают не только физические страдания, то упоминание о страданиях вообще не содержит ничего такого, что особенно могло бы напоминать именно о физических страданиях и об эпохе их господства. Во всяком случае, если и возникают у кого-либо неприятные исторические воспоминания от употребления слова «страдания», то это не может служить мотивом исключить это слово из определения, в котором оно верно передает верную мысль.

4. Далее проф. Жижиленко приводит равноценный предыдущему рассуждению аргумент, что «при определении наказания, как страдания, можно легко находить наказание везде, где налицо страдание, и таким образом можно легко придавать характер карательной деятельности таким актам, которые в строгом смысле этого слова таким характером не обладают, например, всей судебной процедуре, направленной на установление виновности лица».

Если рассуждать таким образом, то, конечно, «можно легко придавать характер карательной деятельности» всему, что угодно? Если я скажу, что убийство является «причинением смерти», то мне с одинаковым правом могли бы возражать: «Смерть оставьте в стороне, иначе можно легко находить убийство везде, где налицо смерть»...

Вот, какие возражения приводятся против определения наказания, как причинения страданий! Мне кажется, что эти доводы не убедят никого, кроме разве П.А.Сорокина, находящего в своей критике моей книги, что «определение наказания,

как страдания... вполне основательно разобрано – не менее основательно раскритиковано в труде А.А.Жижиленко («Наказание», стр, 38 и ел.)»!

Конечно, бывают такие случаи, что мера, принятая для наказания индивида, в действительности не причиняет ему никаких страданий, а, может быть, даже причиняет ему приятные ощущения. Некоторые теоретики считают такие случаи наказанием и отвергают поэтому элемент страданий в понятии наказания. Однако, дело в том, что нельзя называть "наказанием" всякую неудавшуюся попытку наказать, подобно тому, как нельзя называть "убийством" каждое "покушение на убийство". Избиение психопата, чувствующего при каждом ударе розгой, величайшее наслаждение, не может никогда быть "наказанием", хотя такая же мера может быть вполне действительным средством наказания в отношении других индивидов. Равным образом нельзя считать "наказанием" заключение в тюрьме таких индивидов, которые сами желают попасть "на казенную квартиру" и, может быть, для этой цели нарочно совершили преступное деяние. Если субъект наказания знает, что данное средство не причиняет индивиду страданий, а, наоборот, приятное ощущение, то он не может его применять, не желая поощрять преступления и за них "вознаграждать индивида". Если же субъект карательной деятельности применяет такое средство, ошибочно считая его способным причинять объекту страдания, то такая "неудавшаяся попытка наказать" не может считаться наказанием.

Если, таким образом, всякое наказание является "причинением страданий", то, конечно, далеко еще не каждое причинение страданий будет "наказанием". Для наказания необходима еще напр. наличность повода, именуемого обыкновенно "преступлением".

Преступление всегда состоит в нарушении воли наказывающего субъекта. Содержание этой воли зависит от разнооб-

разных причин и мотивов и, не может быть, подведено под какие-нибудь дальнейшие обобщения. В литературе уголовного права мы обыкновенно встречаем попытки включить в определение понятия "преступления" такие признаки, которые указывали на материальное содержание этого явления, всецело зависящее от направления воли субъекта карательной деятельности. Некоторые теории устанавливают связь преступления с нравственностью, другие указывают на вред. Но все эти обобщения ошибочны: преступлениями бывают иногда деяния нравственные, полезные и т.д. – Таким образом, мы уже получаем такой тезис: "наказание есть причинение страданий вследствие нарушения воли субъекта причинения страданий".

Однако, это определение еще подходит к целому ряду понятий, отличающихся чем-либо от наказания. Прежде всего, установленные до сих пор признаки совпадают с понятием "мести". Мечь является отплатой злом за зло, вызванной чувством озлобления, "чувством мести" против того, кому мстят. Мечь представляет собою злобную реакцию на бывшее нарушение воли субъекта ее. Христианская религия и культурная этика учат прощать врага, любить ближнего и не допускать к себе никаких злобных чувств. Поэтому мечь, бесполезное проявление злого чувства, не имеет никакого права на существование в просвещенном обществе. – Совсем иначе обстоит дело с наказанием. Оно удерживается и религией и нравственностью, так как оно не нуждается в чувстве озлобления: любящая мать наказывает своего любимца без злобы, исключительно для пользы ее. Чувство озлобления, без которого немислима мечь, мешает только наказанию достичь своей благоразумной и полезной цели: каждый воспитатель хорошо знает это. Тогда как мечь стремится лишь к удовлетворению чувства мести, вся жизнь, вся душа наказания состоит в его целесообразности, в его необходимости для достижения реальной пользы. – В литературе уголовного права очень часто мы встречаем недостаточ-

но ясное понимание существенного различия между наказанием и мстью. Причисляя наказание к "правоохранительным мерам", почти все теории тем самым подчеркивают общую целесообразность и необходимость института наказания. Конечно, никто из криминалистов не скажет, что весь смысл наказания состоит в удовлетворении какого-либо чувства, вызванного преступлением! Но, вот, возникает другой вопрос: почему мы присуждаем вора к тюремному заключению на 6 месяцев, а не на 3 или 9 или 12? – Не находя разумной цели и сознательного мотива в современной практике назначения меры "наказания", современные криминалисты-теоретики почти все забывают уже о необходимости наказания для полезной цели и приходят к более или менее ясно выраженному выводу, что мера наказания назначается каким-то чувством, именуемым чувством "справедливости", "равновесия", "возмездия" и пр. Если, однако, немного ближе присмотреться к этому чувству, то мы, независимо от разных его декоративных названий, найдем всегда все признаки того же "чувства мести", которое питает злобу к нарушителю нашей воли, к "преступнику", и желает ему отплатить злом за зло. Вместо "мести" часто говорят о "возмездии", усматривая некоторую разницу в этих понятиях. Разница, действительно, существует, но она только состоит в том, что «возмездие» является более обширным понятием, выражая собою отплату вообще: или добром за добро, или злом за зло. Возмездие же, выступающее в виде отплаты злом за зло, в виде причинения страданий, представляет собой ту же месть.

При всяком "возмездии" страданиями выражается более или менее жестокая "реакция" на прошедший поступок, определяемая в своей мере злобным чувством мести или "возмездия", а не целевыми мотивами.

Совершенно другой характер носит понятие "наказания", для которого народная речь выработала особое имя: наказание всецело может и должно быть построено на це-