

## Критерии, лежащие в основе принятия решения о наказании: эмпирический анализ правоприменительной практики\*

А. А. Брестер<sup>1</sup>, Е. А. Юришина<sup>1,2</sup>

<sup>1</sup> Сибирский федеральный университет,

Российская Федерация, 660075, Красноярск, ул. Маерчака, 6, каб. 2-18

<sup>2</sup> Университет Гранады, Испания, 18001, Гранада, Пласа де ла Универсидад, б/н

**Для цитирования:** Брестер, Александр А., Юришина, Елена А. 2018. «Критерии, лежащие в основе принятия решения о наказании: эмпирический анализ правоприменительной практики». *Вестник Санкт-Петербургского университета. Право* 4: 535–553. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2018.406>

Процесс назначения судами уголовного наказания анализируется в статье в трех аспектах: с точки зрения законодательной регламентации, судебной практики и судейского отношения к этому процессу. Ключевым вопросом исследования стал поиск и эмпирический анализ критериев, которыми руководствуется суд при выборе вида и размера назначаемого уголовного наказания. Авторы попытались понять, как судьи назначают наказания, как делают выбор между несколькими альтернативными видами наказания, чем руководствуются при осуществлении такого выбора и какие при этом преследуют цели. Во введении ставится вопрос об основаниях принятия судьей решения о наказании, а также о необходимости мотивировать это решение в приговоре со ссылкой на пояснения Верховного Суда РФ. Основная часть работы представляет собой эмпирическое исследование, в основу которого лег, с одной стороны, социологический метод интервьюирования практикующих судей, позволивший понять и проанализировать логику их деятельности при назначении наказания, а с другой — сопоставление полученных судейских ответов с мотивировочной частью выносимых ими приговоров. Это позволило в заключении прийти к выводу о том, что в России существует явный пробел в законодательном регулировании назначения наказания, связанный как с неправовым характером критериев, которыми пользуется суд при назначении наказания в каждом конкретном случае, так и с процессуальной неопределенностью процедуры, в рамках которой происходит выбор уголовной санкции. Авторы ставят вопрос о неизученности процессуальной части назначения наказания и необходимости ее научной разработки. Выводы, сформулированные в заключении статьи, могут стать основой большого пласта научных исследований, охватывающих различные гуманитарные науки, а также послужить толчком для совершенствования процессуального аспекта назначения судом уголовного наказания и правоприменительной практики.

**Ключевые слова:** правоприменительная практика, цели наказания, назначение наказания, индивидуализация наказания, доказывание, характеристики личности, мотивировочная часть приговора.

---

\* Статья подготовлена при финансовой поддержке гранта Президента Российской Федерации № МД-721.2018.6.

© Санкт-Петербургский государственный университет, 2018

**1. Введение.** Процесс назначения наказания «сильно напоминает гадание на кофейной гуще», — писал в начале прошлого столетия Н. Д. Оранжиреев, предлагавший назначать наказание по заранее заданной формуле (Оранжиреев 1916, 9). Его попытки придать обстоятельствам совершения преступления математический эквивалент были обусловлены несовершенствами процесса принятия судом решения о выборе вида и размера того или иного уголовного наказания. Смело можно считать слова про гадание актуальными и сегодня. Один из важнейших элементов правосудия — назначение наказания — закрыт для внешнего анализа. Безусловно, в законе заложены определенные математические правила, существующие для назначения наказания, проверить выполнение которых очень легко. Но почти всегда у судьи остается место для усмотрения, где мерилом должны выступать такие категории, как индивидуализация, соразмерность, учет характеристик личности и т. п. Что скрывается или что должно скрываться за этими терминами, так или иначе описывает юридическая наука, иногда — высшие судебные инстанции, но никаких строгих критериев, позволяющих проверить адекватность назначенного наказания на этапе вынесения приговора, не существует. И к этой ситуации можно относиться по-разному.

Первый путь — довериться ощущениям судьи и исходить из того, что назначенный судья — это авторитет в области права, имеющий соответствующий опыт и квалификацию. Так, в ходе научной работы по теме процессуальных аспектов назначения наказания один из авторов данной статьи часто получал именно такие ответы в ходе интервью с практикующими юристами в России и Испании. Доверие к судье не позволяет им ставить вопрос о том, почему суд назначил именно такой вид и размер наказания, если оно укладывается в рамки закона. Этой части респондентов достаточно общей формулировки о том, что суд считает необходимым выбрать ту или иную меру, в противном случае имеется инструмент обжалования принятого решения.

В испанской литературе указывается, что при ответе на подобные вопросы можно сослаться на определенное ограниченное право усмотрения суда при назначении наказания. Это право подчинено совокупности оценочных критериев, не позволяющих принимать решения на основе соображений, противоположных тем принципам, нарушение которых отделяет произвол от рациональности, умеренности и пропорциональности, стоящих во главе угла (De la Mata Barranco 2008, 71). Однако при этом отмечается, что такая свобода усмотрения не является полной, так как ограничивается нормами закона — *discrecionalidad jurídicamente vinculada* (Silva Sánchez 1987, 139). Единственное усмотрение, которым в полной мере могут пользоваться суды при назначении наказания и его индивидуализации, — усмотрение, позволяющее судам при обосновании принятого решения взвесить важность различных критериев, имеющихся в каждом определенном случае, чтобы найти наказание, наилучшим образом оправдывающее вмешательство сферы уголовного права (De la Mata Barranco 2008, 72).

Однако такие обстоятельства в уголовном законе буквально не прописываются вне привязки к национальности законодателя, так как уголовный закон способен охватывать лишь наиболее типичные ситуации (укладывающиеся в состав преступления и диапазон санкций за его совершение), а индивидуализировать их и выбрать подходящую санкцию из предложенных универсальных альтернатив

в каждом конкретном случае — исключительно дело правоприменителя. Именно усмотрение в части, не укладывающееся в полной мере в рамки законодательного регулирования, относится к тому моменту, когда доверие к судье должно выходить на первый план.

Другой путь — требовать от судей подробного обоснования назначенного наказания в приговоре. Именно такой путь официально выбран в России сегодня. Ныне не действующее Постановление Верховного Суда РФ от 29.04.1996 г. № 1 «О судебном приговоре»<sup>1</sup> в п. 13 прямо предписывало строго выполнять требования о необходимости мотивировать в приговоре выводы по вопросам, связанным с назначением уголовного наказания, т. е. указывать мотивы, по которым суд пришел к выводу: о назначении наказания в виде лишения свободы, если санкция уголовного закона предусматривает и другие наказания, не связанные с лишением свободы; о необходимости условного осуждения подсудимого; о назначении наказания ниже нижнего предела, предусмотренного уголовным законом за данное преступление, или переходе к другому, более мягкому наказанию; о неприменении дополнительного наказания; о лишении воинского или специального звания; о назначении вида исправительной колонии. Почти дословно это указание с небольшими дополнениями перешло в действующее Постановление с аналогичным названием (Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 29.11.2016 № 55 «О судебном приговоре»).

На требовании мотивировать назначение наказания в виде лишения свободы в случае, если статья предусматривает и иные виды наказания, делается акцент и в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ, разъясняющем нормы о назначении наказания (Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 22.12.2015 № 58 «О практике назначения судами РФ уголовного наказания»). Аналогичное требование закреплено данным Постановлением в отношении принятия решения о назначении штрафа. Несоблюдение требования о мотивировке решений о наказании может повлечь последующую отмену или изменение приговора — в частности, Верховный Суд РФ указывает, что выбор любого наказания должен быть обоснованно мотивирован в приговоре, где должны быть описаны все обстоятельства, которые заставили суд прийти именно к тому или иному выбору, а при несоблюдении указанного требования может последовать отмена или изменение приговора в части назначенного наказания.

Показательным примером служит дело Б., которому Верховный Суд изменил меру наказания с лишения свободы на штраф, поясняя, что суд нижестоящей инстанции «указал, что учел характер и степень общественной опасности совершенных им преступлений, его личность, обстоятельства, смягчающие наказание, а также влияние наказания на исправление Б. и условия жизни его семьи. При этом суд привел в приговоре данные о том, что осужденный ранее к уголовной ответственности не привлекался, признал свою вину и раскаялся в содеянном, активно способствовал раскрытию преступлений, на своем иждивении имеет малолетнего ребенка, характеризуется положительно, а также данные о его заболеваниях. Вместе с тем суд не указал, почему при наличии у Б. таких данных о личности для его

---

<sup>1</sup> Здесь и далее все ссылки на нормативно-правовые акты и судебную практику Российской Федерации приводятся по СПС «КонсультантПлюс». Дата обращения 10 марта, 2018. <http://www.consultant.ru>.

исправления требуется именно изоляция от общества и почему ему нельзя назначить наказание в виде штрафа и применить положения ст. 64 и 73 УК РФ... При таких данных имеются достаточные основания для смягчения назначенного осужденному наказания и назначения ему наказания в виде штрафа» (Определение Верховного Суда РФ от 31.01.2012 по делу № 77-Д11-6).

Однако готовы ли судьи руководствоваться критериями, которые пытаются описать высшие судебные инстанции? Что на самом деле движет судьей, который решает вопрос о наказании? Найдя ответы на эти вопросы, мы сможем не только получить обратную связь от судейского корпуса по поводу содержательных критериев выбора наказания, но и наметить пути совершенствования процессуального механизма принятия решения о назначении наказания. Такое решение, по нашему мнению, представляет собой отдельный доказательственный процесс, который требует особого места в судебном разбирательстве. Вопрос о наказании должен решаться после вынесения решения о виновности лица в специальном процессе (Брестер 2013, 38–39).

Для ответа на поставленные вопросы можно обратиться к более чем подходящему объекту исследования — особому порядку судебного разбирательства, ведь именно в его рамках непосредственно решается вопрос о наказании. Казалось бы, именно тут мы должны увидеть, как назначается наказание, поскольку суд не изучает непосредственно материалы дела целиком, перед ним не стоит вопрос установления факта. Считается, что подсудимый виновен во всем, что ему инкриминируют, ведь при заявлении ходатайства о рассмотрении дела в особом порядке им было принято решение не оспаривать свою виновность. Ключевой вопрос для этой процедуры — назначение наказания. Однако и здесь, как показывает практика, суд ограничивается теми же формальностями, что и при разбирательстве в общем порядке (Брестер и Юришина 2018, 142–144), только в особом порядке этот пробел проявляется более наглядно по сравнению с разбирательством в общем порядке, когда в судебном следствии одновременно могут затрагиваться самые разные вопросы.

**2. Основное исследование.** Выборочное исследование более 200 приговоров по тяжким и особо тяжким преступлениям в различных регионах России (на базе справочных правовых систем, официальных сайтов федеральных судов, а также при работе в судебных архивах) показало подавляющую тенденцию к повторению при назначении наказания таких фраз: «учитывая характер и степень общественной опасности», «изучив данные о личности», «принимая во внимание наличие (отсутствие) отягчающих (смягчающих) обстоятельств», «учитывая отсутствие (наличие) непогашенной судимости», «учитывая наличие несовершеннолетних на иждивении» и т. п.

С формальной точки зрения суды действительно мотивируют свое решение, перечисляя имеющиеся в деле обстоятельства. Однако полагаем, что такие формулировки не могут считаться убедительными, ведь переписывание ст. 60 Уголовного кодекса РФ (далее — УК) не исчерпывает обязанность обосновать принятое судом решение. Суд, ориентируясь на позицию Верховного Суда РФ, должен показать в решении, как именно он учел характер и степень общественной опасности, какие именно данные о личности и каким образом повлияли на решение о наказании и т. п., а также обосновать невозможность назначения более мягкого наказания

из числа альтернативно предложенных. Если назначенное наказание выносится не формально, а с прицелом на достижение целей наказания, закрепленных УК, то суд при осуществлении выбора санкции должен учитывать и то, как назначенное наказание в перспективе может способствовать реализации этих целей.

Особенно актуальным этот вопрос становится тогда, когда речь заходит об изоляции осужденного от общества, ведь в данном случае речь идет не только об ограничении права на различные свободы, но и о более серьезных последствиях для осужденного (разрыв социальных связей, потеря обыденной стабильности в виде привычного круга общения, места работы и т. д.).

По итогам анализа Сводных статистических сведений о деятельности федеральных судов общей юрисдикции и мировых судей за I полугодие 2017 г.<sup>2</sup> мы видим, что уголовное наказание назначалось 345 564 раза, 189 659 из них — наказания, связанные с изоляцией от общества<sup>3</sup>, около 46 % из которых назначается условно. В итоге мы получаем вывод: около 30 % всех приговоров связаны с реальной изоляцией осужденного от общества. Если принимать во внимание, что каждый третий осужденный приговаривается к столь суровой санкции, то вопрос о том, какими именно обстоятельствами и в какой степени руководствуется суд при выборе наказания (а самое главное — как оно корреспондирует целям исправления осужденного), приобретает особую актуальность.

Для поиска ответов на вопрос о том, каковы истинные критерии для судьи при назначении наказания, нами был выбран метод полуформализованного глубинного интервьюирования судей. Судьям предлагалось ответить на вопросы и проанализировать ситуации, связанные с выбором вида и размера наказания. Однако при этом отсутствовал строгий план интервью, что позволяло варьировать беседу и получать более развернутые ответы и достоверные результаты, так как инициатором тех или иных суждений респондент выступал самостоятельно. Чаще всего в юриспруденции при проведении исследований применяется метод анкетирования. И анкетирование, и интервьюирование — разновидности опроса; и тот, и другой методы сбора информации основаны на единых принципах конструирования вопросов и различаются преимущественно по степени формализованности опросника, а также по процедуре опроса (Гришина и Цапко 2013, 125). Именно это различие и сыграло ключевую роль в выборе методологии: для углубления в тему наличие закрытых вопросов нам казалось изначально непродуктивным, равно как и невозможность контролировать ход заполнения анкет.

Для нас было важно узнать не количество («Сколько судей так думают?»), а качество их ответов («Почему они так думают?»). И если для количественных опросов (анкетирования) необходимы большие массивы опрошенных, то для проведения качественных (интервьюирование) достаточно нескольких респондентов (Гришина и Цапко 2013, 126). За период с 2015 по 2017 г. было проведено семь таких интервью продолжительностью от 1,5 до 2,5 часов с федеральными судьями Красноярского края, имеющими различный стаж работы. Ниже представлены результаты анализа

---

<sup>2</sup> Судебный департамент при Верховном Суде РФ. «Отчет о работе судов общей юрисдикции по рассмотрению уголовных дел по первой инстанции». Дата обращения 1 марта, 2018. <http://www.cdep.ru/index.php?id=79&item=4151>.

<sup>3</sup> Пожизненное лишение свободы (30 случаев), лишение свободы на определенный срок (189 575 случаев) и содержание в дисциплинарной воинской части (54 случая).

полученных ответов с некоторыми наиболее показательными, на наш взгляд, цитатами, отражающими реальный и типичный подход судей к назначению наказания.

Как правило, в самом начале интервью судьи, говоря о критериях выбора вида и размера наказания, особо акцентировали внимание на том, что «нет никакого универсального рецепта, как в аптеке», «нет четких правил, срабатывающих во всех случаях», «всегда все индивидуально». Однако нам удалось выделить некоторые факторы, очевидно или вскользь прослеживающиеся у всех или большинства респондентов при рассуждении на тему назначения наказания. Для более острой постановки вопроса речь чаще всего шла о выборе наказания, связанного с реальным лишением свободы. Перечислим указанные факторы.

1. Все респонденты так или иначе отмечали такие факторы, как *социальные связи осужденного, коммуникативные навыки, положение в обществе* и прежде всего *степень привязанности к семье*. При условии наличия семьи суд смотрит на то, насколько привязана (или наоборот) семья к осужденному как в материальном, так и в эмоциональном плане.

Что касается личности, безусловно, нужно смотреть на семью — есть или нет. Имеются дети или нет — это один аспект, потому что здесь придется учитывать, какое наказание назначать. Если назначать наказание в виде штрафа, например, и ты понимаешь, что у него зарплата 10 000 [руб.], у него жена неработающая и двое детей на иждивении, то данное наказание повлечет неблагоприятные последствия уже для семьи, для семьи подсудимого. Поэтому семья — обязательно [учитывается].

Интервью с федеральной судьей,  
стаж судейской работы 12 лет<sup>4</sup>

Во-первых, семья — это показатель некой стабильности. И я вам скажу даже, человека в обществе, и некая опора... некий положительный момент. Я вам скажу, что это смягчающее вину обстоятельство, — то, что у человека есть семья. Там же у нас расширительный список [ст. 61 УК], можем в него вносить что угодно. Во-вторых, зачастую бывает, что эта семья опирается на этого человека. Т. е. есть папка, какой бы он ни был, кусок хлеба он несет в дом, а там два пацана сидит, одному 10, другому 7 лет. Папки не будет — никто не принесет.

Интервью с федеральной судьей,  
стаж судейской работы 10 лет

Есть ли какая-то работа, какая-то семья, люди, которые от него зависят. И в этом проявляется его личность. Чем больше связей, тем сложнее личность и т. д. Тем ответственной и тем серьезней мы к нему относимся. Потому что, выдергивая его из общества, либо воздействуя на эту личность, сразу идет цепная реакция. На бизнес, работу, семью, какие-то другие вещи.

Интервью с федеральной судьей,  
стаж судейской работы 11 лет

2. Безусловными критериями для судей являются *категория преступления, его тяжесть* (требование учета характера и степени общественной опасности соде-

<sup>4</sup> Приводятся наиболее яркие цитаты, иллюстрирующие тот или иной фактор. Количество респондентов, выделивших данный фактор, всегда больше количества приводимых цитат. В цитатах сохраняется авторский стиль респондентов.

янного). Чем тяжелее преступление, тем больше вероятность назначения строгого наказания даже при наличии смягчающих обстоятельств.

3. Судьи также обращают внимание на *обстоятельства и мотивы*, сопутствовавшие совершению преступления, учитывают свой жизненный, бытовой опыт и сформировавшиеся стереотипы, которые приходится соотносить со строгой нормой закона.

Несудимый и ранее не совершавший преступления тоже может быть подлецом. У меня были такие контингенты, когда один товарищ — ну изверг просто — так над своей бабушкой издевался, которой 70 с лишним лет. На балконе ее закрывал в холод, в пятидесятиградусный мороз — просто издевательство. Но этот человек ведь должен сидеть в тюрьме. И долго. А когда я вижу, что человек — уже 100 судимостей, уже особо опасный рецидив, ну вот жизнь у него такая сложилась — и он сегодня пошел на сады и спер банку огурцов, а я ему за это должна дать три года особого режима — вот тут душа плачет. Потому что у него жизнь не сложилась, и он абсолютно нормальный, но вот так. Он вышел из тюрьмы, и опять сел, потому что ему идти некуда... Он нормальный, но никто его в это общество не примет.

Интервью с федеральным судьей,  
стаж судейской работы 18 лет

4. На назначение наказания, как стало понятно из интервью практически со всеми респондентами, влияет *поведение осужденного до, во время и после преступления*, а также *поведение в суде, его взаимоотношения с остальными участниками процесса*.

Просматривая дело, видишь, что эта характеристика [находящаяся в деле — от участкового уполномоченного, с места учебы/работы и т. д.] в основном соответствует его поведению в процессе, там... скажем так, мы же тоже не вчера родились. Я прекрасно понимаю, есть все равно определенный стереотип поведения подсудимых, видишь, что идет какой-то разрыв шаблона [когда написанное в характеристике не соответствует тому поведению, которое видит судья в процессе], человек начинает нести такую ахинею, что понимаешь, что он просто начинает играть клоуна, пытается разжалобить судью, прокурора, всех. Это театр, это неискренне.

Интервью с федеральным судьей,  
стаж судейской работы 12 лет

5. *Условия жизни осужденного и/или его семьи, отношение к труду и/или учебе.*

Если человек работает — а в наше время это уже неплохо, — то к лишению свободы приходишь только вынужденно, в силу закона. Вот и все. А если работает — пусть работает. Ему семью кормить надо, детей.

Интервью с федеральным судьей,  
стаж судейской работы 11 лет

6. Нередко судьи сетуют на имеющееся, по их мнению, *несовершенство УК*. Иногда УК при определенных составляющих просто не оставляет судье иного выхода, кроме как назначить наказание, связанное с изоляцией осужденного от общества.

Такая статья — 158-я [УК], часть 3: до 6 лет лишения свободы, особый порядок — 316-я УПК. О чем она говорит? Что мы не можем наказание назначить выше 2/3. Вот

значит, пошел счет: от 6 лет не более 2/3 — не больше 4 лет. Потом у него явка с повинной, смягчающие обстоятельства, деятельное раскаяние, активное содействие, добровольно возместил ущерб причиненный — деньги возвратил. Это уже у нас 2/3 от 2/3 получается. Это у нас 68-я статья [УК], потому что у него преступление совершенно при рецидиве, он особо опасный рецидивист у нас — значит, не менее 1/3. А когда мы учитываем смягчающие обстоятельства — 68-я [УК] нам говорит, что мы можем и ниже, чем 1/3 назначить, верно? И плюс 62-я статья [УК]. Это все вместе в общей сложности дало 2 года. И все. Особого режима — 58-я статья [УК РФ].

Интервью с федеральным судьей,  
стаж судейской работы 23 года

Формализация как таковая распространена во многих странах — в Италии, Испании, США, Мексике, Сербии. Так, в Испании процесс определения конкретного наказания принято делить на пять фаз: 1) выбор статьи Особенной части УК, регулирующей уголовное правоотношение; 2) определение стадии совершения преступления; 3) определение степени участия обвиняемого в совершении преступления; 4) определение обстоятельств, влияющих на уголовную ответственность; 5) окончательное определение наказания. Также выделяется шестая фаза, не имеющая прямого отношения к формализации, но относящаяся к будущему отбыванию/неотбыванию наказания: фаза определения сроков давности или прощения о помиловании (Editorial de Wolters Kluwer 2017, 15–18).

Больше всего формализация отражается в фазе определения обстоятельств, влияющих на уголовную ответственность (*circunstancias modificativas de la responsabilidad penal*). Сюда относятся в первую очередь смягчающие и отягчающие обстоятельства, а также их совокупность, учет которых значительно влияет на математику определения наказания. Статья 66 УК Испании закрепляет ряд правил, согласно которым наказание назначается либо методом определения половин санкций, либо методом повышения или понижения ступеней наказания, либо с применением обоих названных методов<sup>5</sup>. Так, когда имеется лишь одно смягчающее обстоятельство, то назначается наказание в нижней половине санкции, установленной законом для конкретного преступления; если же имеются одно или два отягчающих, то наказание назначается в верхней половине.

Например, ст. 138 УК Испании (убийство) предусматривает наказание сроком от 10 до 15 лет лишения свободы, и чтобы найти нижнюю и верхнюю половину санкции, необходимо разделить промежуток между верхней и нижней границами санкции пополам. Таким образом, нижняя половина санкции равняется промежутку от 10 лет до 12 лет и 6 месяцев, а верхняя — от 12 лет 6 месяцев и 1 дня до 15 лет лишения свободы.

Когда имеются два или более смягчающих обстоятельства либо одно или несколько, но особой значимости, а также при отсутствии отягчающих обстоятельств назначается наказание на одну или две ступени ниже.

В данном случае речь идет о ступенях наказания — еще одном способе формализации наказания в уголовном праве Испании. Нижняя граница наказания на ступень ниже определяется путем вычитания из нижней границы обычной санк-

<sup>5</sup> Código penal de España. Date of access 1 April, 2018. [https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038\\_Codigo\\_Penal\\_y\\_legislacion\\_complementaria&modo=1](https://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria&modo=1).



ции, предусмотренной Особенной частью УК Испании, половины от этой же обычной нижней границы, а верхняя — путем отнятия одного дня от обычной нижней границы санкции. При снижении наказания на две ступени процедура повторяется, но только за стартовое значение берется санкция уже на ступень ниже.

Например, если за простое убийство в УК Испании, как было указано выше, назначается наказание от 10 до 15 лет лишения свободы, то при назначении наказания по этому правилу (на ступень ниже) границы санкции составят от 5 лет (10 лет — 10/2) до 9 лет 11 месяцев и 29 дней лишения свободы (10 лет минус 1 день). При назначении наказания на две ступени ниже наказание составит от 2 лет 6 месяцев (5 лет — 5/2) до 4 лет 11 месяцев и 29 дней лишения свободы.

Сочетание обоих методов формализации реализуется в случае, когда имеется более двухотягчающих обстоятельств при отсутствии смягчающих. В таком случае *может* назначаться наказание на ступень выше предусмотренной за совершение обычного преступления, но в нижней его половине. Поиск нижней границы наказания на ступень выше осуществляется путем прибавления одного дня к максимальной обычной санкции. Верхняя граница санкции на ступень выше определяется путем сложения верхней границы простой санкции и половины от нее.

Подобные математические операции по вычислению ступеней и половин санкций применимы также к назначению наказания в случаях, когда имеют место рецидив, соучастие, неоконченное преступление (Ríos et al. 2016, 103–112).

7. *Пожелания потерпевшего* относительно вида и размера наказания (при условии его наличия); *мнение прокурора и доводы адвоката в прениях.*

Рассматриваем. Потерпевшая говорит: «Вы знаете, мы хорошо к ней относимся...», называют они ее бабой Надей... «хорошо относимся, в принципе, если она извинится, нам не нужно никаких компенсаций там, расходов, оплат. Мы готовы отказаться от обвинения и примириться с ней».

Интервью с федеральным судьей,  
стаж судейской работы 11 лет

В некоторых случаях, может быть, достаточно и штрафа назначить, в некоторых случаях — исправительные работы. В некоторых случаях — лишение свободы, но вот одному лучше минимум, а другому все-таки побольше. Это такие неуловимые мотивы человеческой, скажем так, мысли, наложенные на опыт и судебную практику. Вот. Все это судья через себя пропускает, как бы с учетом мнения прокурора, адвоката, которые тоже постоянно на этом сидят, формируется некий такой желоб, из которого в общем-то не выскочишь. Но этот желоб... основан не на законе, а именно на здравом смысле.

Интервью с федеральным судьей,  
стаж судейской работы 23 года

Последняя цитата наиболее ярко отражает то, о чем так или иначе говорили все респонденты. Есть представления о здравом смысле, есть судебная практика, есть опыт и еще множество различных факторов, которые определяют выбор судьи в аспекте назначения наказания, и объяснить этот выбор судья не всегда способен так, как того требуют закон и Верховный Суд.

Здесь же необходимо сделать ремарку. Далеко не для всех судей мнение прокурора будет иметь определяющее значение. Часть респондентов при ответе на во-

прос о роли прокурора отвечала, что их мнения могут совпадать, но это не должно predetermined будущее решение судьи или задавать ему рамки. Мнения в большинстве случаев совпадают ввиду некой общности при подсчете санкции для подсудимого. Прокурор запрашивает санкцию в прениях, а суд — непосредственно назначает, но руководствуются они одним и тем же законом, ввиду чего, как правило, различия минимальны.

[Мнение прокурора] конечно же, влияет. С этого начнем. Обязательно влияет. Но не на принятое решение. Поскольку я должен учитывать позицию государственного обвинителя, но назначить наказание все-таки самостоятельно, по своему внутреннему убеждению. Вот и все. Поэтому у меня зачастую, например, мнение с прокурором разнится [...] Хотя иногда я абсолютно полностью соглашаюсь. Ну, для меня какого-то определяющего значения оно не имеет. Прокурор выполняет свою функцию государственного обвинителя, т. е. государство возложило на него эту обязанность, он и обвиняет человека в совершении преступления, он должен выразиться по поводу назначаемого наказания. Это естественно.

Интервью с федеральным судьей,  
стаж судейской работы 12 лет

Конечно, мы в основном придерживаемся и их математики, но бывают случаи, когда, например, прокурор просит пять лет, а я даю семь. Иногда мнение расходится, иногда совпадает, но определяющего значения оно не имеет.

Интервью с федеральным судьей,  
стаж судейской работы 18 лет

8. Учитывают суды и *административные взыскания* (которые имеют отношение к делу).

Привлекался ли он к административной ответственности, а если привлекался, то за что? Там понятно, превысил парень, за скорость нарушил, — это одно, это вообще никак и ни во что не упирается, грубо выражаясь. А вот если человек три или четыре раза был привлечен за мелкое хулиганство и за хищение мелкое — это о чем-то говорит. Он отвратительно относится к обществу и скользит на грани между административным и преступным.

Интервью с федеральным судьей,  
стаж судейской работы 12 лет

9. *Характеристики с места жительства и работы* в том случае, когда они передают, по мнению судей, важную и содержательную информацию о подсудимом, а не набор стандартных фраз и формальных описаний.

Если хороший участковый, то он своих подопечных же прекрасно знает — тех, кто находятся под наблюдением. Например, я несколько раз характеристики видел — вот, характеристики от [фамилия], например, — он так обстоятельно характеристику пишет, что подсудимый «лжив, пытается перевалить вину на другого...» и т. д.

Интервью с федеральным судьей,  
стаж судейской работы 12 лет

Приведенный перечень факторов выстроен *не* по принципу иерархии. В каждом конкретном случае не все эти критерии могут присутствовать (но при их на-

личии они, как правило, проверяются и учитываются). Каждый фактор-критерий имеет значение — его учет зависит и от конкретного судьи, разрешающего дело, и от индивидуального набора сведений, имеющихся на конкретного осужденного.

Еще одним важным аспектом эмпирического исследования стало изучение целей наказания в той плоскости, в которой они интересуют судей на практике. В России целями наказания названы восстановление социальной справедливости, превенция и исправление. Последнее аналогичным образом закреплено в испанской Конституции, которая провозглашает целями уголовного наказания перевоспитание и социальную реинтеграцию. Уголовный кодекс Испании опускает цели наказания вовсе, однако им уделяется большое внимание в доктрине. Среди наиболее популярных направлений, безусловно, указывается цель превенции: «Базовая и легитимационная функция уголовного права — это защита общества посредством конкретной охраны законных прав (юридических благ), что должно достигаться при помощи второй функции, которая рационализирует карательное воздействие, а именно превентивной функции, являющейся точкой пересечения и идентифицирующим ориентиром собственно функции наказания» (Morillas Cueva 2013, 9).

Помимо превентивных целей, испанская доктрина выделяет и отвечающие потребностям современного мира, например цель восстановительной справедливости (Gordillo Santana 2007; Tamarit Sumalla 2012) и цель защиты жертвы преступления, порой называемую забытой целью уголовного наказания (Rubio Lara 2017, 26–29). В последнее время этот вопрос стал актуален в связи с аспектами легитимности наказания, которые имеют отношение к потребности в социальной реинтеграции или ресоциализации самой жертвы. Сторонники виктимологической цели говорят о том, что для жертвы признания вины причинителя вреда мало — у нее возникает необходимость переживания виновным назначенного ему наказания, чтобы жертва смогла преодолеть свой внутренний конфликт и чтобы она не жила с осознанием того, что государство несерьезно отнеслось к ее страданиям (Feijoo Sánchez 2014, 310–311).

Возвращаясь к анализу целей наказания в нашей стране, можно отметить, что, несмотря на определенность целей в УК РФ, для каждого судьи они могут различаться. В ходе интервьюирования судьям задавался вопрос: «Что, в вашем понимании, наказание и каковы, на ваш взгляд, его основные цели?». В большинстве ответов при описании сущности наказания звучали такие формулировки, как «воздаяние», «кара», «эквивалентность». Описывая своими словами цели наказания, служители Фемиды разошлись во мнениях. Одни утверждали, что на первое место необходимо ставить интерес общества в целом и потерпевшего в частности, аргументируя это знаменитым высказыванием Конфуция о том, что за зло нужно платить справедливостью. Здесь справедливость понималась в значении справедливости социальной.

Основная цель наказания — это кара, а вторая, я бы сказал, цель наказания — уже исправление, потому что кара не означает устранение человека с земли... дальше он остается в обществе и продолжает жить; нужно сделать так, чтобы он в дальнейшем не причинял обществу вреда.

Интервью с федеральным судьей,  
стаж судейской работы 23 года

Здесь интерес осужденного уходит на второй план. Но от этого интересы преступника, по мнению судей, не игнорируются: им уделяется должное внимание, однако общественный интерес стоит выше. Судья, называя цели кары или определяя наказание возмездием, действует не в соответствии с требованиями нынешнего УК, где кара отсутствует как в целях наказания, так и в законодательном ее определении. Он руководствуется собственными убеждениями, которые расходятся с требованиями законодателя. Это говорит о том, что, вероятнее всего, при назначении наказания судья будет исходить именно из того, как наказать, покарать осужденного, а не из того, как содействовать его исправлению.

Вторая половина опрошенных все же делает акцент на интересах осужденного и на его дальнейшем исправлении. Именно руководствуясь стремлением дать человеку шанс на исправление и на переосмысление своих установок, судьи нередко выносят условные наказания (чаще всего по первому приговору и/или за преступления небольшой и средней тяжести), стараясь потенциально нанести ему как можно меньше вреда.

Но когда я принимаю решение, что человек может исправиться без лишения свободы, то, конечно, я никогда его свободы не лишу.

Интервью с федеральной судьей,  
стаж судейской работы 11 лет

Такое различие в подходах к пониманию наказания и его целей не только демонстрирует различие правосознания разных судей, но и ставит условно «одинаковых» подсудимых/осужденных (когда применяется одна статья УК, приблизительно равная совокупность индивидуализирующих обстоятельств и т. п.) в ситуацию неравенства. В таком случае назначение наказания будет зависеть не столько от объективных критериев, заложенных законом, сколько от того, какой подсудимому «достанется» судья — тот, кого будет интересовать исправление осужденного, или же тот, для которого первостепенно воздать по заслугам.

Для полноты исследования мы провели анализ приговоров, вынесенных теми же судьями, которых мы интервьюировали ранее. Здесь выделяются три аспекта.

*Во-первых*, критерии назначения наказания, названные ими в интервью, зачастую не отражаются в мотивировочной части приговора. Они ограничиваются «переписыванием» ч. 3 ст. 60 УК и перечислением некоторых материалов дела (характеристики участкового, по месту жительства и с места работы, наличие/отсутствие административных взысканий и ранее постановленных обвинительных приговоров — при их наличии). Данный факт говорит: 1) о стандартности и «машинальности» приведенных мотивировок; 2) о том, что заявленные ими критерии не ложатся в сферу юридического, а относятся скорее к оценочному и субъективному восприятию подсудимого (его поведение в процессе, личная оценка его жизни, обстоятельств совершения преступления, солидарность, жалость и др.). В данном случае большое значение имеет эмоциональная часть процесса, выходящая за рамки юридических фактов и обоснований, которые ложатся в основу обвинительного приговора.

*Во-вторых*, напрашивается еще один важный вывод: критерии, названные респондентами в интервью, очень слабо соотносятся с теми целями наказания, кото-

рыми руководствуется суд при вынесении приговора (кара, исправление, превенция — в зависимости от того, какая цель для каждого конкретного судьи является приоритетной). Например, сказать о том, что наличие административного взыскания или пожелание потерпевшего (или любого другого критерия из списка, предложенного выше) может каким-либо образом реально сказаться на исправлении осужденного, можно с большой натяжкой.

Безусловно, судьям важно поведение подсудимого в процессе, наличие/отсутствие у него устойчивых социальных связей для оценки его как личности, которую в будущем можно и нужно исправить. Более того, эти критерии суд учтет при выборе наказания. Но, как было нами отмечено выше, данные оценки и суждения, лежащие в основу принятия решения о наказании, никаким образом не отражаются в приговоре, что не дает возможности реально оценить, *на что* сослался суд при выборе того или иного вида наказания в каждом конкретном случае и *как* эти основания могут соотноситься с целями наказания, преследуемыми судьей при его назначении.

*В-третьих*, проведенное исследование в совокупности с наблюдением за судебными заседаниями позволило нам сделать вывод о том, что перечень тех или иных критериев, которыми пользуется суд при назначении наказания, у проинтервьюированных судей различается. Для одних судей гораздо важнее оценить подсудимого эмоционально, т. е. они больше внимания уделяют обстановке, в которой совершено преступление, чувствам и эмоциям, а на принятие ими решения влияют такие категории как «жалко» или же, если можно так сказать, вера и надежда на исправление именно человека, а не подсудимого:

Да. Мне жалко их. Я даже, знаешь, по некоторым делам душевно страдаю вместе с ними.

Интервью с федеральным судьей,  
стаж судейской работы 18 лет

...всегда есть надежда, что этому человеку будет достаточно этого [назначенного судьей наказания], чтобы дальше он жил как обычный человек.

Интервью с федеральным судьей,  
стаж судейской работы 11 лет

Другим же в большей степени присуще мышление юридическими категориями и оценка более объективных факторов, таких как семья, уровень интеллектуального развития, образ жизни, наличие судимостей и т. д.

Наличие и отсутствие семьи... Работы. Работает ли он, или же ведет паразитический образ жизни. Наркоман ли он или не наркоман. Алкоголик или не алкоголик, что в общем-то говорит о мотивации его действий. Привлекался ли он к административной ответственности, если привлекался, то за что?

Интервью с судьей Красноярского краевого суда,  
стаж судейской работы 26 лет

Данные личности — это, опять же, состояние его здоровья, это возраст, это... ну, я не знаю, насколько это в юридическом плане будет правильно, я обращаю внимание

на тот же самый интеллект, поскольку иногда бывает так, что... если видишь, что человек, впервые совершивший преступление, видишь, что раскаивается человек, смотришь на то, что интеллектуальный его уровень высокий или среднего уровня, т. е. он способен хотя бы осознавать то, что он сделал.

Интервью с федеральным судьей,  
стаж судейской работы 12 лет

Суд в течение процесса самостоятельно устанавливает все обстоятельства, используя только утвердительное изложение. В приговоре не может быть слов «бы», «ли», «может быть». Это недопустимо. Далее в приговоре приводятся доказательства, а потом в совокупности с квалификацией назначается наказание. В ст. 60 УК заложены определенные обстоятельства, на которые должен сослаться суд при вынесении приговора, и именно их грамотный судья должен в этой части приговора расписать, раскрыть их смысл.

Интервью с федеральным судьей,  
стаж судейской работы 18 лет

Выбор наказания должен быть мотивированным, но проблема отсутствия мотивировки возникает постоянно. Особенно актуально обоснование выбора в тех случаях, когда заходит речь о формулировке ч. 1 ст. 60 УК: более строгий вид наказания из числа предусмотренных за совершенное преступление назначается только в случае, если менее строгий вид наказания не сможет обеспечить достижение целей наказания. Возьмем в пример ч. 1 ст. 158 УК (простая кража). Санкция статьи позволяет судье выбрать штраф, обязательные работы, исправительные работы, арест и лишение свободы на определенный срок. Здесь судье нужно не только выбрать один из предложенных видов наказания, но и обосновать, почему штрафа будет мало, лишения свободы — много, и почему нужно выбрать именно обязательные работы. Если исходить из буквального толкования рекомендаций Верховного Суда РФ, то суд, прежде чем назначить более строгое наказание, должен сначала обоснованно убедить участников процесса в том, что менее строгое наказание не окажет должного эффекта и не позволит добиться цели исправления осужденного.

Примечательно при таком подходе то, что суд (ввиду отсутствия в законе четких критериев) при назначении наказания руководствуется больше не нормой закона, а общечеловеческой оценкой происходящего в жизни осужденного. По сути, мы возвращаемся к тем критериям, о которых было сказано раньше. Суд оценивает условия жизни, условия, толкнувшие к совершению преступления, личные установки и т. д. Это еще раз подчеркивает тот факт, что вопрос назначения наказания лежит не только в области права — здесь затрагиваются как общепризнанные нормы морали, так и вопросы криминологии и пенитенциарной психологии.

Личное впечатление от подсудимого, то, как он себя ведет, как он общается с другими участниками процесса, оказывает большое влияние на принятие окончательного решения о наказании. Также играют роль показания свидетелей о качестве их межличностных отношений с подсудимым в случае, если в судебном следствии задается вопрос об этом. Однако если мы вспомним, что большой массив дел рассматривается в особом порядке, то ни о каком личном общении с подсудимым и формировании объективного мнения у суда о нем речи идти не может. Если же дело рассматривается в общем порядке, где у суда есть все возможности для «зна-

комства» с подсудимым, то появляется еще одна проблема: отключить человеческий фактор (даже у судьи-профессионала) на 100 % практически невозможно.

По поводу назначения наказания высказывался Д. С. Дядькин: «Ошибки при назначении наказания возникают в большей степени в силу неправильного восприятия и оценки личности виновного. Их причины связаны, во-первых, с особенностями личности воспринимаемых, во-вторых, с непреднамеренным или преднамеренным влиянием воспринимаемых на воспринимающего и, в-третьих, с особенностями личности воспринимающего. Источниками ошибок, как считают некоторые авторы, могут выступать, например, следующие факторы: мнение других лиц; гало-эффект; стереотипы; психическое состояние наблюдателя; доминирующие потребности; защитные механизмы и упрощения, а также эффект малого стресса» (Дядькин 2006, 25–26). К другим факторам, влекущим ошибки, автор также относил проекцию (невольное сравнение себя и подсудимого), а также профессиональное выгорание (Дядькин 2006, 26). О. Онищенко в своей статье отмечает, что «на гало-эффект могут влиять, например, поведение подсудимого, его внешний вид, манера высказываться, отношение к содеянному. Стереотипы и установки, формируясь еще в период обучения в вузе, трансформируясь под влиянием профессиональной деформации, могут приводить к искажению воспринимаемой информации» (Онищенко 2010, 81).

В общем, как показывают социологические исследования в данной области, указанные явления среди судей нельзя назвать ненормальными. Судья имеет собственные представления о том, что такое хорошо, а что такое плохо. Однако это вновь свидетельствует о том, что приговор во многом зависит не только от квалификации совершенного деяния, но и от того, как судья воспримет человека, в отношении которого он вынесет приговор.

Говоря о влиянии личности судьи на назначаемое им наказание, добавим: профессиональные деформации и повторяемость тех или иных действий в течение работы также сказываются на вынесении приговора. Опасность подобной повторяемости заключается в том, что судья непроизвольно может «отключаться» от человека, находящегося перед ним, и назначать наказание по «протопанному пути». Сложность как выбора, так и обоснования наказания связана с тем, что актуализируется так называемый прогностический аспект судейской деятельности, принципиально отличающийся от решения вопроса о виновности. Другими словами, суду для назначения наказания нужно изучить какие-то сведения о подсудимом, относящиеся как к прошлому, так и к настоящему, чтобы предположить *возможное* влияние назначенного наказания на будущее исправление осужденного.

Здесь нет и не может быть точных ответов или уверенности, так как прогноз неизбежно связан с построением предположения — это решение на будущее. Однако в любом случае проецирование будущего осужденного судом в приговоре, если мы хотим эффективно достигать целей наказания, не может осуществляться без более или менее четких критериев, которых на данный момент нет ни на практике, ни в доктрине, ни в законе. Есть лишь ощущения судьи, которые основаны на множестве факторов — не всегда тех, которые задуманы законом для решения вопроса о наказании, что нами и было показано.

Возможно, вопрос о наказании вообще нужно перенести в постпроцессуальную плоскость, а уголовный процесс должен лишь давать материал для наиболее

общего прогноза исправления лица, а коррекцию наказания стоит осуществлять по ходу исправления этого лица. Отдельно отметим опыт Франции, добившейся успехов в области судебного контроля над отбыванием наказания: «Немаловажную роль в индивидуализации режима отбывания лишения свободы для каждого заключенного играют судьи по исполнению наказаний (*judge del'aplication des peins*). На них возлагается надзор за тем, как осужденные отбывают тюремное заключение. Задача судьи по исполнению наказаний заключается в обязанности обеспечить максимальную степень индивидуализации наказания. Так, например, он определяет форму исполнения наказания, учитывая при этом физическое состояние осужденного» (Меньших 2008, 124).

Это большой и очень важный вопрос для сегодняшней правовой науки. Однако одним из процессуальных решений в сложившейся ситуации могло бы стать разделение судебного заседания на два этапа: вынесение вердикта о виновности и решение вопроса о наказании (что свойственно процессу с участием присяжных, например). Об этом подробно писали А. А. Брестер и А. С. Барабаш, указывая, в частности, что «основной доказательственный процесс и дополнительный, связанный с определением наказания, не могут осуществляться субъектом доказывания одновременно» (Барабаш и Брестер 2013, 171). Само такое разделение, конечно, не решит проблемы отсутствия четких критериев обоснованности выбора наказания, что мы видим на примере процедуры особого порядка. Вместе с тем особое внимание к назначению наказания и отдельная процедура такого назначения могут существенно стимулировать как судебную практику, так и научную мысль к переосмыслению этого процесса и пониманию его места в уголовно-процессуальной действительности.

**3. Выводы.** Мы показали неправомерный характер критериев, которыми ежедневно пользуется суд, назначая конкретный вид и размер уголовного наказания.

С одной стороны, это связано с большим законодательным пробелом в части обстоятельств, на которые должен опираться суд, индивидуализируя наказание. Ввиду отсутствия какого-либо четкого указания в законе судьям приходится опираться на собственные житейские и бытовые представления о достаточности наказания для подсудимого, которые зачастую имеют лишь опосредованное отношение к сфере правового регулирования. Общие формулировки ст. 60 УК РФ, переписываемые судами в мотивировочную часть приговора, не дают понимания причин, по которым тому или иному осужденному назначается определенная мера наказания.

С другой стороны, назначение наказания не может не вызывать трудностей в силу процессуальной неопределенности процедуры по принятию решения о санкции. Нынешние механизмы как общего, так и особого порядка не позволяют продвинуться в изучении вопроса о необходимости назначения того или иного вида наказания настолько, чтобы не возникало сомнений в его обоснованности и мотивированности. Этот аспект требует дополнительной научной и последующей законодательной разработки, поскольку в условиях, когда основной и доказательственный процессы слиты воедино, вопрос о наказании при всей своей первоочередности отодвигается на дальний план.



## Библиография

- Барабаш, Анатолий С., Брестер, Александр А. 2014. «Установление обстоятельств совершенного преступления и оснований назначения наказания — два самостоятельных этапа судебного следствия». *Вестник Омского университета. Право* 1 (38): 167–172.
- Брестер, Александр А. 2013. «Разделение основного процесса доказывания и процесса назначения наказания как гарантия реализации конституционного права на квалифицированную юридическую помощь в уголовном процессе». *Сборник материалов IX ежегодной научно-практической конференции «Адвокатура. Государство. Общество»*. Москва.
- Брестер, Александр А., Юришина, Елена А. 2018. «Особый порядок как процедура принятия решения о наказании». *Правовые проблемы укрепления российской государственности. Сборник статей. Часть 75*. Томск.
- Гришина, Елена А., Цапко, Мирослава С. 2013. «Социологические опросы». *Тезаурус социологии. Кн. 2. Методология и методы социологических исследований: тематический словарь-справочник*. Под ред. Жана Т. Тощенко. М.: ЮНИТИ-ДАНА.
- Дядькин, Дмитрий С. 2006. «О некоторых психологических причинах возникновения ошибок при назначении наказания». *Мировой судья* 2: 24–27.
- Меньших, Андрей А. 2008. «Уголовно-исполнительное законодательство Франции». *Журнал российского права* 8 (140): 118–127.
- Онищенко, Ольга Р. 2010. «Субъективные факторы назначения наказания». *Сборник тезисов участников Всероссийской конференции по юридической психологии с международным участием Коченовские чтения «Психология и право в современной России»*. Москва.
- Оранжев, Николай Д. 1916. *Преступление и наказание в математической зависимости (Идея и схема его применения)*. М.: Типо-литография Т-ва И. Н. Кушнеревъ и К<sup>о</sup>.
- De la Mata Barranco, Norberto J. 2008. *La individualización de la pena en los Tribunales de Justicia*. Navarra: Thomson Aranzadi.
- Editorial de Wolters Kluwer. 2017. *La determinación y el cálculo de la pena en el Código Penal*. Madrid: Wolters Kluwer España.
- Feijoo Sánchez, Bernardo. 2014. *La pena como institución jurídica. Retribución y Prevención general*. Montevideo: Editorial B de F.
- Gordillo Santana, Luis. F. 2007. *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: Iustel.
- Morillas Cueva, Lorenzo. 2013. «La función de la pena en el estado social y democrático de derecho». *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* 12. Accessed February 30, 2018. [https://w3.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-12/articulos\\_discurso-investigacion.pdf](https://w3.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-12/articulos_discurso-investigacion.pdf).
- Ríos Martín, Pascual Rodríguez, Etxebarria Zarrabeitia. 2016. *Manual sobre las consecuencias jurídicas del delito: su determinación y aplicación*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- Rubio Lara, Perdo. A. 2017. *Teoría de la pena y consecuencias del delito*. Valencia: Tirant to Blanch.
- Silva Sánchez, Jesús María. 1987. «La revisión en casación de la individualización judicial de la pena». *Poder judicial* 6: 137–144.
- Tamarit Sumalla, Josep M. 2012. *Justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Granada: Editorial Comares.

Статья поступила в редакцию 13 марта 2018 г.,  
рекомендована в печать 15 августа 2018 г.

### Контактная информация:

Брестер Александр Александрович — канд. юрид. наук, доц.; russ28@yandex.ru  
Юришина Елена Александровна — elena.yurishina@gmail.com

## Criteria underlying decision making on punishment: Law enforcement practice empirical analysis\*

A. A. Brester<sup>1</sup>, E. A. Yurishina<sup>1,2</sup>

<sup>1</sup> Siberian Federal University, 6, ul. Maerchaka, Krasnoyarsk, 660075, Russian Federation

<sup>2</sup> University of Granada, Law School, Plaza de la Universidad s/n, Granada, 18001, Spain

**For citation:** Brester, Aleksandr A., Yurishina, Elena A. “Criteria underlying decision making on punishment: Law enforcement practice empirical analysis”. *Vestnik of Saint Petersburg University. Law* 4: 535–553. <https://doi.org/10.21638/spbu14.2018.406> (In Russian)

Three aspects of the punishment imposing process are considered in the article, namely the legislative regulation, the court practice and the judge's attitude toward the punishment imposing process. The aim of the research is to understand how the judges impose punishment, how they choose a certain sanction among different alternatives, which reasons underlie this choice and which objects are purposed by judges. In the introduction, the authors put the research question which concerns the grounds underlying the decision making on punishment and the duty to justify this decision in the sentence according to the Supreme Court of the Russian Federation legal position. The research part consists of the empirical analysis which includes two parts. The first part is based on the sociological method of interview. The interviewing of practicing judges allows to understand and to analyse the logic of punishment imposing process. The second part includes the comparison of judges' answers given during the interview with the reasoning stated in the sentences delivered by those judges. It allows drawing the conclusion that there is a gap in the legal regulation of the punishment imposing process. On the one hand, the criteria, the courts rely on while making a decision on punishment, are non-legal, and the legislation lacks the legal ones. On the other hand, the procedure of criminal sanction determination lacks clear legal regulation. The authors underline that the procedural part of decision making on punishment requires scientific investigation and should be developed by legal scholars. The conclusions of the research can constitute a basis for a range of further researches encompassing different human sciences and give impetus to the improvement of the procedural aspect of punishment imposing process and the law enforcement practice.

**Keywords:** purposes of punishment, the imposition of punishment, individualization of punishment, proof, personal characteristics, reasoning.

## References

- Barabash, Anatoliy S., Brester, Aleksandr A. 2014. “Ustanovlenie obstoiatel'stv sovershennogo prestupleniia i osnovanii naznachenii nakazaniia — dva samostoiatel'nykh etapa sudebnogo sledstviia” [“The establishing of the crime circumstances and the establishing of the grounds for imposing punishment are two independent stages of judicial investigation”]. *Vestnik Omskogo universiteta. Pravo* [Herald of Omsk University. Law] 1 (38): 167–172. (In Russian)
- Brester, Aleksandr A. 2013. “Razdelenie osnovnogo protsessa dokazyvaniia i protsessa naznachenii nakazaniia kak garantiia realizatsii konstitutsionnogo prava na kvalifitsirovannuiu iuridicheskuiu pomoshch' v ugovnom protsesse” [“Differentiation of the main proof process and the process of imposing punishment as a guarantee of realization of the constitutional right to qualified legal assistance in criminal proceedings”]. *Sbornik materialov IX ezhegodnoi nauchno-prakticheskoi konferentsii “Advokatura.*

---

\* Article prepared with the financial support of the grant of the President of the Russian Federation № МД-721.2018.6.

- Gosudarstvo. Obshchestvo" [Conference proceedings of the 9<sup>th</sup> annual scientific and practical conference "Advocacy. State. Society"]. Moscow. (In Russian)
- Brester, Aleksandr A., Yurishina, Elena A. 2018. "Osobyi poriadok kak protsedura priniatiia resheniia o nakazanii" ["Special proceedings as a procedure of decision making on punishment"]. *Pravovye problemy ukrepleniia rossiiskoi gosudarstvennosti. Sbornik statei. Chast' 75* [Legal problems of Russian statehood strengthening. Collection of articles. Part 75]. Tomsk. (In Russian)
- Grishina, Elena A., Tsapko, Miroslava S. 2013. "Sotsiologicheskie oprosy" ["Sociological opinion polls"]. *Tezaurus sotsiologii. Kn. 2. Metodologiya i metody sotsiologicheskikh issledovaniy: tematicheskii slovar'-spravochnik* [Thesaurus of Sociology. Book 2. Methodology and methods of sociological research: thematic dictionary-directory]. Ed. by Zhan T. Toshchenko. Moscow: IuNITI-DANA. (In Russian)
- Diadkin, Dmitrii S. 2006. "O nekotorykh psikhologicheskikh prichinakh vozniknoveniia oshibok pri naznachenii nakazaniia" ["About some psychological causes of errors during the sentencing"]. *Mirovaya sud'ia* [Justice of the Peace] 2: 24–27. (In Russian)
- Men'shikh, Andrej A. 2008. "Ugolovno-ispolnitel'noe zakonodatel'stvo Frantsii" ["The Penitentiary Legislation of France"]. *Zhurnal rossiiskogo prava* [Journal of Russian Law] 8 (140): 118–127. (In Russian)
- Onishchenko, Olga R. 2010. "Sub'ektivnye faktory naznachenii nakazaniia" ["Subjective factors of punishment"]. *Sbornik tezisov uchastnikov Vserossiiskoi konferentsii po iuridicheskoi psikhologii s mezhdunarodnym uchastiem Kochenovskie chteniia «Psikhologiya i pravo v sovremennoi Rossii»* [Abstracts of the All-Russian Conference on Legal Psychology with International Participation Kochenovskie readings "Psychology and Law in Modern Russia"]. Moscow. (In Russian)
- Oranzhireev, Nikolay D. 1916. *Prestuplenie i nakazanie v matematicheskoi zavisimosti (Idea i skhema ego primeneniia)* [Crime and Punishment in Mathematical Dependence (Idea and the scheme of its application)]. Moscow: Tipo-litografiia T-va I. N. Kushnerev' i Ko. (In Russian)
- De la Mata Barranco, Norberto J. 2008. *La individualización de la pena en los Tribunales de Justicia*. Navarra: Thomson Aranzadi.
- Editorial of Wolters Kluwer. 2017. *La determinación y el cálculo de la pena en el Código Penal*. Madrid: Wolters Kluwer España.
- Feijoo Sánchez, Bernardo. 2014. *La pena como institución jurídica. Retribución y Prevención general*. Montevideo: Editorial B de F.
- Gordillo Santana, Luis. F. 2007. *La justicia restaurativa y la mediación penal*. Madrid: Iustel.
- Morillas Cueva, Lorenzo. 2013. "La función de la pena en el estado social y democrático de derecho". *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia* 12. Accessed February 30, 2018. [https://w3.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-12/articulos\\_discurso-investigacion.pdf](https://w3.ual.es/revistas/RevistaInternacionaldeDoctrinayJurisprudencia/pdfs/2013-12/articulos_discurso-investigacion.pdf).
- Ríos Martín, Pascual Rodríguez, Etxebarria Zarrabeitia. 2016. *Manual sobre las consecuencias jurídicas del delito: su determinación y aplicación*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas.
- Rubio Lara, Perdo. A. 2017. *Teoría de la pena y consecuencias del delito*. Valencia: Tirant to Blanch.
- Silva Sánchez, Jesús María. 1987. "La revisión en casación de la individualización judicial de la pena". *Poder judicial* 6: 137–44.
- Tamarit Sumalla, Josep M. 2012. *Justicia restaurativa: desarrollo y aplicaciones*. Granada: Editorial Comares.

Received: March 13, 2018  
Accepted: August 15, 2018

#### Author's information:

Aleksandr A. Brester — PhD, Assistant Professor; russ28@yandex.ru  
Elena A. Yurishina — elena.yurishina@gmail.com