



Journal  
of Danubian  
Studies  
and Research

## Legal Punishment Problems in General Theory of Law

Dumitru Baltag<sup>1</sup>, Vasile Dobinda<sup>2</sup>

**Abstract:** The institution of legal punishment represents the institution that is emphasized in the article below. We have succeeded in making the comparison between the essence of notions such as: legal responsibility, legal sanction and that of legal punishment. It is thus explained that it would be good if the Theory of Law used the notion of “legal punishment” and not only the doctrine of criminal law. In the article below we thus present some points of view of remarkable personalities of the legal world on the benefits of the introduction of this term in the legal vocabulary.

**Keywords:** legal responsibility; legal sanction; legal penalty.

### 1. Введение

Широко известно изречение о том, что причину возникновения и объяснение всего сущего в настоящем необходимо искать в его прошлом. Таким же образом поступим и мы, прибегнув к помощи краткого, но одновременно достаточного для целей нашего исследования обращения к вопросам эволюции явления наказания в праве и теоретических знаний о нем.

Наказание как социальный институт имеет древнее происхождение. С момента возникновения человеческих общностей и социального взаимодействия появляется настоятельная потребность в их нормативном урегулировании и, как следствие, необходимость в охране установленного порядка от нарушений.

---

<sup>1</sup> Professor, PhD, Faculty of Cadastre and Law, Law Department, State Agrarian University of Moldova, Republic of Moldova, Address: No. 44, Mircești Street, Chișinău, Republic of Moldova, Tel.: +37369140988, Corresponding author: dumitrubaltag@gmail.com.

<sup>2</sup> PhD student, Free International University of Moldova, Republic of Moldova, Address: No. 52, Vlaicu Pircălab Street, Chișinău, Republic of Moldova, Tel.: +37369150123, E-mail: vasile.dobinda@gmail.com.

Причем подавляющее большинство норм первобытного общества имело запретительно-охранительный характер. В ходе разложения первобытнообщинного строя стали постепенно формироваться специфические способы социального управления, которые выступили “промежуточными образованиями между нормами первобытнообщинного строя и правом. Одним из таких промежуточных образований и явилась “система табу”, а затем общинное право (соответствующее во многих случаях особой стадии в процессе возникновения государства – военной демократии). Так, Р.Л. Хачатуров в ходе исследования исторического аспекта юридической ответственности отмечает тот факт, что “система табу” регламентировала в той или иной степени почти все стороны

жизни первобытного человека, как личной, так и общественной, и по сути дела представляла собой особый род санкции за отклонение от нормы (Хачатуров & Ягутян, 1995, с. 31).

## **2. Эволюция теоретических взглядов на наказания в праве**

Можно сказать, что право “выросло” из наказаний в момент своего зарождения представляло собой совокупность карательных норм основной целью которых было устрашение. В древнейших письменных источниках права стран Древнего Востока, а позднее и у всех народов мира, количество регулятивных правовых предписаний значительно уступало совокупности охранительных. Та же ситуация сохранилась и в период феодализма. Например, приводятся данные, что из более 400 статей “Салической правды” лишь 65 не относятся к наказаниям за правонарушения, а из 48 статей Академического списка “Русской правды” только 2 не имеют карательного характера (Хачатуров & Ягутян, 1995, с. 35).

В связи с этим представляется совершенно справедливым следующее замечание Р. Л. Хачатурова: “В те древние времена уголовное право и уголовная ответственность в определенном смысле брали на себя роль права вообще, стимулировали процесс возникновения и укрепления государства” (Хачатуров & Ягутян, 1995, с. 35). Однако следует заметить, что применительно к тому историческому периоду развития права приставка “уголовное” носит, мягко говоря, не совсем корректный характер. В момент становления права и затем еще в течение длительного времени деление карательных мер на уголовные и “неуголовные” не проводилось, а

существовала единая система жестоких, суровых правовых наказаний за фактически любое отступление от нормы, вне зависимости от характера совершенного правонарушения. Если использовать с “натяжкой” современную терминологию, то суровая кара ожидала всякого, кто преступит закон вне зависимости от того, будет ли это гражданский проступок или преступление.

И сей факт, весьма важен, для общей теории, ибо с большой убедительностью демонстрирует первоначальное историческое единство правовых наказаний. Как отмечает П. Сорокин, ссылаясь на М.М. Ковалевского – “Древность, вообще говоря, не знает такого разделения: здесь всякое правонарушение влечет за собой кару репрессивную, т.е. всякое правонарушение может рассматриваться как уголовное преступление” (Сорокин, 1999, с. 292). М.М. Ковалевский, к примеру, считал хорошо известным факт отсутствия на первых порах всякого различия между уголовным и гражданским наказанием (Сорокин, 1999, с. 292).

Лишь в ходе длительной социальной эволюции, значительно позже институт наказания в праве потеряет былое единство, а еще чуть позже это будет замечено учеными и найдет отражение в теории. И в результате, “право” называться наказаниями в юридической науке оставят за собой лишь уголовные санкции, а иные виды правовых взысканий, назначаемые за проступки и отделившиеся в ходе развития от наиболее суровых кар за преступления, постепенно утратят данное наименование. Но и само теоретическое отражение указанного деления правовых наказаний на виды произошло не сразу.

На вышеизложенный момент в эволюции теоретических взглядов на наказания в праве обратил еще в свое время российский ученый- правовед А.А. Жижиленко. Кстати заметим, что его перу принадлежит, весьма, интересная для нашего исследования работа под названием “Наказание. Его понятие и отличие от других средств правоохраны”, опубликованная в 1914 году. Примечательна она тем, что в ней автор попытался проанализировать феномен правового наказания с общетеоретических позиций. Пожалуй, это одна из немногих работ такого плана, а может быть даже и единственная.

В частности, А. А. Жижиленко указывает, что лишь к концу XVIII века начинает формироваться абстракция “дисциплинарное наказание”. Данный термин, по его словам, возник первоначально в области церковной

юрисдикции для обозначения особой категории взысканий – именно, особых “воспитательных мер”, применяемых церковью в отношении духовных лиц, учинивших какую-нибудь незначительную провинность. И в ту эпоху, когда исследователи канонического права употребляют уже этот термин, он еще остается неизвестным остальным юристам (Жижиленко, 1914, с. 583). И далее он продолжает: “Так, в то время, как один из каноников конца XVIII века Визе замечает, что к духовным лицам могут быть применяемы особые дисциплинарные наказания (*Disciplinarstrafen*), к которым он относит тюрьму, временное устранение от должности (*Suspension von Amte*) и увольнение от должности (*Amstentsetzung*). Мы не находим этого ни у одного из юристов этой эпохи, занимавшихся анализом преступлений по службе” (Жижиленко, 1914, с. 583-584).

И только в 1764 немецкий юрист Бэмер, исследуя маловажные нарушения (*excessus*) служащих, противопоставляет их преступлениям и указывает на то, что в каноническом праве различие между этими понятиями устанавливается, между прочим, и в том смысле, что за преступления назначаются наказания, а за нарушения – цензуры (*cesurae*). При этом относительно последних он замечает, что они постепенно выродились в настоящие наказания, которые, однако, не назывались уголовными, чтобы не казалось, что духовные лица осуществляют уголовное правосудие (Жижиленко, 1914, с. 584-585).

Вот здесь мы уже видим зачатки теоретического деления наказаний на уголовные и дисциплинарные. И что самое интересное, уже тогда многие исследователи и законодатель избегают применения термина “наказание” в отношении дисциплинарных и иных взысканий. Для этого, в то время имелись достаточно веские причины. Ведь и дисциплинарные кары были тогда достаточно суровы (тюремное заточение), а посему отличить их от уголовных наказаний по степени тяжести практически невозможно. Плюс из-за слабости теоретических знаний о наказании в то время единственным способом ограничения выступила терминология.

Данный способ неприменения термина “наказание” к другим взысканиям правовой жизни стал традиционным и в настоящий период, как известно, монополию на его использование оставляют за собой ученые уголовного права. Однако применительно к современному состоянию теоретико-правового знания эту традицию ни логически, ни с точки зрения практического использования нельзя признать полезной, а, как мы постараемся продемонстрировать далее, с позиций дальнейшего

развития общетеоретического и специально-юридического знания она выступает, на сей день, определенным “препятствием” для данного процесса.

Вернемся к истории развития научных знаний о правовых наказаниях. Далее уже в XIX веке продолжает совершенствоваться идея разграничения уголовных и “неуголовных” наказаний, но в поисках теоретических отличий многие исследователи по-прежнему пытаются подчеркнуть их с помощью терминологии. Так, немецкий юрист Биндинг писал, что уголовное право есть право на удовлетворение за деликт.

Этой целью, по его мнению, правовое наказание отличается от внешне с ним сходного дисциплинарного взыскания, которое не есть “наказание в правовом смысле”. Биндинг полагал, что дисциплинарные меры имеют в виду покарать не деликт как таковой, а заключающуюся в нем распущенность и беспорядочность, противоречащие положению чиновника, адвоката, нотариуса (Жижиленко, 1914, с. 602).

В итоге он приходит к выводу о том, что “было бы лучше, если бы государственное дисциплинарное наказание утратило свое так часто неправильно употреблявшееся название и называлось более скромно, но более правильно дисциплинарной мерой” (Жижиленко, 1914, с. 603).

### **3. Институт правового наказания**

Упор на терминологическое различие справедливо критикуется А. А. Жижиленко с указанием на необходимость более четкого установления теоретического соотношения. Также в вышеупомянутой работе он достаточно убедительно обосновывает единство и различия всех видов правового наказания. К последним А. А. Жижиленко относит не только уголовные, но и дисциплинарные, административные, гражданские, процессуальные взыскания. Он не видит никаких препятствий для обозначения этих мер единым термином “правовое наказание” и даже, наоборот, усматривает в общетеоретическом подходе большую пользу.

Вот, что пишет по этому поводу сам автор: “В современной литературе напротив того интереса исследователей вызывает вопрос о наказании, рассматриваемом не с этой точки зрения, а главным образом с точки зрения уголовной политики. Признавая все важное значение исследований последнего рода, мы все-таки находим необходимым уголовно-политической

оценке наказания предпослать исследование вопроса о том, что представляет из себя наказание по своей природе, как особый правовой институт. Быть может при подобном отношении к данному вопросу тот ряд контроверз, которые имеются в настоящее время, например, относительно сущности и целей наказания и взаимоотношения наказания и других родственных мер, исчезнет, как порожденный отсутствием одинакового для всех и всеми принятого понимания наказания. Определение же правовой природы наказания должно быть одинаково приемлемым для представителей самых разнообразных течений в науке” (Жижиленко, 1914, с. 3).

Приведенное высказывание, сделанное ученым почти 100 лет назад, ни только не потеряло своего значения для современной юридической науки, но стало, пожалуй, еще более актуальным и весомым.

Стоит отметить и то, что теоретики гражданского права, начала XX века, достаточно часто использовали абстракцию “гражданское наказание” (Жижиленко, 1914, с. 650-651). Как видим, не смотря на терминологические традиции, некоторые ученые все же обращали внимание на единство различных карательных мер в праве и применяли термин “наказание”, дабы подвести их под общее понятие. Таким образом, А.А. Жижиленко удалось собрать в едино имеющиеся на тот момент теоретические знания об отдельных видах взысканий и представить некую цельную картину феномена правовое наказание. Хотя данное теоретическое представление и выглядит не вполне законченным у ученого в силу объективных моментов (того уровня развития юридической науки), но определенный фундамент им в формирование общетеоретической абстракции “правовое наказание”, безусловно, заложен.

В советский период указанное понятие своего дальнейшего прямого развития не получило. Знания о наказаниях в праве пополнялись отраслевыми исследованиями, в основном работами теоретиков уголовного права, а в общей теории лишь косвенно посредством изучения смежных категорий – “юридическая ответственность”, “санкция”, “государственное принуждение”.

В настоящее время некоторые ученые-правоведы стали высказываться если не за необходимость разработки общетеоретической абстракции “правовое наказание”, то хотя бы за саму возможность ее использования юридической наукой. Так, например, неоднократно в своих работах А.В. Малько обращает внимание на указанное понятие и, в частности, на необходимость его

рассмотрения в паре с противоположной абстракцией “правовое поощрение” (Малько, с. 92-95; Матузова & Малько, 2001. с. 279-283).

Следует отметить в этом плане и работы Е.В. Черных, специально посвященные разграничению понятий “юридическая ответственность” и “правовое наказание”. За возможность использования последнего он высказывается и в своих более поздних работах (Черных, 1999, с. 554).

Сторонники придания общеправового статуса категории “наказание” и нарушения монопольного его использования наукой уголовного права обычно следующим образом поясняют свою позицию: “В законодательстве других отраслей не содержатся термины “наказание” и “кара”, что неозначает, что эти понятия не применимы к ответственности, предусматриваемой всеми отраслями права. Так, штраф может быть наложен в порядке уголовного, административного или гражданского законодательства, и во всех случаях представляет собой лишение имущественного характера, т.е. везде является мерой ответственности, наказанием, карой” (Малеин, 1992, с. 36).

В том же ключе высказывается за употребление термина “правовое наказание” и М.Д. Шиндяпина (Шиндяпина, 1998, с. 18), а порой теоретики оперируют им как данным без каких-либо оговорок (Ковалюнас, 2000, с. 21).

Как уже отмечалось ранее в истории развития правоведения известны случаи образования новых категорий, в результате обобщения понятий отраслевых юридических наук. Понятия, изначально разработанные в одной или нескольких специально-правовых теориях, в связи со своей общенаучной значимостью становились категориями общей теории права, распространялись и на другие юридические науки. Представляется, что и категория “правовое наказание” должно занять свое место, в общетеоретической системе категорий права пройдя предварительно путь мысленной “трансформации” из понятия науки уголовного права в категорию всего правоведения. Данный процесс сослужит добрую службу не только для общей теории права, но и практически для всех отраслевых наук, включая и само уголовное право.

Вышеприведенный весьма краткий исторический экскурс был необходим нам для демонстрации изначального единства наказаний в праве и их мысленного отражения в рамках одной общей категории. Тем самым, мы проследили и эволюцию познаваемого правового явления, и путь развития научных знаний о нем. В итоге было установлено, что процесс научных изысканий осуществлялся в истории следующим образом – от единого теоретического

представления в мышлении (первоначального образа-понятия) к целому ряду отдельных категорий, отражающих явление уже ни как нерасчлененное целое, а как сумму частей. При этом в жертву было принесено само единство исследуемого феномена – правового наказания, что является, конечно же, неотъемлемым и предварительным этапом познания любого объекта.

Однако из-за терминологических традиций и преобладания, доминирования одной из частей (уголовной) единого целого явления наказания в праве юридическая наука осталась без обобщающей категории. И как результат, затрудненным оказался обратный путь синтеза знаний о данном феномене правовой жизни, который должен непременно последовать, завершив тем самым цикл формирования первоначальной общетеоретической категории “правовое наказание”. Отсутствие же до сих пор указанного понятия в системе общей теории негативно сказывается на всей юридической науке.

Историческая тенденция гиперболизации значения уголовного наказания в правовой жизни общества привела и к теоретическим “перегибам”, к монопольному захвату термина “наказание” уголовным правом. Но что еще хуже, без общетеоретических исследований рассматриваемого феномена теоретики уголовного права превратили понятие “наказание” в “вещь в себе”, в полностью самодостаточную и автономную в научном плане категорию. На практике это выразилось в преувеличении роли и возможностей уголовного наказания как инструмента социального воздействия, укрепилась вера в то, что оно может абсолютно все и устрашать население, и исправлять преступников, и даже перевоспитывать само по себе без какого-либо взаимодействия с иными правовыми средствами.

Плюс ко всему этому обозначенная ситуация “бумерангом” отразилась и на общей теории права. Отсутствие собственных общетеоретических исследований наказаний в праве было компенсировано частично разработкой категорий “санкция”, “юридическая ответственность”, “государственное принуждение”. Но и работа с перечисленными понятиями опиралась в основном лишь на отраслевые исследования, порой без применения какой либо методологической базы. В итоге, дискуссии множились как “грибы после дождя”, что, конечно же, не добавляет теоретической ясности, и зачастую в спорах “о понятиях” праведы значительно отклоняются от и так достаточно извилистой дороги познания истины.



#### **4. Выводы**

На настоящий момент общая теория права не только не справляется со своей основной методологической задачей, но и сама повторяет многие ошибки отраслевых наук, не давая им должной оценки. Возникает закономерный вопрос о том, как могут разобраться во всех этих хитросплетениях ученые общей теории, если не сконструирована категория “правовое наказание”. На наш взгляд, без решения этой задачи нельзя произвести и простого разграничения понятий “наказание”, “санкция”, “юридическая ответственность” и др. Прямые отраслевые заимствования отрицательно сказались по цепочке и на иных общетеоретических понятиях.

В результате категории “право”, “норма права” и многие другие оказались жестко увязаны лишь со средствами принуждения (взять, например, учение о санкции). Право же предстало фактически в виде механизма сплошного принуждения к исполнению обязанностей, а убеждение в праве исчерпывается, по сей день, в теории лишь идеологической пропагандой. А это, между прочим, и есть следствие некритического переноса отраслевых понятий в систему общей теории. Но если преувеличение карательного воздействия еще простительно для ученых-криминалистов, то для теоретиков методологической науки правоведения указанный “перекос” никоим образом не подлежит оправданию.

Таким образом, представляется необходимым, немного запоздавшее, формирование первоначальной категории “правовое наказание”. Любое понятие в своем развитии проходит долгий теоретический путь – от простой совокупности родовидовых признаков к сложной системе знаний. Мы, конечно же, не претендуем пройти весь этот маршрут с “правовым наказанием”, да ведь и перед нашим исследованием не стоит такая задача (из-за объема – ее решить, возможно, лишь в специальном исследовании и скорее всего не в одном), однако определенную часть указанного пути нам все же предстоит проделать. Подведем итог, в настоящей статье мы сформировали первоначальное научное понятие “правовое наказание”, уделив при этом немного внимания его соотношению со смежными категориями общей теории права. Конечно же, многие моменты теоретического исследования указанного явления остались незатронутыми нами. Не претендует на полную завершенность и само построение категории. В целом же представляется такое предварительное рассмотрение “наказания” в качестве относительно самостоятельной категории правоведения достаточным для перехода к его

самостоятельному изучению. Мы ждем, что некоторые из уже изложенных положений будут уточнены или дополнены новым видением проблемы другими авторами как общей теории права, так и отраслевых наук.

## References

- Chernykh, E.V. (1999). *Юридическая ответственность и государственное принуждение. Теория государства и права. Курс лекций/Legal responsibility and state coercion. Theory of state and law. Lecture course.* Под ред. Н. И. Матузова и А.В. Малько. Москва/ Moscow.
- Khachaturov, R.L. & Yagutyan, R.G. (1995). *Юридическая ответственность/Legal responsibility.* Тольятти/ Tolyatti..
- Kovalyunas, D.A. (2000). *Санкции в публичном праве: Автореф. дисс. на соиск. уч. степен. канд. юрид. наук/Sanctions in public law.* Самара/Samara.
- Malein, N.S. (1994). *Юридическая ответственность и справедливость/ Legal responsibility and fairness.* Москва/Moscow.
- Malko, A.V. (1994). *Стимулы и ограничения в праве. Теоретико-информационный аспект./ Incentives and restrictions in law. Information-theoretic aspect.* Саратов/ Saratov.
- Malko, A.V. (1999). *Правовые стимулы и правовые ограничения как парные юридические категории. Теория государства и права/Legal incentives and legal restrictions as paired legal categories // Theory of state and law.* Курс лекций/Под ред. Н.И. Матузова и А.В. Малько. Москва/ Moscow.
- Malko, A.V. (2001). *Поощрения и наказания как санкции нормы права. Теория государства и права: Учебник/Encouragement and punishment as a sanction of the rule of law. Theory of State and Law: Textbook* Москва/Moscow.
- Shindyapina, M. D. (1998). *Стадии юридической ответственности: Учебное пособие/ Stages of legal responsibility.* Москва/ Moscow.
- Sorokin, P. (1999). *Преступление и Кара. Подвиг и Награда. Социологический этюд об основных формах общественного поведения и морали/Crime and Kara. Feat and Reward. Sociological study of the main forms of social behavior and morality.* Санкт Петербург/Saint Petersburg
- Zhizhilenco, A.A. (1914). *Наказание. Его понятие и отличие от других право охранительных средств/ Punishment. Its concept and difference from other legal protective means.* Петроград/ Petrograd.