Doublet do: 6.26.14.46 P74.331
D.37537
do. II. 63 MM.

РУССКОЕ

УГОЛОВНОЕ ПРАВО

ПОСОБІЕ КЪ ЛЕКЦІЯМЪ

Н. Д. Сергѣевскаго,

заслуженнаго профессора С.-Петербургскаго Императорскаго Университета.

ЧАСТЬ ОБЩАЯ.

ИЗДАНІЕ СЕДЬМОЕ.

С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
Типографія М. М. Стасюлевича, Вас. остр., 5 л., 28.
1908.

Ignacy Baumberg 1909

UNIWERSYTET W BIAŁYMSTOKU
BIBLIOTEKA
CZYTELNIA
284122

BIBLIOTEKA UNIWERSYTECKA
im. Jerzego Giedroycia w Białymstoku
FUW0170258

D. 540/724
I-XI-50

b-5/05

„Пособіе къ лекціямъ“ предназначается для лицъ, приступающихъ къ изученію уголовнаго права, въ качествѣ элементарнаго учебнаго руководства. Указанія литературы имѣютъ тоже лишь учебное значеніе; указываются только тѣ сочиненія, которыя я рекомендую учащимся къ прочтенію по соотвѣтствующимъ вопросамъ или въ качествѣ общихъ руководствъ.

По содержанію своему Пособіе представляетъ собою слѣдующее: большая часть матеріала образована изъ моихъ работъ по вопросамъ уголовнаго права, печатавшихся отдѣльно и въ юридическихъ журналахъ; остальная часть—компилятивная изъ трудовъ другихъ авторовъ, главнѣйшимъ образомъ изъ числа указанныхъ въ концѣ введенія и подъ заголовками соотвѣтствующихъ подраздѣленій. Затѣмъ, матеріала новаго въ строгомъ смыслѣ, не бывшаго еще напечатаннымъ, введено мною немного. Ближайшія заимствованія изъ другихъ авторовъ указываются ссылками въ самомъ текстѣ; по отношенію къ моимъ работамъ таковыхъ ссылокъ не дѣлается.

Въ концѣ книги прилагается „Перечень“ дѣйствующихъ изданій и Продолженій Свода Законовъ, коими учащіеся должны пользоваться при своихъ Занятіяхъ. Перечень составленъ по 1 Сентября 1908 года.

Н. Сергѣевскій.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

стран.

ВВЕДЕНІЕ. . . . . 1—36

I. Наука уголовнаго права

1. Содержаніе и задачи науки уголовнаго права 1
2. Исторія науки уголовнаго права 14

II. Источники дѣйствующаго права.

1. Уголовное законодательство. 19
2. Обычное право. 35

Отдѣлъ I. Основаніе и предметъ карательной дѣятельности . . . . . 36—83

I. Уголовный законъ.

1. Уголовный законъ и охраняемыя имъ нормы 38
2. Элементы уголовнаго закона. 40

II. Преступное дѣяніе какъ объектъ карательной дѣятельности.

1. Понятіе преступнаго дѣянія. 46
2. Содержаніе преступнаго дѣянія. 50
3. Дѣленіе преступныхъ дѣяній 58
4. Теоретическія попытки различенія видовъ неправды 59

III. Право наказанія.

1. Основаніе наказанія 65
2. Философская разработка вопроса о правѣ наказанія. . . . 70

Отдѣлъ II. Наказаніе . . . . . 84—205

Глава I. Общее ученіе.

I. Содержаніе наказанія.

1. Карательныя мѣры и ихъ необходимыя черты. 84
2. Историческая измѣнчивость наказанія 89

II. Теоретическая разработка вопроса о содержаніи наказанія.

1. Теоріи справедливости 102
2. Теоріи утилитарныя 103

Глава II. Карательныя мѣры.

СТРАН.

I. Лишеніе жизни.

1. Смертная казнь съ точки зрѣнія современнаго права 112
2. Смертная казнь въ исторіи 116
3. Смертная казнь въ дѣйствующемъ правѣ 122

II. Тѣлесныя наказанія.

1. Изувѣчивающія наказанія 124
2. Наказанія тѣлесныя въ тѣсномъ смыслѣ. 125
3. Исторія тѣлесныхъ наказаній въ Россіи. 126
4. Тѣлесное наказаніе въ дѣйствующемъ правѣ 130

III. Лишеніе свободы.

1. Изгнаніе 131
2. Ссылка 132
3. Тюремное заключеніе 143
4. Тюремное заключеніе въ старомъ правѣ. 161
5. Тюремное заключеніе въ дѣйствующемъ правѣ 169
6. Заведенія для несовершеннолѣтнихъ 172

IV. Лишеніе чести и правъ.

1. Пораженіе чести 175
2. Пораженіе правъ 177

V. Лишеніе имущества.

1. Виды имущественныхъ взысканій 189
2. Имущественныя наказанія въ дѣйствующемъ правѣ 190

VI. Полицейскій надзоръ 191

VII. Выговоръ 193

Глава III. Система наказаній дѣйствующаго права.

1. Уложеніе о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ. . . . 194
2. Уставъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ Мировыми Судьями. . . . 202
3. Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года. 203
4. Финляндское Уголовное Уложеніе. 204

Отдѣлъ III. Преступное дѣяніе . . . . . 206—330

Глава I. Субъектъ преступнаго дѣянія.

I. Способность ко вмѣненію.

1. Элементы способности ко вмѣненію 209
2. Теоріи способности ко вмѣненію въ доктринѣ. 215

II. Невмѣняемость.

1. Причины, устраняющія способность ко вмѣненію. 222
2. Значеніе состояній преходящихъ 231

Глава II. Объектъ преступнаго дѣянія.

СТРАН.

I. Понятіе объекта преступнаго дѣянія.

1. Предметъ преступнаго посягательства 233
2. Область противоправнаго посягательства 234

II. Условія, опредѣляющія правомѣрность нарушенія отдѣльныхъ благъ и интересовъ.

1. Исполненіе закона или обязанности 238
2. Осуществленіе права . . . . . —
3. Необходимая оборона. 241
4. Согласіе пострадавшаго 247

Глава III. Преступное дѣйствіе.

I. Вмѣненіе.

1. Элементы субъективной виновности 251
2. Вмѣненіе умышленныхъ дѣяній 254
3. Вмѣненіе неумышленныхъ дѣяній. 258

II. Невмѣненіе.

1. Случай 266
2. Фактическое заблужденіе. 268
3. Принужденіе 269
4. Исполненіе приказа . . . . . —
5. Крайняя необходимость 271

III. Совершеніе преступнаго дѣянія.

1. Выполненіе преступнаго дѣянія 278
2. Связь послѣдствія съ дѣйствіемъ 279

IV. Предварительная преступная дѣятельность.

1. Наказуемость предварительной дѣятельности 290
2. Обнаруженіе умысла 291
3. Приготовленіе и покушеніе. 292

V. Соучастіе.

1. Присоединеніе къ преступной дѣятельности одного лица дѣйствій другого 302
2. Соучастіе преступниковъ. 304
3. Соучастіе въ доктринѣ и въ законодательствахъ 312

VI. Единство дѣйствія.

1. Единство дѣйствія. 322
2. Преступныя дѣянія длящіяся и продолжаемыя. 324
3. Идеальная совокупность 325
4. Aberratio ictus и Error in objecto 327
5. Dolus generalis 328

СТРАН.

Отдѣлъ IV. Приложеніе наказанія къ преступному дѣянію . . . . . 331—380

Глава I. Примѣненіе уголовнаго закона къ дѣянію.

1. Дѣйствіе уголовнаго закона во времени 331
2. Дѣйствіе уголовнаго закона въ пространствѣ 337
3. Интерпретація закона 346
4. Аналогическое примѣненіе 349

Глава II. Опредѣленіе размѣровъ наказанія.

1. Приговоръ опредѣленный и неопредѣленный 351
2. Обстоятельства, принадлежащія къ составу судимаго дѣянія . . 353
3. Обстоятельства, дѣяніе сопровождающія 356
4. Опредѣленіе наказанія для несовершеннолѣтнихъ 359
5. Обстоятельства, вину смягчающія 362
6. Совокупность преступныхъ дѣяній 363
7. Повтореніе преступныхъ дѣяній 366

Глава III. Отмѣна наказаній.

1. Смерть виновнаго 369
2. Давность . . . . . —
3. Помилованіе 376
4. Примиреніе 377
5. Условная отмѣна наказаній . . . . . —

Приложеніе.

Перечень дѣйствующихъ изданій и Продолженій Свода Законовъ . . 381

ВВЕДЕНІЕ.

I. Наука уголовнаго права.

1. Содержаніе и задачи науки уголовнаго права.

Сергѣевскій: Преступленіе и наказаніе, какъ предметъ юридической науки. Юридич. Вѣст. 1879. 12; Современныя задачи уголовнаго законодательства въ Россіи. Журн. Гр. и Угол. права. 1883 г. 3; Философскіе пріемы и наука уголовнаго права. Журн. Гражд. и Угол. права. 1879. 1; Антропологическое направленіе въ изслѣдованіяхъ о преступленіи и наказаніи. Юрид. Вѣст. 1882. 2. Основные вопросы наказанія въ новѣйшей литературѣ. Журн. Гр. и Угол. пр. 1893. IV. **Мокринскій**, Система и методы науки уголовнаго права. Вѣстникъ права, 1906. 3. **Познышевъ**: Основные вопросы ученія о наказаніи; Основныя начала науки уголовнаго права. В. I. 1907. **Чубинскій**, Очерки уголовной политики.

Въ широкой области обществовѣдѣнія или юридическихъ наукъ въ обширномъ смыслѣ выдѣляются двѣ группы: науки соціальныя и науки юридическія въ тѣсномъ смыслѣ. Науки юридическія занимаются изслѣдованіемъ тѣхъ отношеній, въ которыхъ явленія частной и общественной жизни находятся или должны находиться къ положительному праву и которыя поэтому формулами этого права опредѣляются или должны опредѣляться; другими словами—изслѣдованіемъ юридической природы явленій и формулъ права, опредѣляющихъ эту природу. *Наука уголовнаго права* есть одна изъ наукъ юридическихъ, имѣющая своимъ предметомъ то явленіе государственной жизни, которое мы называемъ преступнымъ дѣяніемъ и наказаніемъ. Изслѣдуя юридическую природу преступнаго дѣянія и наказанія и формулы права, эту природу опредѣляющія, наука уголовнаго права служитъ практической цѣли—дать руководство къ правильному пониманію и примѣненію, критикѣ и составленію уголовнаго закона. Этимъ опредѣляется содержаніе уголовнаго права, какъ науки юридической: оно заключаетъ въ себѣ ученіе объ общемъ и спеціальномъ составѣ преступныхъ дѣяній, то-есть о

тѣхъ условіяхъ, наличность которыхъ необходима въ субъектѣ, объектѣ и дѣйствіи для того, чтобы дѣяніе могло быть признано, во-первыхъ, преступнымъ дѣяніемъ вообще и, во-вторыхъ, какимъ-либо отдѣльнымъ видомъ преступнаго дѣянія въ частности; далѣе, оно заключаетъ въ себѣ ученіе объ уголовномъ законѣ, его конструкціи и условіяхъ примѣненія, и ученіе о наказаніи. Сообразно этому, непосредственнымъ матеріаломъ для науки уголовнаго права служатъ уголовные законы въ обширномъ смыслѣ слова, то-есть: а) законы писанные; б) исторія ихъ текста, то-есть текстъ проекта закона и текстъ тѣхъ прототиповъ, которые служили образцами при выработкѣ новаго закона; в) законы, установленные обычаемъ, если таковые признаются положительнымъ правомъ; г) законы въ томъ видѣ, какъ они прилагаются на практикѣ.

Этотъ непосредственный матеріалъ представляется, однако, недостаточнымъ для достиженія указанной цѣли науки, во всей ея полнотѣ. Никакія логическія операціи надъ однѣми формулами положительнаго уголовнаго права не приведутъ изслѣдователя къ выполненію научныхъ задачъ какъ въ вопросахъ de lege lata, такъ тѣмъ болѣе въ вопросахъ de lege ferenda. Для этого необходимо привлечь массу другого матеріала и неукоснительно пользоваться имъ для построенія выводовъ и обобщеній.

Прежде всего, нельзя не видѣть, что наука уголовнаго права не можетъ ограничить свой матеріалъ однимъ только уголовнымъ положительнымъ правомъ. Выдѣлить уголовный законъ отъ другихъ областей права и разсматривать совершенно отдѣльно нѣтъ никакой возможности; возьмемъ любую статью уголовнаго уложенія, напримѣръ статью о похищеніи чужаго имущества, и мы увидимъ, что даже ея пониманіе возможно только тогда, когда намъ предварительно извѣстенъ цѣлый рядъ опредѣленій права гражданскаго, государственнаго и т. д. Криминалистъ, ограничивающій свои занятія только уголовными законами, изучаетъ одну только форму, не касаясь ея содержанія; онъ знаетъ, какъ наказываетъ законъ, но очень часто не знаетъ, за что наказываетъ законъ и что стремится онъ охранить своей карой.

Затѣмъ, научное изслѣдованіе не можетъ ограничиться положительнымъ правомъ одного какого-либо народа (правомъ отечественнымъ). Въ качествѣ необходимаго матеріала должны быть привлекаемы опредѣленія права другихъ государствъ. Такой пріемъ изслѣдованія именуется, какъ извѣстно, сравнительнымъ методомъ. Цивилизованнымъ народамъ нашего времени не суждена замкнутая жизнь; международныя вліянія проникаютъ во всѣ сферы, и игнорировать ихъ мы не можемъ. Перенесенное на родную почву, чужестранное учрежденіе приноситъ съ собой и въ самомъ себѣ свое право. Постоянныя международныя сношенія имѣютъ своимъ послѣдствіемъ развитіе цѣлаго ряда, такъ сказать, общенародныхъ институтовъ, которые нисколько не мѣшаютъ самостоятельному развитію учрежденій національныхъ, но для собственнаго своего приложенія и пониманія требуютъ знакомства съ правомъ другихъ странъ. Примѣры многочисленны и извѣстны всѣмъ: все наше новое судопроизводство иностраннаго происхожденія. Можно сказать, что всѣ современныя уложенія Европы, въ томъ числѣ и наше, не остались безъ иноземнаго вліянія; иначе и быть не можетъ. Вся задача, при пользованіи чужеземнымъ матеріаломъ, заключается въ томъ, чтобы не дать ему того значенія, котораго онъ не имѣетъ,— онъ долженъ служить средствомъ для ознакомленія съ опытомъ другихъ народовъ и запасомъ готовыхъ знаній, но не предметомъ слѣпого подражанія. Проповѣдывать исключительно національную замкнутость значитъ отрицать всю новѣйшую исторію и ставить на мѣсто реальной дѣйствительности свою собственную, произвольную утопію.

Этимъ расширеніемъ національныхъ рамокъ рѣзко отличается юриспруденція нашего времени отъ началъ исторической школы, хотя и представляетъ собою не болѣе, какъ послѣдовательное проведеніе и развитіе основныхъ принциповъ этой школы. Историческая школа принимала, что содержаніе права съ естественною необходимостью вытекаетъ изъ внутренней сущности націи и ея исторіи; но процессъ многообразнаго воздѣйствія чуждыхъ, ненаціональныхъ правовыхъ элементовъ на національные не былъ ею оцѣненъ во всемъ его значеніи. Такое ошибочное представленіе имѣло своимъ послѣдствіемъ, что научно-юридическое изслѣдованіе заключено было въ территоріальныя границы, и національность возведена была въ единственный и исключительный принципъ правообразованія. Для нашего времени это увлеченіе національнымъ принципомъ отжило свой вѣкъ.

Далѣе, вслѣдъ за указаннымъ матеріаломъ положительнаго права, выдвигается, въ качествѣ тоже необходимаго для позитивнаго изслѣдованія, матеріалъ бытовой, то-есть господствующія въ обществѣ правовоззрѣнія, хотя бы и не нашедшія себѣ выраженія въ положительномъ правѣ. Этотъ бытовой матеріалъ необходимъ для науки уголовнаго права по отношенію ко всѣмъ цѣлямъ, которыя она преслѣдуетъ: онъ необходимъ и для практическаго примѣненія закона, и для его пониманія и критики, и наконецъ, въ вопросахъ de lege ferenda.

Хорошій практикъ-судья долженъ быть знакомъ со множествомъ бытовыхъ чертъ своего народа, знаніе которыхъ необходимо для правильнаго приложенія уголовнаго закона, но которыя совершенно чужды иностранцу и могутъ быть чужды даже русскому человѣку, въ силу особенностей его воспитанія и образованія. Такое знаніе необходимо, напримѣръ, при обсужденіи случаевъ семейной и домашней кражи въ крестьянскихъ семьяхъ, гдѣ большая часть движимаго имущества считается общею; при обсужденіи, такъ называемыхъ, символическихъ оскорбленій и т. п. Опредѣленіе субъективной виновности во многихъ

случаяхъ пользованія и присвоенія чужого имущества, равнымъ образомъ, можетъ быть сдѣлано правильно лишь при посредствѣ знанія различныхъ обычаевъ и воззрѣній народныхъ и т. д. „Даже для надлежащаго уразумѣнія положеній Уложенія о наказаніяхъ, говоритъ Кистяковскій, изученіе обычаевъ народа представляетъ величайшую важность и въ состояніи бросить яркій свѣтъ на иныя постановленія нашихъ уголовныхъ законовъ. Болѣе обширными и болѣе обстоятельными изслѣдованіями можно будетъ доказать, что то, что́ считается въ нашихъ законахъ заимствованнымъ изъ церковнаго права или иностранныхъ обычаевъ или законовъ, есть кость отъ кости и плоть отъ плоти народной“.

Значеніе народныхъ правовоззрѣній въ вопросахъ de lege ferenda не подлежитъ никакому сомнѣнію; но ближайшее опредѣленіе этого значенія представляется дѣломъ весьма сложнымъ.

Въ литературѣ уголовнаго права мы находимъ по этому вопросу, большею частью, лишь общія указанія: „всякое правоопредѣленіе“, говорятъ, напримѣръ, нѣмецкіе писатели, должно соотвѣтствовать живущей въ обществѣ идеѣ о справедливомъ“; „уголовные законы, не основанные на обычаяхъ страны, всегда будутъ заключать въ себѣ нѣчто отталкивающее, возбуждающее сомнѣніе... уваженіе къ нимъ поэтому ослабляется“; „общенародныя правовоззрѣнія должны лежать въ основѣ уголовнаго правосудія, въ противномъ случаѣ оно не будетъ имѣть жизненной силы“ и т. д. Изъ нашихъ писателей, Мулловъ (Значеніе народныхъ юридическихъ обычаевъ. Журн. М-ства Юстиціи. 1862) прямо говоритъ о возведеніи юридическихъ обычаевъ въ законъ: „такой законъ, созданный изъ свѣжаго матеріала, всегда будетъ жизненнымъ, цѣлительнымъ, а не мертвою только буквою, формою, созданною отвлеченно отъ жизни, ея условій, потребностей. Законодатель долженъ подмѣтить проявленіе юридической, самобытной народной жизни, юридическіе обычаи, и потомъ, подмѣтивши, собравши ихъ, возвести къ единству, къ общимъ началамъ и, на основаніи уже этихъ началъ и общихъ выводовъ, создать законъ, который бы ближе подходилъ къ условіямъ и требованіямъ живой народной жизни“. Однако, думается намъ, даже самый ярый поклонникъ народныхъ обычаевъ долженъ согласиться, что существуютъ такіе обычныя правила и такія правовоззрѣнія, внесеніе которыхъ въ кодексъ равнялось бы возвращенію къ первобытному, младенческому строю правосознанія. Въ самомъ дѣлѣ, нормы народныхъ правовоззрѣній, если онѣ не устарѣли, могутъ соотвѣтствовать лишь наличнымъ, настоящимъ потребностямъ и интересамъ, настоящимъ условіямъ жизни; народныя правовоззрѣнія суть правовоззрѣнія большинства. Между тѣмъ государство имѣетъ въ виду кромѣ настоящаго также интересы и цѣли будущаго; оно является представителемъ и охранителемъ не только большинства гражданъ, но и самаго ничтожнаго меньшинства.

Уголовныя уложенія заключаютъ въ своемъ составѣ различныя части или элементы, по отношенію къ которымъ значеніе народныхъ правовоззрѣній весьма различно. Такихъ элементовъ усматривается четыре: во-первыхъ, конструкція общихъ уголовно-правовыхъ принциповъ, вытекающихъ какъ выводъ изъ частныхъ опредѣленій права различныхъ областей; во-вторыхъ, общія опредѣленія, построенныя при помощи данныхъ, добываемыхъ науками, изучающими природу человѣка; въ-третьихъ, формы наказанія и содержаніе карательныхъ мѣръ; въ-четвертыхъ, опредѣленіе области наказуемыхъ дѣяній и ихъ сравнительной тяжести.

Конструкція общихъ правовыхъ принциповъ, составляющихъ лишь отвлеченіе или выводъ отъ частныхъ опредѣленій права разныхъ областей, каковы: ученіе о дѣйствіи уголовнаго закона во времени и въ пространствѣ; опредѣленія объ уголовной давности; опредѣленіе области частныхъ преступныхъ дѣяній; конструкція института необходимой обороны и т. п. вовсе не можетъ быть подчинена господству народныхъ правовоззрѣній. Юридическое правило non bis in idem давно извѣстно русскому народному правосознанію въ формулѣ „съ одного вола двухъ шкуръ не дерутъ“; порядокъ наказуемости въ случаѣ совокупности преступныхъ дѣяній точно также—„за семь бѣдъ одинъ отвѣтъ“; но уголовный законъ для установленія относящихся къ этимъ вопросамъ положеній вовсе не нуждается въ справкѣ съ народными правовоззрѣніями и тѣмъ менѣе можетъ подчиниться имъ, если бы оказалось, что взглядъ населенія расходится съ представленіями, вытекающими изъ основныхъ принциповъ дѣйствующаго права.

Общія опредѣленія, построенныя на данныхъ, добываемыхъ положительными науками, имѣющими своимъ предметомъ изученіе природы человѣка, равнымъ образомъ не могутъ быть заимствованы законодателемъ изъ народныхъ правовоззрѣній, такъ какъ спеціальныя изслѣдованія въ области физіологіи, психологіи, психіатріи и т. д. недоступны народнымъ массамъ. Таковы общія опредѣленія уголовнаго закона о субъективныхъ условіяхъ вмѣненія, о такъ называемой способности къ вмѣненію и о невмѣняемости малолѣтнихъ.

Наказаніе, его спеціальныя цѣли, формы и карательныя средства опредѣляются наилучшимъ образомъ не народными воззрѣніями на этотъ предметъ, а выводами науки и тѣми административными и финансовыми силами, которыми располагаетъ государство. Въ самомъ дѣлѣ, не придетъ же никому въ голову требовать возстановленія наказаній тѣлесныхъ и наказаній осрамительныхъ на томъ основаніи, что въ правовоззрѣніяхъ народныхъ массъ эти наказанія пользуются полнымъ правомъ гражданства.

Но отступая съ этой стороны передъ выводами науки и воззрѣніями прогрессивнаго меньшинства населенія, народныя правовоззрѣнія являются, съ другой стороны, во многихъ случаяхъ безусловно авторитетными въ цѣломъ рядѣ вопросовъ, касающихся института наказанія. Такъ, прежде всего, законодатель не долженъ устанавливать такихъ формъ наказаній, которыя противны народному правосознанію, хотя бы самъ законодатель былъ убѣжденъ въ полной допустимости и полезности этихъ наказаній. Введеніе въ уложеніе наказаній, против-

ныхъ общенароднымъ правовоззрѣніямъ, повлечетъ за собою искусственные оправдательные приговоры и, если можно такъ выразиться, демонализацію уголовнаго правосудія. Далѣе, на этомъ же основаніи, наказанія по своей тяжести не должны превышать ту мѣру, которая считается справедливою въ народномъ правосознаніи; иначе говоря, наказанія должны быть таковы, чтобы не казались жестокими народному сознанію. Наконецъ, народное правовоззрѣніе является во многихъ случаяхъ единственнымъ авторитетнымъ рѣшителемъ вопроса о сравнительной тяжести наказанія. Сравнительная тяжесть различныхъ формъ лишенія свободы—общаго заключенія, одиночнаго заключенія, ссылки—какъ стоящая въ зависимости отъ народныхъ привычекъ и народнаго характера, можетъ быть съ точностью опредѣлена лишь при помощи народныхъ воззрѣній. Наблюденія надъ отдѣльными случаями, хотя бы и въ большомъ числѣ, имѣютъ въ этомъ вопросѣ большое значеніе, но принципіальнаго рѣшенія, сами по себѣ взятыя, дать не могутъ.

Опредѣленіе области наказуемыхъ дѣяній и опредѣленіе ихъ сравнительной тяжести представляется для составителей наиболѣе трудною частью уголовныхъ уложеній: съ одной стороны они имѣютъ полную, фактическую и юридическую возможность обложить наказаніемъ всякое нарушеніе нормъ правопорядка, а съ другой—связанные принципомъ экономіи карательныхъ мѣръ, они должны ограничиться наказуемостью важнѣйшихъ для правопорядка нарушеній. Такимъ образомъ, опредѣляя область наказуемыхъ дѣяній и распредѣляя ихъ по сравнительнымъ размѣрамъ наказуемости, составители уголовнаго уложенія должны руководствоваться двумя моментами: запрещенностью дѣяній и ихъ тяжестью. Первый моментъ, по общему правилу, зависитъ вовсе не отъ народныхъ правовоззрѣній самихъ по себѣ, а исключительно отъ положительнаго права разныхъ областей—государственнаго, гражданскаго и т. д. Здѣсь уголовное уложеніе безусловно связано прочими государственными законами: уголовное уложеніе не можетъ обложить наказаніемъ дѣяніе, дозволенное законами, сколь бы вредно оно ни было для общества или частныхъ лицъ, сколь бы оно ни было противно народнымъ правовоззрѣніямъ, и наоборотъ, дѣяніе, противное дѣйствующему закону, неизбѣжно должно разсматриваться составителями уголовнаго уложенія какъ правонарушеніе, хотя бы оно представлялось правомѣрнымъ въ народномъ сознаніи. Здѣсь связь уголовнаго закона съ народными правовоззрѣніями устанавливается лишь посредственно; они могутъ совпадать лишь настолько, насколько опредѣленія закона гражданскаго, государственнаго, каноническаго согласны съ народными правовоззрѣніями. Другими словами: область наказуемыхъ дѣяній можетъ согласоваться съ народными правовоззрѣніями лишь настолько, насколько согласуется съ ними законъ государственный, гражданскій и проч. Установить въ этой сферѣ согласіе уголовнаго закона съ народными правовоззрѣніями можно только посредствомъ согласованія съ ними прочихъ законовъ государства—уголовный законъ тогда имъ неизбѣжно послѣдуетъ. Таково общее правило. Оно подвергается слѣдующему ограниченію.

Законъ гражданскій и государственный можетъ и не опредѣлить исчерпывающимъ образомъ юридическія отношенія гражданъ въ томъ смыслѣ, что извѣстныя дѣянія останутся безъ юридической квалификаціи, т.-е. останется рядъ такихъ дѣйствій, относительно которыхъ ни непосредственно, ни посредствомъ умозаключенія, нельзя будетъ, на основаніи законовъ гражданскихъ и государственныхъ, сдѣлать вывода о ихъ правомѣрности, а приходится лишь довольствоваться общей формулой: все, что не запрещено, то дозволено. Въ этихъ случаяхъ законъ уголовный можетъ выступить самъ съ запрещеніями, не рискуя стать въ противорѣчіе съ другими законами. Здѣсь широкій просторъ примѣненію народныхъ правовоззрѣній. Область эта не велика, но для обыденной жизни весьма значительна: сюда войдутъ по преимуществу дѣянія, дѣйствительнаго вреда не причиняющія, но опасныя, заключающія въ себѣ опасность вреда, а также дѣянія, противныя общественнымъ нравамъ.

Вторымъ моментомъ, опредѣляющимъ область преступныхъ дѣяній и вмѣстѣ съ тѣмъ распредѣленіе ихъ въ лѣстницѣ по размѣрамъ наказуемости, является тяжесть правонарушенія; не все то облагается наказаніемъ, что неправомѣрно, что запрещено, и не всѣ преступныя дѣянія облагаются одинаковыми наказаніями. Между тѣмъ, всѣ запреты и всѣ повелѣнія законодателя, какъ таковые, представляются одинаковыми; различаются лишь интересы, ими опредѣляемые. Чѣмъ же руководствуемся мы, говоря, что грабежъ долженъ быть облагаемъ большими наказаніями, чѣмъ кража; эта послѣдняя—большими, чѣмъ мошенничество, утайка и т. д.? Чѣмъ руководствуемся мы, говоря, что въ нынѣ дѣйствующемъ Уложеніи размѣръ наказаній очень часто не соотвѣтствуетъ тяжести преступныхъ дѣяній? Исключительно господствующими въ обществѣ правовоззрѣніями, въ которыхъ отразилась вся совокупность условій дѣйствительной жизни,—никакой другой опредѣленной мѣрки для оцѣнки важности преступныхъ дѣяній мы не имѣемъ. Въ этой сферѣ уголовный законъ наиболѣе независимъ отъ права другихъ областей и, за немногими изъятіями, въ которыхъ дѣйствующіе законы даютъ несомнѣнныя, хотя и не отчетливо выраженныя, указанія для опредѣленія сравнительной тяжести преступныхъ дѣяній, онъ всегда можетъ руководствоваться господствующими въ обществѣ воззрѣніями и долженъ это сдѣлать, насколько народныя правовоззрѣнія, какъ правовоззрѣнія большинства, не будутъ противорѣчить ясно сознаннымъ культурнымъ цѣлямъ законодательства, носителемъ которыхъ можетъ явиться и незначительное прогрессивное меньшинство. Это по-

слѣднее положеніе вещей создается тогда, когда дѣяніе, съ точки зрѣнія народныхъ воззрѣній неважное, хотя бы въ силу привычки къ нему населенія (напримѣръ взятки), вызываетъ особыя мѣры репрессіи со стороны законодателя.

Такъ опредѣляется та область, въ которой имѣютъ для уголовнаго закона посредственное значеніе народныя правовоззрѣнія и въ которой, слѣдовательно, такъ нами названный, бытовой матеріалъ долженъ быть привлекаемъ для научнаго изслѣдованія вопросовъ уголовнаго права.

Однако, и весь этотъ, указанный нами, многообразный матеріалъ положительнаго права, отечественнаго и иностраннаго, и матеріалъ бытовой оказывается недостаточнымъ. Въ массѣ случаевъ наука уголовнаго права нуждается въ выводахъ и положеніяхъ другихъ наукъ, имѣющихъ своимъ предметомъ и человѣка какъ индивида, и человѣческое общество. На первомъ планѣ здѣсь выдвигается исторія (исторія общая и исторія права какъ отдѣльная вѣтвь), а затѣмъ и многія другія науки.

Независимо отъ исторіи текста дѣйствующаго закона, который даетъ ключъ къ пониманію его, наука уголовнаго права не можетъ ограничиться однимъ дѣйствующимъ уголовнымъ закономъ, оставивъ въ сторонѣ его прошлое, его исторію. Прослѣдивъ происхожденіе извѣстнаго института или законоположенія, мы узнаемъ тѣ условія, которыя породили его и которыя вліяли на его развитіе; зная это, мы имѣемъ возможность оцѣнить его современное значеніе, иначе говоря, мы получаемъ возможность рѣшить: должно ли быть это законоположеніе сохранено, или оно должно уступить мѣсто другому, какъ потерявшее свое жизненное основаніе, вслѣдствіе измѣнившихся условій. Каково должно быть это новое законоположеніе—при разрѣшеніи этого вопроса изученіе прошлыхъ эпохъ даетъ опять-таки незамѣнимое руководство вѣкового опыта. Однимъ словомъ, для пониманія, оцѣнки и критики уголовнаго закона необходимо знать его исторію; въ противномъ случаѣ всѣ наши сужденія лишены будутъ прочнаго основанія. Выяснить условія образованія и развитія правовыхъ институтовъ возможно только путемъ историческаго ихъ изученія. Историческое направленіе ведетъ за собою не регрессъ уголовнаго законодательства, не возвращеніе къ старымъ формамъ, а наоборотъ, оно есть необходимое условіе прочнаго прогресса. Создать идеалъ, болѣе или менѣе окрашенный субъективнымъ произволомъ, создать утопію, заключающуюся въ отрицаніи всего существующаго, возможно и безъ помощи историческаго изслѣдованія; но дать законоположеніе, соотвѣтствующее потребностямъ данной эпохи, можетъ только тотъ, кто знаетъ условія этой эпохи и изучилъ ихъ основанія въ прошедшемъ. Всякая эпоха есть результатъ предшествующей, и безъ нея она немыслима; мы не

можемъ поставить рядомъ XVII и XIX вѣкъ, исключивъ XVIII; ввести законъ XIX вѣка въ эпоху XVII вѣка было бы не прогрессомъ, а камнемъ преткновенія на его пути. Точно такъ же не можемъ мы проповѣдывать нынѣ возстановленія порядковъ XVII столѣтія, какъ идеаловъ старины; говоря объ изученіи старины, мы говоримъ не о возвращеніи къ ней, а объ изслѣдованіи въ ней источниковъ и корней настоящаго. „Не буква стараго закона нужна намъ, говоритъ Савиньи (Savigny, vom Beruf), а духъ его; духъ же можно узнать только изъ старой буквы. Задача историческаго метода заключается не въ охраненіи устарѣвшаго матеріала, а въ томъ, чтобы прослѣдить существующій матеріалъ до его корней и такимъ образомъ открыть органическій принципъ, въ силу котораго то, что̀ еще имѣетъ жизнь, само собою отдѣлится отъ того, что уже умерло и принадлежитъ лишь исторіи“.

Въ нашемъ правѣ мы находимъ множество примѣровъ того, какія нежелательныя явленія возникаютъ въ законѣ и въ жизни вслѣдствіе отсутствія правильнаго историческаго метода въ разработкѣ вопросовъ de lege ferenda. Въ нашемъ Уложеніи, рядомъ съ цѣлыми отдѣлами, совершенно устарѣвшими въ виду измѣнившихся условій жизни, встрѣчаются такія положенія, для которыхъ еще многіе десятки, а можетъ быть и сотни лѣтъ лучшимъ прогрессомъ было бы возведеніе къ началамъ Уложенія царя Алексѣя Михаиловича. Старое русское право, напримѣръ, дѣлало изъ конокрадства особый квалифицированный видъ татьбы. Позднѣйшее законодательство отказалось отъ этого, и только законы 1880 и 1899 года вернулись къ древнѣйшему воззрѣнію на конокрадство. Старое право квалифицировало коневую татьбу по тѣмъ соображеніямъ, что кража лошади разрушаетъ благосостояніе земледѣльца. Эти условія не измѣнились и въ новое время; отказавшись отъ квалификаціи конокрадства, новое право сдѣлало крупную ошибку. Ничему другому, какъ тому же противуисторическому направленію въ законодательствѣ и теоріи, можемъ мы приписать далѣе и слѣдующее обстоятельство: наше законодательство только въ 1864 году въ Судебныхъ Уставахъ дошло до признанія того несомнѣннаго положенія, что всякій, чья виновность не доказана, долженъ считаться невиновнымъ. Старый процессъ съ своимъ „оставленіемъ въ подозрѣніи“ стоялъ въ прямомъ противорѣчіи съ этимъ правиломъ, а между тѣмъ, мы имѣемъ несомнѣнное доказательство, что въ древнемъ русскомъ правѣ оно сознавалось вполнѣ отчетливо—именно, мы имѣемъ пословицу: „не пойманъ—не воръ“. Это юридическое правило забылось, затерялось, и потребовалось много работы и борьбы, чтобы возстановить его снова. Положеніе: не пойманъ—не воръ, есть основная идея нашего теперешняго устава уголовнаго судопроизводства и одно изъ наиболѣе дорогихъ пріобрѣтеній новой эпохи. Другое подобное же положеніе: non bis in idem, т.-е. что оправданный или обвиненный вошедшимъ въ законную силу приговоромъ не можетъ быть привлеченъ вновь къ отвѣтственности по тому же дѣлу, сказывается, хотя и не столь ясно, въ другой пословицѣ: „съ одного вола двухъ шкуръ не деруть“. И это правило если и сознавалось до 1864 года, то весьма не твердо.

Вслѣдъ за исторіей выдвигаются и другія науки. Выводы и положенія, добываемые, напримѣръ, физіологіей и психологіей, на каждомъ шагу бываютъ нужны криминалисту въ его работѣ. Такъ, разрѣшить

1 Сл. Законъ 6/VI 09

вопросъ о срокѣ невмѣняемости малолѣтнихъ можно лишь посредствомъ пользованія, въ качествѣ матеріала, данными, установленными именно физіологіей и психологіей. Извѣстныя положенія психіатріи необходимы при опредѣленіи случаевъ невмѣняемости душевно-больныхъ. Новѣйшія ученія о значеніи повторяемости преступныхъ дѣяній вырабатываются при посредствѣ данныхъ, добываемыхъ статистикой и т. д. Опредѣлить исчерпывающимъ образомъ этотъ матеріалъ, черпаемый уголовнымъ правомъ изъ другихъ наукъ, нѣтъ никакой возможности: онъ многообразенъ до безконечности и постоянно расширяется по мѣрѣ умноженія человѣческихъ знаній. Мы можемъ лишь сказать, что во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда для криминалиста-изслѣдователя встрѣтится надобность въ положеніяхъ, опредѣляющихъ свойства природы человѣка или человѣческаго общества, онъ долженъ обратиться за ними къ соотвѣтствующимъ наукамъ, которыя посредствомъ своихъ спеціальныхъ методовъ и пріемовъ наилучшимъ образомъ установляютъ необходимыя для него данныя. Ни въ какомъ случаѣ криминалистъ-теоретикъ не можетъ произвольно установлять какія-либо свои формулы этого рода, не добытыя путемъ спеціальнаго научнаго изслѣдованія.

Вооруженная такимъ матеріаломъ, иначе говоря, снабженная всѣми необходимыми выводами положительныхъ наукъ, изучающихъ человѣка и человѣческое общество, наука уголовнаго права сама является наукой положительной или позитивной.

Но не трудно видѣть, что, кромѣ изслѣдованія юридическаго, тотъ же предметъ—преступное дѣяніе и наказаніе—можетъ подлежать изслѣдованіямъ иного рода, отличающимся отъ юридическаго и по методамъ работы, и по цѣлямъ.

Прежде всего, здѣсь выдвигаются изслѣдованія біологическаго характера. Такъ, возможно поставить предметомъ научнаго изслѣдованія, съ одной стороны, душевныя движенія лица, совершающаго преступное дѣяніе, а съ другой—его физіологическія и анатомическія особенности. Если изученіе первыхъ покажетъ, что психическіе процессы, движущіе рукою преступника совершаются въ иномъ порядкѣ или опредѣляются иными силами, чѣмъ тѣ, которымъ подчиняется дѣятельность не преступника (человѣка вообще, нормальнаго человѣка), а изученіе вторыхъ—что классу преступниковъ присущи какія-либо особенныя черты физіологическія или анатомическія,—если это будетъ доказано, то мы получимъ самостоятельныя біологическія изслѣдованія о преступникѣ и преступности.

Далѣе, независимо отъ изслѣдованія біологическаго—психологическаго, физіологическаго, анатомическаго—точно также возможно изслѣдованіе преступнаго дѣянія и наказанія съ точки зрѣнія соціологической. Можно разсматривать преступное дѣяніе, какъ явленіе соціальной жизни, подчиняющееся законамъ этой жизни такъ же, какъ и всякое

другое явленіе, и поставить цѣлью изслѣдованія выясненіе и формулированіе этихъ законовъ. Статистическія изысканія внѣ всякаго сомнѣнія доказали, что преступное дѣяніе есть явленіе, управляемое извѣстными законами, изслѣдованіе и формулированіе которыхъ не только возможно, но и необходимо для блага человѣческаго общества. Не подлежитъ никакому сомнѣнію, что государственное и административное устройство страны, религія жителей, общественныя и семейныя отношенія, умственное и экономическое положеніе, привычки, потребности и т. д. принадлежатъ къ числу тѣхъ факторовъ, которые своимъ совокупнымъ дѣйствованіемъ управляютъ возникновеніемъ, количествомъ и распредѣленіемъ преступныхъ дѣяній. Равнымъ образомъ всякое событіе въ исторической жизни народа оказываетъ свое вліяніе на эту сторону общественной жизни. Можно, не боясь ошибки, сказать, что голодный годъ повлечетъ за собою увеличеніе преступныхъ дѣяній въ болѣе или менѣе отдаленномъ будущемъ; что злоупотребленія въ администраціи — тоже и т. п. Извѣстна фраза Кетле, что преступленіе есть своего рода подать, которую выплачиваетъ каждый народъ съ неменьшею аккуратностью, какъ и обыкновенную подать. Вопросъ о значеніи преступнаго дѣянія въ соціальной жизни, о причинахъ его возникновенія и законахъ распредѣленія, очевидно, подлежитъ точно такимъ же изслѣдованіямъ, какъ и всякое другое явленіе въ этой области—рожденіе, браки, эмиграція, образованіе общественныхъ группъ, рабочая плата и т. д. То же самое можно сказать и по отношенію къ наказанію; наказаніе, кромѣ анализа юридическаго, можетъ быть разсматриваемо, какъ и преступное дѣяніе, съ соціальной точки зрѣнія. Являясь для юриста необходимымъ послѣдствіемъ всякаго преступнаго дѣянія, имѣющимъ, сверхъ того, ту или другую спеціальную цѣль,—для соціолога наказаніе представляется такимъ явленіемъ, которое отвлекаетъ рабочія руки отъ производительнаго труда или переселяетъ массу гражданъ изъ одной мѣстности въ другую, или оказываетъ вліяніе на выработку извѣстныхъ чертъ народнаго характера, или служитъ источникомъ образованія новыхъ бытовыхъ институтовъ—тюремной общины, каторжной артели и т. п. Преступное дѣяніе и наказаніе находятся въ этомъ отношеніи не въ исключительномъ положеніи; другіе институты права подлежатъ точно такъ же двоякому изслѣдованію—бракъ, собственность, владѣніе, наслѣдство, рабство, крѣпостное право.

Всѣ изслѣдованія указанныхъ категорій, какъ біологическія, такъ и соціологическія, будутъ, конечно, вполнѣ научны, такъ какъ они имѣютъ своею цѣлью изученіе законовъ, по которымъ живетъ и развивается человѣкъ и человѣческое общество; всякій шагъ впередъ на этомъ пути мы должны привѣтствовать, какъ новый лучъ свѣта въ области человѣческаго вѣдѣнія. Они имѣютъ сверхъ того и ближайшее значеніе для уголовнаго права, какъ науки юридической. Новая наука

уголовнаго права весьма много обязана изслѣдованіямъ этого рода. Вопросъ о свободѣ воли человѣка и послѣдовавшій за нимъ пересмотръ ученія о вмѣненіи вызванъ именно ими; вся система наказаній переработана подъ ихъ же вліяніемъ—формы наказаній измѣнялись по мѣрѣ того, какъ выяснялось значеніе ихъ для человѣка и общества; ученіе о повторяемости преступныхъ дѣяній (преступныя дѣянія по привычкѣ, преступныя дѣянія какъ ремесло) обязано своимъ происхожденіемъ тому же источнику. Такихъ вопросовъ множество. Изслѣдованіе преступнаго дѣянія въ его біологическомъ и соціальномъ значеніи является, далѣе, однимъ изъ главныхъ руководствъ и для организаціи предупредительной дѣятельности въ широкомъ смыслѣ; мы знаемъ, напримѣръ, что въ извѣстное время года и дня число кражъ въ городахъ увеличивается (въ темныя осеннія ночи); мы знаемъ, что нѣкоторыя преступныя дѣянія (напримѣръ, зажигательство) находятся нерѣдко въ зависимости отъ возраста; мы знаемъ, что физіологическое состояніе роженицы служитъ нерѣдко главнымъ источникомъ стремленія къ дѣтоубійству и т. д. Сколь ни ясны и просты кажутся эти положенія, но всѣ они добыты исключительно наблюденіемъ и анализомъ преступнаго дѣянія не съ юридической, а съ біологической и соціологической точки зрѣнія; безъ нихъ эти положенія могли бы являться лишь въ видѣ простыхъ апріорныхъ предположеній, лишенныхъ всякаго опредѣленнаго содержанія. Но, признавая все это, мы въ то же время не должны забывать, что юридическая точка зрѣнія на этотъ предметъ—преступное дѣяніе и наказаніе—совершенно иная, что юридическое изслѣдованіе ставитъ и разрѣшаетъ совершенно иные вопросы и служитъ инымъ задачамъ.

Всякая наука опредѣляется тремя моментами: предметомъ, цѣлью и методомъ. При тождествѣ этихъ трехъ моментовъ въ какихъ-либо двухъ изслѣдованіяхъ мы можемъ сказать, что оба эти изслѣдованія входятъ или должны войти въ составъ одной и той же науки, и наоборотъ, если эти три момента различествуютъ, то и изслѣдованія, о которыхъ идетъ рѣчь, не могутъ быть соединяемы воедино, въ одну цѣльную систему.

Цѣль юридическаго изслѣдованія указана выше; ни біологическое, ни соціологическое изслѣдованіе не имѣютъ такихъ спеціальныхъ практическихъ цѣлей. Соціологъ стремится къ одному: опредѣлить значеніе и мѣсто преступнаго дѣянія въ ряду другихъ явленій соціальной жизни, слѣдовательно, стремится къ разрѣшенію задачи, общей всѣмъ соціологическимъ изысканіямъ—прослѣдить и формулировать законы развитія человѣческаго общежитія; біологъ, анализируя связь преступности съ организаціей человѣка, точно такъ же имѣетъ въ виду цѣль, общую всей біологіи — опредѣлить законы развитія человѣческаго организма. Этимъ кончается ихъ задача. Добытыя ими положенія принимаются

другими науками, имѣющими практическія цѣли, за отправныя точки, за руководство для дальнѣйшихъ разсужденій въ извѣстномъ спеціальномъ направленіи—уголовнымъ правомъ (какъ юридической наукой), полицейскимъ правомъ, финансовымъ правомъ, наукой судопроизводства и т. д.

Не менѣе рѣзко различаются между собою и методы. Юридическое изслѣдованіе принимаетъ за свою отправную точку не какое-либо конкретное преступное дѣяніе, а всегда дѣяніе, взятое въ отвлеченіи, какъ родовое понятіе. Соціологическое изслѣдованіе исходитъ отъ преступнаго дѣянія, какъ явленія конкретнаго и притомъ многократнаго; оно беретъ отправной точкой не преступное дѣяніе въ отдѣльности, въ его отвлеченіи, а цѣлую массу конкретныхъ случаевъ, и оперируетъ съ большими ихъ числами, такъ какъ только изъ этихъ послѣднихъ можно вывести какіе-либо законы, по которымъ развивается общежитіе и которые въ немъ дѣйствуютъ. Біологическое изслѣдованіе, равнымъ образомъ, исходитъ отъ наблюденій надъ конкретными личностями, а въ дальнѣйшихъ выводахъ и обобщеніяхъ идетъ тѣми путями, которые примѣняются вообще въ наукахъ естественныхъ.

Такимъ образомъ, мы приходимъ къ заключенію, что юридическое изслѣдованіе, съ одной стороны, біологическое и соціологическое, съ другой—различны и по цѣлямъ, и по методу, а посему не могутъ входить въ составъ одной системы, одной науки; такое соединеніе можетъ быть лишь механическимъ, но отнюдь не внутреннимъ. Наука уголовнаго права, въ качествѣ науки юридической въ тѣсномъ смыслѣ, не можетъ дать въ своей системѣ мѣста ни біологическому, ни соціологическому изслѣдованію о преступномъ дѣяніи и наказаніи. Эти послѣднія изслѣдованія, являясь, какъ мы видѣли, въ высшей степени важными для юридической науки, имѣютъ въ то же время совершенно самостоятельное научное значеніе и, слѣдовательно, могутъ образовать собою самостоятельныя науки; но съ уголовнымъ правомъ они никогда не сольются.

Вопросъ о соединеніи соціологическаго изслѣдованія о преступленіи и наказаніи съ юридическимъ является однимъ изъ самыхъ живыхъ и бойкихъ вопросовъ въ нашей новѣйшей литературѣ. Во избѣжаніе недоразумѣній необходимо имѣть въ виду, что, совершенно независимо отъ общаго методологическаго вопроса о такомъ соединеніи, въ сочиненіяхъ по уголовному праву нерѣдко вводились и понынѣ вводятся разнообразные соціологическіе этюды по тому или другому поводу; однако, такія вставки всегда являются искусственно присоединенными и, при большомъ объемѣ, рѣзко нарушаютъ послѣдовательность и единство систематическаго изложенія. Иногда подобнаго рода вставки дѣлаются подъ вліяніемъ желанія сообщить читателю новыя свѣдѣнія и мысли, которыя еще не нашли себѣ выраженія въ литературѣ или разысканіе которыхъ представляетъ для читателя особыя трудности; иногда—по соображеніямъ, если можно такъ выразиться, педагогическимъ, когда авторъ прибѣгаетъ къ такому пріему для того, чтобы отчетливѣе иллюстрировать, въ реальныхъ образахъ, предметъ своего изло-

женія. Послѣднее мы чаще всего встрѣчаемъ въ ученіи о наказаніи. При умѣренномъ пользованіи это не вредитъ достоинству сочиненій, въ особенности сочиненій учебнаго свойства; соціологическое изслѣдованіе о преступленіи и наказаніи не сложилось еще въ опредѣленную научную систему—ни въ видѣ самостоятельной науки, ни въ видѣ законченной части въ составѣ какой-либо другой, болѣе обширной отрасли обществовѣдѣнія—а поэтому нѣкоторыя нарушенія систематическаго единства въ соприкасающихся дисциплинахъ могутъ быть признаны даже нормальными. Но все это не можетъ служить основаніемъ къ принципіальному объединенію различнаго рода изслѣдованій въ одной наукѣ точно такъ же, какъ два сочиненія въ одномъ переплетѣ не могутъ составить одного цѣлаго.

2. *Исторія науки уголовнаго права.*

Кистяковскій, Учебникъ угол. права. **Таганцевъ**, Русск. Угол. право. **Фельдштейнъ**, Предисловіе въ книгѣ „Россійское уголовное право Солнцева". 1907.

Какъ самостоятельная наука, уголовное право появляется лишь у новыхъ народовъ. Дошли, правда, до насъ отрывки сочиненій римскихъ юристовъ о преступномъ дѣяніи и наказаніи (въ 47 и 48 кн. Дигестъ); но они представляютъ лишь первыя, слабыя попытки научнаго систематическаго изложенія уголовнаго права. Преподаваніе уголовнаго права впервые начинается въ Болонскомъ, а затѣмъ и другихъ итальянскихъ университетахъ въ концѣ XII вѣка, и въ слѣдующемъ только столѣтіи появляются монографическія изслѣдованія итальянскихъ писателей по различнымъ вопросамъ уголовнаго права. Предметомъ изученія и разработки, какъ въ Италіи, такъ и въ другихъ странахъ Западной Европы, служило преимущественно римское и каноническое уголовное право; національное же, какъ писанное, такъ и обычное право являлось лишь матеріаломъ добавочнымъ. Методъ преподаванія былъ по преимуществу глоссаторскій или толковательный: цитировалось какое-либо положеніе закона, затѣмъ приводились комментаріи къ нему всѣхъ извѣстныхъ ученыхъ; въ заключеніе присоединялось обыкновенно и свое личное мнѣніе. Такъ продолжалось дѣло до XVIII столѣтія. Въ этомъ столѣтіи подверглось критикѣ старое уголовное право и въ основу его положены новыя начала, болѣе соотвѣтствовавшія народившимся потребностямъ времени. Представителями новаго направленія выступили: Томазій, Беккарія, Монтескье. Съ этого времени полагается начало науки уголовнаго права въ современномъ значеніи этого слова, какъ систематическаго изложенія, построеннаго по возможности на общихъ основахъ. Выраженіемъ этого стремленія къ обобщенію является общая часть науки уголовнаго права, которая на долгое время получаетъ преобладающее значеніе. Во главѣ движенія становятся нѣмецкіе юристы и нѣмецкая литература.

Сообразно господствующему настроенію философской мысли той эпохи, разработка вопросовъ общей части уголовнаго права приняла въ значительныхъ и

даже въ преобладающихъ размѣрахъ философско-метафизическій характеръ. Это направленіе науки стремится разъяснить существующее и создать порядокъ наилучшаго не на основаніи изученія реальныхъ свойствъ человѣка и человѣческаго общества, а на основаніи тѣхъ или другихъ, абсолютныхъ, выше людей стоящихъ, незыблемыхъ идей, принциповъ и императивовъ, каковы: законъ справедливости, то-есть законъ воздаянія зломъ за зло, добромъ за добро, царствующій въ мірѣ; законъ справедливости, врожденный человѣку; стремленіе къ миру и влеченіе къ обществу, равнымъ образомъ врожденныя человѣку свыше; безусловное велѣніе разума каждаго человѣка согласовать свою свободу со свободою другихъ и т. д. Отправляясь отъ такихъ абсолютныхъ положеній и въ дальнѣйшихъ выводахъ руководствуясь лишь законами логики, философы, представители этого направленія, создавали цѣлыя системы нормъ безусловнаго, изъ существа вещей происходящаго „естественнаго права". Они исходили изъ того предположенія, что „разумъ можетъ творить право изъ самаго себя, свободно, чисто отвлеченнымъ образомъ, отрѣшившись отъ всѣхъ реальностей жизни" (Adickes, Zur Lehre v. d. Rechtsquellen); „что выясненіе вѣчныхъ основаній положительнаго права можетъ быть дано не эмпирическимъ знаніемъ, а только знаніемъ сверхчувственнымъ, получаемымъ познающимъ умомъ непосредственно, помимо чувственнаго опыта" (Коркуновъ, Общая теорія права). Сообразно этому, составленіе уголовныхъ уложеній на „умозрительныхъ началахъ", какъ выражались у насъ въ началѣ прошлаго столѣтія,—вотъ, съ точки зрѣнія естественной школы, идеалъ всякаго законодательства, а вмѣстѣ съ тѣмъ и идеалъ развитія положительнаго права. Въ самомъ дѣлѣ, если мы примемъ, „что существуетъ естественное или раціональное право, какъ идеальное законодательство для всѣхъ временъ и для всѣхъ случаевъ"—отправная точка школы естественнаго права,—то намъ останется только искать его, отрѣшившись отъ всякой реальной дѣйствительности, и, открывъ, „усовершенствовать имъ разъ навсегда положительное право" (Savigny, Vom Beruf).

Не трудно видѣть, что такая постановка должна была въ концѣ концовъ привести къ результату, прямо противоположному основной идеѣ всего направленія: исходя отъ признанія вѣчныхъ, незыблемыхъ началъ въ правѣ и отрицая разумность и обязательность существующаго, какъ измѣнчиваго и произвольнаго,—школа естественнаго права возлагала на законодателя обязанность внести эти идеальныя начала въ законъ и, такимъ образомъ, превращала законодательную дѣятельность въ актъ вполнѣ самостоятельнаго субъективнаго произвола законодателя, созидающаго законы посредствомъ своихъ „умозрительныхъ" разсужденій. Еще въ началѣ прошлаго столѣтія Гуго и Савиньи, „въ противоположность безумной мечтѣ школы естественнаго права, которая считала возможнымъ нормировать всѣ отношенія посредствомъ абстрактнаго, самодѣльнаго (Selbstgemachten) права", выставили принципъ историческаго бытія права и его внутренней связи со всею жизнью народовъ. Тѣмъ не менѣе, нельзя не сознаться, что наука уголовнаго права до сихъ поръ еще не вполнѣ отрѣшилась отъ пріемовъ философско-метафизическаго направленія. Кромѣ болѣе или менѣе цѣльныхъ ученій метафизическаго свойства, въ учебникахъ и монографіяхъ понынѣ нерѣдко встрѣчаются разныя метафизическія мысли, положенія и разсужденія.

Но рядомъ съ систематическимъ изслѣдованіемъ не умираетъ безслѣдно и глоссаторскій пріемъ; изъ него вырабатывается особая отрасль литературы, достигшая блестящаго развитія во Франціи,—комментарій. Служа по преимуществу цѣлямъ судебной практики, комментаторская разработка законодательства неизбѣжно выдвигала на видное мѣсто вопросы о составѣ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, т.-е. вопросы осо-

бенной части уголовнаго права, и тѣмъ самымъ создавала противовѣсъ увлеченію общими и широкими проблемами въ нѣмецкой литературѣ.

Девятнадцатому вѣку принадлежитъ полное развитіе современной науки уголовнаго права. Крупнѣйшимъ представителемъ этой эпохи является баварскій юристъ Ансельмъ Фейербахъ, труды котораго, относящіеся къ послѣднимъ годамъ XVIII и началу XIX столѣтія, сохраняютъ свое значеніе понынѣ (Anselm Feuerbach: Revision der grundsätze und grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts; Lehrbuch des gemeinen peinlichen Rechts). Переживъ колебанія, вызванныя вліяніемъ тенденцій естественнаго права и метафизической философіи, наука уголовнаго права твердо пошла по намѣченному Фейербахомъ пути и скоро заняла свое теперешнее мѣсто въ ряду самостоятельныхъ позитивныхъ юридическихъ наукъ съ тѣми цѣлями, методомъ и содержаніемъ, которые указаны выше. Съ половины XIX столѣтія къ общему движенію уголовной науки примыкаютъ и русскіе юристы. Въ началѣ столѣтія появляются переводы выдающихся иностранныхъ сочиненій, въ томъ числѣ, однимъ изъ первыхъ, учебника Фейербаха; вслѣдъ затѣмъ начинаетъ развиваться отечественная литература, на первыхъ шагахъ въ полномъ подчиненіи нѣмецкимъ образцамъ и въ значительной мѣрѣ компилятивная. Съ шестидесятыхъ годовъ, въ трудахъ Н. С. Таганцева, а также А. Ѳ. Кистяковскаго и Н. А. Неклюдова, она вступаетъ на путь самостоятельной разработки научныхъ вопросовъ и нынѣ, отражая въ себѣ всѣ движенія западно-европейской мысли, представляетъ собою значительный запасъ изслѣдованій, вполнѣ пригодныхъ какъ для научно-учебныхъ цѣлей, такъ и для нуждъ русскаго законодательства.

Періодъ наибольшаго расцвѣта науки уголовнаго права, вторая половина XIX вѣка, былъ въ тоже время и періодомъ, когда выдвинулись нѣкоторые новые постулаты и программы, положившіе основаніе особымъ, нынѣ развивающимся школамъ и направленіямъ. Краеугольнымъ камнемъ для новыхъ теченій послужили, съ одной стороны, предположеніе о біологическихъ свойствахъ личности преступника и наблюденія психологическія, а съ другой—изслѣдованія соціальнаго значенія преступныхъ дѣяній и наказаній. Послѣ нѣсколькихъ разрозненныхъ попытокъ въ этомъ направленіи, въ семидесятыхъ годахъ, рѣзко противополагаясь господствующей наукѣ, выдвигаются двѣ школы: уголовно-антропологическая и уголовно-соціологическая или уголовно-политическая. При этомъ господствующее направленіе получило названіе старой или классической школы. Уголовно-антропологическое направленіе, послѣ кратковременнаго блестящаго успѣха, скоро потеряло свой авторитетъ въ наукѣ и нынѣ можетъ считаться оставленнымъ.

Положенная въ основу ученія антропологической школы мысль о зависимости стремленія къ совершенію преступныхъ дѣяній отъ психическихъ, физіологическихъ и анатомическихъ особенностей субъектовъ давно уже высказывалась въ литературѣ и давно уже послужила отправною точкою не только отдѣльныхъ изслѣдованій, но и цѣлыхъ школъ или философскихъ системъ въ наукѣ. На этой почвѣ сложились извѣстныя старыя теоріи френологовъ, кефалометровъ, матеріалистовъ и проч., устанавливавшія связь между стремленіемъ къ преступленію и различными анатомическими или физіологическими особенностями человѣка—строеніемъ черепа, количествомъ мозга и т. д. На этой же почвѣ сложилась теорія, признававшая стремленіе къ совершенію преступныхъ дѣяній видомъ душевной болѣзни, помѣшательствомъ особаго рода. Во главѣ этого послѣдняго направленія стоялъ англійскій врачъ Томсонъ; къ нему же примыкаютъ ученія Каспера, Клафама, Кларка, Маудсли и др. Не имѣя за собою достаточнаго числа положительныхъ доказательствъ, всѣ эти теоріи недолго имѣли значеніе въ наукѣ, хотя нѣкоторыя изъ нихъ и пользовались кратковременнымъ успѣхомъ. Антропологическая школа нашего времени, построенная на изученіи всего организма, пришла къ выводу, что преступникъ есть человѣкъ, какъ бы особой, низшей расы въ современномъ обществѣ; что стремленіе къ совершенію преступныхъ дѣяній вытекаетъ изъ цѣлаго ряда патологическихъ чертъ атавистическаго происхожденія. Отсюда—ученіе о прирожденномъ преступникѣ, какъ о преступномъ типѣ. Главою школы является итальянскій врачъ Ломброзо. Сочиненіе его Uomo delinquente, переведенное на французскій и нѣмецкій языки (L'homme criminel, trad. par Regnier et Bournet. Der Verbrecher von Cesare Lombroso in deutscher Bearbeitung v. Fraenkel), послужило началомъ цѣлой литературы того же направленія и привлекло въ свое время множество послѣдователей (Ферри, Гарофало, Марсели и др.), частью продолжавшихъ опытныя наблюденія надъ міромъ преступниковъ, частью же обратившихся непосредственно къ болѣе легкой работѣ—къ проектированію разнаго рода практическихъ мѣръ, сообразно результатамъ біологическихъ наблюденій.

Уголовно-соціологическое направленіе, представляемое въ нѣмецкой литературѣ Листомъ (Liszt), а въ русской И. Я. Фойницкимъ, продолжаетъ развиваться понынѣ, какъ въ Западной Европѣ, такъ и у насъ въ Россіи; оно въ свою очередь раздѣлилось на нѣсколько оттѣнковъ или вѣтвей, одна изъ которыхъ, сложившаяся въ Италіи подъ сильнымъ вліяніемъ нѣкоторыхъ положеній антропологической школы, носитъ названіе „третьей“ школы уголовнаго права.

Строго говоря, ни моментъ личности преступника, ни соціальное значеніе преступнаго дѣянія и наказанія не игнорируются, какъ мы видѣли выше, классической школой. Конечно, эти моменты могутъ быть принимаемы въ соображеніе въ большей или меньшей степени и размѣрахъ; отсюда должны возникать различія во взглядахъ и мнѣніяхъ по многимъ вопросамъ, — но это не могло бы и не должно служить основаніемъ къ противоположенію школъ въ наукѣ. Противоположеніе создается въ дѣйствительности тѣмъ, что представители новыхъ направленій настаиваютъ на соединеніи біологическаго и соціологическаго изслѣдованія съ юридическимъ въ одной научной системѣ или даже на замѣщеніи юридическаго изслѣдованія соціологическимъ. Эта методологическая ошибка много вредитъ ясности представленій и неизбѣжно задерживаетъ послѣдовательное развитіе науки, создавая два или, счи-

BIBLIOTEKA UNIWERSYTECKA W BIAŁYMSTOKU CZYTELNIA

тая антропологическую школу, даже три какъ бы враждебныхъ лагеря, изъ которыхъ новѣйшіе готовы отрицать всякое значеніе старѣйшаго и требовать замѣны всѣхъ положеній послѣдняго новыми, только-что сложившимися выводами.

Какъ именно должно произойти это соединеніе или замѣщеніе—объ этомъ мнѣнія новѣйшихъ писателей весьма различны и доходятъ до включенія въ уголовную науку содержанія едва-ли не всѣхъ наукъ о человѣкѣ и человѣческомъ обществѣ, причемъ этотъ новый матеріалъ признается то элементомъ, проникающимъ весь составъ нашей науки, то вѣтвью или частью ея, подъ разными наименованіями: уголовная политика, уголовная соціологія, криминологія, уголовная этіологія, пеналогія, уголовная антропологія, уголовная психопатологія и т. п. При этомъ, однако, большинство писателей, выставлявшихъ требованіе о соединеніи юридическаго изслѣдованія съ соціологическимъ и біологическимъ, не дѣлаютъ попытокъ осуществить это на дѣлѣ въ систематической работѣ, но, высказавъ въ той или другой формѣ означенное требованіе, остаются очень часто въ своихъ собственныхъ работахъ вполнѣ при программѣ и пріемахъ классической школы. Образцы попытокъ такого соединенія и соотвѣтствующаго расширенія содержанія науки уголовнаго права даютъ лишь немногіе, наиболѣе послѣдовательные, выдающіеся писатели. Они полагаютъ достигнуть своей цѣли тѣмъ, что образуютъ въ составѣ общепринятой системы нашей науки два новые отдѣла: отдѣлъ уголовной соціологіи или криминологіи и отдѣлъ уголовной политики. Первый изъ сихъ отдѣловъ посвящается изложенію причинъ и факторовъ преступности, какъ соціальныхъ, такъ и личныхъ, въ двухъ направленіяхъ—біологическомъ и соціологическомъ; къ содержанію второго отдѣла, уголовной политики, относится: изслѣдованіе цѣлесообразныхъ средствъ борьбы съ преступностью и указаніе недостатковъ въ этомъ отношеніи положительнаго права; ученіе о наказаніи, какъ одномъ изъ средствъ борьбы съ преступленіемъ; ученіе объ общихъ основаніяхъ карательной дѣятельности въ государствѣ. Ближайшее содержаніе этихъ отдѣловъ и ихъ взаимное соотношеніе опредѣляются различно, иногда даже однимъ и тѣмъ же писателемъ въ различныхъ его трудахъ.

Съ своей стороны, многіе представители классической школы, можно думать увлекаясь борьбою съ новыми вѣяніями, проявляютъ стремленіе къ ограниченію задачъ науки уголовнаго права однимъ лишь догматическимъ или по большей мѣрѣ историко-догматическимъ изслѣдованіемъ положительнаго права, съ устраненіемъ всѣхъ вопросовъ de lege ferenda, за исключеніемъ вытекающихъ изъ логической критики текста закона. Всѣ прочіе вопросы de lege ferenda и всякое разсужденіе или изслѣдованіе о желательномъ и должномъ выдѣляются писателями этой категоріи въ составъ особой науки, которая именуется ими или прикладною наукой уголовнаго права, въ противоположность чистой наукѣ, или уголовной политикой въ широкомъ смыслѣ. Это движеніе—назовемъ его узко-догматическимъ—находитъ себѣ матеріалъ и философскую опору въ одной изъ новѣйшихъ концепцій общей теоріи права, выходящей далеко за предѣлы уголовной науки, именно, въ представленіи о политикѣ права вообще, какъ самостоятельной наукѣ, противополагающейся теоріи права. Политика права, говоря словами виднѣйшаго представителя этого ученія, профессора Петражицкаго, указываетъ, каковымъ должно быть право для достиженія идеала; теорія же права состоитъ въ извлеченіи изъ нормъ положительнаго права общихъ понятій и въ обратномъ выводѣ изъ этихъ общихъ положеній новыхъ, частныхъ нормъ (Введеніе въ науку политики права. Кіевскія Универс. Изв. 1896 г. № 8).

Каковъ бы ни былъ исходъ борьбы всѣхъ этихъ теченій и школъ, нельзя не признать, что наше время, являясь для науки уголовнаго права періодомъ броженія и разнаго рода увлеченій, можетъ представить собою, тѣмъ не менѣе, по обилію и глубинѣ возбужденныхъ вопросовъ и по сильному подъему критической мысли, переходную ступень къ новому блестящему періоду ея развитія.

Примѣчаніе. Въ качествѣ общихъ элементарныхъ пособій для изучающихъ уголовное право могутъ быть указаны: **Таганцевъ**: 1) Русское уголовное право. I, II. 2) Лекціи по Русскому уголовному праву, т. I—IV. 3) Уложеніе о наказаніяхъ. 4) Уставъ о наказаніяхъ. 5) Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года. **Кистяковскій**, Элементарный учебникъ уголовнаго права. **Лохвицкій**, Курсъ Русскаго уголовнаго права. **Бернеръ**, Учебникъ уголовнаго права, т. I. Переводъ Неклюдова. **Листъ**, учебникъ уголовнаго права. Пер. Ф. Ельяшевичъ. **Неклюдовъ**, Руководство къ особенной части уголовнаго права. I—IV. **Бѣлогрицъ-Котляревскій**, учебникъ русскаго уголовнаго права. **Владиміровъ**, курсъ уголовнаго права. **Berner**, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. **Meyer**, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. **Schütze**, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. **Holtzendorff**, Handbuch des deutschen Strafrechts, I—IV. **Temme**, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. **Hälschner**, Das gemeine deutsche Strafrecht. **Liszt**, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. **Merkel**, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. **Ortolan**, Eléments de droit pénal. **Haus**, Principes généraux du droit pénal belge. **Carraud**: 1) Traité du droit pénal. 2) Précis de droit criminel. **Prins**, Science pénal et droit positif. **Thiry**, Cours de droit criminel. **Liepmann**, Einleitung in das Strafrecht.

II. Источники дѣйствующаго права.

1. Уголовное законодательство.

а) Законодательство русское.

Сергѣевскій, Соврем. задачи уголовнаго законодательства въ Россіи. Журналъ Гражд. и Уголовн. права. 1883. 3. **Таганцевъ**, Уложеніе о наказаніяхъ. Его характеристика и оцѣнка. Журналъ Гражд. и Угол. права. 1873. 1. **Проектъ** Уложенія о наказаніяхъ. Изд. 1871. **Обозрѣніе** историческихъ свѣдѣній о Сводѣ Законовъ. 1833. 1837. **Полѣновъ**, Матеріалы для исторіи русскаго законодательства. **Проекты** уголовнаго Уложенія 1754—1766 годовъ **Востокова** и **Сергѣевскаго**. **Латкинъ**, Законодательныя коммиссіи въ Россіи въ XVIII столѣтіи. **Лаппо-Данилевскій**, Собраніе и Сводъ Законовъ, составленные въ царствованіе Екатерины II.

По отношенію къ формамъ и содержанію русскаго дѣйствующаго уголовнаго права, законодательныя работы отъ 1648 до 1845 года имѣютъ ближайшее, непосредственное значеніе. Съ одной стороны, дѣйствующее право сохранило въ себѣ во множествѣ давно отжившія опредѣленія отдаленной эпохи XVII и XVIII вѣковъ, начиная съ Уложенія Царя Алексѣя Михайловича, а съ другой — законодательныя работы XVIII и первой половины XIX вѣка опредѣлили собою многія и внѣшнія, и внутреннія стороны дѣйствующихъ кодексовъ.

Вслѣдъ за Уложеніемъ Царя Алексѣя Михайловича 1648/1649 года, въ развитіе и дополненіе его, послѣдовалъ цѣлый рядъ рѣшеній и указовъ, которые получили названіе „Новоуказныхъ статей“. Эта масса сепаратныхъ указовъ сильно затрудняла судебную практику. Поэтому, со времени Петра Перваго у насъ является цѣлый рядъ законодательныхъ коммиссій, задачей которыхъ было составленіе свода этихъ указовъ, соглашеніе ихъ съ Уложеніемъ или составленіе новаго Уложенія. Труды этихъ коммиссій представляютъ собою цѣнный и любопытный матеріалъ не только съ теоретической, но и съ практической точки зрѣнія, потому что они оказали свое вліяніе на наше теперешнее законодательство. Уже въ 1695 году повелѣно было составить въ приказахъ по принадлежности проектъ дополнительныхъ статей къ Уложенію и Новоуказнымъ статьямъ, „на которыя дѣла къ вершенью въ Уложеньѣ и въ Новоуказныхъ статьяхъ статей нѣтъ“ (П. С. З. 1513). Въ 1700 году образована была коммиссія изъ 70 человѣкъ для составленія Уложенія—такъ называемая „Палата объ Уложеніи“. Палата работала два года и составила проектъ, извѣстный подъ именемъ „Новоуложенной книги“, не получившій утвержденія и не обнародованный.

Въ 1714 году учреждается при Сенатѣ новая коммиссія (П. С. З. 2819), которой поручено разобрать новоуказныя статьи и тѣ изъ нихъ, которыя могли служить дополненіемъ къ Уложенію, соединить съ самымъ Уложеніемъ. Работа, начатая въ учрежденной при Сенатѣ коммиссіи, переходитъ затѣмъ въ Канцелярію Земскихъ Дѣлъ и въ Помѣстный Приказъ и продолжается до 1718 года. Составлено десять главъ, такъ называемаго, „Своднаго Уложенія“; но оно не было окончено и осталось безъ разсмотрѣнія и безъ послѣдствій.

Неудача работъ этой коммиссіи вызываетъ мысль о пополненіи законодательнаго матеріала изъ иностранныхъ источниковъ: въ 1718 году издается распоряженіе объ учиненіи свода россійскихъ законовъ съ шведскими (П. С. З. 3202). Дѣло это сначала поручается коллегіямъ, а затѣмъ въ 1720 году на сей предметъ учреждается новая коммиссія, которой повелѣно „быть у сочиненья Россійскаго Уложенія съ шведскимъ... и сидѣть имъ у того сочиненья въ недѣлю по три дни“ (П. С. З. 3626). Эта новая коммиссія, по счету третья, существуетъ до самой смерти Петра Великаго, но не приводитъ къ практическимъ результатамъ.

Независимо отъ работъ коммиссій, засѣдающихъ почти безпрерывно съ 1700 года, въ 1716 году 30 марта издается Воинскій Уставъ, въ составѣ котораго уголовному праву принадлежатъ: патентъ о поединкахъ, артикулъ воинскій и краткое изображеніе процессовъ. Этотъ новый кодексъ былъ составленъ изъ западно-европейскаго матеріала, преимущественно германскаго. Можно думать съ достовѣрностью, что первоначальный проектъ писался на нѣмецкомъ языкѣ, а потомъ съ него уже сдѣланъ былъ русскій переводъ. Воинскій артикулъ не отмѣнялъ собою Уложенія, но дѣйствовалъ лишь въ дополненіе къ нему.

Во всѣ позднѣйшія царствованія, въ теченіе всего XVIII вѣка, продолжаются тѣ же заботы правительства. Постоянно образовываются коммиссіи, съ участіемъ депутатовъ отъ населенія, для пересмотра дѣйствующихъ уголовныхъ законовъ и законовъ другихъ областей права. Возникали предположенія то согласовать Уложеніе 1648 года съ позднѣйшими законами, то составить новое Уложеніе. Наиболѣе успѣшными являются кодификаціонныя работы при Императрицѣ Елизаветѣ Петровнѣ. Въ 1754 году 11 марта состоялось Высочайшее повелѣніе объ учрежденіи при Сенатѣ коммиссіи изъ разныхъ лицъ, причемъ повелѣно было подготовительныя работы по вопросамъ, относящимся спеціально до отдѣльныхъ вѣдомствъ, производить въ этихъ вѣдомствахъ. Коммиссія прежде всего составила программу будущихъ работъ въ формѣ плана новаго Уложенія, раздѣленнаго на 4 части, и внесла его на апробацію Сената. Сенатъ апробовалъ планъ и указомъ 24 августа 1754 года (П. С. З. 10283), во исполненіе Высочайшаго повелѣнія

11 марта, опредѣлилъ дальнѣйшую дѣятельность коммиссіи. При указѣ приложенъ и планъ. Въ теченіе года коммиссіей составлены „Новаго Уложенія часть первая судная“ и „Часть вторая криминальная: О розыскныхъ дѣлахъ и какія за разныя злодѣйства и преступленія казни, наказанія и штрафы положены“.

По содержанію своему этотъ проектъ есть сводъ положеній современнаго ему дѣйствующаго права (Уложенія 1648/1649 года, Воинскаго артикула, Морского устава, сепаратныхъ законовъ отъ 1649 по 1754 годъ), дополненный нѣкоторымъ количествомъ новыхъ опредѣленій. Наиболѣе важною частью работы составителей является приведеніе въ порядокъ опредѣленій о родѣ и размѣрѣ наказаній за отдѣльныя преступныя дѣянія. Положеній новыхъ по существу, то-есть такихъ, которыя могли бы составить извѣстный моментъ въ исторіи того или другого института уголовнаго права, мы находимъ въ проектѣ весьма мало. Составители ограничиваются тѣмъ, что присоединяютъ къ опредѣленіямъ дѣйствующаго права нѣсколько разъясненій или въ формѣ отдѣльныхъ статей, или въ формѣ распространенія текста заимствованныхъ законоположеній; наибольшее вниманіе привлекаетъ къ себѣ отношеніе составителей проекта къ наказанію вообще и смертной казни въ частности. Въ этой области они не сдѣлали того, чего казалось бы, можно было прежде всего требовать отъ законодательной коммиссіи второй половины XVIII вѣка въ Россіи, именно, смягченія карательной системы и исключенія смертной казни изъ списка наказаній. Наоборотъ, они еще усилили примѣненіе смертной казни сравнительно со старыми законами. Есть извѣстіе, что это обстоятельство было причиною неутвержденія проекта Императрицею Елизаветою, которая, какъ извѣстно, при самомъ восшествіи своемъ на престолъ приняла рѣшеніе отмѣнить смертную казнь въ нашемъ отечествѣ. Въ 1759 году коммиссія вновь начала свои работы. Составленный проектъ первой и второй частей Уложенія былъ пересмотрѣнъ и значительно измѣненъ; составлена была третья часть, сообразно утвержденному Сенатомъ плану. Коммиссія продолжаетъ существовать и дѣйствовать до 1767 года, когда прекращаетъ свое существованіе, уступая мѣсто другой, болѣе грандіозной, хотя не болѣе плодотворной.

Манифестомъ 14 декабря 1766 года Императрица Екатерина II призвала всѣ сословія имперіи, кромѣ духовенства, къ дѣлу составленія новаго Уложенія по всѣмъ частямъ законодательства. Уже не сводное Уложеніе, построенное на историческомъ матеріалѣ, должна была составить эта коммиссія, а совершенно новое и, такъ сказать, идеальное. Въ этомъ именно смыслѣ данъ былъ, въ руководство коммиссіи, составленный Императрицею „Наказъ о сочиненіи проекта новаго Уложенія“, выдвинувшій гуманныя начала государственнаго управленія вообще и уголовнаго права въ частности. Коммиссія въ составѣ болѣе пятисотъ депутатовъ была открыта 30 іюля 1767 года въ Москвѣ. Она раздѣлялась на Общее собраніе и частныя коммиссіи, изъ которыхъ одна, коммиссія о Правосудіи, занялась составленіемъ уголовнаго Уложенія. Въ слѣдующемъ же году, 18 декабря 1768 года Общее собраніе распущено; частныя коммиссіи дѣйствуютъ еще нѣсколько лѣтъ. Хотя коммиссія не выполнила возложеннаго на нее дѣла и осталась безъ непосредственныхъ практическихъ результатовъ, но идеи „Наказа“ несомнѣнно отразились въ цѣломъ рядѣ позднѣйшихъ мѣропріятій первой половины екатерининскаго царствованія, а также первой половины царствованія Александра I.

Девятнадцатый вѣкъ ознаменованъ тѣми же стремленіями, какъ и предыдущая эпоха. Въ царствованіе Павла I, указомъ 1796 года, точно такъ же образована была коммиссія, которая составила 13 главъ Своднаго Уложенія. Что касается царствованія Александра I, то стремленіе преобразовать весь государственный строй въ началѣ царствованія неизбѣжно должно было вызвать попытки широкихъ коренныхъ реформъ въ законодательствѣ. Уже въ 1803 году образована была коммиссія, главнѣйшимъ дѣйствующимъ лицомъ въ которой былъ Розен-

кампфъ; но работы ея въ области уголовнаго права никакихъ видимыхъ послѣдствій не имѣли. Въ 1808 году руководителемъ коммиссіи сдѣлался Сперанскій. Цѣлью работы поставлено было сочиненіе новаго, на отвлеченныхъ, умозрительныхъ началахъ построеннаго, уголовнаго Уложенія. Составленіе соотвѣтствующаго проекта поручается въ 1810 году бывшему галльскому профессору Якобу. Якобъ не зналъ даже русскаго языка, а потому долженъ былъ первоначально заняться изученіемъ его. Проектъ былъ готовъ уже въ 1812 году. Онъ не былъ самостоятельнымъ трудомъ Якоба, а только передѣлкой проекта баварскаго уложенія 1813 года. Проектъ Якоба изданъ на нѣмецкомъ языкѣ въ Halle въ 1818 году съ предисловіемъ Якоба, въ которомъ этотъ послѣдній описываетъ свои занятія въ Россіи. Съ паденіемъ Сперанскаго въ 1812 году коммиссія была преобразована, но работы ея не прекратились. Въ 1813 году изданъ былъ, составленный въ коммиссіи, другой проектъ уголовнаго Уложенія для Россійской имперіи. Этотъ проектъ внесенъ былъ въ Государственный Совѣтъ, разсмотрѣнъ и одобренъ Департаментомъ Законовъ въ 1813 и 1814 годахъ, но только въ 1824 году внесенъ на разсмотрѣніе общаго собранія Государственнаго Совѣта. Смерть Императора прекратила работу. Первая книга проекта посвящена общей части уголовнаго права, которая здѣсь впервые является въ нашемъ законодательствѣ; книга вторая излагаетъ постановленія о преступленіяхъ государственныхъ; третья—о преступленіяхъ противъ частныхъ лицъ. Весь проектъ весьма кратокъ, что объясняется тѣмъ, что онъ разсматриваетъ только крупныя преступленія, имѣющія особенную важность; область же маловажныхъ преступныхъ дѣяній не вошла въ него (кромѣ изданія 1813 года, проектъ напечатанъ въ архивѣ Государственнаго Совѣта, т. IV).

Одновременно съ составленіемъ проекта 1813 года, Коммиссіей составленія Законовъ предпринято было, въ качествѣ подготовительной работы къ проектамъ гражданскаго, торговаго и уголовнаго уложенія, весьма замѣчательное изданіе, подъ названіемъ: „Систематическій Сводъ существующихъ законовъ Россійской имперіи, съ основаніями права, изъ оныхъ извлеченными“. Сводъ этотъ долженствовалъ охватить собою дѣйствующее право всѣхъ областей, начиная съ предметовъ, къ гражданскому Уложенію принадлежащихъ. Въ теченіе времени съ 1815 по 1822 годъ издано двѣнадцать томовъ, посвященныхъ праву гражданскому, и одинъ томъ — праву уголовному (государственныя преступленія). Затѣмъ изданіе прекратилось. „Основанія права“ излагаются въ первомъ томѣ въ 52 параграфахъ.

Законодательныя работы царствованія Николая I начинаются съ 1826 года. Въ этомъ году Коммиссія составленія Законовъ преобразована во II Отдѣленіе Собственной Е. И. В. Канцеляріи. Во главѣ законодательныхъ работъ снова является Сперанскій; на него теперь было возложено уже не сочиненіе новыхъ уложеній, а собраніе существующихъ и составленіе систематическаго Свода дѣйствующихъ законовъ. Въ 1830 году было издано Первое Полное Собраніе Законовъ Россійской имперіи. Затѣмъ, въ 1832 году отпечатанъ и 31-го января 1833 года обнародованъ Сводъ Законовъ. Пятнадцатый томъ Свода Законовъ былъ посвященъ спеціально законамъ уголовнымъ; но онъ заключалъ въ себѣ далеко не всю совокупность уголовныхъ законовъ: многія постановленія были распредѣлены по другимъ томамъ, преимущественно XI и XIV.

Сводъ Законовъ долженъ былъ служить лишь подготовительной ступенью къ составленію новаго кодекса; не далѣе, какъ въ 1836 году началась новая работа по преобразованію нашихъ уголовныхъ законовъ, сначала подъ руководствомъ графа Сперанскаго, а потомъ Блудова, окончившаяся составленіемъ въ 1844 году *Уложенія о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ*. Августа 15-го 1845 года это Уложеніе было утверждено, въ слѣдующемъ году вступило въ силу и, такимъ образомъ, почти двухсотлѣтнія работы по составленію Уложенія доведены были,

наконецъ, до желаннаго конца, — по крайней мѣрѣ по отношенію къ праву уголовному.

Дѣйствующіе уголовные законы Россіи заключаются въ слѣдующихъ источникахъ:

1. *Уложеніе о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ* 15 авг. 1845 года, вступившее въ силу въ 1846 году. Въ 1857 году оно было введено въ XV томъ Свода Законовъ; въ 1866 году пересмотрѣно и изданo вновь; въ 1885 году снова пересмотрѣно и издано съ тѣми измѣненіями, которыя вызваны законодательными реформами отъ 1866 до 1885 года включительно. Къ изданію 1885 года составлено сводное Продолженіе 1902 года.

Весь матеріалъ, составляющій содержаніе Уложенія, распадается на XII раздѣловъ; изъ нихъ первый составляетъ общую часть Уложенія, остальные особенную. По изданію 1845 года Уложеніе заключало въ себѣ 2224 статьи; по изданію 1857 года—2304; по изданію 1866 года—1711. Изданіе 1885 года не измѣнило нумераціи статей; но, сравнительно съ изданіемъ 1866 года, многія статьи отмѣнены или перенесены въ другіе томы Свода Законовъ, и нѣсколько статей введены вновь.

Уложеніе о наказаніяхъ не можетъ быть названо *уложеніемъ* въ томъ строгомъ смыслѣ, въ какомъ это слово понимается въ современной юриспруденціи, т.-е. въ смыслѣ цѣльнаго и единаго законодательнаго акта. По содержанію своему, Уложеніе представляетъ собою упорядоченный сводъ отдѣльныхъ законоположеній различныхъ эпохъ, нѣсколько дополненный и исправленный, — со всѣми тѣми недостатками, которые присущи подобнымъ сводамъ, а именно: многостатейностью, казуистичностью и отсутствіемъ единства въ руководящихъ началахъ. Эти недостатки Уложенія давно уже сдѣлались избитымъ мѣстомъ въ нашей литературѣ. Но несомнѣнно, что въ высшей степени цѣннымъ достоинствомъ его является ближайшее родство по содержанію и по языку съ дѣйствующимъ законодательствомъ другихъ областей нашего права.

Задачи

Составители Уложенія 1845 года поставили себѣ задачею, во-первыхъ, сохранить въ Уложеніи историческій матеріалъ русскаго законодательства; во-вторыхъ, дать Уложенію возможную полноту, предусмотрѣвъ въ немъ всѣ встрѣчающіеся въ жизни случаи; въ третьихъ, упорядочить карательную систему. Относительно первой изъ указанныхъ цѣлей, составители, въ Объяснительной запискѣ къ Проекту, такъ излагаютъ свое мнѣніе о возложенной на нихъ задачѣ и о принятыхъ ими способахъ исполненія ея: „Русское уголовное законодательство, говорятъ они, составилось изъ постановленій отдѣльныхъ и разнородныхъ, послѣдовавшихъ въ разныя времена подъ вліяніемъ различныхъ нуждъ и обстоятельствъ. Несмотря на то, что при изданіи Свода, приведеніемъ разнородныхъ и по объему, и по существу своему постановленій въ систему и порядокъ, установлены нѣкоторыя между ними связь и согласіе, даже извлечены изъ сихъ частныхъ отры-

вочныхъ положеній нѣкоторыя общія начала, они однако же и въ Сводѣ не потеряли своего первобытнаго характера отдѣльности и разнородности. Составители Свода по свойству порученной имъ работы не могли приводить ихъ къ единству, ниже достаточно объяснить и дополнить оныя, а и того менѣе въ чемъ-либо измѣнять существо ихъ. При такомъ разнообразіи элементовъ, изъ конхъ составилось наше уголовное законодательство, самъ собою представлялся вопросъ: не лучше ли будетъ въ новомъ проектѣ уложенія о наказаніяхъ не стѣсняться вовсе дѣйствующими постановленіями и составить оный, такъ сказать, a priori, на основаніи чистыхъ *умозрительныхъ началъ*? Мы могли быть побуждены къ сему примѣромъ многихъ правительствъ иностранныхъ, которыя при начертаніи проектовъ новыхъ уголовныхъ кодексовъ или слѣдовали указаніямъ болѣе или менѣе отвлеченнымъ науки, или же брали въ образецъ какой-либо изъ лучшихъ извѣстныхъ уже кодексовъ другихъ государствъ... Сія система повидимому имѣла бы еще ту выгоду, что въ редакціи проекта на основаніи однихъ умозрительныхъ, отвлеченныхъ началъ, безъ обязанности соглашать новое съ прежнимъ доселѣ дѣйствующимъ, кажется, легче достигнуть желательной въ законахъ полноты и предотвратить тѣ несообразности, даже противорѣчія, которыя едва ли не неизбѣжны при составленіи всякаго уложенія изъ существующихъ уже узаконеній, болѣе или менѣе носящихъ на себѣ печать разныхъ временъ и понятій“ (Объяснит. Записка, стр. XXXII).

За симъ приводятся соображенія противоположнаго характера: „Съ другой стороны, однако, нельзя не признать, что доселѣ всѣ сдѣланные во многихъ мѣстахъ опыты говорятъ не въ пользу сей системы. Мы видимъ, что несмотря на неоспоримое, особливо въ ученомъ отношеніи, достоинство новѣйшихъ уголовныхъ кодексовъ, составленныхъ, какъ мы сказали a priori, они большею частью оказываются не только недостаточными и неудовлетворительными въ ихъ практическомъ примѣненіи, но даже нерѣдко нѣкоторыми постановленіями своими ясно и стѣснительнымъ для народа образомъ противорѣчатъ укоренившимся въ немъ издавна привычкамъ и понятіямъ. Неудобства сего рода были бы еще ощутительнѣе и вреднѣе въ Россіи, нежели въ другихъ земляхъ, по самому составу нашихъ судебныхъ мѣстъ, особливо нижнихъ степеней, и мы рѣшились, даже не колеблясь, избрать другой путь, принять другія основанія для составленія нашего проекта уложенія о наказаніяхъ, т.-е. не отвергая всей системы настоящаго уголовнаго законодательства нашего, стараться только: 1) привести въ надлежащее между собою согласіе разнородныя онаго части, посредствомъ отдѣльныхъ, но на одинаковыхъ началахъ и, такъ сказать, въ одномъ духѣ, исправленій; 2) устранить всякую въ немъ неточность и неопредѣленность выраженій и самихъ положеній; 3) сдѣлать въ немъ всѣ нужныя, требуемыя временемъ и указанныя опытомъ и наблюденіемъ, дополненія“ (ibid. стр. XXXIII).

Такимъ образомъ, редакторы Уложенія поставили себѣ задачей: „собраніе, сведеніе и усовершенствованіе отечественныхъ законовъ“. Приступая къ исполненію этой задачи, они „старались всего болѣе исправить главнѣйшіе, давно замѣченные и въ практикѣ безпрестанно чувствуемые, недостатки нашего уголовнаго законодательства: неполноту постановленій и несоразмѣрность въ наказаніяхъ“. Гдѣ отечественныхъ дѣйствующихъ законовъ оказывалось недостаточно, тамъ руководствовались „судебною нашею практикою, иногда примѣромъ лучшихъ законодательствъ иностранныхъ. Но къ симъ заимствованіямъ изъ другихъ кодексовъ, говорятъ составители, прибѣгали довольно рѣдко, ибо въ нихъ почти и не было нужды“.

„Составленный симъ порядкомъ, на сихъ основаніяхъ, проектъ, продолжаютъ редакторы, долженствовалъ быть и есть не что иное, какъ собраніе очищенныхъ, приведенныхъ въ порядокъ и ясность, дополненныхъ и во многомъ исправленныхъ,

но однако же въ общемъ составѣ и существѣ своемъ прежнихъ уголовныхъ законовъ нашихъ. Онъ въ нѣкоторомъ смыслѣ занимаетъ среднее мѣсто между обыкновеннымъ сводомъ и тѣмъ, что въ наше время именуется новымъ кодексомъ законовъ. Мы не осмѣливаемся назвать его сводомъ усовершенствованнымъ; но, по крайней мѣрѣ, желали и старались, чтобы сей трудъ нашъ, основанный на источникахъ отечественнаго права, нося на себѣ характеръ своего историческаго народнаго происхожденія, и съ тѣмъ вмѣстѣ однако жъ очищенный отъ замѣченныхъ въ опытѣ недостатковъ нашего настоящаго уголовнаго законодательства и согласованный съ нынѣшнимъ состояніемъ нравовъ и съ успѣхами понятій и науки, соединялъ въ себѣ всѣ выгоды и удобность какъ свода, такъ и новаго полнаго кодекса законовъ по сей части“ (ibid стр. XXXV).

Не трудно видѣть однако, что такая задача, взятая на себя составителями Уложенія, сама по себѣ невыполнима. Въ самомъ дѣлѣ, невозможно слить вмѣстѣ въ одно цѣлое, и сводъ и уложеніе, да присоединить сюда же еще и положенія науки. Принимая это конечной цѣлью своихъ работъ, составители, повидимому, обращаютъ вниманіе свое только на двѣ крайнія точки: или кодексъ, цѣликомъ построенный на отвлеченныхъ философско-метафизическихъ началахъ, или сводъ отдѣльныхъ дѣйствующихъ законоположеній. Сознавая недостатки того и другого, они все-таки останавливаются на сводѣ, желая его лишь нѣсколько усовершенствовать. Конечно, останавливаясь передъ такой дилеммой, въ которой представляли себѣ реформу уголовнаго законодательства составители Уложенія, они сдѣлали лучшее, склонившись въ сторону свода, отдавъ этому послѣднему преимущество передъ уложеніемъ, построеннымъ на „умозрительныхъ“ началахъ; третье представленіе, именно, представленіе о новомъ кодексѣ, но не умозрительномъ, а соотвѣтствующемъ дѣйствительнымъ, современнымъ потребностямъ государства, дѣйствующимъ постановленіямъ права другихъ областей (гражданскаго, государственнаго и т. д.) и условіямъ быта народнаго, или вовсе отсутствовало у редакторовъ уложенія, или было до крайности неясно.

Такимъ образомъ, въ самой задачѣ, взятой на себя составителями проекта— соединить законоположенія различныхъ эпохъ, по основаніямъ своимъ противорѣчащія другъ другу — заключалась коренная ошибка. Эта ошибка повлекла за собою слѣдующіе результаты: во-первыхъ, рознь руководящихъ принциповъ между различными отдѣлами Уложенія; во-вторыхъ, отсутствіе сколько-нибудь точнаго масштаба при опредѣленіи отвѣтственности за преступныя дѣянія не только различныхъ категорій, но и одной и той же категоріи; въ третьихъ, формальное противорѣчіе отдѣльныхъ постановленій.

Независимо отъ этого, самое представленіе составителей Уложенія о томъ законодательномъ матеріалѣ, съ которымъ они имѣли дѣло, было въ корнѣ ошибочнымъ: XV томъ Свода Законовъ, опредѣлившій содержаніе Уложенія, въ дѣйствительности вовсе не представлялъ собою свода „прежнихъ уголовныхъ законовъ нашихъ“ и далеко не весь является „основаннымъ на источникахъ отечественнаго права“. Наоборотъ, если судить не по подстатейнымъ ссылкамъ и примѣчаніямъ, сдѣланнымъ въ изданіи Свода 1832 года, а по дѣйствительному содержанію статей его, то нельзя не прійти къ выводу, что почти вся общая часть (раздѣлъ 1) чисто иностраннаго происхожденія и носитъ на себѣ сильнѣйшіе слѣды отвлеченныхъ формулировокъ нѣмецкой доктрины начала XIX вѣка. Не мало такихъ же заимствованій можно найти и въ другихъ отдѣлахъ. Весь этотъ матеріалъ, въ сущности „умозрительнаго“ характера, вошелъ въ Уложеніе подъ видомъ „историческаго“, „національнаго“.

Другая цѣль, которая руководила составителей Уложенія, заключалась въ томъ, какъ мы видѣли, чтобы предусмотрѣть всѣ возможные въ практикѣ отдѣльные конкретные случаи. На этомъ пути, вмѣсто того, чтобы дать общія положе-

нія, выраженныя въ ясныхъ, достаточно широкихъ формулахъ, и затѣмъ предоставить судьѣ приложеніе ихъ къ отдѣльнымъ случаямъ, составители, забывая безконечное разнообразіе явленій дѣйствительной жизни, думали предусмотрѣть и перечислить всѣ отдѣльные случаи въ области преступныхъ дѣяній такъ, чтобы судья находилъ въ кодексѣ готовое опредѣленіе на каждый отдѣльный фактъ со всѣми его конкретными особенностями. Въ результатѣ получилось огромное число статей, образовался такой объемъ Уложенія, который дѣлаетъ невозможнымъ его точное изученіе. Цѣль же составителей не была, да и не могла быть достигнута: предусмотрѣть все безконечное разнообразіе конкретныхъ случаевъ жизни нѣтъ никакой возможности; чѣмъ казуистичнѣе Уложеніе, тѣмъ больше окажется въ немъ въ дѣйствительности пропусковъ.

Наконецъ, послѣдняя изъ указанныхъ выше цѣлей—упорядоченіе карательной системы — достигнута была составителями сравнительно съ большимъ успѣхомъ. Они создали лѣстницу наказаній; опредѣлили наказаніе для каждаго рода преступныхъ дѣяній и уничтожили ту безусловную неопредѣленность наказаній, которою страдало уголовное право XVIII и первой половины XIX вѣка. Съ этой стороны Уложеніе 1845 года представляетъ собою громадный прогрессъ сравнительно съ XV томомъ Свода Законовъ 1832 года. Однако, нельзя не замѣтить, что этотъ успѣхъ былъ болѣе формальнымъ, чѣмъ успѣхомъ по содержанію. Созданная лѣстница наказаній, весьма стройная на бумагѣ, оказалась неприложимой на практикѣ, такъ что при дальнѣйшихъ законодательныхъ реформахъ была окончательно разбита. Установленіе опредѣленныхъ наказаній соотвѣтственно каждому роду преступныхъ дѣяній тоже не было доведено до конца: практика очень скоро показала, что наказанія установлены не соотвѣтственно тяжести преступныхъ дѣяній и, кромѣ того, въ массѣ случаевъ осталась въ дѣйствительности прежняя неопредѣленность.

Таково было Уложеніе въ томъ видѣ, какъ оно вышло изъ рукъ его составителей, такимъ же оно остается въ существѣ своемъ и въ наши дни, хотя претерпѣло три пересмотра. Тѣмъ не менѣе, нельзя не признать, что составители Уложенія 1845 года сдѣлали не только не менѣе, но даже болѣе, чѣмъ мы могли бы отъ нихъ требовать. Они дали намъ не новое Уложеніе, а значительно приведенный въ порядокъ, дополненный и систематизированный сводъ законовъ. При низкомъ уровнѣ юридической науки въ Россіи въ то время, лучшее, что они могли создать—это именно сводъ. Изданіе при такихъ условіяхъ новаго уложенія на новыхъ началахъ было бы болѣе, чѣмъ нежелательно: такое уложеніе оказалось бы или спискомъ съ иностраннаго, или нестройнымъ произведеніемъ личнаго произвола составителей съ случайнымъ содержаніемъ. Съ точки зрѣнія безпристрастной критики трудовъ составителей Уложенія 1845 года достойно примѣчанія то обстоятельство, что позднѣйшія измѣненія и пересмотры Уложенія, совершившіеся въ 1857 и 1866 годахъ при условіяхъ несравненно лучшихъ, не только не исправили Уложенія и не сгладили недостатковъ его, но внесли еще большую рознь и несоотвѣтствіе отдѣльныхъ опредѣленій. Только пересмотръ 1885 года представляетъ собою внимательную и послѣдовательно проведенную работу; предыдущіе же пересмотры сводились къ измѣненію текста отдѣльныхъ статей, безъ всякаго приведенія ихъ въ соотвѣтствіе съ другими статьями родственнаго содержанія.

2. *Уставъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями.* Рядомъ съ Уложеніемъ о наказаніяхъ, источникомъ нашего уголовнаго права является Уставъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями 1864 года, изданный въ составѣ Судебныхъ Уставовъ 20-го ноября

1864 года. Второе изданіе Устава состоялось въ 1883 году, въ составѣ Судебныхъ Уставовъ Императора Александра II. Наконецъ, нынѣ дѣйствуетъ изданіе третье 1885 года. Къ сему изданію составлено Сводное Продолженіе 1902 года.

Мировой уставъ, какъ кодексъ, представляетъ собою сравнительно съ Уложеніемъ значительный шагъ впередъ, особенно въ разработкѣ диспозитивной части, то-есть опредѣленій о составѣ преступныхъ дѣяній. Той казуистики, какую представляетъ Уложеніе, стремящееся обособить, индивидуализировать преступныя дѣянія, мы уже не находимъ въ этомъ Уставѣ, стремящемся къ возможнымъ обобщеніямъ. „При опредѣленіи самихъ проступковъ, говорятъ составители (см. мотивы въ изданіи Судебныхъ Уставовъ государственной канцеляріи), признано необходимымъ, какъ для полноты Устава, такъ равно для краткости его и для легчайшаго руководства мировыхъ судей, означать не всѣ встрѣчавшіеся до сихъ поръ отдѣльные случаи, а напротивъ, по возможности, соединять ихъ и подводить подъ общія правила, содержащія въ себѣ взысканія за проступки однородные“.

3. Временныя *Правила о Волостномъ Судѣ* въ мѣстностяхъ, гдѣ введены Земскіе Начальники (Т. IX, Особ. Прил., изд. 1902 г.).

4. Нѣкоторые *Уставы казенныхъ управленій* и промышленности, заключающіе въ себѣ карательныя постановленія относительно нарушенія правилъ ими установленныхъ.

5. *Уставъ о ссыльныхъ* и *Уставъ о содержащихся подъ стражею*, входящіе въ составъ XIV т. Свода Законовъ. Нынѣ дѣйствуетъ изданіе 1890 года и Продолженіе 1902 года.

Уставъ о ссыльныхъ заключаетъ въ себѣ правила о порядкѣ отправленія и слѣдованія ссыльныхъ, о порядкѣ управленія и надзора за ссыльными въ Сибири и правила „о впадающихъ въ новыя преступленія“. Послѣднія правила, во-первыхъ, опредѣляютъ порядокъ замѣны наказаній, установленныхъ въ Уложеніи, особыми наказаніями для ссыльныхъ за совершаемыя ими общія преступныя дѣянія, а во-вторыхъ, опредѣляютъ наказанія за немногія особыя преступныя дѣянія ссыльныхъ, которыя не предусмотрѣны въ Уложеніи, каковы побѣгъ, нарушеніе законовъ о мѣстожительствѣ, нарушеніе правилъ дисциплины и т. д.—Уставъ о ссыльныхъ впервые былъ изданъ 12 іюля 1882 года; въ 1832 году онъ былъ включенъ въ XIV т. Свода Законовъ. Закономъ 1840 года введены въ него подробныя правила о наказаніяхъ. Закономъ 1855 года мая 18 система наказаній измѣнена и приспособлена къ Уложенію. Уставъ о содержащихся подъ стражею, или *Сводъ учрежденій и уставовъ о содержащихся подъ стражею*, обнимаетъ собою учрежденіе мѣстъ заключенія, порядокъ управленія ими и порядокъ содержанія заключенныхъ.

6. *Воинскіе уставы о наказаніяхъ.* Военно-уголовные законы

впервые у насъ появляются въ XVII вѣкѣ, а именно, седьмая глава Уложенія царя Алексѣя Михайловича содержитъ въ себѣ нѣсколько опредѣленій уголовныхъ. *Воинскій Артикулъ* 1716 года представляетъ собою полный и самостоятельный военно-уголовный кодексъ, въ которомъ предусматриваются какъ общія, такъ и спеціально воинскія преступныя дѣянія. Въ 1812 году издается *Полевое Военное Уложеніе*, предусматривающее также всѣ преступныя дѣянія, но предназначенное исключительно для военнаго времени. Въ 1839 году издается *Сводъ военныхъ постановленій*, въ пятой части котораго помѣщены военно-уголовные законы. Эти военно-уголовные законы 1839 года, по содержанію своему, были почти лишь перепечаткою опредѣленій Полевого Уложенія и Воинскаго Артикула. Въ шестидесятыхъ годахъ начинается энергическая работа по составленію вновь военно-уголовныхъ законовъ, и 5 мая 1868 года утверждается *Воинскій Уставъ о наказаніяхъ* (VI часть свода Воен. пост.). Затѣмъ этотъ Уставъ о наказаніяхъ замѣняется другимъ 28 марта 1875 года; нынѣ дѣйствуетъ изданіе 1879 года.

Въ 1875 году 20 апрѣля издается *Военно-морской уставъ*. Этотъ Военно-морской уставъ представляетъ собою, приспособленный къ условіямъ морской службы, тотъ же Воинскій уставъ. Нынѣ дѣйствуетъ изданіе 1886 года.

Оба военно-уголовные Устава являются дополненіемъ къ дѣйствующему Уложенію и Мировому Уставу въ качествѣ закона спеціальнаго.

7. *Карательные законы церковные*, примѣняемые церковно-судебною властью. Они заключаются въ Уставѣ духовныхъ консисторій, въ Кормчей книгѣ и въ Духовномъ Регламентѣ. Постановленія эти не образуютъ собою ни кодекса, ни свода; они соединяютъ въ себѣ самыя разнообразныя правила разныхъ вѣковъ.

8. *Финляндское Уложеніе.* Уложеніе 1845 года введено какъ законъ дѣйствующій въ тѣ области, гдѣ прежде дѣйствовали свои особенные законы — въ губерніи Варшавскаго Генералъ-Губернаторства (царство Польское) и Прибалтійскія губерніи. Только на великое княжество Финляндское общее Уложеніе не распространяется. Тамъ дѣйствуетъ особое Уголовное Уложеніе, изданное по частямъ въ 1889 и 1894 году. Исправленный текстъ части, утвержденной въ 1889 году, Высочайше одобренъ въ 1892 году (Сборникъ Постановленій В. К. Финляндскаго 1894, № 17 и приложеніе къ сему номеру). Типичною чертою Финляндскаго Уложенія является отсутствіе въ немъ теоретическихъ опредѣленій и формулировки общихъ понятій, составляющихъ предметъ научной разработки. Текстъ Уложенія старается давать лишь правила, подлежащія практическому примѣненію; но установленіе общихъ юридическихъ понятій предоставляется вполнѣ теоріи и судебной практикѣ. Этимъ Финляндское Уложеніе выгодно отличается отъ многихъ новѣйшихъ законодательныхъ работъ, заполняющихъ иногда кодексы формулами теоретическаго свойства и происхожденія, нерѣдко весьма спорными по существу. Крупнымъ недостаткомъ Финляндскаго Уложенія является тяжелый неправильный языкъ его, затрудняющій иногда пониманіе.

9. *Уголовное Уложеніе* 22 марта 1903 года. Оно должно замѣнить собою Уложеніе о Наказаніяхъ, уголовныхъ и исправительныхъ и Уставъ о Наказаніяхъ, налагаемыхъ Мировыми Судьями. Но срокъ вступленія его въ силу еще не опредѣленъ и имѣетъ быть особо установленъ въ законодательномъ порядкѣ, по окончаніи нѣкоторыхъ, притомъ весьма значительныхъ, законодательныхъ работъ, кои необходимо должны предшествовать введенію его въ дѣйствіе. Въ настоящее время, закономъ 7 іюня 1904 года введены въ дѣйствіе постановленія о преступныхъ дѣяніяхъ государственныхъ, а именно: главы третья и четвертая и статьи: 121, 123, 126—132, 134, 163, 164, 166 (ч. 2), 168 (ч. 3), 170, 173 (ч. 4), 437, 449, 643 (ч. 2 и 3), 644 (ч. 4), 645 (ч. 4) и 652 (ч. 3), а закономъ 14 марта 1906 года введены въ дѣйствіе, съ значительными измѣненіями и дополненіями, постановленія главы второй о нарушеніи ограждающихъ вѣру постановленій. По примѣненію къ преступнымъ дѣяніямъ, сими главами и статьями предусмотрѣннымъ, введена также въ дѣйствіе и общая часть, т.-е. глава первая новаго Уголовнаго Уложенія.

Новое Уголовное Уложеніе содержитъ въ себѣ 687 статей и дѣлится на 37 главъ, изъ которыхъ первая посвящена вопросамъ общей части, а остальныя—преступленіямъ въ отдѣльности. Характерной чертой новаго Уложенія является предоставленіе широчайшаго простора судейскому усмотрѣнію при назначеніи наказанія, въ видахъ проведенія принципа индивидуализаціи наказанія, т.-е. необходимости опредѣленія наказанія сообразно особенностямъ даннаго конкретнаго преступнаго дѣянія, лежащимъ какъ въ условіяхъ совершенія, такъ и въ личности преступника. Затѣмъ, новое Уголовное Уложеніе отличается отсутствіемъ казуистичности и необыкновенною обобщенностью своихъ опредѣленій, — качество въ извѣстныхъ размѣрахъ для всякаго Уложенія необходимое, но въ то же время и опасное. Нельзя не замѣтить, что чрезмѣрная обобщенность нѣкоторыхъ положеній новаго Уголовнаго Уложенія дѣлаетъ иногда невозможнымъ надлежащее уразумѣніе смысла закона безъ соотвѣтствующаго ознакомленія съ его мотивами, что въ свою очередь можетъ подавать поводъ къ разномыслямъ въ толкованіи и къ недоразумѣніямъ. Наконецъ, весьма существеннымъ недостаткомъ новаго Уголовнаго Уложенія является то обстоятельство, что его карательная система не согласуется съ дѣйствительнымъ положеніемъ нашего тюремнаго дѣла—обстоятельство, которое, само по себѣ взятое, совершенно достаточно для того, чтобы отложить введеніе Уло-

женія въ дѣйствіе впредь до реформы нашихъ карательныхъ заведеній. Созданные Уголовнымъ Уложеніемъ виды лишенія свободы: каторга, заключеніе въ исправительномъ домѣ, работномъ домѣ, заключеніе въ крѣпости, заключеніе въ тюрьмѣ, въ той характеристикѣ ихъ, какая имъ придается въ текстѣ закона, существуютъ пока почти исключительно только на бумагѣ; между тѣмъ установленная въ законѣ тяжесть этихъ мѣръ наказанія соотвѣтствуетъ важности самыхъ преступныхъ дѣяній, за которыя онѣ назначены; поэтому замѣнять эти наказанія тѣми, повидимому, сходными съ ними, которыя существуютъ въ нашемъ современномъ быту, представляется совершенно неудобнымъ.

Всѣ пересмотры Уложенія о наказаніяхъ 1845 года не имѣли, какъ мы видѣли выше, своею задачею коренной реформы уголовнаго законодательства. Между тѣмъ, необходимость такой реформы давно уже сознавалась всѣми, и новое уложеніе сдѣлалось, такъ сказать, постоянною мечтою и въ литературѣ, и среди юристовъ-практиковъ. Весьма долго продолжались различнаго рода подготовительныя работы по преобразованію уголовныхъ законовъ, въ особенности же системы наказаній; результатомъ этихъ работъ, длившихся съ перерывами въ теченіи нѣсколькихъ лѣтъ, явилось Высочайше утвержденное мнѣніе государственнаго совѣта 11 декабря 1879 года, которымъ установлены основныя положенія, имѣющія служить руководствомъ при преобразованіи тюремной части и при пересмотрѣ Уложенія о наказаніяхъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ поручено было бывшему II отдѣленію собственной Его Императорскаго Величества канцеляріи и министерству юстиціи, по взаимному между ними соглашенію, составить планъ производства работъ по пересмотру дѣйствующаго Уложенія о наказаніяхъ и представить его на Высочайшее благоусмотрѣніе. Немедленно приступлено было къ собранію и отпечатанію необходимыхъ матеріаловъ. Второе отдѣленіе отпечатало „Извлеченіе изъ Свода Законовъ статей, имѣющихъ карательное значеніе“, а министерство юстиціи предприняло изданіе „Матеріаловъ для пересмотра нашего уголовнаго законодательства“ слѣдующаго содержанія: переводы на русскій языкъ важнѣйшихъ уложеній Европы; сводъ замѣчаній чиновъ судебнаго вѣдомства о недостаткахъ дѣйствующаго Уложенія; извлеченія изъ отечественной и иностранной литературы уголовнаго права.

Согласно выработанному плану, Высочайшими повелѣніями 22 и 30 апрѣля 1881 года учрежденъ для составленія проекта новаго уложенія особый комитетъ подъ непосредственнымъ руководствомъ министра юстиціи. Изъ состава комитета повелѣно образовать редакціонную коммиссію, на которую возложить выработку первоначальнаго проекта и объяснительной къ нему записки, которые затѣмъ должны быть подвергнуты обсужденію комитета въ полномъ его составѣ.

Въ руководство комитету и редакціонной коммиссіи указаны слѣ-

дующія правила: 1) въ основаніе работы должны быть положены начала, установленныя Высочайше утвержденнымъ мнѣніемъ государственнаго совѣта 11 декабря 1879 года; въ дальнѣйшемъ она должна сообразоваться съ потребностями современнаго состоянія государства, указаніями судебнаго опыта, а равно и съ положеніями науки уголовнаго права и постановленіями уголовныхъ законодательствъ иностранныхъ государствъ. 2) Долженъ быть составленъ проектъ одного уложенія, замѣняющаго собою нынѣ дѣйствующіе Уложеніе о наказаніяхъ и Уставъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями. 3) Въ проектъ новаго уложенія не включаются тѣ изъ проступковъ по службѣ государственной и общественной, которые заключаются въ нарушеніи исключительно служебныхъ обязанностей и, по маловажности своей, не подлежатъ внесенію въ общее уложеніе, а должны войти въ особый дисциплинарный уставъ. 4) Въ проектъ уложенія предоставлено не вносить нарушеній уставовъ казенныхъ управленій и другихъ спеціальныхъ уставовъ, а ограничиться опредѣленіемъ общихъ основаній отвѣтственности за нарушенія этого рода и предѣловъ ихъ наказуемости. Подробныя постановленія о сихъ нарушеніяхъ должны составить предметъ отдѣльныхъ уставовъ, по принадлежности.

Редакціонная коммиссія была образована 3 мая 1881 года; она немедленно приступила къ работѣ, начавъ свои занятія съ общей части Уложенія. Составленіе Проекта и обширной объяснительной къ нему Записки окончено въ 1895 году. Затѣмъ, пересмотрѣнный на основаніи замѣчаній подлежащихъ вѣдомствъ, проектъ сей въ 1898 году внесенъ въ Государственный Совѣтъ. Для разсмотрѣнія проекта въ Государственномъ Совѣтѣ было образовано Особое Совѣщаніе, которое послѣ трехлѣтнихъ трудовъ выработало въ 1901 году новую его редакцію, значительно отступающую по многимъ вопросамъ отъ первоначальнаго текста. Вслѣдъ затѣмъ проектъ былъ переданъ на разсмотрѣніе Особаго Присутствія Департаментовъ Государственнаго Совѣта; Особое Присутствіе, съ своей стороны, внесло въ проектъ нѣкоторыя измѣненія и дополненія и представило въ 1902 году пересмотрѣнный имъ проектъ на окончательное уваженіе Общаго Собранія Государственнаго Совѣта. Послѣднее внесло въ него еще нѣкоторыя незначительныя измѣненія. Высочайшее утвержденіе состоялось 22 марта 1903 года. Такимъ образомъ закончились двадцатилѣтніе труды по составленію нашего новаго Уголовнаго Уложенія; но самое вступленіе его въ силу было отложено: срокъ для приведенія его въ дѣйствіе будетъ особо назначенъ, какъ это прямо опредѣлено въ Указѣ объ утвержденіи уголовнаго уложенія.

б) Законодательство важнѣйшихъ европейскихъ государствъ.

Holtzendorff, Handbuch des deutschen Strafrechts. I. Binding, Die gemeinen deutschen Strafgesetzbücher. I. Сборникъ: Sammlung ausser deutscher Strafgesetzbücher in deutscher Uebersetzung. Berlin.

Сравнительный методъ изслѣдованія расширяетъ законодательный матеріалъ науки за предѣлы отечественнаго права. Въ особенности, такое расширеніе необходимо для науки русскаго уголовнаго права, въ виду тѣхъ обильныхъ заимствованій съ запада, которыя дѣлались и дѣлаются при всѣхъ нашихъ законодательныхъ работахъ въ сферѣ права уголовнаго. Остановимся на тѣхъ памятникахъ, которые съ этой послѣдней точки зрѣнія имѣютъ для насъ наибольшее значеніе.

Въ Германіи памятникомъ, съ котораго можно начать исторію нынѣ дѣйствующаго права, является Constitutio Criminalis Carolina, такъ называемая „Каролина“, уложеніе Императора Карла V, изданное въ 1532 году какъ обще-имперскій уставъ (Carolina цитируется обыкновенно въ сочиненіяхъ или посредствомъ буквъ C. C. C., т.-е. трехъ начальныхъ буквъ латинскаго названія, или посредствомъ P. G. O., т.-е. трехъ начальныхъ буквъ нѣмецкаго названія—Peinliche Gerichtsordnung). Этотъ законодательный памятникъ служитъ вѣрнымъ отраженіемъ тогдашняго правового быта и воплощаетъ въ себѣ элементы его: иноземное (римское и каноническое) и національное какъ писанное, такъ и обычное право того времени. Затѣмъ, въ дальнѣйшемъ своемъ развитіи нѣмецкое уголовное право идетъ въ двухъ направленіяхъ: съ одной стороны, продолжаютъ развиваться положенія Каролины, издаются имперскіе законы для пополненія пробѣловъ ея; съ другой же, вмѣстѣ съ стремленіемъ отдѣльныхъ областей обособиться, выдѣлится изъ общаго состава Германской Имперіи, создаются самостоятельные уставы и уложенія, отмѣняющіе дѣйствіе общаго права. Благодаря этому, еще задолго до окончательнаго распаденія Германской Имперіи въ 1806 году, появляется цѣлый рядъ уложеній, связь которыхъ съ Каролиной лишь матеріальная, по содержанію; формальное же единство уже нарушено. Только въ четырехъ незначительныхъ областяхъ Германіи Каролина сохранила свое значеніе до послѣднихъ лѣтъ, какъ источникъ дѣйствующаго права; во всѣхъ же другихъ изданы были свои отдѣльные кодексы. Число послѣднихъ дошло къ 1871 году до 44, не считая 56 напечатанныхъ, но не утвержденныхъ проектовъ и нѣсколькихъ рукописныхъ, на которые иногда встрѣчаются указанія у старыхъ криминалистовъ.

Изъ этихъ сепаратныхъ кодексовъ, изданныхъ въ отмѣну Каролины, заслуживаютъ особеннаго вниманія слѣдующіе: 1) Баварскій Codex juris bavarici criminalis 1751 года, который, по словамъ

Фейербаха, „задуманъ въ духѣ Дракона и написанъ кровью“. На заглавномъ листѣ этого уложенія сдѣлана надпись: „Punitio delictorum mater est quietis et publicae salutis“, и изображены орудія казни: мечъ, висѣлица, костеръ, колесо и т. п. 2) Австрійскій—Constitutio Criminalis Theresiana 1768 года, именуемая также Nemesis Theresiana или просто „Терезіана“. Уложеніе это снабжено интереснымъ приложеніемъ: 12 гравюръ, представляющихъ наглядно для судей разнаго рода способы и орудія пытокъ. 3) Въ 1787 году это уложеніе было замѣнено уложеніемъ Императора Іосифа II—Allgemeines Gesetz über Verbrechen und deren Bestrafung,—которое точно такъ же именуется иногда просто Іозефина. Въ исторіи австрійскаго законодательства оно имѣетъ приблизительно то же значеніе, какъ у насъ Наказъ Императрицы Екатерины, то-есть представляетъ собою попытку ввести болѣе гуманныя начала въ уголовное правосудіе. 4) Въ Пруссіи при Фридрихѣ Великомъ, въ 1791 году, издано было такъ называемое прусское земское право—Das allgemeine Preussische Landrecht,—которое вступило въ силу съ 1794 года. Въ 20 титулѣ II части оно заключаетъ уголовные законы.

Къ XIX столѣтію относятся: 5) Баварское уложеніе 1813 года—Allgemeines Strafgesetzbuch für das Königreich Bayern. Составителемъ его проекта былъ знаменитый Фейербахъ; оно имѣло громадное вліяніе на послѣдующія законодательныя работы какъ на западѣ, такъ и у насъ: оно отразилось на проектахъ 1813 года и не осталось безъ вліянія на Сводъ Законовъ. Немедленно, при самомъ изданіи Баварскаго Уложенія 1813 года, составленъ былъ оффиціальный комментарій къ нему, печатаніе же какихъ-либо иныхъ комментаріевъ или толкованій частными лицами было запрещено. 6) Въ 1861 году Баварское Уложеніе 1813 года замѣнено было новымъ. 7) Въ Австріи, въ отмѣну Іозефины, въ 1803 году издано было Уложеніе Императора Франца II—Gesetzbuch über Verbrechen und schwere Polizeiübertretungen. 8) Въ 1852 году оно было замѣнено новымъ—Strafgesetz über Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen, которое дѣйствуетъ понынѣ. 9) Въ Пруссіи въ 1815 году изданъ Strafgesetzbuch für die Preussischen Staaten, отмѣнившій собою 20 титуловъ II части земскаго права.

Созданіемъ Сѣверо-германскаго Союза (1866 г.) положено было начало объединенію отдѣльныхъ германскихъ государствъ подъ гегемоніей Пруссіи; одновременно съ этимъ возродилась мысль объ изданіи одного общаго для всего союза уложенія. Съ 1868 года приступили къ составленію проекта, который черезъ два года представленъ былъ въ Рейхстагъ и утвержденъ 31 мая 1870 года. Съ 1 января 1871 года уложеніе вступило въ силу въ Сѣверо-германскомъ Союзѣ, а годъ спустя во всей Имперіи, подъ именемъ Strafgesetzbuch für

das deutsche Reich. Работы по составленію этого уложенія производились преимущественно прусскими юристами, подъ главнымъ руководствомъ прусскаго же юриста Фридберга. Этимъ и объясняется тотъ фактъ, что Прусское Уложеніе 1851 года послужило главной, едва ли не исключительной основой Имперскаго, такъ что послѣднее является почти лишь пересмотрѣннымъ, исправленнымъ и дополненнымъ изданіемъ перваго.

Сравнивая между собою уголовное законодательство отдѣльныхъ областей Германіи, мы ясно усматриваемъ различіе между сѣверомъ и югомъ, между Германской Имперіей и Австріей. Уложеніе послѣдней стоитъ несравненно ближе къ національному, древне-германскому праву, насколько оно выразилось въ Каролинѣ, чѣмъ новое имперское, которое оказывается подъ сильнымъ вліяніемъ образцовъ иноземныхъ, и именно, что можетъ казаться даже страннымъ,—французскаго. Причины этого явленія мы объяснимъ себѣ, если обратимся къ исторіи: въ XVI вѣкѣ Германія представляетъ одно цѣлое; но уже съ слѣдующаго вѣка начинается распаденіе ея на отдѣльныя государства и продолжается вплоть до послѣдняго времени. Но въ то время, когда сѣверныя области, выдѣляясь изъ общаго состава Имперіи, постепенно обособляются, на югѣ происходитъ иное явленіе: отдѣлившись отъ сѣвера, Австрійская монархія соединяетъ подъ своею властью отдѣльныя національности и стремится создать изъ нихъ нѣчто цѣлое Народы, составляющіе Австрію, желаютъ обособиться; напротивъ, правительство связываетъ ихъ тѣмъ или другимъ путемъ воедино. Въ остальной Германіи происходитъ обратное—не народъ, а правительства поддерживаютъ духъ сепаратизма, идея же національнаго единства лежитъ въ народѣ и въ глазахъ правительствъ является даже политически неблагонамѣренною.

Правительство австрійской монархіи, стремясь къ объединенію отдѣльныхъ областей, вошедшихъ въ составъ государства, старается проводить въ уголовномъ законодательствѣ начала общаго германскаго права; наоборотъ, каждая область стремится получить для себя отдѣльный кодексъ, приспособленный къ мѣстнымъ условіямъ и потребностямъ. Отсюда возникаетъ слѣдующее явленіе: во всѣхъ уставахъ и уложеніяхъ австрійскихъ, начиная съ XVI вѣка и до Constitutio Criminalis Theresiana, рѣзко выдѣляются два элемента: одинъ, принадлежащій центральному правительству и заимствованный изъ Каролины,—неизмѣнный, традиціонный и всегда отсталый; другой—живой и измѣнчивый, выражающій собою мѣстныя потребности и нужды. Правительство неуклонно и настойчиво провело традиціонныя начала обще-германскаго права чрезъ все уголовное законодательство, въ качествѣ объединяющаго принципа, и сохранило ихъ нерушимо до того времени, когда получило возможность дать монархіи одинъ общій кодексъ—Терезіану. Такимъ путемъ начала обще-германскаго права перешли и въ нынѣ дѣйствующее уложеніе 1852 года. Иначе поставлено было дѣло въ государствахъ, вошедшихъ въ составъ нынѣшней Германіи. Здѣсь правительства отдѣльныхъ государствъ, 'ставъ въ прошломъ столѣтіи во враждебное отношеніе къ идеалу единой Германіи, стали въ то же время во враждебное отношеніе и къ обще-германскому праву; а отсюда вытекло то послѣдствіе, что во всѣ 40 германскихъ уложеній, изданныхъ въ періодъ отъ 1751 до 1871 года, былъ открытъ свободный доступъ всевозможнымъ анти-національнымъ вліяніямъ. Одно изъ такихъ уложеній, именно Прусское, легло въ основаніе новаго обще-германскаго уложенія. Такимъ образомъ оказалось, что, проникнутая въ высшей степени національнымъ принципомъ, Германія разошлась въ области уголовнаго законодательства со своимъ національнымъ источникомъ, а, лишенная вовсе національности и даже въ нѣмецкой своей части лишенная единства, Австрія осталась болѣе вѣрна нѣмецкому источнику, хотя онъ и былъ чуждъ большинству австрійскаго населенія.

Франція между всѣми европейскими государствами имѣетъ самый старый и въ то же время самый высшій и по системѣ и по содержанію кодексъ, именно, Code pénal 1810 года. Древнѣйшее французское право составляли отчасти римское и каноническое, отчасти національное обычное право и королевскіе указы, такъ называемые ordonnances. Революція 1789 года, вызвавшая столь много коренныхъ преобразованій во Франціи, не могла не отразиться и на области уголовнаго законодательства; лучшіе французскіе юристы призваны были къ составленію уложенія, и результатомъ работъ ихъ былъ названный Code pénal. Со времени своего изданія Code pénal потерпѣлъ рядъ измѣненій, носящихъ общій характеръ гуманизаціи. Такъ, въ 1832 году была значительно смягчена система наказаній; въ 1863 году цѣлый рядъ правонарушеній былъ переведенъ изъ высшаго по наказуемости разряда, crimes, въ низшій разрядъ, délits; закономъ 1850 года введены учрежденія для малолѣтнихъ и т. д.

Въ Бельгіи дѣйствуетъ, построенное на началахъ французскаго права, Уложеніе 15 октября 1867 года.

Въ Голландіи—Уложеніе 3 марта 1881 года, отличающееся весьма тщательной обработкой.

Въ Италіи дѣйствуетъ Уложеніе 30 іюня 1889 года; въ его карательной системѣ нѣтъ смертной казни.

Въ Венгріи имѣются два уголовныхъ кодекса: одинъ 1878 года, касающійся болѣе тяжкихъ преступныхъ дѣяній, и другой 1879 года, трактующій о маловажныхъ нарушеніяхъ,—оба они составлены подъ замѣтнымъ вліяніемъ германскаго уложенія.

Въ Норвегіи дѣйствуетъ уголовное уложеніе 1902 года, заслуживающее вниманія потому, что, сравнительно со всѣми прочими европейскими законодательствами, оно наиболѣе подчинилось указаніямъ новѣйшихъ литературныхъ теченій.

Совершенно своеобразнымъ представляется англійское уголовное право. Въ Англіи нѣтъ особаго уголовнаго кодекса, и уголовное право здѣсь покоится на обычномъ правѣ (common law), судебной практикѣ (case law) и на отдѣльныхъ законахъ (statut law), которые время отъ времени по однородности своего содержанія объединяются въ особыхъ консолидированныхъ статутахъ (таковы статуты 1861 г.); всѣ же попытки создать уголовный кодексъ терпѣли неудачу въ парламентѣ (въ 1878, 1879 и 1880 гг.).

2. Обычное право.

Обычай, второй источникъ уголовнаго права, можетъ быть опредѣленъ, какъ юридическое правило, возникшее помимо законодательства и получившее, въ силу вѣковой давности, значеніе обязательной нормы. Могутъ быть различены два вида обычая: народный или обы-

чай въ тѣсномъ смыслѣ, т.-е. юридическое правило съ самостоятельнымъ содержаніемъ, вырабатываемое и устанавливаемое народомъ помимо писаннаго права, и судебный, вырабатываемый учрежденіями судебными, которыя дѣйствуютъ на основаніи писаннаго закона; судебный обычай является лишь разъясненіемъ закона и его пополненіемъ въ томъ объемѣ, въ какомъ сіе допускается самимъ закономъ.

Въ древнее время обычай былъ главнымъ, даже единственнымъ источникомъ дѣйствующаго права. Значеніе самостоятельнаго источника права, хотя и не единственнаго, сохраняется за обычаемъ до конца XVII вѣка какъ у насъ въ Россіи, такъ и на Западѣ. Относительно русскаго права мы имѣемъ и у писателей, и въ законодательныхъ памятникахъ множество указаній на то, что господство обычнаго права, на ряду съ Уложеніемъ и Новоуказными Статьями, продолжалось и признавалось законодателемъ въ теченіе всего XVII вѣка. Что касается до западно-европейскаго права, то какъ въ Constitutio Criminalis Carolina, такъ и въ другихъ памятникахъ XVI и XVII вѣковъ мы находимъ цѣлый рядъ указаній на обычное право; очень часто упоминается, что по такому-то случаю существовали такіе-то обычаи, но что примѣнять ихъ не слѣдуетъ, что они устарѣли и сдѣлались уже негодными и т. д. Въ новое время этотъ старый ходъ развитія права замѣнился другимъ: по общему правилу источникомъ уголовнаго права признается только одинъ законъ, по принципу: nullum crimen sine lege. Наше Уложеніе о наказаніяхъ признаетъ обычай за источникъ права для инородцевъ. Новое Уголовное уложеніе сохраняетъ за обычаемъ въ томъ же объемѣ значеніе самостоятельнаго источника дѣйствующаго уголовнаго права—ст. 5 говоритъ: „дѣйствіе сего уложенія не распространяется... 2) на дѣянія, наказуемыя по обычаямъ инородческихъ племенъ въ предѣлахъ, закономъ установленныхъ“.

ЧАСТЬ ОБЩАЯ.

ОТДѢЛЪ I.

ОСНОВАНІЕ И ПРЕДМЕТЪ КАРАТЕЛЬНОЙ ДѢЯТЕЛЬНОСТИ.

I. Уголовный законъ.

Уголовный законъ въ обширномъ смыслѣ слова есть всякое, имѣющее законную силу, т.-е. обязательное для суда и гражданъ опредѣленіе (законъ въ тѣсномъ смыслѣ и обычное право), касающееся преступныхъ дѣяній и наказаній. Совокупность такихъ опредѣленій называется положительнымъ уголовнымъ правомъ въ объективномъ смыслѣ.

Опредѣленія эти могутъ заключать въ себѣ или признаки преступныхъ дѣяній, родъ и размѣръ назначенныхъ за нихъ наказаній, или правила о примѣненіи общихъ постановленій этого рода къ конкретнымъ случаямъ, т.-е. правила о порядкѣ отправленія уголовнаго правосудія. Въ первомъ случаѣ мы будемъ имѣть уголовный законъ матеріальный—матеріальное уголовное право; во второмъ, уголовный законъ формальный—уголовное судопроизводство.

По объему своего содержанія, отражающемуся на самой формѣ изданія, уголовный законъ можетъ быть: во-первыхъ, Сепаратный, когда онъ представляетъ собою одноактное выраженіе законодательной воли, касающееся одного какого-либо вопроса, напримѣръ, опредѣляетъ наказанія за одно преступное дѣяніе или группу ихъ и т. п. Во-вторыхъ, Консолидированный законъ, когда онъ представляетъ собою обобщеніе въ одномъ законодательномъ актѣ цѣлой группы сепаратныхъ законовъ, родственнаго между собою содержанія, съ устраненіемъ въ нихъ противорѣчій и пополненіемъ пробѣловъ. Въ третьихъ, Сводъ Законовъ—охватывающій собою все дѣйствующее законодательство цѣлой области права или самостоятельнаго отдѣла ея и заключающій въ себѣ систе-

матическое изложеніе всѣхъ дѣйствующихъ, то-есть не отмѣненныхъ положеній, установленныхъ всѣми сепаратными законами этой области права. Въ-четвертыхъ, Уложеніе или Уставъ—систематическій законодательный актъ, точно такъ же охватывающій собою цѣлую область права или самостоятельный ея отдѣлъ, но созданный законодателемъ единовременно на однихъ и тѣхъ же общихъ началахъ.

1. Уголовный законъ и охраняемыя имъ нормы.

Binding. Die Normen und ihre Uebertretung, I.

Основаніемъ всякой карательной дѣятельности въ современномъ государствѣ является уголовный законъ въ тѣсномъ смыслѣ и, затѣмъ, положенія обычнаго права, насколько дѣйствіе этого послѣдняго допускается и признается законодателемъ. Ни облагать наказаніемъ дѣянія, въ моментъ ихъ совершенія по закону не наказуемыя, ни приговаривать виновныхъ къ наказанію, въ законѣ неустановленному, судья не имѣетъ права. Наше дѣйствующее уложеніе формулируетъ этотъ принципъ въ ст. 90: „наказанія за преступленія и проступки опредѣляются не иначе, какъ на точномъ основаніи постановленій закона“; новое Уголовное уложеніе въ ст. 1: „преступнымъ признается дѣяніе, воспрещенное, во время его учиненія, закономъ подъ страхомъ наказанія“.

При всей практической важности этого начала, издавна сложившагося въ извѣстный афоризмъ: nullum crimen, nulla poena sine lege, формулировать его особымъ опредѣленіемъ въ кодексѣ въ наше время нѣтъ никакой надобности. Не трудно видѣть, что эти опредѣленія могутъ быть исключены вовсе изъ современныхъ уложеній, и отъ этого не произойдетъ въ содержаніи послѣднихъ ни малѣйшаго измѣненія; недопустимость обратной силы закона, всякаго, а не только уголовнаго, установляется въ законахъ основныхъ; для примѣненія же наказанія по аналогіи требуется спеціальное указаніе закона, а такового нѣтъ ни въ одномъ уложеніи; тѣмъ менѣе можетъ судъ изобрѣтать наказанія, въ законѣ не установленныя—это прямо противно каждой статьѣ особенной части уложенія, опредѣляющей, какія именно наказанія полагаются за каждое преступное дѣяніе, и, сверхъ того, не допускается уставами уголовнаго судопроизводства. Однако, большинство новѣйшихъ уложеній выставляетъ во главѣ своей такого рода опредѣленія, напримѣръ: „всякое дѣяніе наказуемо только въ силу закономъ опредѣленной уголовной угрозы, установленной до совершенія дѣянія“; „никто не можетъ быть приговоренъ“... „преступленіями и проступками почитаются только дѣянія, признанныя таковыми закономъ“

и т. д. Эти формулы, представляя собою чисто теоретическое, притомъ формальное, опредѣленіе преступленія, не вносятъ, строго говоря, въ уголовное уложеніе ни одной іоты содержанія. Все ихъ значеніе заключается въ томъ, что онѣ даютъ готовый и точный отвѣтъ на вопросъ, который иначе и не можетъ быть разрѣшенъ на почвѣ дѣйствующаго права. Самая форма ихъ редакціи—употребленіе въ большинствѣ опредѣленій выраженія: „никто, не, только“—указываетъ на ихъ происхожденіе изъ борьбы, какъ отрицаніе прежде существовавшаго порядка, когда судъ придавалъ законамъ уголовнымъ обратную силу и имѣлъ право, о чемъ именно говорилось почти во всѣхъ старинныхъ уложеніяхъ, примѣнять законъ по аналогіи къ дѣяніямъ, въ уложеніи не указаннымъ.

Уголовный законъ, или правоположеніе, на основаніи котораго преступникъ наказывается, существенно разнится отъ того правоположенія, которое онъ, совершая преступное дѣяніе, нарушаетъ. Мы не можемъ сказать, что преступникъ нарушаетъ уголовный законъ. Изъ текста статей Уложенія ясно видно, что преступникъ, совершая убійство, кражу или поджогъ, этихъ статей вовсе не нарушаетъ. Преступникъ нарушаетъ извѣстные запреты, на которые въ уголовномъ законѣ заключается лишь какъ бы ссылка и которые являются для него необходимымъ предположеніемъ. Преступникъ нарушаетъ правила: не убей, не укради, не совершай поджога и т. д.; за нарушеніе ихъ онъ подвергается дѣйствію уголовнаго закона, то-есть терпитъ наказаніе, въ немъ установленное. Такимъ образомъ, мы должны различать, съ одной стороны, уголовный законъ, опредѣляющій за то или другое преступное дѣяніе извѣстное наказаніе, а съ другой—тѣ правовыя нормы, или обязательные для всѣхъ приказы и запреты, что дѣлать и чего не дѣлать, за нарушеніе которыхъ виновные подвергаются дѣйствію уголовнаго закона. Эти нормы образуютъ собою содержаніе дѣйствующихъ законовъ разныхъ областей права—государственнаго, церковнаго, гражданскаго; таковы нормы, опредѣляющія имущественныя отношенія гражданъ, нормы, опредѣляющія служебныя обязанности должностныхъ лицъ, условія вступленія въ бракъ и т. д. Многія изъ этихъ нормъ суть извѣстныя всѣмъ и каждому требованія общежитія, къ которымъ мы привыкли уже съ дѣтства; по этому въ современныхъ законодательствахъ онѣ обыкновенно даже и не формулируются; таковы: не убей, не причиняй тѣлесныхъ поврежденій и т. д. Уголовный законъ заключаетъ въ себѣ лишь общія опредѣленія наказаній за такія дѣйствія; но ясно, что именно это опредѣленіе наказанія предполагаетъ предварительный запретъ.

Таково общее правило. Но въ нѣкоторыхъ случаяхъ законодатель выдвигаетъ въ самомъ уголовномъ законѣ новое повелѣніе, или новый запретъ, которые до того времени не заключались въ дѣйствую-

щемъ правѣ другихъ областей прямо или косвенно. Въ этихъ случаяхъ такая опредѣлительная норма, какъ бы самимъ уголовнымъ закономъ созданная, совпадаетъ съ нимъ внѣшнимъ образомъ, по времени возникновенія, мысленно же и здѣсь ему предшествуетъ и можетъ быть съ полнымъ удобствомъ перенесена въ соотвѣтствующую ея содержанію область положительнаго права. Такимъ образомъ, опредѣлительная „норма есть всегда логическое, но не всегда фактическое предположеніе уголовнаго закона; она можетъ существовать независимо отъ закона уголовнаго, въ видѣ нормы обычнаго права или въ видѣ закона, но она можетъ быть и слита съ закономъ уголовнымъ, распознаваема только изъ него“ (Таганцевъ. Лекціи, I).

Это внѣшнее пренебреженіе такихъ правовыхъ нормъ, которыя находятъ себѣ выраженіе въ уголовномъ законѣ въ формѣ опредѣленія наказаній за ихъ нарушеніе, и, наоборотъ, тщательная обработка уголовнаго закона въ тѣсномъ смыслѣ свойственны исключительно новому времени и легко объясняются современнымъ состояніемъ цивилизаціи. Въ древнемъ же правѣ, напротивъ того, мы замѣчаемъ явленіе обратное: стараются перечислить, по возможности, всѣ опредѣлительныя нормы и мало обращаютъ вниманія на опредѣленіе наказанія. Примѣромъ можетъ служить Декалогъ Ветхаго Завѣта: онъ заключаетъ въ себѣ исключительно однѣ опредѣлительныя нормы. Десять заповѣдей никакъ нельзя считать моральными только правилами: за нарушеніе ихъ, какъ мы знаемъ, полагалась смертная казнь (побитіе каменьями). Наконецъ, между этими двумя крайними эпохами лежитъ средняя, переходная, когда обѣ части—норма и уголовный законъ—формулировались одинаково внимательно; таковы законы древнѣйшей эпохи Римскаго права, XII таблицъ, и нѣкоторые законы Юстиніанова права.

Противоположеніе нормъ охраняемыхъ и уголовнаго закона не всегда сознается въ литературѣ. Такъ, Кистяковскій (Эл. Учебн., стр. 192, § 62) говоритъ: „уголовнымъ закономъ называется постановленіе, которымъ запрещается или повелѣвается что-нибудь подъ страхомъ наказанія“; равнымъ образомъ, Неклюдовъ (Общая часть уголовнаго права, стр. 16, § 86): „подъ уголовнымъ закономъ въ тѣсномъ смыслѣ слова понимаемъ законодательный запретъ или приказъ, нарушеніе или неисполненіе котораго гарантируется положеннымъ въ немъ наказаніемъ“. Между тѣмъ, идея эта въ своей основѣ далеко не новая; она выражена даже въ Объяснительной Запискѣ къ Проекту Уложенія о наказаніяхъ 1844 года (стр. XLI). Новому времени принадлежитъ лишь особая ея обработка, начатая Биндингомъ.

2. Элементы уголовнаго закона.

Уголовный законъ матеріальный заключаетъ въ себѣ двѣ части: первая обнимаетъ запрещенное дѣяніе и называется диспозитивною или диспозиціей; она заключаетъ въ себѣ указаніе того дѣйствія, которое образуетъ собою данное преступное дѣяніе. Вторая—излагаетъ послѣдствія такого дѣянія, назначаетъ наказаніе и называется санкціонирующей или санкціей. Таковъ первообразный типъ уголовнаго закона. Новыя, усовершенствованныя формы изданія законовъ, приспособленныя

къ удобствамъ пользованія,—кодексы и уложенія—выдѣляютъ общую часть, опредѣленія которой имѣютъ иную структуру: въ нихъ заключаются общія положенія, относящіяся ко всѣмъ частнымъ опредѣленіямъ особенной части. Такія общія положенія, очевидно, не должны составляться изъ двухъ частей—диспозиціи и санкціи. Типомъ уголовнаго закона являются поэтому въ наше время опредѣленія или статьи особенной части; опредѣленія же общей части представляютъ собою лишь отвлеченіе началъ и положеній, общихъ всѣмъ уголовнымъ законамъ, вошедшимъ въ составъ особенной части.

Что касается первой части, диспозитивной, то въ современномъ законѣ она выражается тремя способами. Первый, простѣйшій способъ даетъ диспозицію описательную, когда законодатель именуетъ дѣяніе однимъ общепонятнымъ словомъ, въ которомъ заключаются признаки дѣянія, напримѣръ—кража, убійство; или когда законодатель, не находя такого выраженія или считая его неудобнымъ, перечисляетъ признаки дѣянія въ частности (диспозиція описательная въ тѣсномъ смыслѣ). Такова, напримѣръ, статья 1029 Уложенія о наказаніяхъ. Второй способъ заключается въ томъ, что законъ уголовный въ диспозиціи своей указываетъ лишь общимъ образомъ тотъ источникъ права, въ которомъ должны быть установлены опредѣлительныя [1]) нормы, за нарушеніе которыхъ полагается наказаніе. Такая диспозиція носитъ названіе бланкетной, и самый уголовный законъ, имѣющій ее, называется бланкетнымъ. Какъ примѣръ, можетъ быть приведена статья 426 Уложенія о наказаніяхъ. Диспозиціи второй формы представляютъ ту выгоду сравнительно съ диспозиціями первой формы, т.-е. описательными, что съ измѣненіемъ опредѣлительной нормы, при диспозиціяхъ первой нормы, долженъ быть измѣненъ и уголовный законъ; при диспозиціяхъ же второго рода онъ можетъ оставаться въ прежнемъ видѣ. Бланкетныя диспозиціи получили сильное развитіе въ Германскомъ уложеніи, по отношенію къ преступнымъ дѣяніямъ низшихъ категорій, именно потому, что соотвѣтствующія имъ опредѣлительныя нормы весьма различны между собою въ законодательствахъ отдѣльныхъ германскихъ государствъ, а такое различіе не допускаетъ описательной диспозиціи въ общемъ для всѣхъ государствъ уголовномъ уложеніи. Таковы нормы, опредѣляющія порядокъ государственной и общественной службы, правила благоустройства и благочинія, мѣры предосторожности отъ огня и т. п. Норма „не убей“ во всѣхъ законодательствахъ одинакова; правила же, напримѣръ, объ обращеніи со взрывчатыми веществами могутъ быть весьма различны, и выразить нарушеніе ихъ посредствомъ

[1]) Мы употребляемъ выраженіе „опредѣлительныя“ нормы въ общемъ смыслѣ, охватывающемъ понятіе и запрета, и приказа, не касаясь вовсе широкаго энциклопедическаго вопроса о различіи нормъ запретительныхъ, дозволительныхъ, повелительныхъ и пр.

описательной диспозиціи невозможно. Наконецъ, диспозиція третьей формы называется ссылочною и заключается въ томъ, что уголовный законъ не описываетъ преступнаго дѣянія, не идетъ также бланкетнымъ путемъ, а съ точностью указываетъ статью закона, опредѣляющую то дѣяніе, которое онъ подвергаетъ наказанію. Примѣръ подобной диспозиціи мы находимъ въ 865 ст. Уложенія о наказаніяхъ.

Поколику уголовный законъ касается такой нормы, которая не подлежитъ измѣненію, удобно употреблять описательную диспозпцію; такъ напримѣръ, при опредѣленіи наказанія за убійство. Наоборотъ, если норма, нарушеніе которой предусматривается уголовнымъ закономъ, измѣнчива, то при редактированіи уголовныхъ законовъ, опредѣляющихъ наказаніе за нарушеніе ея, удобно употреблять бланкетныя диспозиціи. Употребленіе ссылочной диспозиціи зависитъ отъ систематизаціи уголовнаго кодекса. Удобства этой формы заключаются въ возможности сокращенія текста и въ устраненіи повтореній: когда преступное дѣяніе описывается однимъ словомъ, то повтореніе не сопряжено съ неудобствами; но если преступное дѣяніе опредѣляется нѣсколькими словами, то при повтореніи можно опустить или измѣнить какое-либо выраженіе, это же нерѣдко вызываетъ недоразумѣнія.

Санкціонирующая часть равнымъ образомъ представляетъ собою три типа. Во-первыхъ, санкція безусловно-опредѣленная, когда законодатель точно опредѣляетъ всѣ послѣдствія извѣстнаго преступнаго дѣянія, такъ что вся дѣятельность судьи ограничивается подысканіемъ соотвѣтствующей статьи. Второй видъ представляетъ санкція безусловно-неопредѣленная, въ которой наказаніе отдается законодателемъ на произволъ суда и не опредѣляется вовсе. Наконецъ, санкція относительно-опредѣленная представляетъ средній типъ между первыми двумя: здѣсь является извѣстный просторъ самостоятельной дѣятельности суда въ опредѣленіи наказанія; но просторъ этотъ ограничивается предѣлами, указанными закономъ.

Это различіе формъ уголовной санкціи обусловливается не одними только практическими удобствами, но имѣетъ глубокое значеніе по существу. Когда законодатель опредѣляетъ размѣръ уголовной отвѣтственности за преступныя дѣянія, то онъ имѣетъ въ виду какъ внѣшнюю сторону преступнаго дѣянія—самый фактъ его совершенія, размѣръ и значеніе причиненнаго имъ или угрожающаго отъ него вреда (объективная оцѣнка преступныхъ дѣяній), такъ и внутреннюю сторону—личныя свойства и настроеніе воли преступника (субъективный критерій). Лишь санкція относительно-опредѣленная даетъ возможность суду индивидуализировать наказаніе, т.-е. сообразовать родъ и размѣръ наказанія съ безконечно-разнообразными особенностями дѣянія, въ особенности его внутренней стороны, которыя никогда не могутъ быть въ точности предусмотрѣны законодателемъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ, эта

форма санкціи имѣетъ преимущество передъ санкціей безусловно-неопредѣленной въ томъ отношеніи, что полагаетъ необходимый предѣлъ судейскому усмотрѣнію, соотвѣтственно той степени довѣрія, которую питаетъ законодательная власть къ своимъ судамъ въ каждую данную эпоху, сообразно личнымъ свойствамъ судебнаго персонала.

Въ древнѣйшую эпоху понятіе преступнаго дѣянія исчерпывалось понятіемъ матеріальнаго вреда; на субъективную сторону преступнаго дѣянія не обращалось вниманія или, по крайней мѣрѣ, она отходила далеко на задній планъ. Очевидно, что въ эту эпоху безусловно-опредѣленная санкція являлась не только возможною, но и вполнѣ нормальною, такъ какъ точное опредѣленіе наказанія могло быть сдѣлано a priori.

Съ теченіемъ времени сознается необходимость сообразовать наказаніе съ различными степенями виновности и, чѣмъ болѣе получаетъ значенія внутренняя сторона, чѣмъ болѣе законодатель принимаетъ въ расчетъ волю преступника, тѣмъ труднѣе становится сдѣлать напередъ строгое, точное опредѣленіе наказанія и его размѣровъ. Санкція закона получаетъ характеръ безусловно-неопредѣленный. Постепенное развитіе такого порядка мы видимъ въ періодѣ времени съ XIV по XVIII вѣкъ.

Но идея необходимости гарантировать права личности, какъ таковой, отъ произвола судей вызвала поворотъ снова къ санкціи опредѣленной. Въ XVIII вѣкѣ начинается протестъ противъ безусловно-неопредѣленной санкціи. Въ Германіи, Франціи и даже у насъ (Наказъ Екатерины II) стали требовать возвращенія къ санкціи абсолютно-опредѣленной, при которой роль судьи должна ограничиваться только подведеніемъ конкретнаго случая подъ законъ, иначе говоря, простымъ выборомъ соотвѣтствующей статьи. Скоро, однако, было замѣчено, что законъ не можетъ предусмотрѣть всѣхъ индивидуальныхъ особенностей дѣянія, отъ которыхъ зависитъ степень виновности; это привело къ созданію третьей формы санкціи, относительно-опредѣленной. Творцомъ ея былъ Фейербахъ, бывшій вначалѣ защитникомъ абсолютно-опредѣленной санкціи. Когда онъ работалъ надъ составленіемъ проекта Баварскаго Уложенія 1813 года, то убѣдился въ полной невозможности провести ее въ законѣ, различающемъ степени субъективной виновности; онъ рѣшился проложить новый путь и, воспользовавшись образцами изрѣдка встрѣчавшимися въ законодательствѣ, выработалъ третью форму санкціи, которая или предоставляла судьѣ выборъ одного наказанія изъ нѣсколькихъ, указанныхъ въ законѣ, или, опредѣляя наказаніе, родъ и видъ его, предоставляла суду опредѣленіе его размѣровъ.

Относительно-опредѣленная санкція принята всѣми новыми законодательствами; сохранились, правда, наказанія безусловно-опредѣленныя и неопредѣленныя, но они составляютъ сравнительно небольшое число.

Въ дѣйствующихъ законодательствахъ относительно-опредѣленная санкція сложилась въ четыре различныя формы, сообразно тому способу, посредствомъ котораго законъ ограничиваетъ произволъ судьи въ опредѣленіи наказанія: 1) законъ иногда ставитъ рядомъ для выбора два или болѣе наказаній альтернативно; 2) законъ указываетъ только maximum наказанія, предоставляя судьѣ понижать наказаніе по своему усмотрѣнію до общаго низшаго размѣра этого вида наказанія; такая

санкція господствуетъ въ Уставѣ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями; 3) законъ указываетъ одинъ minimum наказанія, предоставляя судьѣ возвышать наказаніе до общаго высшаго размѣра этого вида наказанія; 4) законъ указываетъ maximum и minimum наказанія, предоставляя судьѣ двигаться въ этихъ предѣлахъ; этотъ видъ санкціи есть преобладающій въ дѣйствующемъ правѣ. Наконецъ, встрѣчаются нерѣдко комбинаціи перваго вида со вторымъ и т. п.

Но и относительно-опредѣленная санкція не удовлетворяетъ потребностямъ современнаго уголовнаго правосудія. Нельзя не обратить вниманія на то, что судья не всегда въ состояніи точно опредѣлить необходимыя для индивидуализированія наказанія оттѣнки виновности и субъективныя свойства личности преступника, такъ какъ въ большинствѣ случаевъ отношенія между судьей и обвиняемымъ слишкомъ кратковременны. На этомъ основаніи, тюремной администраціи предоставляется право измѣнять мѣру наказанія, наложеннаго судомъ, и уменьшить ее, напримѣръ, на $^1/_3$ или на $^1/_2$. Такимъ образомъ, является какъ бы новая форма уголовной санкціи: судья, назначая наказаніе, не даетъ его абсолютной мѣры, а назначаетъ только высшую, которая можетъ быть уменьшена исполнителями. Такой порядокъ называется относительною опредѣленностью самихъ приговоровъ.

Въ нашемъ дѣйствующемъ правѣ мы находимъ остатки санкціи безусловно-опредѣленной, хотя въ этомъ отношеніи между Уложеніемъ 1845 года и нынѣ дѣйствующимъ есть большая разница. Уложеніе 1845 года знало много случаевъ употребленія такой санкціи; съ изданіемъ Судебныхъ Уставовъ 1864 года число этихъ случаевъ значительно ограничено по той причинѣ, что суду дано право признавать виновнаго заслуживающимъ снисхожденія, результатомъ чего является смягченіе наказанія, обязательное на одну степень и возможное на двѣ степени. Примѣромъ такихъ, въ процессуальномъ порядкѣ смягченныхъ, безусловно-опредѣленныхъ санкцій могутъ служить статьи 241, 243, 244, 249, 254, 1449 Уложенія о наказаніяхъ.

Кромѣ случаевъ этого рода, въ нашемъ Уложеніи осталось значительное число такихъ взысканій, которыя, будучи установлены въ формѣ санкціи абсолютно-опредѣленной, не подлежатъ и смягченію. Они носятъ названіе исключительныхъ наказаній. Нѣкоторые изъ нихъ не допускаютъ смягченія по самому существу своему, несмягчаемость другихъ создана искусственно (см. ниже о наказаніяхъ исключительныхъ).

Господствующей формой уголовной санкціи у насъ является относительно-опредѣленная во всѣхъ своихъ видахъ. Правила ея примѣненія мы находимъ въ статьяхъ 147—149 Уложенія, дающихъ суду право дѣлать выборъ между родами наказаній, въ одномъ родѣ между степенями и въ одной степени между мѣрами наказанія. Наиболѣе часто употребляются санкціи съ обоими предѣлами: максимальнымъ и минимальнымъ, а также санкціи альтернативныя. Что касается относительно-опредѣленныхъ санкцій съ однимъ максимальнымъ предѣломъ, то ихъ довольно много какъ въ Уставѣ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями, такъ и въ Уложеніи. Таковы, напримѣръ, въ Уложеніи 205, 235 статьи; въ Мировомъ Уставѣ статьи 58, 142. Статья 12 Устава устанавливаетъ общіе минимальные предѣлы: „при наложеніи денежнаго взысканія, опредѣленнаго закономъ только въ одномъ высшемъ размѣрѣ, оно можетъ быть смягчаемо по усмотрѣнію судьи; при назначеніи ареста, когда высшій предѣлъ этого наказанія положенъ въ размѣрѣ болѣе 3-хъ дней, оно не можетъ быть опредѣлено въ размѣрѣ трехъ или менѣе дней“. Санкцій съ однимъ минимальнымъ предѣломъ мы не находимъ ни въ Уложеніи, ни въ Уставѣ.

Относительная опредѣленность самихъ приговоровъ суда введена у насъ очень давно, даже когда ея не было въ Западной Европѣ. Уставъ о ссыльныхъ 1822 года даетъ тюремной администраціи право, переводя ссыльно-каторжныхъ изъ одного разряда въ другой и затѣмъ въ разрядъ ссыльно-поселенцевъ, сокращать срокъ каторжныхъ работъ на одну треть.

Въ Уголовномъ Уложеніи 1903 года общее правило составляютъ описательныя диспозиціи обоихъ видовъ, рѣже бланкетныя (ст. 138, 206, 207, 528 и др.) и ссылочныя (ст. 476, 478 и др.). Санкціи — преимущественно относительно-опредѣленныя всѣхъ указанныхъ выше видовъ; абсолютно-неопредѣленныхъ санкцій новое Уголовное Уложеніе вовсе не знаетъ, а абсолютно-опредѣленныя въ немъ встрѣчаются лишь въ случаяхъ назначенія денежныхъ пеней (ст. 250, 251, 255, 572). Затѣмъ, новое Уголовное Уложеніе въ значительномъ объемѣ допускаетъ послѣдующее уменьшеніе наказанія, наложеннаго судомъ. Статья 23 говоритъ о досрочномъ освобожденіи приговоренныхъ къ каторгѣ, ссылкѣ на поселеніе и къ заключенію въ исправительномъ домѣ. Статьи 31 и 35 устанавливаютъ относительную опредѣленность приговоровъ для наказаній дополнительныхъ: общіе сроки лишенія извѣстныхъ правъ (ст. 30) и ограниченія въ правѣ избранія и перемѣны мѣста жительства (ст. 34) могутъ быть сокращены въ случаѣ одобрительнаго поведенія приговоренныхъ.

II. Преступное дѣяніе какъ объектъ карательной дѣятельности.

Binding: 1) Die Normen und ihre Uebertretung. 2) Handbuch des Strafrechts. **Сергѣевскій**, О правѣ наказанія. Юридическій Вѣстникъ. 1881. VI. **Merkel**, Criminalistische Abhandlungen, I. **Bekker**, Theorie des heutigen deutschen Strafrechts. **Thon**, Rechtsnorm und subjectives Recht. **Meyer**, Die Gerechtigkeit im Strafrechte, Gerichtssaal. 1881. **Hertz**, Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts.

1. Понятіе преступнаго дѣянія.

а) Неправда наказуемая и неправда ненаказуемая.

Отношеніе государства къ опредѣлительнымъ нормамъ, образующимъ собою строй правопорядка, далеко не одинаково: къ однимъ изъ нихъ государство относится такимъ образомъ, что нарушеніе ихъ облагаетъ наказаніемъ; таковы нормы: не убей, не укради. Другія нормы охраняются посредствомъ имущественнаго вознагражденія или посредствомъ принужденія къ исполненію, исключительно или рядомъ съ наказаніемъ: свидѣтель, не явившійся въ судъ, подлежитъ приводу, независимо отъ взысканія (ст. 438 Уст. Угол. Суд.); равнымъ образомъ, лицо, не явившееся къ отправленію воинской повинности, принуждается къ этому; должникъ, не исполняющій нормъ гражданскаго права, требующихъ выполненія принятыхъ на себя гражданскихъ обязательствъ, принуждается къ этому или къ возмѣщенію убытковъ; истребившій или повредившій чужое имущество обязывается вознаградить потерпѣвшаго и т. п. Далѣе, мы найдемъ въ положительномъ правѣ не мало такихъ нормъ, нарушеніе которыхъ не влечетъ за собою наказанія и которыя при этомъ не охраняются и посредствомъ принужденія къ исполненію; таковы, напримѣръ, предписанія, заключающіяся въ ст. 3, 185, 187 190 и многихъ другихъ статьяхъ нашего Устава о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій. Такимъ образомъ, мы видимъ, что вся область дѣяній, нарушающихъ нормы правопорядка, распадается, во-первыхъ, на нарушенія, влекущія за собою наказанія, и нарушенія, наказаніемъ не обложенныя; во-вторыхъ, на нарушенія нормъ, охраняемыхъ принужденіемъ къ исполненію или имущественнымъ взысканіемъ, и нарушенія нормъ, этимъ средствомъ не охраняемыхъ; въ третьихъ, на нарушенія нормъ, охраняемыхъ принужденіемъ или наказаніемъ, и нарушенія нормъ, не охраняемыхъ вовсе ни тѣмъ, ни другимъ. Анализъ двухъ послѣднихъ противоположеній, то-есть изслѣдованіе вопроса о принужденіи къ исполненію, объ имущественномъ вознагражденіи и о юридической природѣ тѣхъ предписаній или запретовъ закона, которые не охраняются принужденіемъ къ исполненію и нарушеніе которыхъ не

влечетъ за собою наказанія,—эти вопросы не входятъ въ область науки уголовнаго права. Для уголовнаго права имѣетъ существенное значеніе лишь первое противоположеніе: нарушенія наказуемыя и ненаказуемыя. Наказуемыя нарушенія нормъ суть преступныя дѣянія. По принятой въ нашей наукѣ терминологіи, нарушенія нормъ правопорядка называются обыкновенно правонарушеніями или неправдою (Unrecht); неправда наказуемая называется неправдою уголовною.

Понятіе преступнаго дѣянія слагается, такимъ образомъ, изъ двухъ элементовъ: противоправности и наказуемости. Элементы эти имѣютъ вполнѣ самостоятельное значеніе и далеко не всегда совпадаютъ. Наказуемость противоправныхъ дѣяній является признакомъ внѣшнимъ и основывается исключительно на уголовномъ законѣ, по принципу nulla poena sine lege. Сколь бы дѣяніе ни было вредно, сколь бы ни возмущало общественное правосознаніе, наконецъ сколь бы опредѣленно оно ни было запрещено законодателемъ, но безъ прямого указанія уголовнаго закона, оно не можетъ быть обложено наказаніемъ. Другими словами, дѣяніе человѣка можетъ быть признано преступнымъ и обложено наказаніемъ только тогда, когда во время совершенія его имѣлись въ наличности соотвѣтствующія опредѣленія закона о запрещеніи и о наказаніи. Такое понятіе преступнаго дѣянія свойственно современному уголовному праву всѣхъ цивилизованныхъ народовъ; оно, въ качествѣ теоретическаго отвлеченія, вытекаетъ непосредственно, съ одной стороны, изъ того положенія, что никакой законъ обратнаго дѣйствія не имѣетъ, а съ другой—изъ того, что суду не дается права налагать наказанія за дѣянія, именно въ уголовномъ законѣ не предусмотрѣнныя. Несомнѣнно запрещены дѣянія, составляющія нарушеніе приведенныхъ статей Устава о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій; но они не обложены въ уголовномъ законѣ наказаніемъ, а посему не могутъ считаться преступными. Таковы же дѣянія, противныя статьямъ 99, 100 того же Устава, которыми запрещается продажа, производство и употребленіе мѣдныхъ отливныхъ крестовъ и иконъ; таковы же нарушенія многихъ статей Устава торговаго и т. д., и т. д. Несомнѣнно запрещены и противоправны покушенія на преступныя дѣянія, но наказуемы они далеко не всегда, а во французскомъ правѣ, можно сказать, даже въ большинствѣ случаевъ не наказуемы.

Оба элемента—и противоправность, и наказуемость—обладаютъ свойствомъ измѣнчивости. Каждое измѣненіе въ общественномъ строѣ неизбѣжно выражается въ соотвѣтствующемъ измѣненіи нормъ правопорядка, а слѣдовательно, влечетъ за собою и соотвѣтствующее измѣненіе области запрещенныхъ дѣяній. Не говоря уже о такихъ радикальныхъ реформахъ правового строя, каковы, напримѣръ, установленіе и уничтоженіе рабства или крѣпостного права, перемѣна въ отношеніяхъ государства къ церкви и т. д., измѣненія далеко не столь

существенныя—уничтоженіе акцизной системы и введеніе казенной винной монополіи, замѣна предварительной цензуры карательной системой и т. п.—всѣ они одинаково выражаются въ образованіи новыхъ нормъ и уничтоженіи старыхъ. То, что въ одну эпоху было дозволеннымъ, въ другую является запрещеннымъ и наоборотъ. Не забудемъ, что было время, когда даже норма „не убей“ теряла свое значеніе въ отношеніяхъ отца къ сыну, господина къ рабу. Въ наше время норма „не убей“ представляется незыблемой; но незыблемость эта есть только кажущаяся—развѣ не замѣняется она въ военное время обратнымъ предписаніемъ: убивай какъ можно больше непріятелей. При наличности извѣстныхъ предположеній, правопорядокъ иногда не только дозволяетъ, но даже нуждается въ тѣхъ самыхъ дѣйствіяхъ, которыя онъ при другихъ условіяхъ запрещаетъ. Не меньшей измѣнчивостью обладаетъ и второй элементъ преступнаго дѣянія—наказуемость. Множество запрещенныхъ и наказуемыхъ въ одну эпоху дѣяній, въ другую становятся ненаказуемыми, хотя и остаются запрещенными, или облагаются наказаніями меньшими и наоборотъ.

Въ исторіи французскаго уголовнаго права законы 1832 и 1863 годовъ, смягчившіе наказаніе за множество преступныхъ дѣяній, тѣмъ самымъ сдѣлали ненаказуемыми многія покушенія, которыя прежде облагались наказаніями. Одинъ изъ яркихъ примѣровъ измѣнчивости элемента наказуемости представляетъ исторія чадоубійства въ нашемъ правѣ. По Уложенію царя Алексѣя Михайловича, гл. XXIII, ст. 3, „будетъ отецъ или мати сына или дочь убіетъ до смерти, и ихъ за то посадить въ тюрьму на годъ... а смертію отца и матери за сына и за дочь не казнить“. Въ 1832 году, благодаря коренному измѣненію семейныхъ отношеній въ періодъ отъ XVII по XIX вѣкъ, законодатель счелъ необходимымъ выставить противоположное правило: „родители—говоритъ статья 118, т. X, ч. 1 Свода Законовъ 1832 года—не имѣютъ права на жизнь дѣтей и за убійство оныхъ отвѣтствуютъ передъ судомъ наравнѣ съ посторонними“. Въ дополненіе къ этому, статьи 341 и 342, т. XV, ч. 1 того же Свода Законовъ прямо указываютъ, что хотя чадоубійство и представляетъ собою особенный видъ убійства, но оно подлежитъ „тѣмъ же наказаніямъ, какія положены за смертоубійство вообще“. Уложеніе 1845 года идетъ еще далѣе: оно признаетъ чадоубійство квалифицированнымъ видомъ убійства, подлежащимъ наказанію наравнѣ съ вторичнымъ убійствомъ (Улож. 1845 года, ст. 1922, Уложеніе 1866 года, ст. 1451). Такимъ образомъ, одно и то же запрещенное дѣяніе въ теченіе менѣе двухсотъ лѣтъ перешло изъ низшаго, по размѣрамъ наказуемости, разряда въ высшій. Новое Уголовное Уложеніе 1903 года производитъ огромное измѣненіе элемента наказуемости въ нашемъ правѣ по самымъ различнымъ направленіямъ. Измѣненіе это такъ велико, что размѣры его едва ли могутъ быть даже выяснены съ точностью въ настоящее время впредь до указаній практики.

Измѣнчивость обоихъ элементовъ, очевидно, обусловливаетъ собою и измѣнчивость самого преступнаго дѣянія. Измѣняется, во-первыхъ, область преступныхъ (наказуемыхъ) дѣяній и, во-вторыхъ, распредѣленіе ихъ въ лѣстницѣ по размѣрамъ наказаній. Это постоянное движеніе, однако, нисколько не измѣняетъ юридической природы преступнаго дѣянія: оно всегда было, есть и будетъ правонарушеніе, то-есть нарушеніе юридическихъ нормъ или тѣхъ обязательныхъ правилъ, которыя установляются законодателемъ для данной эпохи и для даннаго мѣста.

Никакихъ постоянныхъ признаковъ преступности дѣянія, которые для всѣхъ временъ и народовъ опредѣляли бы границу между наказуемою неправдой и ненаказуемой, установить мы не можемъ: равнымъ образомъ, не можемъ установить и постояннаго распредѣленія ихъ въ лѣстницѣ по размѣрамъ наказаній. Все это зависитъ отъ конкретныхъ условій государственной и народной жизни, въ данное время и въ данномъ мѣстѣ. Лишь путемъ историческаго изслѣдованія наука можетъ дойти до выясненія тѣхъ общихъ критеріевъ или мотивовъ, которые служили и служатъ для положительнаго права руководствомъ въ дѣлѣ назначенія наказаній за тѣ или другія правонарушенія. Изслѣдованія этого рода едва лишь начинаются въ наукѣ и въ настоящее время могутъ быть указаны лишь немногіе изъ этихъ мотивовъ, притомъ въ самой общей формулировкѣ. Такъ, наличность имущественныхъ взысканій, опредѣляемыхъ въ порядкѣ гражданскаго суда, и возможность принужденія къ исполненію являются въ исторіи права однимъ изъ основаній, опредѣляющихъ собою ненаказуемость неправды; то же значеніе имѣютъ вообще разнаго рода невыгодныя для нарушителя послѣдствія, помимо наказанія вытекающія изъ совершеннаго имъ правонарушенія. Затѣмъ, въ качествѣ мотивовъ, опредѣляющихъ наказуемость, выдвигаются: невознаградимость причиненнаго вреда; важность блага, подвергшагося посягательству; частая повторяемость извѣстныхъ правонарушеній; злоупотребленіе государственными учрежденіями или открытіями въ области человѣческихъ знаній и т. п.

б) Преступное дѣйствіе и преступное ощущеніе.

Нормы правопорядка, по содержанію своему, заключаютъ въ себѣ два рода требованій. Во-первыхъ, государство требуетъ, чтобы гражданинъ не совершалъ того, что противорѣчитъ цѣлямъ государства; законъ, который устанавливаетъ такую обязанность, ограничивается указаніемъ или обозначеніемъ тѣхъ измѣненій во внѣшнемъ мірѣ, тѣхъ явленій, къ произведенію которыхъ подданный не долженъ направлять свою дѣятельность. Законъ въ этихъ случаяхъ опредѣляетъ извѣстное ограниченіе въ дѣятельности человѣка, воспрещая ее или предписывая придавать ей правомѣрное направленіе: онъ является запретительнымъ закономъ, запретительной нормой. Во-вторыхъ, государство во многихъ случаяхъ требуетъ содѣйствія гражданина для своихъ цѣлей; оно указываетъ тѣ явленія, воспроизводить которыя признается обязанностью гражданина. Законъ устанавливаетъ, такимъ образомъ, для гражда-

нина обязанность совершить извѣстныя дѣйствія, а посему и является въ этомъ случаѣ закономъ требовательнымъ, требовательной нормой. Цѣль нормы требовательной есть произведеніе извѣстныхъ явленій въ области правовыхъ отношеній; цѣль нормы запретительной—недопущеніе ихъ.

Соотвѣтственно такому различію въ содержаніи нормъ, выдѣляются два рода преступныхъ дѣяній: нарушеніе нормы запретительной и нарушеніе нормы требовательной, дѣйствіе и опущеніе, delictum commissionis и delictum omissionis (Begehung и Unterlassung). Наше Уложеніе въ статьѣ 1-й именно говоритъ: „Преступленіемъ или проступкомъ признается, какъ самое противозаконное дѣяніе, такъ и неисполненіе того, что подъ страхомъ наказанія закономъ предписано". Объективная сторона дѣйствія заключаетъ въ себѣ извѣстное явленіе во внѣшнемъ мірѣ; объективная сторона опущенія, наоборотъ — несовершеніе, неисполненіе, слѣдовательно, отсутствіе того явленія, которое признается въ законѣ необходимымъ. При delicta commissionis требованіе закона есть non laede; при delicta omissionis—чистое obligatio ad faciendum. Иногда, впрочемъ, редакція закона можетъ не соотвѣтствовать содержанію нормы: требовательная норма можетъ быть выражена въ формѣ запрета, а запретительная—въ формѣ приказа. Внѣшнимъ образомъ различіе дѣйствія и опущенія сказывается нагляднѣе всего въ редакціи диспозитивной части уголовнаго закона: при дѣйствіи диспозитивная часть уголовнаго закона редактируется обыкновенно въ положительной формѣ; при опущеніи—въ отрицательной. Такова отрицательная редакція статей 126, 127, 329, 330, 331, 336 и др. Уложенія о наказаніяхъ и статей 163, 164, 181, 183, 184, 185, 640 и др. новаго Уголовнаго Уложенія.

2. Содержаніе преступнаго дѣянія.

Первый элементъ преступнаго дѣянія—противоправность—является элементомъ внутреннимъ, иначе говоря, опредѣляется содержаніемъ преступнаго дѣянія; второй—наказуемость—наоборотъ, есть элементъ внѣшній и опредѣляется тѣми послѣдствіями, которыя законъ связываетъ съ преступнымъ дѣяніемъ. По содержанію своему, всѣ преступныя дѣянія, какъ нарушенія велѣній законодателя, необходимо заключаютъ въ себѣ непослушаніе волѣ законодателя. Это есть моментъ общій, одинаково присущій всякому правонарушенію. Затѣмъ сообразно цѣлямъ и содержанію самихъ нормъ, нарушаемыхъ преступнымъ дѣяніемъ, это послѣднее можетъ имѣть различное содержаніе. Нормы правопорядка направляются, конечно, ко благу общества и отдѣльныхъ лицъ. Онѣ запрещаютъ дѣянія, вредныя для этого блага, и предписываютъ дѣянія, для него полезныя; при этомъ, въ качествѣ дѣяній вредныхъ, воспрещаются законодателемъ не только дѣянія, наличный вредъ въ себѣ заключающія, но и дѣянія опасныя, заключающія въ себѣ опасность такого вреда. Благо, которому должны служить всѣ нормы, не всегда бываетъ, однако, благомъ дѣйствительнымъ: законодатель можетъ иногда ошибаться и принимать за благо то, что̀ не есть благо. Подъ вліяніемъ такой ошибки онъ можетъ воспретить дѣянія вовсе не вредныя и ни для кого не опасныя, и предписать дѣянія вовсе не полезныя. Дѣянія эти будутъ, такъ сказать, лишь фиктивно вредныя и фиктивно опасныя. Наконецъ, допустимъ, что законодатель, какъ человѣкъ, пойдетъ еще далѣе и обратитъ свою власть не на служеніе благу общему, а на удовлетвореніе чьихъ-либо личныхъ интересовъ или даже слабостей. На этомъ пути онъ можетъ воспретить дѣянія, ни дѣйствительнаго, ни фиктивнаго вреда въ себѣ не заключающія; онъ можетъ воспретить дѣянія, съ точки зрѣнія общаго блага полезныя, и предписать дѣянія прямо вредныя. Сохраняя въ себѣ общій элементъ непослушанія волѣ законодателя, эти дѣянія никакого элемента вредоносности, очевидно, заключать въ себѣ не будутъ.

Такимъ образомъ, по содержанію своему, преступное дѣяніе можетъ быть: или а) дѣяніемъ, наносящимъ наличный, дѣйствительный или фиктивный вредъ всему обществу и частнымъ лицамъ; или б) дѣяніемъ, хотя и не наносящимъ наличнаго, дѣйствительнаго или фиктивнаго вреда ни обществу, ни частнымъ лицамъ, но заключающимъ въ себѣ опасность такого вреда; или, наконецъ, в) простымъ непослушаніемъ волѣ законодателя исключительно. Иного содержанія правонарушенія имѣть не могутъ, такъ какъ юридическія нормы, запреты и приказы, могутъ возникать лишь изъ двухъ источниковъ: или изъ стремленія установить и поддержать извѣстныя правила жизни, необходимыя и полезныя для всего общества и для частныхъ лицъ, или изъ произвола законодателя исключительно, помимо какихъ бы то ни было соображеній общественной пользы и необходимости.

а) Преступное дѣяніе, какъ вредъ.

Вредъ, заключающійся въ преступномъ дѣяніи, можетъ быть или вредомъ отдѣльному лицу, или вредомъ для всего общества, такъ какъ всякая норма, нарушаемая преступнымъ дѣяніемъ, имѣетъ своимъ предметомъ или права, блага и интересы частнаго лица, или интересы цѣлаго общества, или то и другое вмѣстѣ.

Если мы обратимся къ исторіи, то увидимъ, что въ древнѣйшую эпоху преступное дѣяніе является по преимуществу вредомъ личнымъ. Въ древнюю эпоху преступное дѣяніе преимущественно, если не исклю-

чительно, является дѣяніемъ частнаго характера: самой мысли о томъ, что подъ понятіе преступнаго дѣянія можетъ быть подведенъ и такой вредъ, который не нарушаетъ правъ отдѣльнаго лица, можно сказать, не существовало. Такова у насъ эпоха, характеризуемая Русской Правдой. Съ самыхъ первыхъ моментовъ образованія государственнаго единства и сознанія общественныхъ интересовъ начинается выработка нормъ, имѣющихъ своимъ предметомъ общественное благо; начинается и охраненіе ихъ посредствомъ наказанія. Такимъ образомъ, на ряду съ преступными дѣяніями, нарушающими права и интересы частныхъ лицъ, которыя въ древнемъ правѣ исключительно занимаютъ область наказуемыхъ дѣяній, вступаютъ въ эту область и нарушенія нормъ общественнаго порядка или общественнаго интереса.

Въ современномъ правѣ выдвигается сознаніе о томъ, что всякое нарушеніе права отдѣльнаго лица есть вмѣстѣ съ тѣмъ правонарушеніе общественное, поэтому всякое причиненіе вреда въ наше время мыслится, какъ преступное дѣяніе противъ всего общества, хотя бы оно нарушало ближайшимъ образомъ только интересы частнаго лица. Преступныя дѣянія частныя представляютъ собою исключеніе. Въ нихъ государство не видитъ нарушенія общественныхъ интересовъ, а только нарушеніе интересовъ и правъ частнаго лица, которому оно поэтому и предоставляетъ какъ инціативу преслѣдованія, такъ и право его прекращенія; государство принимаетъ на себя судъ и наказаніе частныхъ преступныхъ дѣяній, но лишь подъ условіемъ соотвѣтствующаго волеизъявленія пострадавшаго лица (см. Тауберъ, Вѣстникъ права. 1905. 3). Къ такимъ преступнымъ дѣяніямъ относятся, напримѣръ, оскорбленія чести. Мы разсматриваемъ нынѣ преступное дѣяніе, какъ дѣяніе, преслѣдуемое въ интересахъ общественныхъ, а не въ интересахъ частнаго лица. Содержаніемъ преступнаго дѣянія представляется вредъ, причиняемый всему обществу; нарушеніе же частнаго права есть только средство или форма нарушенія права общественнаго. Такъ, кража нарушаетъ субъективное право на вещь; но государство потому преслѣдуетъ виновнаго, что онъ, совершивъ кражу, eo ipso нарушилъ порядокъ, охраняемый государствомъ. Новое время постепенно, хотя и съ значительными колебаніями, несетъ съ собою ограниченіе области частныхъ преступныхъ дѣяній, и въ будущемъ, по всей вѣроятности, во всякой неправдѣ будутъ видѣть вредъ всему обществу.

Два частныя преступныя дѣянія взаимно поглощаютъ другъ друга; если одинъ оскорбилъ другого, а тотъ отвѣтилъ равнымъ оскорбленіемъ, то всякое преслѣдованіе прекращается; но если два человѣка совершили другъ у друга кражу, то современное общество не признаетъ здѣсь поглощенія одного дѣянія другимъ, потому что видитъ въ нихъ, кромѣ личнаго вреда, вредъ общественный — оба преступника подлежатъ наказанію.

б) Преступное дѣяніе, какъ опасность вреда.

Воспрещая дѣянія, заключающія въ себѣ наличный — дѣйствительный или фиктивный — вредъ всему обществу или частнымъ лицамъ, законодатель, по тѣмъ же соображеніямъ, можетъ воспрещать дѣянія, наличнаго вреда никому не причиняющія, но заключающія въ себѣ опасность такого вреда; равнымъ образомъ, онъ нерѣдко предписываетъ гражданамъ совершеніе извѣстныхъ дѣйствій, имѣющихъ цѣлью предупрежденіе возможнаго вреда. Нарушеніе запретовъ и повелѣній этого рода будетъ преступными дѣяніями, все содержаніе которыхъ образуется, именно, опасностью или возможностью вреда. Таковы, напримѣръ, скорая ѣзда по улицамъ города, стрѣльба изъ ружей въ селеніяхъ, несоблюденіе установленныхъ правилъ обращенія съ ядовитыми веществами и т. п. Сами по себѣ взятыя, дѣянія эти никому никакого вреда не причиняютъ, но, по наблюденіямъ опыта, представляются опасными въ смыслѣ возможности такого вреда.

Эта категорія преступныхъ дѣяній получаетъ свое развитіе въ правѣ XVIII и XIX вѣковъ; въ правѣ же древнѣйшемъ выдѣлялись лишь немногіе, наиболѣе выдающіеся случаи.

в) Преступное дѣяніе, какъ простое непослушаніе.

Являясь, согласно вышесказанному, постояннымъ элементомъ въ содержаніи преступнаго дѣянія, моментъ непослушанія получаетъ иногда преобладающее значеніе въ томъ смыслѣ, что всякое преступное дѣяніе разсматривается, прежде всего и преимущественно, какъ ослушаніе воли законодателя и съ этой точки зрѣнія получаетъ свою оцѣнку. Такое положеніе вещей развивается въ эпохи борьбы съ неуваженіемъ населенія къ закону — въ тѣ эпохи, когда законъ, стремясь къ исключительному господству, начинаетъ вытѣснять право обычное; равнымъ образомъ, въ тѣ эпохи, когда происходитъ ломка стараго юридическаго строя и установленіе новыхъ формъ быта. Такова въ исторіи русскаго права эпоха Петра Великаго. Аналогичная картина создается отчасти и въ періоды развитія крайняго абсолютизма, когда недостаточное уваженіе словъ и воли носителя верховной власти, само по себѣ, представляется тяжкимъ преступнымъ дѣяніемъ.

Отсюда именно и возникло ученіе, долгое время державшееся въ наукѣ и оставившее слѣды понынѣ, что содержаніе преступнаго дѣянія исчерпывается однимъ моментомъ непослушанія: все, что запрещено подъ страхомъ наказанія, то и есть преступное дѣяніе, безразлично, каково бы ни было его значеніе для общества и правопорядка. Не трудно видѣть, что ученіе это, какъ установляющее исключительно

формальное опредѣленіе преступнаго дѣянія, является одностороннимъ; но, тѣмъ не менѣе, съ формальной стороны оно должно быть признано правильнымъ. Съ точки зрѣнія судебно-практической, имѣетъ значеніе исключительно этотъ признакъ преступнаго дѣянія; мы знаемъ, что каково бы ни было извѣстное дѣяніе по своему содержанію, хотя бы оно не только не нарушало интересовъ общества и частныхъ лицъ, а наоборотъ, заключало въ себѣ служеніе цѣлямъ правопорядка, но если оно обложено наказаніемъ въ уголовномъ законѣ, то оно будетъ играть въ практической жизни ту же роль, какъ и всякое преступное дѣяніе,—лицо, его совершившее, будетъ предано суду, осуждено, наказано... Сколько бы ни былъ неудовлетворителенъ законъ, современное государство, признающее законъ за fons omnis juris, не можетъ допустить такого посредника между гражданиномъ и закономъ, которому предоставлено было бы право уничтожать обязательную силу закона по своему усмотрѣнію въ отдѣльныхъ случаяхъ. Судъ уголовный, обязанный судить преступника по закону, не можетъ взять на себя эту роль, не можетъ произносить приговоровъ самому закону. Мы безусловно не можемъ принять того ученія, которое видитъ въ законѣ уголовномъ не предписаніе о наказаніи, а лишь законное предположеніе наказуемости, которое съ одной стороны, полагая предѣлы судейской власти, съ другой—даетъ суду лишь право наложить наказаніе, но отнюдь не обязываетъ его налагать наказаніе во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда оно предписано закономъ.

г) Преступное дѣяніе, безнравственность и грѣхъ.

Кромѣ нормъ юридическихъ, существуютъ въ человѣческомъ обществѣ такъ называемыя правила морали или нормы нравственныя, въ качествѣ положеній, тоже управляющихъ человѣческой дѣятельностью. Правонарушеніе вообще и преступное дѣяніе въ частности, какъ нарушеніе нормъ юридическихъ, должно быть строго отличаемо отъ безнравственности, какъ нарушенія нормъ нравственныхъ.

Конечно, нѣтъ сомнѣнія, что связь между правомъ и нравственностью существуетъ, равнымъ образомъ, какъ и постоянное взаимодѣйствіе. Но мы не имѣемъ здѣсь въ виду заняться изслѣдованіемъ взаимныхъ отношеній нравственности и права; для насъ необходимо лишь констатировать фактъ, что безнравственность не совпадаетъ съ правонарушеніемъ и преступнымъ дѣяніемъ. Преступнымъ будетъ то, что противно закону государственному, каково бы ни было съ точки зрѣнія нравственныхъ принциповъ. Дуэль есть дѣяніе преступное; но безнравственнымъ мы его не назовемъ. Такое дѣяніе, какъ убійство, повидимому, противорѣчитъ и кодексу нравственности, и кодексу юридическому; но признать это дѣяніе абсолютно и всегда безнравственнымъ

мы не можемъ. Мы находимъ, далѣе, цѣлый рядъ преступныхъ дѣяній, которыя съ точки зрѣнія нравственности являются совершенно безразличными; таковы, напримѣръ, нарушенія полицейскихъ требованій разнаго рода, правилъ о торговлѣ книгами, многія преступныя дѣянія печати, охота въ недозволенное время и т. д. Эти преступныя дѣянія не затрогиваютъ вовсе области нравственной. Возможно, наконецъ, что право станетъ въ разладъ съ нравственностью и потребуетъ отъ гражданина того, что воспрещается закономъ нравственнымъ. Такова, напримѣръ, обязанность доносить не только о готовящихся, но и совершившихся преступныхъ дѣяніяхъ разнаго рода; запрещеніе отправлять богослуженіе нѣкоторыхъ вѣроисповѣданій и т. п. „Только тогда, замѣчаетъ Биндингъ (Problem der Strafe), когда мы будемъ строго держаться различенія юридическаго и нравственнаго порядка, мы получимъ возможность объяснить, почему могутъ существовать правомѣрныя дѣянія, которыя очень безнравственны, и нравственныя дѣянія, которыя, съ точки зрѣнія права, должны быть признаны преступными“. А если такъ, то изъ этого слѣдуетъ, что моментъ безнравственности, который можетъ заключаться въ преступномъ дѣяніи, не имѣетъ для него существеннаго значенія,

Рядомъ съ нормами юридическими и нормами нравственными, дѣйствуютъ въ человѣческомъ обществѣ и нормы религіозныя, то-есть запреты и приказы, установленные религіей. Рядомъ съ преступнымъ дѣяніемъ, какъ нарушеніемъ нормъ юридическихъ, и безнравственностью, какъ нарушеніемъ нормъ нравственныхъ, выдвигается третій разрядъ нарушеній—грѣхъ, какъ нарушеніе нормъ религіозныхъ. Понятіе грѣха не заключаетъ въ себѣ вовсе элемента противоправности въ установленномъ выше значеніи; онъ есть лишь дѣяніе, противное догматамъ религіи, запрещенное религіей. По содержанію своему, грѣхъ можетъ вовсе не заключать въ себѣ вреда общественнаго или личнаго или опасности такого вреда, и обратно, масса дѣяній преступныхъ не имѣетъ никакого отношенія къ догматамъ религіи, за исключеніемъ общей формулы, установляющей обязанность повиновенія властямъ предержащимъ. Сообразно этому, моментъ грѣховности, который можетъ заключаться въ преступномъ дѣяніи, точно такъ же не имѣетъ существеннаго значенія для понятія преступнаго дѣянія, какъ и моментъ безнравственности.

Необходимо, однако, имѣть въ виду, что въ эпохи теологической окраски государства, когда послѣднее считается воплощеніемъ божескаго порядка на землѣ, наравнѣ съ нормами, охраняющими интересы общежитія, или даже впереди ихъ ставятся законодателемъ предписанія религіи. Поэтому, съ одной стороны, въ спискѣ преступныхъ дѣяній является цѣлый рядъ дѣяній грѣховныхъ; съ другой—установляется въ уложеніяхъ цѣлый рядъ наказаній религіознаго характера, какъ мѣръ, принимаемыхъ церковью относительно грѣшниковъ. Такое смѣшеніе преступнаго дѣянія съ грѣхомъ замѣчаемъ мы въ средневѣковыхъ европейскихъ

государствахъ и, по мнѣнію многихъ писателей, въ нашемъ правѣ XVII вѣка. Въ качествѣ доказательствъ и примѣровъ приводятся обыкновенно предписанія о хожденіи въ церковь, о соблюденіи постовъ, о причащеніи св. тайнъ; запрещенія скоморошества, плясокъ, качелей, надѣванія масокъ, святочнаго ряженія и т. д. Съ своей стороны замѣтимъ, что, по нашему мнѣнію, теологической окраскѣ древняго русскаго права вообще придается въ нашей литературѣ чрезмѣрное значеніе. Въ дѣйствительности весьма многія изъ законоположеній указанной категоріи преслѣдуютъ чисто государственныя, полицейскія цѣли, а религіозный элементъ является въ нихъ добавочнымъ—онъ служитъ лишь какъ бы средствомъ усиленія авторитета власти въ обращеніяхъ ея къ народнымъ массамъ.

Въ дѣйствующемъ нашемъ правѣ, вслѣдствіе историческихъ причинъ, встрѣчаются изрѣдка такія преступныя дѣянія, которыя не нарушаютъ общественныхъ или частныхъ интересовъ, и все содержаніе которыхъ исчерпывается моментомъ грѣховности. Но, допуская въ немногихъ случаяхъ смѣшеніе грѣха съ преступнымъ дѣяніемъ, наше уголовное право, тѣмъ не менѣе, вполнѣ признаетъ ихъ различіе: множество дѣяній, признаваемыхъ нашей религіей грѣховными, не признаются за преступныя уголовными законами и наказаніями не облагаются. Каждая изъ десяти заповѣдей опредѣляетъ множество грѣховъ, которые не находятъ себѣ мѣста въ Уложеніи и не признаются, слѣдовательно, преступными дѣяніями.

д) Преступное дѣяніе и происшествіе.

Преступное дѣяніе, по содержанію своему, есть дѣяніе, причиняющее вредъ обществу или частнымъ лицамъ или заключающее въ себѣ опасность вреда. Но вредъ можетъ быть причиненъ не только человѣкомъ, но и стихійными силами природы и животными. Смерть человѣка можетъ произойти не только отъ руки человѣка, но и отъ молніи, отъ огня, воды и проч. Какъ въ томъ, такъ и въ другомъ случаѣ, вредъ объективно остается одинъ и тотъ же. Говоря въ уголовномъ правѣ о преступномъ дѣяніи, какъ о причиненіи вреда, мы имѣемъ въ виду только тотъ вредъ, который причиняется человѣкомъ, такъ какъ только съ людьми имѣетъ дѣло уголовное правосудіе. Однако, было время, когда этотъ вредъ, причиняемый силами природы, хотя и не отождествлялся вполнѣ съ преступнымъ дѣяніемъ—съ вредомъ, причиняемымъ людьми,—но, во всякомъ случаѣ, не ясно выдѣлялся отъ него. Если мы обратимся къ исторіи Европы XIV—XVII вв., то найдемъ тамъ множество случаевъ подобнаго рода. Животныя (быки, свиньи, пѣтухи и т. д.) считались способными совершать преступныя дѣянія, и къ нимъ поэтому прилагались такія же карательныя мѣры, какъ и къ людямъ. Въ памятникахъ древняго права западной Европы неоднократно встрѣчаются счеты расходамъ по содержанію въ тюрьмахъ обвиняемыхъ животныхъ, чаще всего свиней. На содержаніе ихъ отпускалось столько же, сколько отпускалось на арестанта-человѣка. Духовными властями нерѣдко отправлялись суды надъ гусеницами, червями и вообще тѣми животными, которыя не могли быть представлены въ судъ непосредственно. Въ памятникахъ русскаго права подобныя указанія почти не встрѣчаются: намъ извѣстенъ только одинъ случай, относящійся къ началу XVII вѣка, именно, случай казни обезьяны, забѣжавшей въ церковь и произведшей тамъ безпорядокъ.

е) Заключеніе.

Сводя воедино все сказанное, мы приходимъ къ выводу, что преступное дѣяніе въ чистомъ своемъ видѣ есть, во-первыхъ, правонарушеніе, то-есть дѣйствіе человѣка, нарушающее тѣ временныя преходящія правила, которыя устанавливаются законодателемъ, сообразно условіямъ мѣста и времени, и совокупность которыхъ образуетъ собою правопорядокъ даннаго общежитія въ данную эпоху; во-вторыхъ, оно есть правонарушеніе наказуемое, то-есть такое правонарушеніе, которое обложено наказаніемъ въ томъ или другомъ размѣрѣ, тоже сообразно условіямъ мѣста и времени. Въ потокѣ временъ,—говоритъ Листъ,—постоянно мѣняется раздѣльная линія между наказуемой и ненаказуемой неправдой [1]). То, что̀ сегодня есть преступленіе, не всегда имъ было и не должно непремѣнно имъ оставаться впредь; споръ, который мы сегодня ведемъ передъ гражданскимъ судьей, завтра можетъ перейти въ распоряженіе того, кто держитъ въ своихъ рукахъ кровавый мечъ уголовнаго правосудія (Liszt, Lehrbuch).

Область преступнаго дѣянія слагается изъ тѣхъ правонарушеній (неправды вообще), которыя обложены въ уголовномъ законѣ наказаніемъ, независимо отъ того, влекутъ ли они или не влекутъ за собою другія юридическія послѣдствія—принужденіе къ исполненію и гражданское вознагражденіе. Затѣмъ, ни одно преступное дѣяніе не заключаетъ въ себѣ ничего безусловнаго, ничего такого, что могло бы признаваться дурнымъ само по себѣ, дурнымъ всегда и вездѣ, независимо отъ условій мѣста и времени—всякое преступное дѣяніе лишь правонарушеніе въ установленномъ выше смыслѣ и установленнымъ содержаніемъ. Преступникъ есть человѣкъ, совершающій, по тѣмъ или другимъ мотивамъ, дѣйствіе, несогласное съ установленнымъ въ обществѣ порядкомъ и потому запрещенное. Преступникъ можетъ быть нравственъ и безнравственъ, добръ и золъ, праведенъ и грѣховенъ—все это

[1]) Листъ употребляетъ, собственно, выраженіе: гражданская и уголовная неправда (civiles und criminelles Unrecht); но это не соотвѣтствуетъ его основной мысли и есть простая неточность языка.

не имѣетъ существеннаго значенія [1]). Существенное свойство преступника заключается исключительно въ томъ, что онъ есть или человѣкъ, несогласный съ законами того общества, въ которомъ живетъ, и на этомъ основаніи дозволяющій себѣ нарушать ихъ, или человѣкъ, хотя и вполнѣ убѣжденный въ правильности этихъ законовъ, но, тѣмъ не менѣе, нарушающій ихъ для полученія незаконныхъ выгодъ.

3. Дѣленіе преступныхъ дѣяній.

Указанное выше различіе преступныхъ дѣяній по содержанію—вредъ наличный, опасность вреда, непослушаніе—имѣетъ весьма глубокое теоретическое значеніе. Но практическаго значенія для кодекса оно не имѣетъ, хотя Уложеніе 1845 года и построило на немъ свое дѣленіе преступныхъ дѣяній на „преступленія“ и „проступки“ [2]). При изданіи Уложенія 1866 года это дѣленіе было уничтожено и статьи 1 и 2 отмѣнены. Практическое значеніе можетъ имѣть другое дѣленіе—по внѣшнему признаку размѣра наказаній. Оно установлено, въ видѣ трехчленнаго, французскимъ code pénal (crime, délit, contravention) и затѣмъ принято большинствомъ уложеній Европы (Verbrechen, Vergehen, Uebertretung), по соображеніямъ практическаго удобства двоякаго рода: процессуальнаго и кодификаціонно-техническаго. Въ первомъ отношеніи это дѣленіе можетъ соотвѣтствовать раздѣленію судовъ, высшихъ, среднихъ и низшихъ, указывая на объемъ подсудности каждаго изъ нихъ. Во второмъ—оно значительно облегчаетъ редакцію статей общей части кодекса, давая возможность краткимъ терминомъ замѣнять подробное описаніе цѣлой группы дѣяній, къ которымъ должно относиться данное постановленіе. Другими словами, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда законъ желаетъ сдѣлать различіе въ квалификаціи или въ послѣдствіяхъ между преступными дѣяніями различной тяжести, это дѣленіе даетъ возможность ограничиться однимъ наименованіемъ группы, вмѣсто особаго каждый разъ перечисленія тѣхъ дѣяній, къ которымъ данное опредѣленіе прилагается. Во всякомъ случаѣ, не надо забывать, что подобнаго рода дѣленія преступныхъ дѣяній, какъ основанныя на внѣшнемъ признакѣ размѣра наказаній, суть дѣленія вполнѣ условныя: съ такимъ же основаніемъ можетъ быть введено дѣленіе двучленное (голландское уложеніе 1881 года), четырехчленное и т. д., смотря по надобности и по намѣренію законодателя дѣлать бо̀льшія или меньшія различенія въ своихъ опредѣленіяхъ о преступныхъ дѣяніяхъ различной тяжести. При пользованіи такими дѣленіями необходимо строго наблюдать, дабы они не были прилагаемы тамъ, гдѣ указанныя выше различенія вытекаютъ не изъ тяжести преступныхъ дѣяній, а изъ такихъ внутреннихъ свойствъ ихъ, которыя въ размѣрахъ наказанія не отражаются. Наше новое Уголовное Уложеніе, по примѣру западно-европейскихъ, тоже вводитъ трехчленное дѣленіе; при этомъ, однако, имѣются въ виду одни лишь удобства кодификаціонныя, но не процессуальныя. Уголовное Уложеніе различаетъ въ статьѣ 3-й: тяжкія преступленія, преступленія и проступки; первыя это тѣ, за которыя въ законѣ опредѣлены, какъ высшее наказаніе, смертная казнь, каторга или ссылка на поселеніе; для вторыхъ высшимъ наказаніемъ является заключеніе въ исправительномъ домѣ, крѣпости или тюрьмѣ, для третьихъ—арестъ или денежная пеня.

Оба указанныя дѣленія не могутъ, однако, служить руководствомъ для той группировки преступныхъ дѣяній въ отдѣлы, разряды и т. д., которая необходима для такъ называемой особенной части уголовнаго права, т.-е. для систематическаго изложенія какъ постановленій закона объ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяніяхъ въ кодексѣ, такъ и теоретическихъ ученій о томъ же предметѣ въ изслѣдованіяхъ и курсахъ. Вопросъ о наилучшей или наиболѣе соотвѣтствующей практическимъ удобствамъ и научнымъ требованіямъ системѣ особенной части есть очень большой и самостоятельный методологическій вопросъ. Каждое уголовное уложеніе и каждый курсъ или руководство уголовнаго права являютъ собою образецъ такой системы; въ нѣкоторыхъ частяхъ эти системы сходствуютъ между собою, въ другихъ—расходятся и даютъ мѣсто большому разнообразію. Не входя здѣсь въ ближайшее разсмотрѣніе этого вопроса, ограничимся указаніемъ, что для построенія системы особенной части уголовнаго права руководящими моментами служили и служатъ: 1) принадлежность нарушаемой нормы къ той или другой сферѣ государственной жизни или юридическихъ отношеній (преступныя дѣянія государственныя, религіозныя, противъ порядка управленія, противъ частныхъ лицъ); 2) содержаніе тѣхъ благъ и интересовъ, коимъ причиняется вредъ или опасность вреда (преступныя дѣянія личныя, имущественныя и проч.); 3) способы и средства дѣйствія (насиліе, обманъ, печать, слово и проч.); 4) большая или меньшая сложность или простота (недѣлимость) состава преступныхъ дѣяній и т. д.

4. Теоретическія попытки различенія видовъ неправды.

Изложенный нами анализъ юридической природы преступнаго дѣянія является результатомъ научныхъ изслѣдованій новаго времени. До семидесятыхъ годовъ

[1]) Вопросъ о дѣленіи преступниковъ на категоріи, по ихъ индивидуальнымъ особенностямъ, сюда не относится и будетъ разсмотрѣнъ ниже, по принадлежности.

[2]) *Ст. 1.* Всякое нарушеніе закона, чрезъ которое посягается на неприкосновенность правъ Власти Верховной и установленныхъ ею властей, или же на права или безопасность общества или частныхъ лицъ, именуется преступленіемъ. *Ст. 2.* Нарушеніе правилъ, предписанныхъ для охраненія опредѣленныхъ законами правъ и общественной или же личной безопасности или пользы, именуется проступкомъ.

прошлаго столѣтія вопросъ ставился и разрѣшался иначе. Отправной точкой разсужденій служило выработанное старой юридической жизнью раздѣленіе функцій правосудія между тремя видами судовъ—судами уголовными, гражданскими и такъ называемыми полицейскими. Сообразно этому дѣленію, всѣ правонарушенія или, какъ мы выражались выше, всѣ нарушенія нормъ правопорядка дѣлились обыкновенно на три вида неправды: неправду уголовную или преступное дѣяніе, неправду гражданскую и неправду полицейскую. Другими словами, вся область правонарушенія или неправды раздѣлялась, по воззрѣніямъ старыхъ теоретиковъ, на три совершенно отдѣльныя между собою части, такъ что тѣ категоріи правонарушеній, которыя являлись въ качествѣ неправды уголовной, должны были представлять собою нѣчто совершенно отличное отъ тѣхъ, которыя именовались неправдой гражданской, и принадлежность извѣстнаго дѣянія къ одной категоріи исключала возможность принадлежности его къ другой, то-есть наличности въ немъ признаковъ этой другой категоріи. Задача, такимъ образомъ, сводилась къ установленію и опредѣленію различныхъ родовъ правонарушенія, одинъ изъ которыхъ представлялъ собою преступное дѣяніе.

а) Неправда гражданская и уголовная.

Въ области правонарушеній весьма многія влекутъ за собою не наказаніе, но имущественное вознагражденіе потерпѣвшаго въ порядкѣ гражданскаго правосудія. Таковы: неуплата долга, неумышленное присвоеніе или истребленіе чужого имущества, неисполненіе гражданскихъ обязательствъ и т. д. Эта черта принята была за признакъ дѣленія между неправдой наказуемою, то-есть преступнымъ дѣяніемъ, и неправдой гражданскою, влекущею за собою имущественное вознагражденіе и составляющею предметъ гражданскаго правосудія. Имущественное вознагражденіе, такимъ образомъ, поставлено было въ качествѣ противоположенія наказанію; они разсматривались, какъ два самостоятельныя послѣдствія различныхъ родовъ правонарушенія. Для выясненія юридической природы преступнаго дѣянія, сообразно такой постановкѣ вопроса, необходимо было опредѣлить тѣ свойства правонарушенія, отъ которыхъ зависитъ то или другое его послѣдствіе. При этомъ, однако, писатели, поставившіе задачею принципіальное различеніе неправды гражданской и уголовной, упустили изъ виду слѣдующія три обстоятельства: во-первыхъ, что имущественное вознагражденіе очень часто сопрягается съ наказаніемъ, что, такимъ образомъ, неправда уголовная нерѣдко совпадаетъ съ неправдой гражданской; во-вторыхъ, что всякое правонарушеніе *можетъ быть* обложено наказаніемъ, если то найдетъ нужнымъ сдѣлать законодатель; наконецъ, въ третьихъ, что, рядомъ съ неправдой наказуемой и неправдой гражданскою, существуетъ множество нарушеній велѣній закона, которыя не имѣютъ ни того, ни другого послѣдствія.

Всѣ теоріи, возникшія по вопросу о различіи неправды уголовной и гражданской, могутъ быть сведены къ тремъ группамъ: теоріи *субъективныя*, теоріи *объективныя* и теоріи *смѣшанныя*, придерживающіяся одновременно субъективныхъ и объективныхъ признаковъ.

Писатели первой группы въ основу дѣленія полагали признакъ сознательности нарушенія закона, какъ существенную черту неправды уголовной, въ отличіе отъ нарушеній несознательныхъ (unbefangenes Unrecht) — неправды гражданской. Сознательность нарушенія заключаетъ въ себѣ завѣдомое и волимое противоположеніе своихъ стремленій волѣ общей, олицетворяемой закономъ. Этотъ именно моментъ неподчиненія общей волѣ вызываетъ наказаніе. Оно отсутствуетъ въ неправдѣ гражданской, для которой поэтому представляется достаточнымъ возстановленіе правомѣрныхъ отношеній въ порядкѣ гражданскаго суда. Сознательное и завѣдомое (злостное) неисполненіе гражданскихъ обязательствъ, такъ назыв. шиканъ, остается гражданскою неправдою (или, по Бернеру, занимаетъ среднее мѣсто), насколько въ немъ нѣтъ обмана, какъ средства уклониться отъ подчиненія общей волѣ.

Писатели второй группы выдвигаютъ разнообразные признаки, въ объектѣ посягательства лежащіе. Такъ, противополагается нарушеніе права (въ объективномъ смыслѣ) нарушенію правъ субъективныхъ, частнымъ лицамъ принадлежащихъ. Первое, въ качествѣ безусловной неправды, есть неправда уголовная; второе, какъ опредѣляемое волею потерпѣвшаго и посему условное, есть неправда гражданская. Далѣе проводится различіе по признаку отчуждаемости (гражданская неправда) и неотчуждаемости (уголовная) нарушаемыхъ правъ; проводится различіе между посягательствомъ на объекты правъ in corpore (уголовная неправда) и нарушеніемъ отношеній, между людьми установленныхъ по поводу сихъ объектовъ (гражданская) и т. д.

Масса теорій, пытавшихся разграничить неправду уголовную отъ гражданской, теорій, одна другую отрицающихъ и одинаково несостоятельныхъ, вызвала отрицательное отношеніе и къ самому вопросу; многіе писатели отказались отъ его теоретическаго разрѣшенія, хотя и не отказались отъ самаго принципа различія неправды уголовной и гражданской, какъ двухъ противополагающихся видовъ правонарушенія. Такихъ писателей мы встрѣчаемъ между французскими криминалистами; къ нимъ же нужно отнести и Кистяковскаго. Послѣдній, въ своемъ Учебникѣ, вкратцѣ излагаетъ главныя теоріи по этому вопросу и, отказываясь провести точные признаки раздѣленія, говоритъ только, что „насиліе, обманъ и небрежность есть тотъ элементъ, который главнымъ образомъ служитъ признакомъ для отличенія преступленія отъ гражданскаго правонарушенія или для отличенія, какъ нерѣдко выражаются, уголовной неправды отъ гражданской“ (подробное изложеніе старыхъ теорій см. Geib, Lehrbuch, II).

Новѣйшая литература пришла къ сознанію, которое можетъ быть уже названо communis opinio, что основное противоположеніе, отъ котораго исходили старыя теоріи, именно противоположеніе имущественнаго вознагражденія и наказанія, какъ юридическихъ послѣдствій правонарушеній различныхъ родовъ, безусловно неправильно, и что самое понятіе гражданской неправды, какъ особаго рода правонарушенія, не можетъ быть вовсе установлено.

Дѣйствительное отношеніе имущественнаго вознагражденія и правонарушенія есть слѣдующее (Hertz, das Unrecht): правонарушенія, какъ наказуемыя, такъ и ненаказуемыя, могутъ, мы знаемъ, или заключать въ себѣ вредъ, наносимый интересамъ общества и отдѣльныхъ лицъ, или могутъ не имѣть своимъ содержаніемъ никакого наличнаго вреда (правонарушеніе, какъ опасность вреда, и правонарушеніе, какъ простое непослушаніе). Правонарушенія первой группы, то-есть имѣющія своимъ содержаніемъ наличный вредъ, служатъ основаніемъ для особаго рода государственной дѣятельности, направленной къ возмѣщенію или вознагражденію понесеннаго вреда. Если бы для такого возмѣщенія было достаточно одного пораженія или отнятія у виновнаго соотвѣтствующихъ правъ и благъ, то почти всякое правонарушеніе, сопряженное съ вредомъ, влекло бы за собою этотъ актъ возмѣщенія вреда, и всѣ права и блага могли бы служить содержаніемъ вознагражденія: насколько сфера правъ виновнаго заключала бы въ себѣ интересъ, равный въ качественномъ и количественномъ отношеніи съ тѣмъ, который имъ нарушенъ, настолько возможно было бы и возмѣщеніе при всякой неправдѣ. Однако, въ дѣйствительности дѣло ставится не такъ. Возмѣщеніе заключается не въ одномъ только отнятіи у виновнаго, но и въ передачѣ потерпѣвшему тѣхъ

благъ и выгодъ, которыхъ онъ лишился черезъ правонарушеніе; поэтому, содержаніе вознагражденія должно быть образовано изъ матеріала, допускающаго ассимиляцію со сферою правъ потерпѣвшаго; такимъ же матеріаломъ могутъ служить единственно деньги, какъ общее мѣрило цѣнности, или предметы, представляющіе собою денежную стоимость. По этой причинѣ не всякій вредъ, въ правонарушеніи заключающійся, можетъ влечь за собою вознагражденіе, а лишь такой, который, непосредственно или посредственно, можетъ быть переложенъ на извѣстную сумму денегъ. Въ тѣхъ правонарушеніяхъ, за которыми не слѣдуетъ денежнаго вознагражденія, недостаетъ не момента вреда, какъ въ чистомъ непослушаніи, но единственно возможности возмѣстить нанесенный вредъ. Если, напримѣръ, кто-нибудь оскорбитъ религіозное чувство молящихся какимъ-либо неприличнымъ поступкомъ въ храмѣ, то въ его дѣяніи несомнѣнно будетъ заключаться причиненіе вреда, именно нарушеніе интереса, поставленнаго подъ охрану права; но ясное сознаніе полной невозможности получить равноцѣнный эквивалентъ для такого интереса исключаетъ всякую мысль о возможности установить вознагражданіе. Такимъ образомъ, представленіе объ имущественномъ вознагражденіи, какъ о принадлежности какого-то особаго разряда неправды, оказывается безусловно несостоятельнымъ въ дѣйствительности. Имущественное вознагражденіе основывается исключительно на извѣстномъ свойствѣ вреда и одинаково имѣетъ мѣсто, какъ при неправдѣ наказуемой, такъ и при неправдѣ ненаказуемой, слѣдовательно, ни въ какомъ случаѣ не можетъ противополагаться наказанію. Если мы хотимъ употреблять выраженіе „гражданская неправда“, то должны разумѣть подъ нимъ всѣ тѣ правонарушенія, въ которыхъ моментъ вреда обладаетъ свойствами, допускающими его возмѣщеніе. Другими словами: гражданская неправда не есть вовсе особый родъ неправды, а есть лишь извѣстный моментъ или черта неправды вообще, заключающаяся въ способности причиненнаго вреда быть возмѣщеннымъ чрезъ посредство денежной оцѣнки.

б) Неправда уголовная и неправда полицейская.

Въ литературѣ юридической часто встрѣчаемъ выраженіе „полицейская неправда“ или „полицейское нарушеніе“. Въ новѣйшей терминологіи этимъ выраженіемъ обозначаются, не въ качествѣ, впрочемъ, строгаго термина, тѣ преступныя дѣянія, которыя имѣютъ въ своемъ содержаніи не наличный вредъ, а одну лишь опасность вреда (то, что по Уложенію 1845 года охватывалось понятіемъ: „проступокъ“. См. выше). Съ инымъ значеніемъ этотъ терминъ употреблялся въ старой наукѣ: неправду полицейскую до послѣдняго времени выдѣляли, какъ особый родъ неправды, параллельно съ неправдой уголовною и гражданскою.

Мы знаемъ, что область преступныхъ дѣяній измѣняется въ исторіи; но при томъ важнѣйшія преступныя дѣянія отличаются несравненно меньшей измѣнчивостью, чѣмъ преступныя дѣянія маловажныя. Измѣненіе первыхъ зависитъ отъ крупныхъ, коренныхъ реформъ и переворотовъ въ государствѣ и обществѣ; между тѣмъ, вторыя могутъ мѣняться и дѣйствительно мѣняются быстро подъ вліяніемъ самыхъ скоропреходящихъ условій. Въ этой группѣ маловажныхъ преступныхъ дѣяній мы находимъ, помимо ихъ измѣнчивости, и другое качество: въ виду того, что большинство этихъ дѣяній заключаетъ въ себѣ не наличный вредъ, а лишь опасность вреда, субъективная сторона, то-есть оттѣнки или степени субъективной виновности, не имѣютъ значенія и не оказываютъ вліянія на наказуемость (см. объ этомъ подробно ниже: внутренняя сторона преступнаго дѣйствія). Таковы, напримѣръ, нарушенія правилъ объ обращеніи съ огнемъ, о ѣздѣ по городскимъ улицамъ, объ освѣщеніи улицъ и другія дѣянія, имѣющія своимъ содержаніемъ

не наличный вредъ, а лишь опасность вреда. Эти маловажныя преступныя дѣянія въ старыхъ законодательствахъ выдѣлялись и въ нѣкоторыхъ новыхъ выдѣляются въ особый кодексъ, который обыкновенно называется полицейскимъ (Polizeistrafgesetzbuch). Сужденіе такого рода преступныхъ дѣяній ввѣрялось не общимъ судамъ, а низшимъ, такъ называемымъ судамъ полицейскимъ, или прямо органамъ полиціи; и въ нашемъ правѣ въ прежнее время точно также полиціи предоставлялась уголовная юрисдикція въ сферѣ маловажныхъ преступныхъ дѣяній. Отсюда возникло въ литературѣ названіе „полицейской“ неправды, и явилось стремленіе дать этимъ маловажнымъ проступкамъ общее опредѣленіе, поставивъ ихъ, какъ особый родъ неправды. Сообразно изложенному выше ученію, мы можемъ сказать, что полицейской неправды, какъ особаго рода неправды, не существуетъ, и нѣтъ никакой надобности вводить это дѣленіе. Все недоразумѣніе вызвано было различіемъ дѣяній, имѣющихъ своимъ содержаніемъ наличный вредъ, и дѣяній, имѣющихъ своимъ содержаніемъ опасность вреда, а также тѣмъ, что, дѣйствительно, въ прежнихъ уголовно-полицейскихъ кодексахъ большинство преступныхъ дѣяній были именно тѣ, которыя имѣютъ своимъ содержаніемъ опасность вреда.

Въ заключеніе необходимо сказать, что въ нѣкоторыхъ сочиненіяхъ послѣдняго времени дѣлаются попытки придать слову „полицейская неправда“ и „полицейское нарушеніе“ совершенно особое значеніе, а именно: одни желаютъ называть этимъ словомъ случаи неисполненія законныхъ распоряженій административной власти; другіе—такія преступныя дѣянія, которыя по содержанію своему не свидѣтельствуютъ о преступныхъ наклонностяхъ и преступной природѣ виновника; третьи—такія преступныя дѣянія изъ числа маловажныхъ, которыя могутъ вызывать лишь простѣйшія мѣры предупрежденія и понужденія. Не отрицая того, что указанныя черты различія преступныхъ дѣяній, сами по себѣ взятыя, могутъ имѣть извѣстное значеніе, нельзя не замѣтить, что употребленіе въ этихъ случаяхъ стараго и притомъ весьма спорнаго термина можетъ вести лишь къ недоразумѣніямъ.

III. Право наказанія (jus puniendi).

Сергѣевскій: 1) Наказаніе въ Русскомъ правѣ XVII вѣка. 2) О правѣ наказанія. Юрид. Вѣстн. 1881. VI. 3) Основные вопросы наказанія въ новѣйшей литературѣ. Журн. гр. и угол. пр. 1893. IV. **Таганцевъ**, Карательная дѣятельность государства и ея границы. Журн. Уг. и Гр. Пр. 1882. I. **Фойницкій**, Ученіе о наказаніи. **Мокринскій**, Наказаніе, его цѣли и предположенія. **Познышевъ**, Основные вопросы ученія о наказаніи. **Неклюдовъ**, Приложенія къ учебнику Бернера. **Bar**, Handbuch d. deutschen Strafrechts, I. **Hepp**, Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme. **Bar**, Grundlagen des Strafrechts. **Laistner**, Das Recht in der Strafe. **Heinze**, in Holtzendorff's Handbuch. Einleitung. **Wächter**, Beilagen zu Vorlesungen. **Mittelstädt**, Gegen die Freiheitsstrafen. **Prins**, Criminalité et repression. **Schmidt**, die Aufgaben der Strafrechtspflege.

Съ каждымъ отдѣльнымъ фактомъ преступнаго дѣянія законъ сопрягаетъ то юридическое послѣдствіе, которое мы называемъ наказаніемъ и которое, по внѣшнему своему составу, заключается въ причиненіи преступнику извѣстныхъ страданій, вреда или стѣсненій, по приговору суда, отъ лица государства.

Вопросъ о сущности наказанія, его юридической природѣ или его

отношеніи къ государству и закону, есть очень старый вопросъ въ нашей наукѣ; онъ интересовалъ уже классическихъ философовъ. Этотъ вопросъ, однако, несмотря на свое стародавнее существованіе, и теперь носитъ неподходящее для себя названіе „jus puniendi“, то-есть право наказанія. Выраженіе jus puniendi обозначаетъ право въ субъективномъ смыслѣ, т.-е. на законѣ основанную власть или возможность что-либо дѣлать или не дѣлать по своему усмотрѣнію; между тѣмъ какъ вышеуказанный вопросъ имѣетъ своимъ содержаніемъ слѣдующую цѣль: указать отношеніе института наказанія къ государству, то-есть указать, необходимъ ли онъ или нѣтъ для государства; полезенъ ли онъ или нѣтъ; связанъ ли онъ съ самою сущностью государства или нѣтъ. Выраженіе „jus puniendi“, право наказанія, могло имѣть значеніе строгаго термина лишь для тѣхъ ученій, которыя возводили всю дѣятельность государства къ велѣніямъ Божества и къ полномочіямъ, исходящимъ отъ Божества или иного абсолютнаго, выше людей стоящаго, авторитета. За этими предѣлами выраженіе „право наказанія“ хотя и употребляется въ литературѣ, но теряетъ свой точный смыслъ и обозначаетъ не только право, но и обязанность и даже необходимость налагать наказанія.

Существованіе наказанія во всѣхъ государствахъ, на какой бы ступени развитія они ни стояли, не подлежитъ никакому сомнѣнію. Фактъ постояннаго и повсемѣстнаго существованія наказаній, вмѣстѣ съ трудностью теоретическаго обоснованія этого факта, вызвалъ особое отношеніе къ нему въ литературѣ: многіе изслѣдователи прямо заявляютъ, что въ анализъ вопроса о сущности наказанія не входитъ вопросъ о томъ, необходимо оно или нѣтъ для государства, такъ какъ фактъ вѣкового существованія лучше всего убѣждаетъ въ необходимости. Такъ, Шютце прямо заявляетъ, что право государства наказывать не нуждается въ основаніи (Schütze, Lehrbuch); Кистяковскій (Учебникъ) говоритъ то же самое: „теоретическій споръ о томъ, необходимо или нѣтъ наказаніе, можно отчислить къ числу столь же праздныхъ, какъ праздны споры, необходимо или нѣтъ жить человѣку въ обществѣ“.

Однако, этотъ фактъ вѣкового и повсемѣстнаго существованія наказанія мы не можемъ еще считать достаточнымъ для его юридическаго обоснованія. Въ самомъ дѣлѣ, государство есть такая форма человѣческаго единенія, въ которой отношенія гражданъ между собою и каждаго отдѣльнаго гражданина къ цѣлому не произвольны и не случайны, а опредѣляются правовыми нормами; государство есть правопорядокъ, и всякая дѣятельность власти должна въ немъ вытекать изъ свойствъ и цѣлей государственнаго строя. Поэтому, если не будетъ установлено основаніе карательной дѣятельности, то правомѣрность уголовнаго наказанія будетъ поставлена подъ сомнѣніе: получится возможность объявить наказаніе простымъ актомъ насилія органовъ власти, не имѣющимъ ничего общаго съ цѣлями и задачами государства и являющимся въ современной государственной жизни простымъ историческимъ анахронизмомъ. Кромѣ такого принципіальнаго значенія, выясненіе основанія государственной карательной дѣятельности безусловно необходимо для разрѣшенія частныхъ вопросовъ о формахъ наказанія или о карательныхъ средствахъ. Не трудно видѣть тѣсную зависимость этихъ послѣднихъ отъ того источника, изъ котораго мы будемъ выводить карательную дѣятельность государства: иначе должно быть организовано наказаніе, если мы признаемъ, напримѣръ, Божество носителемъ или субъектомъ права наказанія, а государство лишь его представителемъ; иначе—если признаемъ за государствомъ самостоятельную непроизводную власть наказанія. Вотъ почему вопросъ о правѣ наказанія, jus puniendi или объ основаніи наказанія, правомѣрности наказанія, о сущности наказанія, о необходимости наказанія въ государствѣ и т. д., привлекъ къ себѣ философскую мысль еще въ эпоху древнѣйшей культуры и въ высшей степени привлекаетъ ее понынѣ — бо́льшаго числа философскихъ теорій не имѣетъ ни одинъ вопросъ уголовнаго права.

1. Основаніе наказанія.

Исторія наказаній представляетъ намъ прежде всего поразительное многообразіе формъ или видовъ наказанія: жизнь, тѣло, имущество, свобода, честь—всѣ блага, всѣ интересы были, такъ сказать, предметомъ наказанія; смерть, увѣчье, причиненіе боли самой разнообразной, заточеніе, изгнаніе, лишеніе имущества, опозореніе, оскорбленіе чувства чести и нравственнаго достоинства—все было средствомъ наказанія. Здѣсь разнообразіе безконечно; между отдѣльными видами наказаній нѣтъ почти общихъ внѣшнихъ чертъ, исключая одной: каждое наказаніе причиняетъ вредъ или страданіе лицу, на которое оно падаетъ. Самый же вредъ или страданіе, образующіе собою содержаніе наказанія, представляются весьма разнообразными: въ одно время они исключительно направляются на физическую природу человѣка и матеріальныя блага; въ другое — на духовную его сторону; иногда же — на то и другое вмѣстѣ. Наше право XVII вѣка, напримѣръ, направляетъ всѣ уголовныя кары свои на матеріальную сторону почти исключительно; наказанія, направленныя на духовную сторону, въ родѣ выдачи головою, являются рѣдкимъ исключеніемъ. XVIII вѣкъ вноситъ въ карательную дѣятельность новыя формы—вводится масса наказаній, имѣющихъ своимъ предметомъ блага невещественныя. Таковы: выставка у позорнаго столба, шельмованіе, пораженіе правъ семейственныхъ и т. д. Наоборотъ, XVI и XVII вѣка на западѣ были эпохой наибольшаго развитія именно наказаній, направленныхъ на моральную сторону, на-

казаній позорящихъ разныхъ формъ и видовъ. Далѣе, всѣ наказанія въ русскомъ правѣ XVII вѣка были приспособлены исключительно къ извлеченію пользъ и выгодъ для государства; въ XVIII вѣкѣ выдвигается начало цѣлесообразности наказаній въ направленіи полезности для самого преступника.

Что̀ можетъ быть общаго, кромѣ элемента страданія, въ формахъ современныхъ намъ наказаній; что̀ общаго въ смертной казни и церковномъ покаяніи; въ наказаніи розгами и имущественномъ взысканіи; въ тюремномъ заключеніи и выговорѣ? Повторяемъ, здѣсь разнообразіе безконечно. Единственный выводъ, который мы можемъ сдѣлать, это то, что формы наказаній или внѣшнее содержаніе карательныхъ средствъ, какъ элементъ безусловно измѣнчивый, не относятся къ сущности института наказанія.

Обращаясь, однако, къ анализу внутренней стороны наказанія, мы видимъ, что чрезъ всѣ формы и виды наказаній, въ ихъ историческомъ развитіи и современномъ состояніи, проходитъ одна общая идея— это то, что въ наказаніи, какова бы ни была его форма и каково бы ни было его содержаніе, всегда заключается осужденіе и порицаніе преступнаго дѣянія, притомъ не простое осужденіе, но осужденіе, выражаемое въ такой формѣ, которая точно и ясно опредѣляетъ размѣръ и степень осужденія, соотвѣтственно сравнительной важности самаго дѣянія. „Одно явленіе, говоритъ Баръ, встрѣчаемъ мы во всѣхъ наказаніяхъ, которыя извѣстны въ исторіи и которыя только можно себѣ представить. Это — то обстоятельство, что наказаніе есть нѣкоторый искусственный пріемъ, сознательно направляемый къ выраженію порицанія — eine absichtliche und künstliche Massregel, welche eine Missbiligung ausdrückt (Bar, Grundlagen des Strafrechts). Это порицаніе есть единственный устойчивый, внутренній элементъ во всѣхъ столь разнообразныхъ наказаніяхъ. Порицаніе есть сущность всякаго наказанія; все прочее, сколь бы оно ни выступало по внѣшности на первый планъ, есть несущественная, измѣняющаяся прибавка. Мы не только можемъ себѣ представить наказаніе безъ такой прибавки, но и положительное право его знаетъ: это—выговоръ въ присутствіи суда.

Въ такомъ выдѣленіи общей идеи всякаго наказанія, или сущности уголовнаго правосудія въ цѣломъ, отъ внѣшнихъ формъ наказанія, или карательныхъ мѣръ, заключается, по нашему мнѣнію, ключъ къ разрѣшенію всей проблемы. Отрѣшаясь мысленно отъ внѣшнихъ формъ наказанія — столь измѣнчивыхъ въ исторіи — и останавливаясь только на общей идеѣ его, мы легко опредѣлимъ отношеніе уголовнаго правосудія къ правопорядку, а въ этомъ будетъ, въ свою очередь, заключаться и разрѣшеніе нашей задачи. Преступное дѣяніе, какъ мы знаемъ, есть дѣяніе, нарушающее нормы правопорядка; наказаніе, согласно вышесказанному, есть осужденіе и порицаніе такого дѣянія. Не

трудно видѣть, что для правопорядка осужденіе и порицаніе дѣяній, его нарушающихъ, безусловно необходимо. Мы не можемъ себѣ представить вообще никакого общественнаго строя, никакой формы общественнаго единенія людей, которая могла бы обойтись безъ опредѣленія тѣхъ дѣяній, которыя нарушаютъ установленный порядокъ, и безъ ихъ соотвѣтствующаго осужденія и порицанія. Всякій общественный порядокъ нуждается въ такомъ опредѣленіи и безъ него невозможенъ. Если мы не будемъ знать, какія именно дѣянія запрещаются въ данное время въ нашемъ обществѣ; если мы откажемся отъ ихъ осужденія и порицанія, то мы тѣмъ самымъ потеряемъ всякое представленіе о порядкѣ и не будемъ знать, что̀ дозволяется и что̀ требуется. Опредѣленіе дѣяній, несовмѣстныхъ съ установленнымъ порядкомъ, есть не болѣе какъ обратная сторона всякаго порядка, столь же неизбѣжно необходимая, какъ и тѣ нормы, которыя опредѣляютъ собою его положительныя черты; осужденіе и порицаніе такихъ дѣяній отъ лица общества есть, именно, тотъ актъ, въ которомъ фактически, а не только формально на бумагѣ, выражается положеніе о несовмѣстимости ихъ съ порядкомъ, и посредствомъ котораго непрестанно подтверждаются нормы послѣдняго. Всякій общественный порядокъ: семья, всякое общество и всякая корпорація, всякая общественная группа, имѣющая опредѣленный строй, обязательный для членовъ ея, — всѣ они отправляютъ въ своей области функціи уголовнаго правосудія, сообразно своимъ задачамъ и содержанію своей организаціи: всѣ они имѣютъ списокъ преступныхъ дѣяній, то-есть дѣяній, нарушающихъ ихъ нормы; всѣ они судятъ своихъ преступниковъ и налагаютъ на нихъ наказанія, то-есть выражаютъ осужденіе и порицаніе этихъ дѣяній. Разсматривая преступное дѣяніе, какъ нарушеніе нормъ извѣстнаго порядка, а наказаніе, какъ осужденіе и порицаніе, мы неизбѣжно должны придти къ выводу, что правопорядокъ можетъ существовать только тогда, когда онъ имѣетъ списокъ преступныхъ дѣяній, и когда онъ отправляетъ правосудіе—судитъ и наказываетъ преступниковъ, подтверждая и охраняя этимъ путемъ свои нормы. Государство, какъ одна изъ формъ правопорядка, сообразно этому, тоже поставлено въ безусловную необходимость отправлять уголовное правосудіе—судить и наказывать преступниковъ — такъ какъ въ противномъ случаѣ нормы его фактически потеряютъ обязательную силу, и оно само разложится. Разница между государствомъ и другими правопорядками заключается лишь въ томъ, что, во-первыхъ, преступныя дѣянія этихъ общественныхъ порядковъ отличны отъ преступныхъ дѣяній порядка государственнаго, и отличіе это вытекаетъ: изъ различія самихъ нормъ, ихъ образующихъ; во-вторыхъ, что карательныя мѣры имѣютъ другое содержаніе. Это послѣднее вытекаетъ, съ одной стороны, изъ тѣхъ цѣлей, ради которыхъ возникаютъ отдѣльныя общественныя единенія, а съ другой—изъ различія отношеній лич-

ности къ цѣлому въ государствѣ и въ прочихъ общественныхъ организаціяхъ.

Изъ такой сущности наказанія слѣдуетъ, что объектомъ карательной дѣятельности должны служить одинаково всѣ нарушенія нормъ правопорядка, другими словами, что всѣ правонарушенія наказуемы. Если въ дѣйствительности, какъ мы знаемъ, законъ облагаетъ наказаніемъ далеко не всѣ правонарушенія, то причина этому заключается въ томъ, что наказаніе преступниковъ сопрягается для самого государства, какъ мы ближайшимъ образомъ увидимъ это ниже въ ученіи о содержаніи карательныхъ средствъ, съ весьма большою тягостью; государство, въ виду такого обстоятельства, предпочитаетъ оставлять многія правонарушенія не наказуемыми, насколько практическія условія жизни даютъ къ тому возможность. Сверхъ того, иногда причина наказуемости правонарушенія заключается въ томъ, что соотвѣтствующая норма потеряла свое значеніе для правопорядка и остается въ законѣ лишь по недосмотру органовъ законодательной власти,—таковы, напримѣръ, нарушенія вышеприведенныхъ статей Устава о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій. Но въ принципѣ всѣ правонарушенія могутъ подлежать наказанію, и теоретически вполнѣ мыслимъ такой государственный порядокъ, въ которомъ всѣ правонарушенія будутъ обложены наказаніями, и область правонарушенія сольется, такимъ образомъ, съ областью преступнаго дѣянія—всякая неправда будетъ неправдою уголовною.

Если, согласно вышесказанному, уголовное правосудіе есть безусловно необходимый элементъ правопорядка, то изъ этого слѣдуетъ, что уголовное правосудіе не нуждается, для своего обоснованія, ни въ особыхъ абсолютныхъ принципахъ, ни въ какихъ-либо спеціальныхъ цѣляхъ, къ служенію которымъ могутъ быть направлены или приспособлены отдѣльныя карательныя мѣры. Оно вытекаетъ изъ сущности правопорядка и цѣль его достигается самимъ фактомъ примѣненія наказанія; эта цѣль есть непрестанное поддержаніе авторитета велѣній законодателя. Отсюда мы должны сдѣлать заключеніе, что государство налагаетъ наказанія на томъ основаніи, что оно не можетъ существовать безъ уголовнаго правосудія. Для уголовнаго правовѣдѣнія юридическое обоснованіе наказанія сводится къ слѣдующему: если существуетъ правопорядокъ, то eo ipso должно существовать и уголовное правосудіе. Всякое дальнѣйшее обоснованіе этой власти государства надъ своими подданными выходитъ изъ области науки уголовнаго правовѣдѣнія, такъ какъ оно сливается съ общими біологическими и соціальными законами образованія и развитія общественныхъ группъ, какъ формъ правопорядка—семьи, общества, государства.

Такое значеніе уголовнаго правосудія подтверждается и историческими фактами. Практика жизни всегда показывала, что всѣ многоразличныя спеціальныя цѣли наказаній не только мало достигаются,

но и вовсе не достигаются; однако же ни одно государство не нашло возможнымъ отказаться отъ уголовнаго правосудія, какъ отъ безплодной и дорого стоящей системы. Въ наше время, когда организація предупредительной дѣятельности можетъ быть доведена до высокой степени совершенства, ни одно государство. даже изъ самыхъ прогрессивныхъ, не отказывается, тѣмъ не менѣе, отъ отправленія уголовной юстиціи; наоборотъ, всѣ государства прилагаютъ наибольшія заботы къ улучшенію уголовнаго судопроизводства и организаціи наказанія, не жалѣя для этого ни средствъ, ни усилій. Этотъ фактъ яснѣе всякихъ теоретическихъ разсужденій свидѣтельствуетъ о томъ, что общее значеніе наказанія, независимое отъ достиженія какихъ бы то ни было спеціальныхъ цѣлей, если и не всѣми сознается, то всѣми признается, и вошло въ историческую жизнь всѣхъ народовъ [1]).

Такъ ставится и разрѣшается, по нашему мнѣнію, вопросъ о сущности наказанія. Мысль о томъ, что существо наказанія заключается

---

[1]) Въ исторіи уголовнаго законодательства замѣчается, однако, одно явленіе, которое, по крайней мѣрѣ на первый взглядъ, можетъ показаться противорѣчащимъ этому началу: памятники уголовнаго законодательства говорятъ очень часто о спеціальныхъ цѣляхъ наказанія, нерѣдко о законѣ или чувствѣ справедливости, но никогда не высказываютъ прямо того положенія, что уголовное правосудіе можетъ и должно существовать независимо отъ тѣхъ или другихъ цѣлей, къ которымъ направляются отдѣльныя карательныя мѣры, независимо и отъ закона справедливости, въ томъ или другомъ его представленіи. Такъ, Уложеніе царя Алексѣя Михайловича постоянно выдвигаетъ устрашеніе, какъ цѣль всякаго наказанія — „чтобы на то смотря инымъ не повадно было такъ дѣлати“ (Уложеніе, Гл. III 1, 9; Гл. VI 4; Гл. X 18; Гл. XXII 26 и др.). Constitutio Criminalis Carolina 1532 года указываетъ на устрашеніе—„zu merer forcht andern“, „umb grosser forcht willen“ (Art. 130, 137); на исправленіе—„zu buss und besserung“ (Art. 142); наконецъ, на чувство справедливости—„aus lieb der Gerechtigkeit“ (Art. 104). Подобныя же указанія найдемъ мы во всѣхъ уголовныхъ законодательствахъ до конца XVIII и даже начала XIX вѣка. Въ новѣйшее время законодатель обыкновенно воздерживается отъ такихъ разсужденій, не имѣющихъ характера предписаній или запретовъ; но если мы обратимся къ мотивамъ уголовныхъ законовъ, къ законамъ, касающимся устройства мѣстъ заключенія, и къ судопроизводственнымъ законамъ о порядкѣ введенія въ дѣйствіе новыхъ уложеній и уставовъ, то мы найдемъ въ нихъ тѣ же рѣчи о цѣляхъ наказанія: на континентѣ объ исправленіи, въ Англіи объ устрашеніи. Положительное право, несомнѣнно, признаетъ цѣлесообразность наказанія, признавало ее и всегда будетъ признавать; но цѣлесообразность эта касается, внѣ всякаго сомнѣнія, лишь организаціи отдѣльныхъ карательныхъ мѣръ, но отнюдь не сущности уголовнаго правосудія, такъ какъ въ противномъ случаѣ законодателю пришлось бы отказаться отъ уголовнаго правосудія въ тѣхъ случаяхъ, когда цѣли недостижимы или преслѣдованіе ихъ излишне. Законодатель говоритъ о цѣляхъ наказанія, какъ о вопросѣ практическомъ, и умалчиваетъ о сущности и объ основаніи уголовнаго правосудія, такъ какъ это есть вопросъ теоретическій, разрѣшенію законодателя не подлежащій. Что же касается до памятниковъ древнѣйшей эпохи, то давно уже и многими замѣчено, что чѣмъ старѣе источникъ, тѣмъ менѣе занимается онъ опредѣленіемъ общепризнаннаго, само собой понятнаго, и тѣмъ болѣе устремляется къ опредѣленію частнаго, для даннаго времени необходимаго.

въ осужденіи и порицаніи преступныхъ дѣяній, принадлежитъ Бару, хотя онъ представляетъ ее въ искаженномъ видѣ и не дѣлаетъ поэтому изъ нея соотвѣтствующихъ выводовъ. Не различая сферы права и нравственности, Баръ говоритъ объ осужденіи, какъ о порицаніи съ точки зрѣнія морали, притомъ, не правонарушенія, а безнравственнаго поступка. Порицаніе, имѣющее своимъ основаніемъ совершеніе дѣйствія, противнаго нравственному долгу, есть явленіе міра нравственнаго; исходя отъ отдѣльныхъ людей, оно можетъ выражаться лишь въ весьма ограниченныхъ формахъ—такъ, порицаніе, производимое въ оскорбительной формѣ, запрещается законами и наказывается. Наоборотъ, осужденіе и порицаніе, имѣющее своимъ основаніемъ дѣйствіе, противное закону и исходящее отъ государства, входитъ въ область права и сообразно отношеніямъ государства къ личности, можетъ выражаться, вообще говоря, въ неограниченныхъ формахъ, доходящихъ до рѣшенія всей дальнѣйшей судьбы преступника. Затѣмъ, положеніе о сходственности карательныхъ функцій въ государствѣ и въ другихъ формахъ общественнаго единенія, семьѣ, школѣ, высказывалось неоднократно многими. Положеніе о томъ, что для науки уголовнаго права достаточно возвести наказаніе къ правопорядку, высказано въ общихъ чертахъ Шютце. Онъ говоритъ: „совершенно достаточно возвести понятіе уголовнаго права къ правопорядку, а понятіе наказанія къ естественной реакціи порядка противъ нарушенія или посягательства со стороны отдѣльной воли“ (Schütze, Nothwend. Theilnahme). Въ настоящее время это положеніе принимается и повторяется многими писателями, хотя и не всегда послѣдовательно. Наконецъ, положеніе о томъ, что всѣ правонарушенія могутъ быть обложены наказаніемъ, другими словами, что всѣ правонарушенія заключаютъ въ себѣ моментъ деликта и вслѣдствіе того способны къ наказуемости (alles Unrecht ist strafähig), хотя и не всѣ наказуемы въ дѣйствительности (strafbar), выдвинуто и разъяснено Биндингомъ (Binding Normen, также Problem der Strafe).

2) Философская разработка вопроса о правѣ наказанія.

а) Теоріи, признающія право государства наказывать.

Давно уже начались попытки обосновать теоретически право государства наказывать; создано было множество теорій, въ большинствѣ метафизическихъ. Начиная съ Гуго Гроція, насчитывается до 24 полныхъ философскихъ системъ и около 100 отдѣльныхъ теорій разныхъ криминалистовъ, примыкавшихъ въ общемъ къ тому или другому направленію. Среди этихъ теорій выдѣляются отчетливо двѣ основныя группы—теоріи абсолютныя и теоріи относительныя—и одна вторичная, не самостоятельная, такъ называемая группа теорій смѣшанныхъ или эклектическихъ. Затѣмъ въ послѣднія 20, 25 лѣтъ выдвинулась новая группа ученій, которую мы назовемъ теоріями правовыми [1]).

1. *Теоріи абсолютныя* основываютъ право государства наказывать на безусловномъ началѣ (абсолютѣ), которому должно подчиняться и не можетъ не подчиняться человѣчество, независимо отъ какихъ бы то ни было соображеній объ интересахъ или пользахъ человѣческаго общежитія. Это начало повелѣваетъ наказывать преступниковъ единственно въ силу того, что они совершили преступное дѣяніе—quia peccatum est. Это начало нѣкоторыми теоріями представляется лежащимъ внѣ человѣка, въ качествѣ общественнаго закона; другими—возводится непосредственно къ свойствамъ природы человѣка, матеріальной и духовной (нравственной и умственной).

Къ первой группѣ принадлежатъ: *теологическая теорія, теорія діалектическаго возмездія и теорія справедливости, какъ общаго мірового закона.* Эта послѣдняя, впрочемъ, всегда соединяется съ представленіемъ о законѣ справедливости, лежащемъ въ природѣ человѣка. Общимъ возраженіемъ противъ всѣхъ теорій этой группы служитъ то простое соображеніе, что всѣ принимаемыя ими основныя начала или абсолюты представляются совершенно недоказанными, такъ что эти теоріи могутъ быть названы съ равною основательностью и абсолютными, и произвольными.

Въ частности, теологическая теорія (Шталь) выводитъ весь правовой порядокъ изъ воли Божества, которое есть вмѣстѣ съ тѣмъ источникъ всякаго права. Государственный порядокъ признается отраженіемъ порядка божескаго; государственное правосудіе, слѣдовательно, есть только отрасль правосудія божескаго; оба подчинены однимъ и тѣмъ же началамъ и руководствуются одними и тѣми же принципами. Право наказывать, согласно этой теоріи, даруется государству Богомъ; наказаніе является актомъ божескаго возмездія.

Теорія діалектическаго возмездія Гегеля, исходя изъ положенія о единствѣ реальнаго и идеальнаго міра, признаетъ, что весь реальный міръ есть идея, явившаяся во внѣ. Все существующее есть, такимъ образомъ, осуществленіе этой вѣчной, абсолютной идеи; исторія міра есть лишь выраженіе логическаго развитія идеи и совершается, поэтому, въ порядкѣ логическаго развитія этой идеи. Все, что служитъ выраженіемъ абсолютной идеи, имѣетъ реальное бытіе (тезисъ); все, что̀ ей противорѣчитъ, есть отрицаніе ея и реальнаго бытія не имѣетъ (антитезисъ). По закону діалектическаго развитія, мысль не можетъ остановиться на такомъ отрицаніи абсолютной идеи, на такомъ внутреннемъ противорѣчіи; необ-

[1]) Возможны и другія группировки теорій наказанія, построенныя на иномъ признакѣ (заслуживаютъ вниманія группировки: Фойницкаго, Ученіе о наказаніи, и Познышева, Основные вопросы ученія о наказаніи). Однако мы придерживаемся старой группировки, господствующей въ большинствѣ учебниковъ, такъ какъ новыя группировки не представляются намъ имѣющими какое-либо преимущество передъ старою. Вообще трудно сводить сложныя отвлеченныя системы въ родовыя группы по одному какому-либо признаку, котораго очень часто и не имѣли въ виду сами авторы ученій. Всякая группировка заключаетъ въ себѣ лишь относительную правильность (то-есть съ точки зрѣнія излагателя) и во всякой могутъ быть найдены недостатки и непослѣдовательности.

ходимо примиреніе, необходимъ результатъ положительный, который и достигается отрицаніемъ отрицанія (синтезисъ). Право есть осуществленіе разумной идеи воли; преступное дѣяніе есть отрицаніе этой идеи. Необходимо уничтожить противорѣчіе; это и достигается наказаніемъ, которое есть, слѣдовательно, отрицаніе воли, отрицающей право, то-есть утвержденіе права. Такимъ образомъ, наказаніе есть простое требованіе логики; государство, прилагая наказаніе, исполняетъ лишь простой законъ логическаго мышленія. Преступное дѣяніе заключаетъ въ себѣ самомъ элементъ своего ничтожества, то-есть является недѣйствительнымъ, мнимымъ; актъ наказанія есть лишь обнаруженіе этого свойства преступнаго дѣянія. По остроумному замѣчанію Лайстнера (Laistner, das Recht in der Strafe), субъектомъ карательнаго права является у Гегеля не государство, а сама идея. Но тогда невольно возникаетъ вопросъ: на какомъ основаніи государство, которое есть не болѣе какъ несовершенное выраженіе вѣчной идеи, принимаетъ на себя ея карательное право; наказаніе должно было бы осуществляться само собою, безъ всякаго участія искусственныхъ мѣропріятій государственныхъ.

Наконецъ, теорія міровой справедливости построена на той идеѣ, что справедливость—наказаніе зла и вознагражденіе добродѣтели—есть міровой законъ, которому подчиняется все существующее, въ томъ числѣ и человѣкъ.

Эта идея міровой справедливости, развитая преимущественно въ трагедіяхъ Шекспира и Шиллера, криминалистами, обыкновенно, связывается, какъ сказано, съ идеей справедливости, врожденной человѣку. Отрѣшившись отъ всякихъ непровѣренныхъ увлеченій, не трудно усмотрѣть всю несостоятельность этого положенія. Разсматривая міръ въ цѣломъ, мы не можемъ найти тамъ ни добра, ни зла, ни наказанія, ни вознагражденія. Понятія эти суть понятія исключительно человѣческія и притомъ общественныя; для человѣка внѣ общества они существовать не могутъ. Возведеніе понятія справедливости въ міровой законъ лишаетъ его всякаго опредѣленнаго содержанія. Въ мірѣ царствуетъ законъ безусловнаго соотвѣтствія причины и послѣдствія въ томъ смыслѣ, что всякое явленіе можетъ имѣть своимъ послѣдствіемъ только одно опредѣленное явленіе, и это явленіе должно слѣдовать за нимъ съ безусловною необходимостью. Это тоже законъ возмездія, но возмездія индиферентнаго; для того, чтобы сдѣлаться закономъ справедливости, ему недостаетъ одного—различенія понятій добра и зла. Эти же понятія суть произведенія исключительно человѣческаго общества, выработанныя его культурой и сообразно съ нимъ измѣняющіяся; признакъ неизмѣнности сообщается имъ религіей. Мало того, и въ человѣческомъ обществѣ справедливость не есть господствующій законъ, а наоборотъ, есть идея, которая съ трудомъ, съ борьбой проникаетъ въ общежитіе, встрѣчая всюду сопротивленіе. Воздаяніе добромъ за добро есть далекій идеалъ будущаго, а не господствующій законъ. Если бы справедливость была міровымъ закономъ, тогда чувство удовольствія, возбуждаемое въ насъ торжествомъ справедливости надъ неправдою, на которое часто ссылаются защитники этой идеи, не было бы возможно, такъ какъ тогда проявленіе справедливости было бы такимъ же обыденнымъ дѣломъ, какъ перемѣна дня и ночи, зимы и лѣта; мы не можемъ радоваться тому, что камень тонетъ въ водѣ, а земля движется вокругъ солнца. Міровой законъ справедливости и это чувство удовольствія суть два положенія, взаимно другъ друга исключающія.

Ко второй группѣ абсолютныхъ теорій принадлежатъ: *теорія самозащиты* или непосредственной реакціи всему тому, что наноситъ вредъ человѣку, основывающаяся на неизмѣнныхъ свойствахъ матеріальной природы человѣка, *теорія категорическаго императива* и *теорія врожденной справедливости*, основывающіяся на свойствахъ духовной природы человѣка (нравственной и умственной). Всѣ теоріи этой группы представляются намъ заключающими въ себѣ коренную

ошибку въ самой постановкѣ вопроса: онѣ трактуютъ въ сущности не объ институтѣ наказанія государственнаго, а о чемъ-то другомъ, что, какъ непосредственно-связанное съ природой человѣка, можетъ имѣть мѣсто и внѣ государства, безъ государства и до него. Говоря о наказаніи, юридическая наука имѣетъ въ виду выяснить основанія наказанія, именно и исключительно въ государствѣ лежащія, выяснить потребности государства, вызывающія наказаніе, другими словами—природу государства, насколько она требуетъ (или не требуетъ) института наказанія; между тѣмъ этотъ вопросъ настоящими теоріями не только отводится на задній планъ, но нерѣдко и вовсе остается безъ освѣщенія. Допустимъ, что реакція, и въ формѣ мести, и въ формѣ воздаянія, требуемаго духовной природой человѣка, дѣйствительно вытекаетъ изъ неизмѣнныхъ свойствъ этой природы; но какимъ образомъ изъ того же основанія вытекаетъ институтъ государственнаго правосудія, превращающій самую месть въ преступленіе,—вотъ вопросъ, на который разбираемыя теоріи должны были бы прежде всего дать отвѣтъ и который онѣ или обходятъ, или ограничиваются малодоказательными ссылками на историческую смѣну субъектовъ карательнаго права, на „современныя воззрѣнія“ и т. п. Конечно, не подлежитъ никакому сомнѣнію, что не только наказаніе, но и само государство--все государство со всѣми его элементами—вытекаетъ изъ природы человѣка; но для юридической науки уголовнаго права важно не это конечное выясненіе причины всѣхъ причинъ, а важно отношеніе наказанія къ государству. Несомнѣнно, что природа государства связана съ природой человѣка; но несомнѣнно также и то, что въ природѣ государства имѣются такіе элементы, которыхъ нѣтъ въ природѣ отдѣльнаго человѣка и которые слагаются и возникаютъ именно на почвѣ единенія людей въ государствѣ. Только съ этой точки зрѣнія можемъ мы объяснить тотъ фактъ, что и месть, и другія формы естественной реакціи, изъ природы человѣка вытекающія, не только упраздняются въ государствѣ, но становятся преступленіями.

Въ частности, теорія категорическаго императива практическаго разума (Кантъ) исходитъ изъ того предположенія, что уму человѣка врождены извѣстныя требованія, не нуждающіяся въ какихъ-либо доказательствахъ; они сами по себѣ очевидны для нашей совѣсти, какъ неопровержимые факты, какъ незыблемые законы. Уголовное правосудіе руководствуется однимъ изъ такихъ категорическихъ императивовъ: наказаніе всякаго преступнаго дѣянія безусловно требуется всею нравственною природою человѣка, притомъ наказаніе по началу воздаянія равнымъ за равное. Если прекратится дѣйствіе такого закона вѣчной нравственности, то и жизнь людей на землѣ потеряетъ всякую цѣну и значеніе. Требованіе это столь безусловно обязательно, что даже общество, которое должно распасться, все-таки прежде обязано казнить своихъ преступниковъ — fiat justitia, pereat mundus.

Теорія врожденной справедливости ограничивается общими указаніями на то, что наказаніе преступныхъ дѣяній, какъ возмездіе за содѣянное зло, есть практическая необходимость, которая обусловливается врожденнымъ человѣку закономъ справедливости, то-есть началомъ воздаянія зломъ за зло и добромъ за добро. Положеніе, что человѣку врождена идея справедливости, представляется, однако, безусловно несостоятельнымъ. Прежде всего бросается въ глаза, что положеніе это совершенно бездоказательно. Въ качествѣ единственнаго довода приводятъ обыкновенно то, упомянутое выше, соображеніе, что всякій человѣкъ ощущаетъ невольно удовольствіе при видѣ торжества справедливости и, обратно, неудовольствіе, когда справедливость нарушается. Противъ этого, однако, можно возразить, что повседневный опытъ представляетъ намъ явленія совершенно противоположныя: человѣкъ, пріобрѣвшій себѣ неправеднымъ путемъ выгоды, радуется имъ нисколько не менѣе честнаго труженика. Когда торжество спра-

ведливости совпадаетъ съ нашими интересами, тогда оно дѣйствительно доставляетъ намъ удовольствіе; но за этими предѣлами ничего подобнаго не замѣчается. Совершенно понятно, что въ гражданскомъ обществѣ, гдѣ интересъ всѣхъ и каждаго, за исключеніемъ преступника, заключается въ охраненіи правопорядка, актъ справедливости доставляетъ удовольствіе большинству; но, чтобы это чувство было врождено человѣку — для утвержденія этого, мы не имѣемъ никакихъ серьезныхъ основаній. Сознаніе собственной вины, напримѣръ, нисколько не облегчаетъ тяжести наказанія, какъ слѣдовало бы ожидать при врожденномъ чувствѣ справедливости, а наоборотъ, отягчаетъ его; страданіе же безъ вины, мученичество, какъ извѣстно, доставляетъ высшее психическое наслажденіе. Если чувство справедливости врождено всѣмъ людямъ, то не былъ бы возможенъ тотъ фактъ, что люди обладаютъ имъ въ различной степени, притомъ развитые и образованные въ большей, чѣмъ необразованные.

Къ этому же типу теорій принадлежитъ одна новѣйшая конструкція, предлагаемая Познышевымъ (Основные вопросы ученія о наказаніи). Человѣку врождено, согласно этой конструкціи, стремленіе къ наибольшему возможному счастью; такое стремленіе является нравственнымъ закономъ человѣческой природы и необходимо влечетъ человѣка къ жизни въ государствѣ, какъ такой формѣ общежитія, которая болѣе всѣхъ прочихъ направляется къ созданію условій счастья гражданъ. Но государство немыслимо безъ принужденія; принужденіе есть существенная составная часть государственнаго строя. Наказаніе есть тоже принужденіе, особый его видъ, столь же необходимый при наличности надлежащихъ условій. Государство поэтому обязано отправлять уголовное правосудіе; это — не право, а необходимость. Нельзя не замѣтить, что возведеніе наказанія къ свойствамъ природы человѣка, которыя авторъ, едва ли правильно, называетъ „нравственнымъ“ закономъ, предсгавляется излишнимъ для всей теоріи Познышева. Признаніе и доказательство безусловной необходимости уголовнаго правосудія для государства, какъ правопорядка, исчерпываетъ уголовно-юридическую постановку вопроса; все же дальнѣйшее, указанія на природу человѣка и присущій ему нравственный законъ, сводится къ объясненію происхожденія и сущности самого государства, т.-е. принадлежитъ къ ученію о государствѣ. Какъ сказано выше, подобнаго рода конструкціи не могутъ служить ни къ выясненію сущности наказанія, ни къ разрѣшенію другихъ, связанныхъ съ этимъ вопросовъ.

2. *Теоріи относительныя* усматриваютъ основаніе карательной дѣятельности государства не въ томъ или другомъ абсолютномъ началѣ, которому неизбѣжно подчиняются люди, а исключительно въ извѣстномъ результатѣ, полезномъ для государственной жизни, который вытекаетъ какъ послѣдствіе изъ примѣненія наказаній. Такимъ общимъ результатомъ для всѣхъ относительныхъ теорій является уменьшеніе числа преступныхъ дѣяній: наказаніе налагается не „quia peccatum est“, а „ne peccetur“. Тотъ путь, которымъ достигается этотъ общій результатъ, образуетъ собою спеціальную цѣль наказаній, а эта послѣдняя служитъ основаніемъ карательной дѣятельности для каждой отдѣльной теоріи.

Слабая сторона всѣхъ относительныхъ теорій давно указана въ литературѣ: изъ доброй цѣли самой по себѣ нельзя вывести право (юридическое основаніе) на причиненіе стѣсненій, боли и страданій человѣку. Справедливо говоритъ по этому поводу Гейнце: „безъ всякаго сомнѣнія, государство имѣетъ интересъ въ

томъ, чтобы преступныя дѣянія не были совершаемы. Конечно, оно можетъ и должно принимать мѣры къ предотвращенію будущихъ преступныхъ дѣяній. Однако, отсюда еще не слѣдуетъ, чтобы наказаніе было для этого безусловно необходимымъ средствомъ, и еще менѣе, чтобы оно было правомѣрнымъ средствомъ“ (Heinze, Strafrechtstheorien und Strafrechtsprincip, in Holtzendorff's Handbuch, I). Затѣмъ, доказанная опытомъ недостижимость той или другой цѣли влечетъ за собою паденіе всей конструкціи, такъ что институтъ наказанія можетъ оказаться лишеннымъ всякаго основанія; тотъ же результатъ получимъ мы и во всѣхъ тѣхъ отдѣльныхъ случаяхъ, въ которыхъ полагаемая въ основу наказанія цѣль не можетъ имѣть мѣста, напримѣръ — исправленіе неисправимыхъ или въ исправленіи не нуждающихся.

Сообразно содержанію спеціальныхъ цѣлей могутъ быть различаемы слѣдующіе основные типы относительныхъ теорій: *теорія устрашенія* фактомъ выполненія наказанія—или всѣхъ и каждаго отъ совершенія преступныхъ дѣяній (Generalprävention stheorie), или въ отдѣльности преступника для воздержанія его отъ повторенія преступнаго дѣянія (Specialprävention stheorie); *теорія психическаго принужденія*, то есть устрашенія угрозой наказанія (Фейербаха); *теоріи обезпеченія общества* отъ вредныхъ и опасныхъ людей-преступниковъ, раздѣляющіяся на множество направленій, начиная отъ простѣйшихъ теорій обезвреживанія и истребленія и кончая новѣйшими теоріями предупрежденія; наконецъ, *теорія исправленія* преступниковъ.

3. *Теоріи правовыя.* Сознаніе полной неудачи всѣхъ этихъ многочисленныхъ попытокъ основать теоретически право государства наказывать вызвало въ наше время, во-первыхъ, сильное недовѣріе ко всякимъ теоріямъ наказанія, а во-вторыхъ, отрицательное отношеніе къ самому вопросу—если можно такъ выразиться, отчаяніе въ возможности разрѣшить его. При настоящемъ положеніи вопроса, говоритъ Лайстнеръ, „является, можетъ быть, даже заслугой изложить всѣ существующія теоріи и не распространиться въ заключеніе въ новой гипотезѣ“ (Laistner, das Recht in der Strafe). Подъ вліяніемъ той же мысли Кистяковскій называетъ споръ объ основаніяхъ и о необходимости наказанія споромъ праздным. Однако, рядомъ съ этимъ наиболѣе пытливые умы продолжаютъ работу; они не отказываются отъ задачи, но стараются проложить себѣ новый путь—не тотъ, которымъ шли абсолютныя теоріи, и не тотъ, которымъ шли относительныя теоріи. Въ послѣднія тридцать лѣтъ выдвигается нѣсколько изслѣдованій, посвященныхъ преступному дѣянію и наказанію и направленныхъ на разрѣшеніе той же великой проблемы. Всѣ они заключаютъ въ себѣ одну и ту же общую черту: институтъ наказанія они стараются основать на юридическихъ свойствахъ, на правовомъ характерѣ преступнаго дѣянія и изъ него вывести разрѣшеніе вопроса о сущности наказанія. „Если правонарушеніе, говоритъ Биндингъ, есть основаніе наказанія, то необходимо прежде всего отбросить неправильныя представленія о немъ, то-есть о правонарушеніи, и его дѣйствительное значеніе принять за отправную точку“ (Binding, Das Problem der Strafe, Grünhut's Zeitschr. IV. 1877). Вотъ эта-то провѣрка общаго ученія о

преступномъ дѣяніи, какъ извѣстномъ явленіи въ сферѣ правовой жизни человѣческаго общества, и анализъ свойствъ наказанія, какъ правового послѣдствія (Rechtsfolge) преступнаго дѣянія, въ немъ одномъ имѣющаго свое основаніе,—эти вопросы и сдѣлались предметомъ изслѣдованій новѣйшаго времени. Возникшія на этой почвѣ ученія о правѣ наказанія мы не можемъ отнести ни къ абсолютнымъ, ни къ относительнымъ теоріямъ. Съ абсолютными теоріями они расходятся коренным образомъ въ томъ, что не признаютъ никакихъ абсолютныхъ идей и не знаютъ никакихъ принциповъ, кромѣ тѣхъ, которые вытекаютъ изъ свойствъ правопорядка, какъ нормы человѣческаго общежитія; но они сходятся съ абсолютными теоріями въ томъ, что основаніе наказанія видятъ въ самомъ фактѣ преступнаго дѣянія, а не въ томъ вліяніи или воздѣйствіи, которое производится наказаніемъ,—наказаніе налагается quia peccatum est. Послѣдняя черта составляетъ предметъ различія новѣйшаго направленія съ теоріями относительными; наоборотъ, предметъ сходства его съ послѣдними заключается въ воззрѣніи на человѣческій правопорядокъ, какъ на начало и конецъ всѣхъ разсужденій о преступномъ дѣяніи и наказаніи. Точно такъ же эти ученія не могутъ быть отнесены къ теоріямъ смѣшаннымъ, такъ какъ они не признаютъ основаній ни той, ни другой группы теорій. Представителями этого новаго направленія являются Гейнце, Лайстнеръ, Биндингъ, Баръ. Къ этому же направленію принадлежитъ и изложенное нами выше ученіе.

Теорія Гейнце (Heinze, Holtzend. Handb. I) исходитъ отъ того представленія, что сущность наказанія заключается въ выполненіи чего-либо или совершеніи (Leistung), необходимость котораго вытекаетъ изъ особаго правоотношенія, создаваемаго преступнымъ дѣяніемъ, причемъ это послѣднее является въ качествѣ causa debendi. Гейнце разсуждаетъ слѣдующимъ образомъ: „такъ какъ преступное дѣяніе вообще есть нарушеніе права въ его объективномъ составѣ, а объективное право есть жизненный законъ (Lebensgesetz), присущій различнымъ формамъ человѣческаго общежитія, то и преступное дѣяніе, говоря вообще, представляетъ собою нарушеніе этого жизненнаго закона. Этотъ жизненный законъ имѣетъ силу для каждаго отдѣльнаго члена, какъ таковаго; въ особенности же—для преступника. Членомъ правоваго союза можетъ быть только тотъ, кто признаетъ жизненный законъ общества, облеченный формальной обязательностью, за связующую норму своей собственной жизни и дѣятельности въ обществѣ (als bindende Norm für sein eigenes Verhalten im Gemeinleben). Совершая преступное дѣяніе, человѣкъ дѣйствуетъ противно своему положенію и обязанностямъ, какъ члена правоваго союза. Степени нарушенія различны; онѣ возрастаютъ отъ простого несоблюденія до полнаго отрицанія. Полное отрицаніе имѣетъ своимъ содержаніемъ не только отрѣшеніе отъ права, но вмѣстѣ съ тѣмъ и исключеніе преступника изъ числа членовъ правоваго союза, такъ какъ можно быть и оставаться членомъ правоваго союза лишь подъ условіемъ признанія и соблюденія права. Если преступникъ своимъ дѣйствіемъ и не исключитъ себя вполнѣ то, во всякомъ случаѣ, совершенное имъ нарушеніе закона создаетъ неравенство между нимъ и остальными членами союза, благодаря которому нарушается ихъ прежняя

равноправность. Для того, чтобы преступникъ могъ оставаться дѣйствительнымъ членомъ правоваго союза, необходимо, чтобы равноправность, то есть правовая цѣлостность преступника, было возстановлена. Она возстановляется посредствомъ того, что преступникъ совершаетъ нѣчто, чего другіе совершать не обязаны. Совершая это, преступникъ присоединяетъ къ своему уменьшенному праву нѣкоторое добавленіе, которое дѣлаетъ его снова равнымъ съ прочими членами союза. Это и есть наказаніе".

Сказанное—продолжаетъ далѣе Гейнце—заключаетъ въ себѣ лишь относительное обоснованіе наказанія. Остается невыясненнымъ, почему не предоставляется на выборъ самого виновнаго или подчиниться наказанію, или принять полное исключеніе изъ общества. Абсолютное обоснованіе наказанія въ государствѣ вытекаетъ изъ безусловной необходимости государственной жизни. Человѣчество въ цѣломъ можетъ выполнить свое высшее назначеніе—развивать и двигать цивилизацію—не иначе, какъ раздѣливъ работу между отдѣльными государствами, отличающимися другъ отъ друга по національности, мѣсту, времени. Обособленный человѣкъ остается звѣремъ, если онъ не облагораживается въ государственномъ общежитіи и не стоитъ на почвѣ цивилизаціи, которая возможна лишь чрезъ посредство государственнаго союза. Совершая преступное дѣяніе, человѣкъ формально становится нарушителемъ государственнаго порядка, но матеріально—отступникомъ отъ цивилизаціи. Это отношеніе между цивилизаціей и государствомъ образуетъ собою правовое основаніе (Rechtsgrund) всей государственной жизни и, вмѣстѣ съ тѣмъ, основаніе права наказанія въ государствѣ. Такъ какъ задачи государства тождественны съ высшими и священнѣйшими задачами человѣчества въ цѣломъ, то и карательная власть въ государствѣ призывается къ особо энергической дѣятельности. Такъ какъ въ преступномъ дѣяніи противъ государства заключается отпаденіе отъ человѣческой цивилизаціи, высшею и необходимѣйшею формою которой является государство, то это послѣднее и должно быть выполнителемъ наказанія.

Наказаніе Гейнце разсматриваетъ, такимъ образомъ, какъ совершеніе чего-либо преступникомъ въ пользу общества, какъ отбываніе, если можно такъ выразиться, извѣстной повинности или совершеніе извѣстнаго подвига, съ цѣлью возстановить правовое равенство съ прочими согражданами, нарушенное преступнымъ дѣяніемъ, но необходимое для того, чтобы преступникъ могъ оставаться дѣйствительнымъ членомъ правоваго союза. Обязательность такого искупленія, иначе говоря, право государства налагать наказаніе отъ своего лица, независимо отъ желанія преступника, вытекаетъ изъ того, что государственная форма общежитія безусловно необходима для цивилизаціи, развитіе которой есть его конечная задача и цѣль всей исторіи человѣчества. „Преступное дѣяніе и наказаніе, въ ихъ совокупности, представляютъ собою голову Януса — говоритъ Гейнце;—лицо съ печатью неправды есть преступное дѣяніе; лицо съ печатью правды—наказаніе. Наказаніе не есть вовсе противоположеніе преступному дѣянію, но, наоборотъ, выраженіе его значенія для права".

Теорія Лайстнера построена на одной почвѣ съ теоріей Гейнце, но приводитъ къ другимъ выводамъ (Laistner, das Recht in der Strafe). „Послѣдствіе преступнаго дѣянія есть не исключеніе и отрѣшеніе преступника отъ общей воли, говоритъ Лайстнеръ, а наоборотъ, подчиненіе его волѣ пострадавшаго, въ качествѣ котораго является прежде всего потерпѣвшій индивидъ, а затѣмъ государство. Въ то время, какъ преступникъ, вторгаясь въ чужую сферу, мыслитъ себя господиномъ въ ней — пострадавшій, съ своей стороны, сознаетъ только одно, именно, что дѣйствующій вступилъ въ область подчиненія его волѣ, и разсматриваетъ его поэтому, какъ подлежащаго своему распоряженію. Это подчиненіе есть объективный фактъ, хотя субъективно оно и не лежитъ въ волѣ дѣйствую-

щаго: состояніе подчиненности въ чужой сферѣ—das Gefangensein in der fremden Sphäre—есть лишь обратная сторона (Kehrseite) и необходимое послѣдствіе вторженія. Къ этому объективному факту присоединяется, какъ вторая ступень, наказаніе или прощеніе, смотря по тому, захочетъ ли или нѣтъ пострадавшій сдѣлать употребленіе изъ возникшаго для него права распоряженія надъ личностью виновнаго. Такимъ образомъ, сущность наказанія, какъ непосредственнаго послѣдствія преступнаго дѣянія, заключается не въ выполненіи и въ претерпѣніи чего-либо, а именно въ подчиненности волѣ пострадавшаго. Сообразно этому, выполненіе наказанія вовсе не имѣетъ того характера безусловной необходимости, который выводятъ для него абсолютныя теоріи изъ формальныхъ свойствъ дѣянія: это есть право. Нужно ли дѣлать изъ него употребленіе, насколько и какъ—это не вопросъ права, а съ одной стороны, вопросъ практическій, съ другой — вопросъ нравственности. Напримѣръ, государство, какъ пострадавшій, въ сознаніи своего могущества и нравственныхъ задачъ, могло бы склоняться къ прощенію отдѣльныхъ преступниковъ; однако, соображенія общей безопасности предписываютъ ему налагать наказаніе, притомъ не столько съ расчетомъ на устрашеніе, сколько принявъ во вниманіе справедливыя притязанія непосредственно пострадавшаго, которому государство только тогда можетъ воспретить месть, когда замѣнитъ ее наказаніемъ. Если государство, такимъ образомъ, поставлено въ необходимость прилагать наказаніе, то, во всякомъ случаѣ, оно имѣетъ полную свободу проявлять свою нравственную силу, какъ въ томъ способѣ, которымъ оно наказываетъ, такъ и въ опредѣленіи тѣхъ цѣлей, къ которымъ оно направляетъ наказаніе".

Такимъ образомъ, по теоріи Лайстнера, наказанія должны были бы налагаться на преступника лицомъ пострадавшимъ. Въ дѣйствительности, однако, мы встрѣчаемся съ инымъ порядкомъ: вездѣ въ современныхъ цивилизованныхъ государствахъ мы видимъ, что преступникъ наказывается не лицомъ пострадавшимъ, а государствомъ. Лайстнеръ, для объясненія этого, вводитъ дополнительный элементъ въ свою теорію. Онъ говоритъ, что въ простѣйшей и древнѣйшей процедурѣ примѣненія наказаній лицомъ пострадавшимъ заключается одно большое неудобство: лицо пострадавшее, осуществляя свое право наказанія, можетъ въ раздраженіи наказать преступника сильнѣе, чѣмъ то слѣдуетъ по закону; тогда всякій лишній плюсъ въ осуществленіи права наказанія (сравнительно съ установленными въ законѣ размѣрами), въ свою очередь, является новымъ преступнымъ дѣяніемъ, вторженіемъ въ сферу правъ преступника, который, осуществляя уже свое право наказанія, тоже можетъ перейти законные предѣлы и т. д. до безконечности. Отсюда можетъ возникнуть bellum omnium contra omnes. Въ устраненіе такого безпорядка, государство беретъ на себя функцію отправленія наказаній и точно ихъ опредѣляетъ.

Не трудно видѣть, что теорія Лайстнера, по своимъ выводамъ, есть прямая противоположность теоріи Гейнце. Одинъ выдвигаетъ на первый планъ то представленіе, что преступное дѣяніе есть отрѣшеніе отъ права и правоваго союза; другой—что оно есть вторженіе въ чужую сферу правъ. Одинъ видитъ сущность наказанія именно въ его выполненіи; другой—въ отвлеченномъ представленіи о подчиненности преступника волѣ пострадавшаго. По мнѣнію одного, наказаніе налагается въ интересахъ самого преступника, для примиренія его съ обществомъ; по мнѣнію другого, наказаніе не приноситъ преступнику ничего, кромѣ страданій. Одинъ выводитъ право государства наказывать изъ необходимости государственнаго порядка для цивилизаціи; другой признаетъ, что право наказанія установляется eo ipso самымъ актомъ вторженія въ чужую сферу и что, наоборотъ, государство, по существу своему, склонялось бы къ прощенію виновныхъ, если бы тому не препятствовали соображенія политики. Причина такого странъ-

наго противорѣчія двухъ писателей, выходящихъ, повидимому, отъ одного и того же основного воззрѣнія, заключается въ томъ, что каждый изъ нихъ имѣетъ въ виду только одну, произвольно имъ избранную, черту преступнаго дѣянія. Гейнце видитъ въ преступномъ дѣяніи лишь отрѣшеніе отъ права и правоваго союза; Лайстнеръ—лишь вторженіе въ сферу, подчиненную чужой волѣ. Оба эти представленія могутъ быть, пожалуй, признаны вѣрными; но ни одно изъ нихъ въ отдѣльности, ни оба они въ совокупности не исчерпываютъ понятія преступнаго дѣянія и его содержанія: оба они частичны, односторонни. Помимо такой односторонности, нельзя не замѣтить, что ни теорія Гейнце, ни ученіе Лайстнера вовсе не доказываютъ того, что подлежитъ доказательству. Въ самомъ дѣлѣ, Гейнце основываетъ право государства наказывать на двухъ положеніяхъ, которыя сами нуждаются въ доказательствѣ, а именно, что государственный строй безусловно необходимъ для выполненія высшаго назначенія человѣчества и что наказаніе есть единственное и безусловно необходимое средство для возстановленія преступника въ достоинствѣ полноправнаго члена правоваго союза. Гейнце утверждаетъ, что только государство ведетъ человѣчество къ совершенству; исторія же намъ указываетъ на то, что есть особенный видъ совершенства, существующій помимо государства—стоитъ только вспомнить христіанскихъ праведниковъ, достигшихъ во внѣгосударственной жизни высшаго нравственнаго совершенства, возможнаго на землѣ. Лайстнеръ, въ качествѣ доказательства, приводитъ именно то, что должно быть доказано: право наказанія онъ основываетъ на томъ положеніи, что лицо, въ сферу правъ котораго вторгнулся преступникъ, eo ipso получаетъ право наложить на него руку; но вѣдь это-то и есть право наказанія, это-то и должно быть доказано! Нигдѣ также у Лайстнера не доказано, на чемъ основана передача пострадавшимъ лицомъ своего права наказывать государству.

4. *Смѣшанныя теоріи* состоятъ въ попыткахъ соединенія основаній абсолютныхъ теорій съ основаніями относительныхъ. Онѣ не представляютъ ничего оригинальнаго, ничего такого, чего не содержалось бы въ предъидущихъ. Къ смѣшаннымъ теоріямъ слѣдуетъ причислить и ученіе тѣхъ новѣйшихъ криминалистовъ, которые, возводя наказаніе къ неизмѣннымъ свойствамъ природы человѣка, матеріальной и духовной, въ то же время полагаютъ въ основаніе его соображенія объ охранѣ общества отъ преступныхъ дѣяній; или признавъ главное основаніе правовыхъ теорій, безусловную необходимость наказанія, какъ послѣдствія правонарушенія, въ дальнѣйшемъ изложеніи своихъ ученій переходятъ на точку зрѣнія относительныхъ теорій и все основаніе наказанія видятъ въ его полезностяхъ.

Всѣ эти попытки обосновать теоретически право наказанія не прошли однако безслѣдно для положительной науки: хотя вопросъ и не разрѣшенъ, но выяснилось содержаніе изслѣдуемаго предмета и тѣмъ дана возможность установить нѣкоторыя положенія, могущія служить отправными точками для дальнѣйшихъ изслѣдованій. Теоріи абсолютныя освѣтили одну сторону института наказанія, именно, его отвлеченную сущность; теоріи относительныя—другую, его формы и конкретное содержаніе. Творцы абсолютныхъ теорій приняли историческій фактъ наказанія въ томъ видѣ, въ какомъ онъ представлялся ихъ

глазамъ, то-есть, что наказаніе сколь бы разнообразно оно ни было по своему содержанію, всегда и вездѣ, на всѣхъ ступеняхъ развитія человѣческаго общежитія, сопутствуетъ преступному дѣянію, въ качествѣ его необходимаго послѣдствія,—приняли этотъ фактъ за самостоятельный міровой законъ, и всѣ ихъ стремленія направились къ построенію философской теоріи для такого закона. Соотвѣтственно такой постановкѣ вопроса, содержаніе отдѣльныхъ карательныхъ мѣръ, воздѣйствіе наказанія на личность и т. п., всѣ эти моменты являются для абсолютныхъ теорій моментами вторичными, то-есть такими, разрѣшеніе которыхъ зависитъ отъ отвѣта на основной вопросъ. Этотъ же основной вопросъ есть слѣдующій; гдѣ источникъ всего уголовнаго правосудія въ цѣломъ и, сообразно этому, что такое, осуществленіе какой идеи, проявленіе какого абсолюта есть это уголовное правосудіе, представляющееся въ міровой исторіи въ формѣ постояннаго, неуклоннаго наказанія преступниковъ? Наоборотъ, относительныя теоріи сдѣлали отправной точкой своихъ разсужденій, именно, содержаніе отдѣльныхъ карательныхъ средствъ и спеціальныя цѣли отдѣльныхъ формъ наказанія; къ этимъ вопросамъ можно сказать, почти исключительно сводятся всѣ ихъ разсужденія и изслѣдованія.

Сопоставивъ различіе въ пріемахъ и руководящихъ моментахъ теорій абсолютныхъ и теорій относительныхъ, съ одной стороны, съ общимъ содержаніемъ всего вопроса объ институтѣ наказаній съ другой, мы неминуемо приходимъ къ сознанію, что вопросъ о значеніи всего уголовнаго правосудія въ цѣломъ можетъ быть отдѣляемъ отъ вопроса о значеніи отдѣльныхъ карательныхъ мѣръ; другими словами, что вопросъ о сущности наказанія отличается отъ вопроса о содержаніи наказанія. Это положеніе, имѣющее ближайшимъ образомъ методологическое значеніе, подтверждается непосредственно тѣмъ обстоятельствомъ, что все содержаніе абсолютныхъ и относительныхъ теорій, въ ихъ конечныхъ выводахъ, распадается именно въ двухъ указанныхъ направленіяхъ; съ одной стороны, абсолютныя теоріи сводятся къ принципу, что наказаніе, каково бы оно ни было по своему содержанію, основывается на самомъ фактѣ преступнаго дѣянія (quia peccatum est) и что, такимъ образомъ, уголовное правосудіе для своего основанія не нуждается ни въ какихъ спеціальныхъ цѣляхъ. Мѣткое выраженіе Гейнце, что преступное дѣяніе и наказаніе въ совокупности образуютъ собою нѣчто цѣлое, имѣющее подобіе двуликаго Януса, представляетъ собою выводъ и квинтэссенцію всѣхъ абсолютныхъ теорій. Съ другой стороны, относительныя теоріи въ ихъ совокупности всѣми своими доводами и разсужденіями доказываютъ лишь одно, именно, что всякій отдѣльный видъ или форма наказанія должны быть организованы цѣлесообразно.

Таковъ результатъ, доставшійся нашему времени въ наслѣдіе отъ

громадной литературы. Къ нему позднѣйшія изслѣдованія прибавляютъ еще одно положеніе, вытекающее, какъ выводъ, изъ критики старыхъ теорій и заключающееся въ томъ, что для выясненія сущности наказанія въ государствѣ необходимо исходить отъ анализа юридическихъ свойствъ преступнаго дѣянія. Эту послѣднюю постановку вопроса, въ связи съ вышеуказаннымъ различіемъ понятій, мы считаемъ существенно важною въ ученіи о наказаніи. Вопросъ о правѣ наказанія, какъ мы видѣли, можетъ быть удовлетворительно разъясненъ только тогда, когда сущность наказанія (или значеніе уголовнаго правосудія въ цѣломъ) и формы наказанія (или содержаніе карательныхъ средствъ) разсматриваются, какъ два самостоятельные момента, и когда при этомъ за отправную точку анализа принимаются юридическія свойства преступнаго дѣянія, какъ правонарушенія.

б) Теоріи, отвергающія право государства наказывать.

Ученія, отвергающія право государства наказывать преступниковъ, являются малымъ, незначительнымъ изъятіемъ въ общемъ строѣ ученій по этому вопросу, притомъ изъятіемъ, потерявшимъ всякій авторитетъ въ новой наукѣ. Сверхъ того, въ литературѣ и прежде раздавались, и нынѣ иногда раздаются голоса, отрицающіе всякую карательную дѣятельность государственной власти. Такое отрицаніе подкрѣпляется или отдѣльными фразами, извлеченными изъ текста Евангелія, или связывается съ отрицаніемъ всякаго принужденія вообще, въ томъ числѣ и борьбы со зломъ путемъ принужденія, или, наконецъ, покоятся на простомъ, голословномъ отрицаніи полезности уголовнаго правосудія въ государственной жизни. Заявленія и мнѣнія этого рода, какъ не представляющія собою научнаго изслѣдованія и не имѣющія свойствъ такового, не могутъ имѣть значенія для положительной науки.

Научныхъ теорій, отрицающихъ право государства наказывать преступниковъ всего двѣ: теорія Роберта Овена и теорія лѣченія Томсона.

1. *Теорія Овена* (Robert Owen, The book of the new moral world).

Основныя положенія этой теоріи въ существенныхъ чертахъ заключаются въ слѣдующемъ: причины всѣхъ преступныхъ дѣяній, лежатъ исключительно въ недостаткахъ общественнаго устройства; реформа общественнаго строя должна устранить всѣ преступныя дѣянія. Реформа эта можетъ и должна быть произведена; существующій строй долженъ быть сметенъ съ лица земли и замѣненъ строемъ идеальнымъ. Наказаніе есть не что иное, какъ несправедливое насиліе, направленное къ поддержанію того, что не должно существовать.

Что условія общественно-государственнаго строя вліяютъ на виды и распредѣленіе преступныхъ дѣяній, въ этомъ никто не сомнѣвается. Но говорить, что преступность порождается недостатками общественной организаціи, въ то время, когда намъ изъ исторіи неизвѣстно ни одного общества, которое не имѣло бы преступныхъ дѣяній, когда мы даже и представить себѣ не можемъ такого общества,—говорить это, по меньшей мѣрѣ, ненаучно. Не недостатки, не дурныя только

стороны общественной организаціи, а всѣ, и дурныя, и хорошія, служатъ почвой, на которой выростаютъ преступныя дѣянія, подъ вліяніемъ ближайшихъ причинъ и условій, лежащихъ въ личности преступника. Оглянемся вокругъ себя, посмотримъ въ исторію: деспотія и республика, аристократія и демократія, богатое государство и бѣдное, культурное и некультурное, прогрессивное и отсталое — всѣмъ одинаково присуще преступное дѣяніе, и мы не можемъ даже рѣшить, гдѣ ихъ будетъ меньше. Всякая реформа общественной организаціи, даже самая благодѣтельная, всякій переворотъ вызываетъ увеличеніе преступныхъ дѣяній на болѣе или менѣе продолжительное время, пока общественная жизнь не уляжется въ постоянныя рамки, пока новыя потребности не найдутъ себѣ соотвѣтствующихъ средствъ удовлетворенія. Насколько хватаетъ свѣтъ исторіи, мы всюду видимъ, что преступныя дѣянія неразрывно связаны съ человѣческимъ обществомъ, сопровождаютъ его прогрессъ и регрессъ, его развитіе и измѣненіе. Преступное дѣяніе совершается отдѣльнымъ лицомъ ради удовлетворенія своихъ нуждъ, потребностей и интересовъ, которые становятся въ коллизію съ интересами общими. Дѣйствительнымъ источникомъ преступнаго дѣянія служитъ столкновеніе интересовъ и потребностей частныхъ съ интересами общими. Но нельзя не видѣть, что тѣ же начала являются и источниками всякаго прогресса и всякаго движенія: воля общая, интересъ, благо общее — съ одной стороны; воля частная, интересъ, благо частное—съ другой стороны. Изъ коллизіи и различныхъ комбинацій этихъ двухъ началъ создавалась и создается вся исторія человѣческаго общества. Изсякнетъ этотъ источникъ, прекратится и всякое движеніе въ обществѣ. Только при этомъ условіи возможно полное отсутствіе преступныхъ дѣяній. Мы думаемъ, что такое состояніе человѣчества невозможно, да оно и нежелательно.

Если бы не было преступныхъ дѣяній, говоритъ Биндингъ, то, конечно, „для законодателя было бы одной обязанностью меньше; оставалось бы только установить порядокъ и охранять его отъ внѣшнихъ нарушеній и отъ добросовѣстныхъ ошибокъ. Отъ меча могло бы правосудіе отказаться; мечта о вѣчномъ мирѣ осуществилась бы—но какою цѣною? Къ счастью или къ несчастью, но человѣческому роду не даровано этой райской невинности. Призванный къ дѣйствію, человѣкъ неизбѣжно подпадаетъ страстямъ, и въ то время, какъ всѣ войны, самыя продолжительныя и самыя кровавыя, проходятъ, раны заживаютъ и лишь могилы павшихъ героевъ остаются памятниками прошедшаго, одна борьба длится безостановочно: борьба человѣка съ наиболѣе страшнымъ, непобѣдимымъ врагомъ—страстями. Эта борьба принудила правосудіе взяться за оружіе, и конца ея мы даже не можемъ и предвидѣть... въ этой области нѣтъ мира“ (Binding, Das Problem der Strafe). Въ этой области нѣтъ мира, потому что въ этой борьбѣ проявляются тѣ же самыя силы, которыя нѣкогда собрали отдѣльныхъ людей въ общество, вложили мечъ въ руки правосудія и повели человѣчество по безконечному пути прогресса. Мы не можемъ вовсе сказать, что съ прогрессомъ человѣчества должны уменьшиться преступныя дѣянія; они будутъ видоизмѣняться, распредѣляться иначе—это не подлежитъ сомнѣнію, но предполагать ихъ уменьшеніе мы не имѣемъ никакихъ данныхъ. Чѣмъ дальше пойдетъ прогрессъ, тѣмъ многочисленнѣе будутъ случаи коллизіи частнаго интереса съ общимъ и тѣмъ обильнѣе, слѣдовательно, будетъ этотъ источникъ преступныхъ дѣяній. Лишь другой факторъ—условія, въ личности преступника лежащія, — можетъ ослабѣвать по мѣрѣ прогресса, но и здѣсь прогрессъ не безконеченъ: человѣкъ никогда не превратится въ безстрастнаго и безпорочнаго ангела.

Итакъ, преступное дѣяніе порождается не недостатками общественной организаціи. Оно есть неизбѣжный спутникъ всякаго прогресса. Не только недостатки общественнаго строя, но и хорошія его стороны, всякая черта, всякое событіе, дурное и хорошее, одинаково могутъ служить и дѣйствительно служатъ источни-

комъ преступныхъ дѣяній. Разница заключается лишь въ томъ, что тѣ стороны и тѣ событія порождаютъ наибольшее число преступныхъ дѣяній, которыя, по существу своему, способны вызвать наибольшее число случаевъ коллизіи частнаго интереса съ общимъ; къ этому же могутъ быть одинаково способны, вообще говоря, какъ хорошія, такъ и дурныя стороны общественной организаціи.

Наконецъ, нельзя не видѣть, что преступность никогда не была и вообще не можетъ быть единственнымъ мѣриломъ правильности или неправильности какой бы то ни было черты государственнаго строя: государство, вводя и поддерживая тотъ или другой институтъ, полезный для его цѣлей, очевидно, не можетъ на этомъ пути останавливаться передъ тѣмъ соображеніемъ, что этотъ институтъ послужитъ источникомъ десятка или сотни новыхъ преступныхъ дѣяній—точно такъ же, какъ при постройкѣ какого-либо общеполезнаго сооруженія мы не останавливаемся передъ тѣмъ соображеніемъ, что при работѣ нѣсколько рабочихъ неизбѣжно потерпятъ вредъ и даже лишатся жизни. Конечно, преступное дѣяніе есть нѣчто нежелательное въ общемъ теченіи общественной жизни; но, тѣмъ не менѣе, мы должны безъ всякихъ оговорокъ признать, что государственная власть имѣетъ право и должна вводить и поддерживать институты, несомнѣнно, служащіе источникомъ преступныхъ дѣяній, если только эти институты считаются полезными для государственныхъ цѣлей, и если вредъ, преступными дѣяніями причиняемый, превышается и покрывается ихъ полезностью. Это свойство института вызывать извѣстныя преступныя дѣянія, конечно, должно быть принимаемо въ разсчетъ; но никоимъ образомъ оно не можетъ служить единственнымъ критеріемъ оцѣнки.

2. Теорія леченія преступниковъ. Основное положеніе этой теоріи состоитъ въ томъ, что преступное дѣяніе есть результатъ психической болѣзни. Преступникъ, слѣдовательно, есть человѣкъ психически больной; его, конечно, нужно лѣчить, а не наказывать. Доказательства, приводимыя этой теоріей, суть: большой процентъ умопомѣшанныхъ между преступниками и наслѣдственность нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяній. Теорія эта, благодаря своему въ высшей степени гуманному взгляду на преступника, въ свое время имѣла большой успѣхъ; нерѣдко повторяется и теперь въ русскомъ обществѣ и въ публицистической литературѣ. Тѣмъ не менѣе, она представляется самою слабою изъ теорій этой группы и уже давно потеряла всякій авторитетъ въ наукѣ. Послѣдній ударъ нанесенъ ей изслѣдованіями Ломброзо, который, начавъ первоначально свои наблюденія на почвѣ этой теоріи, доказалъ затѣмъ ея несостоятельность и опровергъ ея выводы. Независимо отъ сего, нельзя не замѣтить, что эта теорія дѣлаетъ ту же ошибку, которая въ наше время повторяется антропологической школой и которая была указана нами выше: вмѣсто того, чтобы говорить объ извѣстныхъ дѣйствіяхъ, опредѣленныхъ по ихъ содержанію, каково пролитіе крови, уносъ вещей и т. п., говорятъ о преступныхъ дѣяніяхъ убійства, кражи и пр., и такимъ образомъ допускаютъ замѣщеніе однихъ понятій другими [1]).

[1]) Во избѣжаніе недоразумѣній необходимо замѣтить, что въ старой литературѣ къ теоріямъ, отвергающимъ право наказанія, нерѣдко относились всѣ тѣ теоріи, которыя, не отрицая наказанія, отрицали лишь тѣ основы уголовнаго правосудія и уголовной отвѣтственности, которыя въ данное время являлись общепринятыми и считались какъ-бы безспорными.

ОТДѢЛЪ II.

НАКАЗАНІЕ.

(Содержаніе карательной дѣятельности).

ГЛАВА I.

ОБЩЕЕ УЧЕНІЕ.

I. Содержаніе наказанія.

Литературныя пособія: см. выше, Отдѣлъ I, Право наказанія.

1. Карательныя мѣры и ихъ необходимыя черты.

Все сказанное выше о безусловной необходимости уголовнаго правосудія, касается лишь осужденія и порицанія, какъ сущности всякаго наказанія, но не касается вовсе внѣшнихъ формъ наказанія или содержанія карательныхъ мѣръ. Вредъ и страданіе, преступнику причиняемые, не принадлежатъ къ сущности наказанія; они связаны съ нею, лишь какъ неизбѣжная форма; осужденіе и порицаніе могутъ быть выражены только въ формѣ извѣстнаго физическаго или моральнаго вреда. Выговоръ, мягчайшая изъ всѣхъ возможныхъ формъ наказанія, есть все-таки причиненіе боли и страданій (нравственныхъ) преступнику. Такимъ образомъ, говоря о правѣ и обязанности государства наказывать, мы имѣемъ въ виду лишь сущность наказанія; что же касается до страданія преступниковъ, то это есть, такъ сказать, лишь внѣшняя необходимость: мы физически лишены возможности выразить осужденіе и порицаніе въ иной формѣ. Мало того, это есть печальная необходимость—наказаніе, причиняя страданіе преступнику, причиняетъ его и всему обществу: оно изъемлетъ изъ среды его дѣятельныхъ членовъ, требуетъ громадной затраты денежныхъ средствъ и личныхъ силъ и т. д.

„Наказаніе—говоритъ Биндингъ—есть мечъ безъ рукоятки, который наноситъ раны и тому, кто имъ дѣйствуетъ. Наказывать есть весьма чувствительное бремя для государства“ (Binding, Normen, I). Такое расчлененіе понятій въ институтѣ наказанія—на сущность его и внѣшнія формы—не должно поражать юриста; то же самое вполнѣ прилагается къ массѣ другихъ институтовъ и только къ наказанію почти не примѣнялось. Все отправленіе правосудія неизбѣжно связано со множествомъ стѣсненій, слѣдовательно, страданій для множества лицъ: подсудимаго, свидѣтелей, экспертовъ. Никому не приходитъ, однако, въ голову видѣть сущность процесса въ этихъ стѣсненіяхъ; они суть лишь печальная необходимость. То же самое и въ наказаніи. Мы признаемъ безусловную необходимость уголовнаго правосудія, какъ необходимаго средства къ поддержанію авторитета велѣній законодателя, но на самое наказаніе преступниковъ въ его конкретномъ содержаніи, на ихъ мученіе и страданіе, смотримъ лишь какъ на неизбѣжное зло, которое мы терпимъ только потому, что оно есть единственный способъ выразить отъ лица государства осужденіе и порицаніе правонарушительнаго дѣйствія, притомъ въ такой формѣ, которая указывала бы размѣръ и степень нарушенія.

Изъ такого значенія карательныхъ мѣръ для правопорядка вытекаютъ два положенія, которыя вполнѣ признаются современною наукой и прогрессивнымъ законодательствомъ, хотя нерѣдко и по другимъ основаніямъ. Первое положеніе сводится къ правилу экономіи карательныхъ мѣръ; второе—къ необходимости предупредительной дѣятельности. Вредъ и отягощеніе для отдѣльныхъ лицъ и всего общества, съ которыми неизбѣжно сопрягается всякое наказаніе, создаетъ, во-первыхъ, для государства постоянный стимулъ ограничивать свои карательныя опредѣленія случаями дѣйствительной къ тому необходимости и, сообразно условіямъ мѣста и времени, оставлять многія правонарушенія не наказуемыми (см. выше). Во-вторыхъ, опредѣляя наказанія, ихъ виды и размѣры, соотвѣтственно сравнительной важности правонарушеній, законодатель долженъ ограничиваться наименьшимъ, по возможности, вредомъ; въ этомъ заключается основаніе того постояннаго смягченія наказаній и улучшенія ихъ организаціи, которое составляетъ господствующую черту въ исторіи уголовнаго законодательства въ новое время. Наконецъ, въ третьихъ, государственная власть должна прилагать всѣ мѣры къ сокращенію случаевъ примѣненія наказанія, то-есть къ уменьшенію числа преступныхъ дѣяній. Въ старую эпоху такая предупредительная дѣятельность не была выдвинута ни наукой, ни практикой; наказаніе было почти единственнымъ средствомъ борьбы государства съ преступнымъ дѣяніемъ. „Punitio delictorum mater est Quietis et Publicae salutis“, говоритъ законодатель въ половинѣ XVIII вѣка (Codex juris Bavarici criminalis). Не такъ думаютъ

люди XX вѣка: они, путемъ горькаго опыта, пришли къ сознанію, что самыя сильныя, самыя жестокія кары не уменьшаютъ количества преступныхъ дѣяній. На этомъ основаніи новое время выдвигаетъ на первый планъ предупредительную дѣятельность въ двухъ ея направленіяхъ: полицейскія мѣры надзора, съ одной стороны, и устраненіе, по возможности, тѣхъ условій, изъ которыхъ порождаются мотивы къ совершенію преступныхъ дѣяній,—съ другой.

Затѣмъ указанное значеніе карательныхъ мѣръ, въ сопоставленіи съ общей задачей всего уголовнаго правосудія въ цѣломъ, даетъ намъ возможность установить рядъ необходимыхъ чертъ или, по крайней мѣрѣ, желательныхъ свойствъ всякаго наказанія съ точки зрѣнія его организаціи.

Такъ какъ наказаніе есть прежде всего внѣшняя форма осужденія и порицанія преступнаго дѣянія, соотвѣтственно важности послѣдняго, то оно, во-первыхъ, должно быть *индивидуально*, то-есть, должно, по возможности, падать только на личность преступника, не задѣвая лицъ, такъ или иначе съ нимъ связанныхъ. Наказаніе, во-вторыхъ, на томъ же основаніи должно отличаться *равенствомъ* для всѣхъ лицъ; то-есть, размѣръ его долженъ зависѣть исключительно отъ свойствъ самаго преступнаго дѣянія, а не отъ личнаго положенія преступника; предъ лицомъ уголовнаго правосудія всѣ должны быть равны. Интересы уголовнаго правосудія нарушаются, если лица одного сословія за извѣстное преступное дѣяніе наказываются сильнѣе или слабѣе лицъ другого сословія. Изъ предыдущаго же вытекаетъ, въ-третьихъ, *постепенность* наказанія, соразмѣрно родамъ и видамъ преступныхъ дѣяній. Другими словами, лѣстница наказаній должна находиться въ соотвѣтствіи съ лѣстницей преступныхъ дѣяній, такъ чтобы высшее, изъ принятыхъ въ кодексѣ наказаній, было назначаемо за высшее дѣяніе и т. д. Въ предѣлахъ этой лѣстницы должна существовать, въ-четвертыхъ, полная *дѣлимость* наказаній. Необходимо, чтобы размѣръ наказанія можно было свободно измѣнять, соотвѣтственно особенностямъ даннаго конкретнаго случая. Этому требованію наилучше могутъ удовлетворить лишеніе свободы и тѣлесное наказаніе, отвергаемое однако въ силу другихъ соображеній. Въ-пятыхъ, столь же необходимой чертой наказанія должна быть признана ближайшая связь его съ преступнымъ дѣяніемъ во времени, выражающаяся въ томъ, чтобы, съ одной стороны, всякое наказаніе слѣдовало немедленно за совершеніемъ преступнаго дѣянія, а съ другой—въ томъ, чтобы самое наказаніе не растягивалось, по возможности, во времени. Первое положеніе служитъ основаніемъ института уголовной погашающей давности (см. ниже, Отдѣлъ IV); второе сводится къ *краткосрочности* наказаній. Только при соблюденіи этихъ условій выполняется главная и существенная задача всего уголовнаго правосудія—поддержаніе авторитета велѣній

закона. Отдѣленное отъ преступнаго дѣянія значительнымъ промежуткомъ времени, а равно и растянутое на значительный періодъ времени, наказаніе неизбѣжно теряетъ свою силу; оно перестаетъ быть наказаніемъ поступка и дѣлается иногда совершенно уже излишнимъ терзаніемъ человѣка. Всѣ наказанія длящіяся (лишеніе свободы) и всѣ наказанія, оставляющія за собою неизгладимые слѣды (изувѣчивающія), по необходимости заключаютъ въ себѣ этотъ недостатокъ; вредъ и страданіе, преступнику причиненные, не прекращаются, продолжаютъ существовать и тогда, когда прошло много времени послѣ нарушенія закона, и оно уже забылось. При такомъ положеніи вещей, наказаніе, въ воззрѣніяхъ народныхъ массъ, неизбѣжно теряетъ свою непосредственную связь съ преступнымъ дѣяніемъ; оно разсматривается, какъ несчастіе, какъ гоненіе судьбы; арестантъ, каторжный, не есть нарушитель закона, а есть только „несчастный“ человѣкъ, который терпитъ невзгоду и страдаетъ за что-то далекое, давно забытое, до чего уже никому нѣтъ дѣла. Въ долгосрочныхъ наказаніяхъ лежитъ не малая, хотя и не единственная, причина того страннаго явленія нашей современной жизни, что симпатіи общества почти всегда на сторонѣ сидящихъ въ тюрьмахъ нарушителей закона, а не на сторонѣ уголовнаго правосудія и интересовъ, имъ охраняемыхъ. Поэтому-то долгосрочныя наказанія, въ общемъ своемъ значеніи для государственной жизни, являются вредными, ослабляющими то значеніе, которое должно имѣть наказаніе, въ качествѣ силы, поддерживающей авторитетъ закона. Они, такъ сказать, дискредитируютъ наказаніе въ глазахъ всего общества. Устранить совершенно этотъ недостатокъ мы не можемъ, такъ какъ никакое лишеніе свободы немыслимо внѣ извѣстнаго, болѣе или менѣе продолжительнаго, періода времени, но возможно сокращеніе сроковъ. Наказаніе можетъ и должно быть усиливаемо интенсивно, но не должно распространяться во времени.

Наконецъ, исходя изъ того положенія, что наказаніе есть страданіе и вредъ лишь неизбѣжный, но не принадлежащій къ существу основной задачи карательной дѣятельности, теорія права можетъ выставить, касательно организаціи карательныхъ мѣръ, еще рядъ требованій, удовлетвореніе которыхъ тоже желательно по возможности. Сюда относятся: во-первыхъ, *возможное сокращеніе страданій* преступника. Эти послѣднія не должны превышать ту мѣру необходимости, которая предполагается въ уголовномъ законѣ. Во-вторыхъ, страданія преступника не должны быть безплодны: они должны быть по возможности производительны; то-есть, наказаніе должно обладать свойствомъ *цѣлесообразности* (или утилитарности). Государство должно приспособлять наказаніе къ извѣстнымъ полезностямъ или добрымъ цѣлямъ, сообразно условіямъ мѣста и времени и различнымъ свойствамъ, въ личности отдѣльныхъ преступниковъ лежащимъ. Такія спеціальныя цѣли наказа-

ній могутъ быть весьма различны. Государство можетъ извлекать изъ наказанія полезности для самого себя непосредственно—таково обезпеченіе отъ преступника на будущее время, извлеченіе рабочей силы, колонизація и т. п. Государство можетъ сводить спеціальныя цѣли наказаній къ достиженію полезностей ближайшимъ образомъ для преступника, и лишь посредственно для государства, именно: къ созданію въ преступникѣ мотивовъ, препятствующихъ совершенію преступныхъ дѣяній. Таковы суть: исправленіе въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣяніе свидѣтельствуетъ о существованіи вредныхъ для общества наклонностей въ характерѣ преступника; устрашеніе, притомъ не столько тяжестью наказанія, сколько неизбѣжностью его за каждое преступное дѣяніе; пріученіе къ работѣ, если праздность служила источникомъ мотива къ преступному дѣянію; наконецъ всякія другія полезныя воздѣйствія, сообразно субъективнымъ и объективнымъ условіямъ отдѣльныхъ случаевъ, напримѣръ умственное развитіе и образованіе, ознакомленіе съ религіей человѣка, по невѣжеству своему не имѣющаго понятія о ней. Придавая такое значеніе цѣлесообразности наказаній, мы, тѣмъ не менѣе должны имѣть въ виду, что хотя бы ни одна изъ спеціальныхъ цѣлей наказанія не достигалась, хотя бы даже конкретные виды наказаній давали обратные результаты, уголовное правосудіе въ цѣломъ сохранитъ все свое значеніе и останется столь же безусловно необходимымъ, какъ и при наилучшемъ достиженіи спеціальныхъ цѣлей. Уголовное правосудіе выполняетъ свою задачу неуклоннымъ примѣненіемъ наказаній къ преступникамъ, а успѣхъ или неуспѣхъ въ организаціи отдѣльныхъ формъ наказанія не имѣетъ для этой задачи ровно никакого значенія. Въ каждомъ изъ дѣйствующихъ уложеній найдется множество такихъ наказаній, которыя, по самому содержанію своему, не могутъ имѣть никакихъ спеціальныхъ цѣлей; таковы краткосрочныя лишенія свободы и денежные штрафы. Однако, они служатъ общему дѣлу уголовнаго правосудія нисколько не хуже всякихъ исправительныхъ и устрашительныхъ заведеній.[1])

Всѣ выставленныя черты и свойства наказанія суть болѣе или менѣе общепризнанныя въ новой наукѣ; они признаются равнымъ образомъ и со стороны прогрессивнаго законодательства. Требованіе индивидуальности, постепенности и равенства нашло себѣ удовлетвореніе въ тѣхъ или другихъ размѣрахъ во всѣхъ законодательствахъ. Начало сокращенія страданій, въ наказаніи заключающихся, выразилось въ постоянномъ смягченіи карательныхъ средствъ и уменьшеніи количественныхъ размѣровъ наказанія, гдѣ это возможно. Наконецъ осуществленіе принципа цѣлесообразности составляетъ вопросъ дня и предметъ неустанныхъ работъ и стараній тюрьмовѣдовъ, теоретиковъ и практиковъ.

[1]) Сверхъ всего этого, наказаніе, въ виду возможности судебныхъ ошибокъ, должно быть вознаградимо. Конечно, вознаградимость наказанія можетъ быть лишь относительная. Нельзя говорить о полномъ возстановленіи in integrum, о полномъ уничтоженіи причиненныхъ страданій. Совершившійся фактъ нельзя сдѣлать не бывшимъ; дѣло заключается лишь въ томъ, чтобы наказаніе было по возможности отмѣнимо и чтобы хотя нѣкоторыя послѣдствія его были вознаградимы тѣмъ или другимъ способомъ.

Но не трудно видѣть, что при всемъ разнообразіи карательныхъ мѣръ, нѣтъ ни одного наказанія совершеннаго; государство безсильно установить такія наказанія, которыя удовлетворяли бы всѣмъ требованіямъ—вотъ почему мы употребили выше выраженіе: необходимыя или, по крайней мѣрѣ, *желательныя* свойства. Даже основное требованіе индивидуальности достигается въ весьма малыхъ размѣрахъ. Установить безусловно индивидуальныя наказанія государство не въ силахъ, такъ какъ, за весьма немногими исключеніями, всякое наказаніе ложится тяжелымъ гнетомъ на лицъ, близкихъ преступнику. Не говоря уже о смертной казни, всѣ виды лишенія свободы отнимаютъ у дѣтей отца, у всей семьи работника; имущественныя взысканія подрываютъ благосостояніе всей семьи и т. п. Далѣе, условіе равенства наказаній достижимо лишь при томъ условіи, когда впечатлѣнія наказанія для всѣхъ индивидовъ одинаковы; между тѣмъ мы знаемъ, что эти впечатлѣнія безусловно различны не только для лицъ, принадлежащихъ къ различнымъ классамъ общества, но и для отдѣльныхъ субъектовъ. Человѣкъ культурнаго класса и простолюдинъ, сельскій житель и горожанинъ, кочевникъ и земледѣлецъ, здоровый и хворый, холерикъ и сангвиникъ, человѣкъ стыдливый и безстыдный—всѣ они различно будутъ чувствовать тяжесть тюрьмы и всѣхъ прочихъ наказаній. Условіе краткосрочности вполнѣ присуще лишь тѣлесному наказанію и въ основѣ нарушается лишеніемъ свободы и т. д. и т. д. Повторяемъ, нѣтъ ни одного наказанія, которое удовлетворяло бы всѣмъ требованіямъ, и изобрѣсти таковыя законодатель не въ силахъ. Смертная казнь проста и дешева, но она не дѣлима, не вознаградима и не индивидуальна. Тѣлесное наказаніе обладаетъ многими качествами, но оно противно современнымъ культурнымъ нравамъ и можетъ заключать въ себѣ вредное вліяніе на личность. Лишеніе свободы обладаетъ многими достоинствами; но оно очень дорого и растягивается во времени.

2. *Историческая измѣнчивость наказанія.*

Независимо отъ указанной выше невозможности создать такія наказанія, которыя соотвѣтствовали бы всѣмъ желательнымъ чертамъ, формы наказаній или карательныя мѣры зависятъ вполнѣ отъ условій мѣста и времени, точно такъ же, какъ и всякія другія стѣсненія гражданъ, связанныя съ различными мѣропріятіями государства; поэтому

абсолютнаго критерія для оцѣнки карательныхъ мѣръ нѣтъ и быть не можетъ. При полной неизмѣнности общей задачи карательнаго правосудія въ цѣломъ — того мѣста, которое оно занимаетъ въ строѣ государственной жизни, — содержаніе наказаній должно измѣняться такъ же многообразно, какъ измѣняются конкретныя условія народной и государственной жизни и запасъ наличныхъ силъ и средствъ. Наказаніе можетъ падать на всѣ блага, всѣ интересы человѣка, что мы дѣйствительно и видимъ въ исторіи: жизнь, тѣло, свобода, честь, имущество — все являлось и является, такъ сказать, почвой карательной дѣятельности; ни объ одномъ наказаніи нельзя сказать, чтобы оно было безусловно непригодно для всѣхъ временъ и всѣхъ народовъ или наоборотъ. Каждая эпоха, каждое государство по-своему организуетъ наказанія, стремится то къ тѣмъ, то къ другимъ спеціальнымъ цѣлямъ, тратитъ то больше, то меньше на устройство карательныхъ мѣръ, устрашаетъ, исправляетъ, истребляетъ преступниковъ, дѣлаетъ ихъ безвредными и. т. д., и т. д., постоянно приспособляясь къ конкретнымъ условіямъ быта и своимъ средствамъ. Историческій фактъ безконечнаго разнообразія и измѣнчивости карательныхъ мѣръ получаетъ здѣсь свое полное объясненіе: измѣнялись условія жизни, измѣнялся общественный строй, измѣнялся человѣкъ — измѣнялось и наказаніе. Ближайшее выясненіе и точное констатированіе въ отдѣльности тѣхъ условій и факторовъ, подъ вліяніемъ которыхъ складываются въ исторіи формы наказаній, есть задача будущаго; многое на этомъ пути уже сдѣлано историками и криминалистами разныхъ направленій.

Всматриваясь въ исторію наказанія, мы прежде всего замѣчаемъ, что первое мѣсто по значенію въ дѣлѣ формированія института наказанія занимаетъ положеніе личности человѣка въ государствѣ — личности человѣка вообще, какъ таковаго, независимо отъ его политическаго status.

Каково бы ни было политическое устройство государства — будетъ ли то монархія или республика, монархія ограниченная или неограниченная, деспотія или монархія, управляемая на основаніи законовъ, и т. д. — положеніе личности человѣка, какъ таковаго, можетъ быть двоякое: или человѣкъ, съ личными его интересами и личнымъ счастьемъ, поглощается государствомъ и его интересами, такъ что государство заботится о личности лишь настолько, насколько эта личность представляетъ собою матеріалъ служебный для государственныхъ въ тѣсномъ смыслѣ интересовъ; или, наоборотъ, человѣкъ съ его личными интересами занимаетъ самостоятельное мѣсто въ сферѣ заботъ государственныхъ, такъ что благо отдѣльныхъ лицъ, само по себѣ взятое, является одною изъ цѣлей государственнаго управленія. Это благо отдѣльныхъ лицъ, очевидно, можетъ быть признаваемо цѣлью государственной дѣятельности въ большемъ или меньшемъ объемѣ, можетъ

придти въ коллизію съ государственными въ тѣсномъ смыслѣ интересами, такъ что, разсуждая отвлеченно, мы можемъ представить себѣ даже такое положеніе вещей, когда интересы личные получатъ преобладающее передъ государственными значеніе — государство сдѣлается служебною, какъ бы подчиненною силою, а личность — предметомъ всѣхъ заботъ государственныхъ. Между этими двумя крайними точками: полнымъ поглощеніемъ личности государствомъ, съ одной стороны, и полнымъ преобладаніемъ частныхъ интересовъ надъ государственными въ тѣсномъ смыслѣ, съ другой, — располагаются всѣ существующія и существовавшія государства, съ точки зрѣнія ихъ отношеній къ личности человѣка. Это различіе въ отношеніяхъ государства къ личности отражается самымъ рѣзкимъ образомъ на организаціи наказаній. Государство, въ которомъ личность человѣка сама по себѣ не имѣетъ значенія, не вноситъ въ конструкцію карательныхъ мѣръ никакихъ заботъ о преступникѣ, стремится къ извлеченію полезностей для самого себя и, не сдерживаясь на этомъ пути соображеніями гуманитарными, имѣетъ caeteris paribus наибольшій просторъ въ выборѣ карательныхъ мѣропріятій. Въ частности, широкое развитіе смертной казни, наказаній по преимуществу краткосрочныхъ и наказаній наиболѣе дешевыхъ, а слѣдовательно, и наиболѣе жестокихъ — вотъ постоянный результатъ такого положенія вещей. Долгое господство безусловно-неопредѣленной санкціи, предававшей всю судьбу преступника на усмотрѣніе судьи, возможно было лишь благодаря вліянію этого же фактора; замѣна санкціи неопредѣленной санкціею относительно-опредѣленною совершилась подъ вліяніемъ измѣнившихся отношеній государства къ личности (см. выше). α)

Подъ вліяніемъ того же фактора — поглощенія личности человѣка интересами государственными — древнее право очень часто нарушало принципъ индивидуальности наказаній, по соображеніямъ двоякаго рода: съ одной стороны, по соображеніямъ полицейскаго и экономическаго свойства. Такъ, предавая казни политическихъ преступниковъ, государственная власть обыкновенно налагала свою карающую руку на членовъ семьи преступника, на его друзей и преданныхъ слугъ, какъ на такихъ лицъ, которыя могли сдѣлаться опасными съ политической точки зрѣнія; ссылая преступниковъ въ незаселенныя земли, государство отправляло съ ними ихъ женъ и дѣтей, такъ какъ только при этомъ условіи поселенецъ могъ представить собою прочную, производительную силу въ новомъ мѣстѣ жительства. Съ другой стороны, къ нарушенію принципа индивидуальности государство не рѣдко побуждалось практическими соображеніями процессуальнаго характера, а именно, сознаніемъ безпомощной слабости своихъ средствъ въ дѣлѣ раскрытія истины, — слабости, доходившей въ извѣстныхъ случаяхъ до полной невозможности розыскать дѣйствительно виновнаго индивида. Въ случаяхъ этого рода приходилось или оставлять извѣстныя преступныя дѣянія безна- β)

казанными и тѣмъ подрывать авторитетъ закона, или налагать наказанія на цѣлыя группы, среди которыхъ несомнѣнно находился виновный. Старое государство, не будучи сдерживаемо своимъ отношеніемъ къ личности, шло этимъ послѣднимъ путемъ; оно наказывало цѣлыя селенія, части селеній, отряды войскъ и т. д.; наказывало или поголовно, или, если это оказывалось неудобнымъ, подвергало наказанію извѣстный процентъ лицъ—пятаго, десятаго и проч. При этомъ наказаніе налагалось или прямо за совершенное преступное дѣяніе, или иногда формулировалось въ законѣ, какъ наказаніе за доносительство, попустительство и т. п., хотя никакой дѣйствительной виновности отдѣльныхъ лицъ въ недоносительствѣ или попустительствѣ не оказывалось вовсе и установлено быть не могло. Подобнаго рода групповая, если можно такъ выразиться, отвѣтственность сохранялась въ небольшихъ размѣрахъ даже въ современномъ уголовномъ правѣ. Таковы статьи 530, 661 и 985 Уложенія о наказаніяхъ изд. 1885 года. Въ уложеніи 1845 и 1866 года такихъ случаевъ было множество (см. объ этомъ: Спасовичъ, Учебникъ; Неклюдовъ, Прилож. къ учебн. Бернера; Таганцевъ, Курсъ, I). Эпохой наибольшаго развитія такой групповой отвѣтственности въ русскомъ правѣ является конецъ XVII и XVIII вѣкъ. Въ современномъ правѣ, при современномъ положеніи личности въ государствѣ, какъ групповая отвѣтственность, такъ и другіе указанные выше случаи распространенія карательныхъ мѣропріятій на лицъ невиновныхъ, представляются противорѣчащими всему государственному строю. Въ качествѣ руководящаго начала нашихъ дней выдвигается знаменитое правило: „лучше оправдать десять виновныхъ, чѣмъ судить одного невиновнаго“, — правило, которое для древней эпохи являлось лишь недостижимымъ идеаломъ. Самый источникъ, изъ котораго когда-то возникла идея о распространеніи карательныхъ мѣропріятій на лицъ невиновныхъ, исчезаетъ въ современномъ государствѣ: и слабость предупредительной полицейской дѣятельности, и безуспѣшность судебно-слѣдственной по розысканію дѣйствительно виновныхъ проистекаютъ нынѣ вовсе не отъ недостатка средствъ, а чаще всего отъ небрежности органовъ власти. Лишь въ немногихъ случаяхъ сохраняетъ современный законодатель групповую отвѣтственность, побуждаемый къ тому особыми свойствами нѣкоторыхъ преступныхъ дѣяній и особыми бытовыми условіями, при которыхъ дѣянія сіи совершаются. Въ нашемъ новомъ Уголовномъ Уложеніи 1903 года случаевъ групповой отвѣтственности не имѣется вовсе [1]).

[1]) Институтъ групповой отвѣтственности получилъ весьма оригинальное и въ высшей степени сложное объясненіе въ литературѣ уголовнаго права: создана была теорія, такъ называемой, наказуемости юридическихъ лицъ, какъ субъектовъ преступныхъ дѣяній—теорія, которая придаетъ институту групповой отвѣтственности постоянное правовое основаніе и создаетъ, такимъ образомъ, его принципіальную правомѣрность. Для построенія своей теоріи авторы ея смѣшали отвѣтственность уголовную, то-есть наказаніе, съ различными ограниченіями имущественными или полицейскими, которыя государство налагаетъ, по соображеніямъ общей пользы, на существующія въ немъ корпораціи и учрежденія, и даже съ самымъ упраздненіемъ оныхъ. Согласно сказанному въ текстѣ, мы вовсе не можемъ допустить принципіальной правомѣрности какого бы то ни было распространенія карательныхъ мѣропріятій на лицъ невиновныхъ въ томъ числѣ и групповой отвѣтственности. Наоборотъ, мы должны признать, что установленіе групповой отвѣтственности въ законѣ свидѣтельствуетъ лишь о безпомощной слабости судебно-слѣдственныхъ силъ въ государствѣ и пренебреженіи къ личности человѣка, какъ таковаго (вообще или въ той сферѣ, въ которой групповая отвѣтственность установлена). Этими обстоятельствами исключительно обусловливается весь институтъ групповой отвѣтственности въ его историческомъ происхожденіи.

Громадное большинство современныхъ криминалистовъ отвергаютъ и въ основахъ ея разбиваютъ (по нашему мнѣнію, совершенно правильно) эту теорію наказуемости юридическихъ лицъ. Однако, съ своей стороны, они не даютъ никакого объясненія институту групповой отвѣтственности, такъ что этотъ вѣковой институтъ, который всегда существовалъ и продолжаетъ существовать въ дѣйствующемъ правѣ, представляется у писателей какъ бы одною сплошною, непрерывною ошибкой въ исторіи человѣчества — положеніе настолько несостоятельное, что въ наши дни нѣкоторые писатели снова возвращаются къ этой, всѣми отвергнутой и много лѣтъ потерявшей авторитетъ теоріи. Такими новѣйшими защитниками теоріи наказуемости, если не всѣхъ юридическихъ лицъ вообще, то по крайней мѣрѣ корпорацій, являются; Liszt, Lehrbuch; Gierke, die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtssprechung; Felix Dahn, die Vernunft im Recht; Mestre, Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale: Prins, Science pénale et droit positif. Возраженія, приводимыя обыкновенно представителями communis opinio противъ наказуемости юридическихъ лицъ, см. Таганцевъ, Курсъ I; Лекціи. Къ этимъ возраженіямъ мы можемъ, съ своей стороны, присоединить слѣдующее: допустивъ уголовную отвѣтственность юридическаго лица, мы неизбѣжно встрѣчаемся съ вопросами о признакахъ и условіяхъ вмѣненія, о примѣненіи къ юридическому лицу понятій умысла и неосторожности, объ обстоятельствахъ опредѣляющихъ мѣру отвѣтственности и т. д. Очевидно, что вопросы эти, если и могутъ быть разрѣшены по отношенію къ юридическому лицу, то во всякомъ случаѣ разрѣшены совершенно иначе, чѣмъ они разрѣшаются уголовнымъ правомъ. Затѣмъ, точно такъ же очевидно, что тѣ преступныя дѣянія, которыя возможно было бы вмѣнять въ вину юридическому лицу какъ таковому (а не его представителямъ, какъ физическимъ лицамъ), не будутъ имѣть ничего общаго съ тѣми преступными дѣяніями, которыя опредѣляются въ уголовныхъ уложеніяхъ. Наконецъ, кромѣ имущественныхъ взысканій и ограниченія правъ, ни одно наказаніе къ юридическому лицу непримѣнимо.—Не ясно ли, что мы имѣемъ здѣсь дѣло не съ уголовнымъ правосудіемъ, а съ мѣрами полицейскими или политическими? Если бы мы, по той или другой причинѣ, и пожелали называть правила объ этихъ мѣрахъ уголовнымъ правомъ, то это было бы совсѣмъ другое уголовное право, съ другимъ содержаніемъ, построенное на другихъ началахъ.

Вторымъ факторомъ, вліяющимъ на выработку формъ наказанія, является степень общей культуры и смягченія нравовъ. Безспорно, подъ вліяніемъ этого момента сошли со сцены наказанія изувѣчивающія, квалифицированные виды смертной казни и т. п. Кровавое зрѣлище кажется современному человѣку отвратительнымъ; страданія, хотя бы и виновнаго, возбуждаютъ сожалѣніе. Между тѣмъ, какихъ-нибудь сто или

полтораста лѣтъ назадъ исполненіе смертной казни и тѣлесныхъ наказаній было любимымъ зрѣлищемъ не только простонародныхъ массъ, но и всѣхъ классовъ общества. Не нашими глазами смотритъ вообще на наказаніе некультурный человѣкъ: онъ ищетъ въ наказаніи прежде всего удовлетворенія своихъ субъективно-чувственныхъ стремленій — чувства мести, личной злобы и ненависти къ своему врагу. Превратившись въ общественный институтъ, наказаніе долгое время сохраняетъ на себѣ внѣшнія черты животной, самой элементарной реакціи. Лишь понемногу отступаютъ эти элементарныя силы передъ гуманными началами прогресса; но каждый шагъ на этомъ пути влечетъ за собою реформу наказанія. Законодатель, будучи человѣкомъ своего вѣка, неизбѣжно вноситъ въ наказаніе черты, опредѣляемыя этимъ этическимъ моментомъ; онъ вынуждается поступать такимъ образомъ даже и противъ своего желанія, такъ какъ онъ долженъ въ значительной степени подчиняться воззрѣніямъ народныхъ массъ и, ни въ какомъ случаѣ, не можетъ вводить наказаній, противныхъ народному этическому чувству.

Третьимъ факторомъ, на которомъ должно остановить наше вниманіе, является бо́льшая или меньшая твердость государственнаго строя — бо́льшая или меньшая привычка гражданъ жить по закону, подчиняться ему и уважать его авторитетъ. Уже неоднократно высказывалась эта мысль въ литературѣ, — мысль, по нашему мнѣнію, до очевидности ясная и вѣрная, внѣ сомнѣній подтверждающаяся всею исторіей. Чѣмъ тверже сложился государственный строй, тѣмъ менѣе опасны для него всякія колебанія и тѣмъ мягчайшими могутъ быть карательныя мѣры. Наоборотъ, въ государствѣ, не твердо еще сложившемся, всякое колебаніе опасно и государственная власть, если уже имѣетъ достаточно для того силы, должна прибѣгать къ энергичнѣйшимъ мѣрамъ для внушенія и поддержанія уваженія къ закону. Въ государствѣ, не твердо еще сложившемся и слабомъ средствами, преступникъ бываетъ не тѣмъ, чѣмъ онъ является въ наши дни,—жалкимъ, убогимъ человѣкомъ, котораго можно исправлять, лѣчить, отдавать на воспитаніе; преступникъ представляетъ собою крупную, весьма опасную для государства силу, съ которою государственная власть должна открыто бороться, притомъ бороться почти на равныхъ правахъ. Неизбѣжнымъ результатомъ такого положенія вещей является общее повышеніе всего масштаба карательной системы — наказанія назначаются тягчайшія; смертная казнь выдвигается на первый планъ и нерѣдко становится poena ordinaria въ буквальномъ смыслѣ этого слова.

Четвертымъ факторомъ, опредѣляющимъ установленіе и организацію карательныхъ мѣръ, является состояніе государственныхъ финансовъ—государственное богатство, его доходы. Одни только государства

богатыя свободны въ выборѣ карательныхъ мѣръ, то-есть родовъ наказаній; наоборотъ, государства, не обладающія большими средствами, неизбѣжно выбираютъ и должны выбирать наказанія наиболѣе дешевыя, съ организаціей наименѣе сложной. Едва ли нужно говорить, что въ ряду государственныхъ расходовъ карательная система не можетъ быть вообще выдвигаема на первое мѣсто, такъ какъ имѣются нужды болѣе необходимыя и потребности болѣе важныя; государство бѣдное не въ состояніи заводить дорогихъ карательныхъ учрежденій, ибо всѣ его средства поглащаются другими неизбѣжными расходами—по управленію, по охранѣ и т. д. Но каждому ясно, что наказанія наиболѣе дешевыя суть въ то же время наиболѣе жестокія; что наказанія дешевыя могутъ быть направляемы лишь къ самымъ элементарнымъ цѣлямъ. Необходимо при этомъ замѣтить, что въ тѣ эпохи, когда личность человѣка не высоко стоитъ въ государствѣ, это послѣднее и не стремится тратить на организацію карательныхъ мѣръ свои небольшія средства, хотя бы, напримѣръ, путемъ урѣзыванія другихъ расходовъ и сокращенія потребностей: оно сознательно и спокойно относитъ расходы по организаціи наказаній на самый послѣдній планъ, жертвуя на этотъ предметъ лишь ничтожныя суммы въ предѣлахъ крайней необходимости. Такъ, напримѣръ, стремленіе къ сокращенію расходовъ на наказанія въ нашемъ отечествѣ доходило до того, что даже погребеніе умершихъ въ тюрьмѣ государство стало брать на свой счетъ не ранѣе 1663 года, да и то только такихъ умершихъ, у которыхъ „сродичей нѣтъ и погресть ихъ нечѣмъ“. До этого времени существовалъ обычай, по которому тѣла людей, умершихъ въ тюрьмахъ, просто вывозились на перекрестки дорогъ, на улицы или въ пустыя мѣста. Тамъ ихъ поднимали для погребенія родственники или благочестивые люди, или они должны были, по общему порядку, подлежать отвозу въ убогіе дома.

Пятый факторъ—бо́льшія или меньшія удобства внутренняго управленія. Такъ, при малонаселенности страны и недостаточности административныхъ силъ, государство вынуждено избѣгать такихъ наказаній, которыя требуютъ большаго числа исполнителей и сложнаго надзора, каково, напримѣръ, тюремное заключеніе. Эти условія вызываютъ нерѣдко даже умноженіе смертной казни.

Совмѣстное дѣйствіе всѣхъ этихъ факторовъ опредѣляетъ также и тѣ спеціальныя цѣли, къ которымъ направляетъ государство свои наказанія въ каждую эпоху. Образованіе спеціальныхъ цѣлей находится сверхъ того подъ вліяніемъ господствующихъ воззрѣній данной эпохи на этотъ предметъ. Воззрѣнія эпохи могутъ быть признаны поэтому въ качествѣ самостоятельнаго фактора образованія карательныхъ мѣръ,—фактора, впрочемъ, чрезвычайно сложнаго, слагающагося подъ воздѣйствіемъ самыхъ разнообразныхъ силъ: историческихъ традицій,

религіозныхъ идеаловъ и т. п. Начиная отъ простѣйшихъ цѣлей и переходя къ болѣе сложнымъ и отвлеченнымъ, государство въ вѣковомъ своемъ развитіи постепенно мѣняетъ организацію наказаній съ точки зрѣнія ихъ спеціальныхъ цѣлей; отрѣшиться на этомъ пути отъ подчиненія указанному моменту, замѣнивъ его собственнымъ, личнымъ идеаломъ, законодатель конечно не можетъ.

Первичною изъ цѣлей, вліяющихъ на образованіе карательныхъ мѣръ, является стремленіе дать удовлетвореніе пострадавшему, умиротворить его. Отсюда—испрошеніе прощенія обидчикомъ у обиженнаго и система денежныхъ штрафовъ въ пользу пострадавшаго, совершенно вымирающая въ наши дни, но занимавшая видное мѣсто въ старомъ правѣ по наслѣдію отъ древнѣйшихъ эпохъ догосударственной жизни.

На ряду съ воззрѣніемъ на наказаніе, какъ на источникъ удовлетворенія пострадавшаго, выдвигается другое, тоже унаслѣдованное государствомъ отъ предшествующихъ формъ быта и иногда поддерживаемое религіей,—именно воззрѣніе на наказаніе, какъ на простое возмездіе, отмщеніе или воздаяніе, посредствомъ причиненія боли или страданій, за совершенное преступленіе, въ соотвѣтствующихъ размѣрахъ. Будучи принято положительнымъ правомъ въ томъ или другомъ объемѣ, начало возмездія реализуется въ наказаніяхъ посредствомъ особаго практическаго и весьма элементарнаго пріема, именно, посредствомъ такого порядка опредѣленія наказаній, при которомъ все конкретное содержаніе и размѣръ наказанія заимствуется изъ содержанія и размѣровъ вреда, въ преступномъ дѣяніи заключающагося или отъ него грозящаго. Этотъ практическій порядокъ въ древнѣйшемъ правѣ имѣлъ нѣсколько различныхъ формъ. Простѣйшею формой его, которую мы находимъ и въ русскомъ правѣ, представляется, такъ называемый, матеріальный тальонъ, то-есть причиненіе преступнику того же самаго вреда, который заключается въ дѣяніи, по принципу: око за око, зубъ за зубъ. Весьма близкою къ матеріальному тальону представляется въ нашемъ правѣ наказуемость лжедоносчиковъ и „ябедниковъ“. По общему правилу, многократно выражаемому въ памятникахъ, виновные въ преступныхъ дѣяніяхъ этого рода должны были подвергаться тѣмъ же самымъ наказаніямъ, которымъ подверглись бы лица, неправильно ими обвиняемыя. Далѣе, начало возмездія можетъ выражаться еще въ формѣ пораженія того органа тѣла, посредствомъ котораго совершается преступное дѣяніе. Таковымъ представляется въ нашемъ правѣ отрѣзаніе языка за „неистовыя рѣчи“ и урѣзаніе носа и ноздрей за употребленіе табака. Наконецъ, начало возмездія проявляется изрѣдка въ весьма оригинальной формѣ возмѣщенія на личности и имуществѣ виновнаго того ущерба, который причинило или могло причинить его дѣяніе государству или государственному порядку. Такъ, за укрывательство бѣглыхъ даточныхъ людей виновные сами обращаемы были въ солдаты

и т. п. Необходимо замѣтить, что въ русскомъ правѣ начало возмездія было развито очень мало и почти не вліяло на образованіе карательныхъ мѣръ—наши предки не гонялись за отвлеченными идеалами въ государственномъ устройствѣ и управленіи, да, можно думать, и не сознавали ихъ.

Болѣе сложными карательныя мѣры являются тогда, когда государственная жизнь выдвигаетъ цѣли утилитарныя. Необходимо, впрочемъ, имѣть въ виду, что и уголовныя кары, слагающіяся подъ господствомъ начала возмездія, въ какой бы то ни было изъ четырехъ вышеприведенныхъ формъ, всеконечно могутъ служить, сами по себѣ взятыя, еще и инымъ практическимъ цѣлямъ государственнаго интереса; но существенное отличіе каръ этого типа отъ наказаній, построенныхъ подъ вліяніемъ начала цѣлесообразности, заключается въ томъ, что служеніе практическимъ цѣлямъ является для нихъ дѣломъ второстепеннымъ и даже случайнымъ, такъ какъ все содержаніе и размѣръ ихъ заимствуется изъ признаковъ вреда, въ преступномъ дѣяніи заключающагося, внѣ всякаго вліянія на эту сторону дѣла практическихъ утилитарныхъ соображеній.

Какъ сказано было выше, полезности, посредствомъ наказанія получаемыя, могутъ имѣть двоякое направленіе: или государство можетъ извлекать пользу непосредственно для самого себя, разсматривая преступника лишь какъ средство; или государство можетъ поставить личность преступника на первое мѣсто, стремясь принести пользу ему, такъ что польза государственная хотя тоже достигается такимъ воздѣйствіемъ на преступника, но достигается лишь посредственно.

Въ тѣ эпохи, когда государство развиваетъ, или стремится развивать полезности по обоимъ направленіямъ, и для государства, и для личности, всѣ наказанія могутъ быть утилитарными—всѣ принятыя въ законѣ кары могутъ быть приспособлены къ воспроизведенію какой-либо полезности, той или другой категоріи. Конечно, на практикѣ можетъ оказаться, что многія наказанія, даже большая часть, даже всѣ, не будутъ достигать своихъ цѣлей; можетъ оказаться, что и самъ законодатель не воспользуется всею тою широтой, которая предоставляется ему развитіемъ полезностей въ обоихъ направленіяхъ, и, признавая вообще принципъ цѣлесообразности, установитъ, тѣмъ не менѣе, нѣсколько наказаній, по существу своему не направленныхъ ни къ какой практической полезности. Все это весьма возможно и очень часто бываетъ въ дѣйствительности; въ особенности часто бываетъ то, что установленныя законодателемъ цѣли наказаній вовсе не достигаются на практикѣ. Но несомнѣнно, что при развитіи полезностей по обоимъ направленіямъ, всѣ или почти всѣ наказанія могутъ быть направляемы къ полезностямъ. Въ этомъ заключается весь идеалъ утилитарной или раціональной организаціи карательныхъ мѣръ, которая несомнѣнно при-

знается всѣми современными законодательствами. Широкое развитіе полезностей по обоимъ направленіямъ не всегда однако возможно. Прежде всего, развитіе полезностей въ направленіи личности преступника невозможно безъ большой затраты денежныхъ средствъ и, можно утвердительно сказать, безъ сей послѣдней обращается, при дурной организаціи соотвѣтствующихъ мѣропріятій, не на пользу, но во вредъ и преступнику и государству. При такомъ положеніи вещей, когда развитіе полезностей идетъ лишь въ одномъ направленіи, именно въ направленіи пользъ непосредственно самому государству, весьма многія наказанія неизбѣжно будутъ оставаться безъ всякаго утилитарнаго содержанія; они будутъ служить, не хуже прочихъ, общей задачѣ всего уголовнаго правосудія — поддержанію авторитета закона и законнаго порядка,—но своимъ конкретнымъ содержаніемъ не будутъ приносить никому никакой практической полезности. Ближайшимъ образомъ въ такомъ положеніи окажутся наказанія низшія, которыя, по своему размѣру, даже элементарнѣйшей цѣли устрашенія служить не могутъ.

На первомъ мѣстѣ въ ряду государственныхъ полезностей, опредѣлявшихъ организацію наказаній въ ихъ исторіи, стоитъ цѣль обезпеченія общества отъ преступника на будущее время, выражающаяся очень часто въ нашихъ памятникахъ словами: „чтобы лихихъ людей вывести“. Эта цѣль могла достигаться истребленіемъ преступниковъ, обезсиленіемъ ихъ, или лишеніемъ фактической возможности вновь совершать преступныя дѣянія, и удаленіемъ изъ отечества. Сообразно этому, смертная казнь, изгнаніе, пожизненная ссылка и изувѣчивающія наказанія—отсѣченіе рукъ, ногъ, пальцевъ, отрѣзаніе языка—выдвигаются на первый планъ, насколько допускаетъ это положеніе личности въ государствѣ. Цѣль обезпеченія, хотя и не столь безусловно, какъ посредствомъ отнятія органовъ тѣла, необходимыхъ вообще для совершенія преступныхъ дѣяній, достигается также наложеніемъ на тѣло преступника неизгладимыхъ знаковъ, которые навсегда могли бы служить предупрежденіемъ для всѣхъ и каждаго; отсюда—клеймленіе преступниковъ, урѣзаніе носа; отрѣзаніе ушей и отсѣченіе части пальца на рукахъ.

На ряду съ цѣлью обезпеченія выдвигается другая, ей равнозначительная и достигавшаяся частью тѣми же самыми мѣрами, какъ и первая,—цѣль устрашенія преступника и всѣхъ гражданъ отъ совершенія преступныхъ дѣяній тяжестью и жестокостью наказаній. Цѣль устрашенія опредѣляетъ собою, кромѣ смертной казни и наказаній изувѣчивающихъ, господство наказаній тѣлесныхъ болѣзненныхъ въ самыхъ жестокихъ формахъ. Независимо отъ этого, цѣль устрашенія вызываетъ нѣкоторыя особыя черты въ самомъ выполненіи наказаній: законъ и практика не упускаютъ случая, по возможности, вносить въ наказаніе такіе элементы, которые усугубляли бы устрашающее его впе-

чатлѣніе; таковы: публичность наказаній и казней, въ особенности квалифицированныхъ, выставка тѣлъ казненныхъ, прибиваніе къ деревьямъ и зданіямъ отсѣченныхъ рукъ и ногъ и т. д.

Третья цѣль этой категоріи — извлеченіе выгодъ матеріальныхъ изъ наказанія и изъ личности преступника. Выгоды изъ наказанія достигаются весьма элементарнымъ способомъ, посредствомъ внесенія въ составъ карательныхъ мѣръ имущественныхъ наказаній всякаго рода въ различныхъ формахъ. Мы не имѣемъ цифръ; но одно то обстоятельство, что, напримѣръ, въ Уложеніи 1648/1649 года болѣе 70 статей имѣютъ въ своей санкціи имущественныя взысканія разныхъ родовъ (не считая статей о „безчестьи“), достаточно доказываетъ, какой значительный источникъ государственныхъ доходовъ составляло уголовное правосудіе, въ эпохи господства этой цѣли.

Извлеченіе выгодъ изъ личности преступника, задача болѣе сложная, не можетъ достигаться столь простымъ способомъ. Для достиженія этой цѣли необходимо внести въ содержаніе карательныхъ мѣръ обязательный трудъ и этимъ путемъ эксплуатировать рабочую силу и способности преступника, какъ единственный источникъ выгодъ, въ личности преступника заключающійся. Отсюда—развитіе наказаній лишеніемъ свободы въ разныхъ видахъ, соединяемыхъ съ трудомъ. Самая организація труда представляется одною изъ труднѣйшихъ сторонъ въ дѣлѣ образованія карательныхъ мѣропріятій. Исторія представляетъ намъ два типа обязательнаго труда въ составѣ карательныхъ мѣръ: трудъ подневольный (или каторжный или тюремный) и трудъ свободный. Поставить проступника въ положеніе работника, каждый часъ времени котораго имѣетъ свое назначеніе, и весь трудъ совершается по установленной въ точности программѣ подъ надзоромъ и ближайшимъ руководствомъ администраціи,—вотъ задача подневольнаго или тюремнаго труда. Наоборотъ, возлагая на преступника, хотя обязательный, но свободный трудъ, государственная власть указываетъ ему лишь тотъ родъ труда, къ которому онъ предназначенъ, и опредѣляетъ, подъ страхомъ наказанія за невыполненіе, тѣ результаты или продукты труда, которые отъ него въ извѣстный срокъ потребуются, а во всемъ прочемъ предоставляетъ ему полную свободу работы. Подневольный работникъ-преступникъ не отвѣтственъ за цѣлесообразность своего труда, за его выгодность и даже за его успѣшность; онъ отвѣчаетъ лишь за неисполненіе правилъ работы и установленныхъ администраціей способовъ производства. Онъ не заботится ни о матеріалѣ, ни объ орудіяхъ, ни о сбытѣ продуктовъ своего труда. Онъ съ одинаковою точностью и стараніемъ долженъ выполнять и разумныя полезныя работы, и самыя безполезныя, какъ, напримѣръ, при такъ называемомъ уголовномъ непроизводительномъ трудѣ. Не онъ хозяинъ работы; онъ только машинообразный исполнитель, которому лишь въ видѣ поощренія даютъ иногда

нѣкоторое вознагражденіе или часть прибыли, если таковая окажется. Наоборотъ, свободный работникъ-преступникъ трудится, если можно такъ выразиться, на свой страхъ — его барыши, его и убытки; онъ долженъ выполнить возложенное на него государствомъ обязательство, а затѣмъ остается въ своемъ трудѣ и занятіяхъ свободнымъ человѣкомъ. Подневольный трудъ развивается по преимуществу въ тюрьмѣ; свободный — въ ссылкѣ.

Нынѣ, какъ извѣстно, изъ двухъ указанныхъ типовъ обязательнаго труда практикуется въ европейскихъ государствахъ почти исключительно одинъ только трудъ подневольный; его же имѣютъ своимъ предметомъ и научныя изслѣдованія. Не такъ стояло дѣло въ старомъ правѣ: наши предки отдавали первое мѣсто свободному труду преступниковъ, его старались организовать съ возможною цѣлесообразностью, какъ крупный источникъ выгодъ. Это предпочтеніе, которое старое право отдавало свободному труду преступниковъ предъ подневольнымъ, независимо отъ общаго вопроса о преимуществахъ того или другого изъ нихъ въ составѣ наказанія, вытекало весьма просто изъ условій старой жизни: тюремный трудъ не могъ быть организованъ и по недостатку средствъ, и по состоянію промышленности въ то время, такъ что почти единственно возможнымъ оставался свободный трудъ.

Наконецъ, стремленіе къ достиженію полезностей второй изъ указанныхъ выше категорій выдвигаетъ особыя заботы о личности преступника, именно, мѣропріятія, направленныя къ поборанію въ немъ тѣхъ мотивовъ, которые опредѣляютъ совершеніе преступныхъ дѣяній, и къ созданію мотивовъ, отъ сего удерживающихъ (исправленіе въ обширномъ смыслѣ). Сообразно этому въ составъ карательныхъ мѣръ вносится, такъ называемое, принудительное воспитаніе, умственное образованіе, обученіе ремесламъ и т. п. Отсюда дальнѣйшее развитіе наказаній лишеніемъ свободы, дальнѣйшее развитіе обязательнаго труда, въ качествѣ не столько источника выгодъ, сколько средства къ достиженію указанныхъ цѣлей; затѣмъ — преобладаніе тюремнаго заключенія передъ ссылкою и подневольнаго труда передъ свободнымъ, какъ представляющихъ болѣе удобныя условія для всякаго рода воспитательныхъ воздѣйствій.

Таковы факторы, опредѣляющіе образованіе карательныхъ мѣръ въ ихъ исторической судьбѣ. Никакой идеальной карательной системы, для всѣхъ временъ и народовъ, наука положительная, не метафизическая, строить не должна. Мы не можемъ даже установить закона исторической послѣдовательности въ смѣнѣ однѣхъ формъ наказанія другими въ смыслѣ движенія по одному опредѣленному направленію: мы можемъ говорить въ этомъ смыслѣ лишь о прошломъ, но никакихъ утвержденій на будущее время дать не въ состояніи. Мы можемъ допустить дальнѣйшее движеніе по тому же пути, который намѣченъ

прошлой исторіей, то-есть по пути постепеннаго сокращенія страданій, въ наказаніи заключающихся; но въ то же время должны признать полную возможность движенія въ другую сторону. Измѣнятся условія жизни, измѣнятся характеры людей, должно будетъ измѣниться и наказаніе.

II. Теоретическая разработка вопроса о содержаніи наказанія.

Постановка вопроса о содержаніи наказанія въ доктринѣ уголовнаго права, старой и новой, принципіально отличается отъ изложеннаго выше ученія. Игнорируя вовсе фактъ исторической измѣнчивости карательныхъ мѣръ и ихъ спеціальныхъ цѣлей, или, по большей мѣрѣ, признавая его для прошлой жизни человѣчества, всѣ писатели, каждый съ своей точки зрѣнія, выставляютъ извѣстныя черты и спеціальныя цѣли наказанія, какъ единственно правильныя, и основываютъ такимъ образомъ идеальныя карательныя системы. Мы рѣшительно не можемъ согласиться съ такою постановкой; наоборотъ, согласно вышесказанному, мы прямо выставляемъ принципъ относительности или исторической измѣнчивости наказаній въ прошломъ, настоящемъ и будущемъ. Разсуждая не съ точки зрѣнія личныхъ нашихъ вкусовъ и стремленій, а съ точки зрѣнія объективной науки, мы должны признать, что всѣ возможныя цѣли наказанія, если только онѣ направляются къ достиженію дѣйствительныхъ полезностей, сами по себѣ взятыя, одинаково хороши; практическія же ихъ преимущества опредѣляются конкретными условіями государственнаго быта.

Что касается до отдѣльныхъ теорій по вопросу о содержаніи наказанія, то, послѣ всего сказаннаго выше о желательныхъ чертахъ и цѣляхъ наказанія, мы можемъ, для характеристики большинства ихъ, ограничиться немногими словами. Философское разрѣшеніе вопроса о сущности наказанія или правѣ государства наказывать находится въ тѣсной связи съ вопросомъ о содержаніи карательной дѣятельности: то или иное рѣшеніе перваго послѣдовательно должно отражаться и на рѣшеніи второго. Поэтому, въ многочисленныхъ попыткахъ построить идеальную систему карательныхъ мѣръ мы находимъ въ общемъ тѣ же два основныя направленія: теоріи справедливости или теоріи возмездія, соотвѣтствующія старымъ абсолютнымъ ученіямъ о правѣ наказанія, и теоріи интереса или утилитарныя, соотвѣтствующія относительнымъ и смѣшаннымъ теоріямъ. Ученія, принадлежащія къ такъ нами названной группѣ правовыхъ теорій, или не даютъ законченныхъ конструкцій о содержаніи карательныхъ мѣръ, или примыкаютъ ко второму направленію; къ этому же направленію присоединяются, совершенно впрочемъ непослѣдовательно, и нѣкоторыя новѣйшія абсолютныя теоріи, превращая возмездіе въ задачу общаго предупрежденія преступленій.

1. *Теоріи справедливости* (или возмездія).

Теоріи справедливости (абсолютныя теоріи) разсматриваютъ наказаніе, какъ воздаяніе равнымъ за равное, поэтому во всѣхъ этихъ теоріяхъ основной принципъ организаціи карательныхъ мѣръ есть одинъ и тотъ же: наказаніе по содержанію своему должно заключаться въ причиненіи преступнику такого вреда или страданія, которое было бы совершенно равно вреду, заключающемуся въ преступномъ дѣяніи. При этомъ смотря по тому, обращаютъ ли вниманіе на внѣшнюю или на внутреннюю сторону преступнаго дѣянія, можетъ быть различаемо возмездіе внѣшнее и возмездіе нравственное.

1. *Возмездіе внѣшнее* абсолютными теоріями опредѣляется двоякимъ образомъ. Во-первыхъ, какъ возмездіе матеріальное — *матеріальный тальонъ*—основное положеніе котораго гласитъ: „око за око, зубъ за зубъ“ (положеніе это мы находимъ еще въ древне-еврейскомъ правѣ). Принципъ равенства понимается, слѣдовательно, въ смыслѣ тождества наказанія съ преступнымъ дѣяніемъ. Представители этого ученія требуютъ, чтобы наказаніе всецѣло отражало въ себѣ содержаніе того дѣянія, за которое оно полагается: за убійство должно быть назначено лишеніе жизни; за нанесеніе тѣлесныхъ поврежденій—наказаніе изувѣчивающее; за изнасилованіе—кастрація и т. п. Во-вторыхъ, въ виду положительной невозможности провести послѣдовательно начало возмездія матеріальнаго, принципъ равенства понимается какъ возмездіе формальное—*формальный тальонъ*. Такъ, Цахаріэ находитъ, что преступное дѣяніе есть не что иное, какъ вторженіе одного лица въ сферу правъ другого, въ сферу свободы его, почему и наказаніе, по началу возмездія, должно состоять въ соразмѣрномъ лишеніи свободы. Смертная казнь, полагаетъ Цахаріэ, есть тоже видъ лишенія свободы; равнымъ образомъ денежный штрафъ (опредѣливъ стоимость рабочаго дня, можно вычислить количество времени, на которое какъ бы лишается свободы лицо, подвергнутое денежному взысканію) и проч.

2. *Возмездіе нравственное*. Какъ предыдущія теоріи исключительно обращаютъ вниманіе на внѣшнюю, объективную сторону преступнаго дѣянія, такъ здѣсь въ разсчетъ принимается только внутренняя, субъективная сторона его. Наказаніе есть тоже воздаяніе равнымъ за равное; но мѣриломъ служитъ не матеріальный вредъ, а нравственная вина, иначе, — степень злой воли или субъективной виновности.

Независимо отъ общей несостоятельности первичныхъ основаній всѣхъ теорій справедливости, нельзя не замѣтить, съ одной стороны, что предлагаемая ими организація наказанія безусловно противорѣчитъ принципу экономіи карательныхъ средствъ, а съ другой — что наказаніе лишь въ весьма рѣдкихъ случаяхъ, когда дѣйствительно возможно матеріальное возмездіе, именно при убійствѣ, нанесеніи тѣлесныхъ поврежденій и лишеніи свободы въ тѣсномъ смыслѣ, можетъ быть равно преступному дѣянію; во всѣхъ же прочихъ случаяхъ, такое равенство даже невозможно. Теоріи возмездія смѣшали общій законъ соразмѣрности наказанія и преступныхъ дѣяній съ внѣшнимъ и случайнымъ признакомъ равенства заключающагося въ нихъ вреда. Опредѣляя наказанія за отдѣльныя преступныя дѣянія, положительное право всегда руководствуется началомъ соразмѣрности

наказаній по ихъ тяжести съ значеніемъ преступныхъ дѣяній, то-есть, за важнѣйшія дѣянія назначаетъ тягчайшія наказанія и такъ далѣе, отъ высшаго и до низшаго изъ установленныхъ имъ наказаній. Степень важности дѣянія опредѣляется въ каждую данную эпоху и законодателемъ, и господствующими въ обществѣ правовоззрѣніями по оцѣнкѣ дѣянія объективной и субъективной. Критерій объективный слагается изъ размѣровъ причиненнаго дѣяніемъ или грозящаго отъ дѣянія вреда; критерій субъективный слагается изъ признаковъ, лежащихъ въ субъектѣ преступнаго дѣянія, отъ которыхъ зависитъ субъективная—въ личности преступника заключающаяся — вредность или опасность его для общества. Это начало соразмѣрности не имѣетъ ничего общаго съ равенствомъ наказаній, о которомъ говорятъ теоріи возмездія: наказаніе, соотвѣтствующее по размѣрамъ преступному дѣянію, не есть вовсе ему равное.

2. *Теоріи утилитарныя* (или теоріи интереса).

Всѣ теоріи этой категоріи стремятся организовать наказаніе, какъ средство достиженія тѣхъ или другихъ цѣлей; таковымъ наказаніе является, какъ мы знаемъ, у всѣхъ относительныхъ и смѣшанныхъ теорій. Утилитарныя теоріи имѣютъ свою исторію, весьма знаменательную. Направлявшіяся первоначально къ созданію самихъ суровыхъ каръ, превышающихъ своею жестокостью даже наказанія тальоннаго порядка, онѣ, въ концѣ XVIII вѣка, становятся почвою, на которой ростутъ и развиваются гуманныя начала уголовнаго правосудія: смягченіе всѣхъ наказаній и обращеніе полезностей въ сторону самого преступника. Поворотъ идетъ быстро; въ половинѣ XIX вѣка получаетъ преобладаніе гуманнѣйшая изъ всѣхъ теорій — теорія исправленія. Въ видѣ теоріи исправленія нравственнаго она доходитъ до высшей возможной степени гуманизма карательной дѣятельности. Но тутъ начинается новый поворотъ: на почвѣ тѣхъ же утилитарныхъ ученій начинаютъ раздаваться голоса, сначала слабые и одиночные, противъ увлеченія, противъ излишней сантиментальности. Голоса становятся все громче и многочисленнѣе, и въ послѣднія тридцать лѣтъ, на нашихъ глазахъ, выдвигаются такія утилитарныя теоріи, которыя въ своихъ практическихъ, послѣдовательныхъ выводахъ мало чѣмъ уступаютъ карательнымъ системамъ перваго періода, то есть до начала гуманитарнаго движенія, за исключеніемъ лишь квалифицированной смертной казни и наказаній изувѣчивающихъ.

Всѣ утилитарныя теоріи, съ точки зрѣнія содержанія карательныхъ мѣръ, могутъ быть разбиты на слѣдующія группы:

1. *Теорія устрашенія* какъ самого преступника, такъ и всѣхъ гражданъ фактомъ выполненія наказанія. Наказаніе, согласно этой теоріи, по содержанію должно быть таково, чтобы могло производить, при выполненіи его, устрашающее воздѣйствіе какъ на самого преступника, такъ и на всѣхъ гражданъ. Поэтому, очевидно, карательныя мѣры должны отличаться особой жестокостью, дабы могли производить соотвѣтствующее цѣлямъ устрашенія впечатлѣніе.

Дѣйствительно, наказаніе можетъ быть направляемо, какъ мы видѣли выше, къ произведенію устрашающихъ вліяній—съ этимъ должно согласиться; но дѣло въ томъ, что вліяніе это основывается вовсе не на одной только суровости кары, а главнѣйшимъ образомъ, на неизбѣжности наказанія: самая жестокая казнь одного изъ многихъ преступниковъ окажетъ меньшее вліяніе, чѣмъ неукоснительное и неуклонное, хотя бы и не жестокое, наказаніе каждаго преступника безъ исключенія. Независимо отъ сего, пришлось бы по этой теоріи налагать наиболѣе жестокія наказанія за тѣ дѣянія, которыя преимущественно передъ другими обладаютъ свойствомъ повторяемости и свойствомъ дурного примѣра вызывающаго подражаніе, каковы: кража, мошенничество, нарушеніе акцизныхъ правилъ и т. п., другими словами, пришлось бы налагать высшія наказанія за низшія преступныя дѣянія.

2. *Теорія психическаго принужденія* Фейербаха или теорія устрашенія угрозой наказанія. Государство говоритъ Фейербахъ—должно стремиться къ устраненію преступныхъ дѣяній; необходимымъ для этого средствомъ, кромѣ мѣръ полицейскаго предупрежденія и возстановленія, гдѣ это возможно, правомѣрныхъ состояній, является психическое принужденіе, осуществляемое уголовнымъ правосудіемъ. Человѣка влекутъ къ преступному дѣянію различныя его чувственныя, эгоистичныя побужденія. Этимъ побужденіямъ уголовный законъ противопоставляетъ свою угрозу наказаніемъ, то-есть угрозу причинить страданіе, боль, вредъ для преступника. Затѣмъ, для того, чтобы такая угроза имѣла реальное значеніе, необходимо неуклонно приводить ее въ исполненіе, какъ только совершится преступное дѣяніе. Такимъ образомъ, юридическимъ основаніемъ наказанія служитъ предшествовавшая угроза, а юридическимъ основаніемъ угрозы — цѣль создать психическій мотивъ воздержанія, какъ результатъ свободнаго расчета и выбора со стороны дѣйствующаго лица. Сообразно этому наказаніе, по размѣру своему и по содержанію, всегда должно быть большимъ зломъ, чѣмъ выгоды и удовольствіе, отъ преступнаго дѣянія преступникомъ получаемыя. Не трудно видѣть, что этотъ критерій еще менѣе устойчивъ, чѣмъ критерій теорій справедливости, и никакихъ ближайшихъ указаній для организаціи карательныхъ мѣръ не даетъ.

3. *Теорія исправленія* преступника въ двухъ направленіяхъ: исправленіе, буде возможно, внутреннее или нравственное, и исправленіе, такъ называемое, внѣшнее или гражданское, иначе юридическое, заключающееся въ установленіи какихъ бы то ни было стимуловъ (кромѣ устрашенія) къ воздержанію отъ совершенія преступныхъ дѣяній и въ побороніи мотивовъ, къ преступному дѣянію влекущихъ (см. основы ученія этой школы: Röder, Zur Rechtsgründung der Besserungsstrafe 1846; Strafvollzug im Geiste des Rechts 1863; Besserungsstrafe und Besserungsstrafanstalten als Rechtsforderung 1864). Всѣ карательныя мѣры сводятся къ мѣропріятіямъ исправительнымъ или, такъ называемому, принудительному перевоспитанію. Единственнымъ цѣлесообразнымъ наказаніемъ является тюрьма, организованная въ качествѣ исправительнаго заведенія, съ исправительной же системой тюремнаго труда. Не трудно видѣть основную ошибку во всей конструкціи исправительныхъ теорій: цѣль исправленія, достижимая и примѣнимая по отношенію далеко не ко всѣмъ преступнымъ дѣяніямъ и не ко всѣмъ преступникамъ, возводится въ общій принципъ всей карательной дѣятельности—пріемъ, который, по остроумному выраженію Гейера, „stellt die Sache auf den Kopf“ (Geyer, Grundriss, I). Самое тяжкое преступное дѣяніе должно, по этой теоріи, остаться ненаказуемымъ, если преступникъ исправился прежде, чѣмъ былъ осужденъ. Размѣръ наказанія, разсуждая послѣдовательно, долженъ опредѣляться не судомъ, а тюремной администраціей; судъ же можетъ приговаривать преступника къ наказанію лишь впредь до исправленія.

4. *Теоріи защиты* или *обезпеченія общества* отъ вредныхъ и опасныхъ людей-преступниковъ. Насколько предупредительныя мѣры не предотвращаютъ преступныхъ дѣяній, настолько должны дѣйствовать мѣры уголовнаго правосудія, истребляя вредныхъ людей, обезсиливая ихъ, устраняя отъ общенія съ прочими гражданами и т. д. Ученія этого направленія суть весьма древнія въ наукѣ уголовнаго права и, по ближайшему содержанію своему, представляются весьма разнообразными; но сущность конструкцій, весьма простая и элементарная, остается одна и та же. Всѣ теоріи этой группы могутъ быть сведены къ тремъ категоріямъ: простѣйшія (старыя) теоріи обезпеченія, теоріи антропологическаго направленія и новѣйшія теоріи общаго и спеціальнаго предупрежденія. Съ точки зрѣнія простѣйшихъ теорій обезпеченія три наказанія могутъ быть признаны единственно цѣлесообразными: изгнаніе, пожизненное заключеніе и смертная казнь, если не считать наказаній изувѣчивающихъ. Нѣкоторые писатели этого направленія считаютъ достаточнымъ средствомъ обезпеченія такъ же и долгосрочное тюремное заключеніе.

Антропологическая школа исходя изъ представленія о связи преступнаго дѣянія съ физіологическими и анатомическими свойствами субъекта (см. выше), разсматриваетъ наказаніе исключительно какъ средство самозащиты отъ опасныхъ индивидовъ, насколько мѣры предупредительныя оказываются недѣйствительными. Поэтому все, что̀ ведетъ къ обузданію, а въ необходимыхъ случаяхъ къ истребленію вредной породы людей—все то и должно примѣняться въ качествѣ наказанія. „Мы должны отказаться, говоритъ Ломброзо, отъ современныхъ сантиментальныхъ отношеній къ преступнику, которыми заражены всѣ наши криминалисты; высшая раса всегда утѣсняетъ и истребляетъ низшую—таковъ законъ развитія человѣчества. Гдѣ дѣло идетъ о спасеніи высшей расы, тамъ не можетъ быть мѣста жалости“. Писатели антропологической школы предлагаютъ, какъ средство обезпеченія, кромѣ смертной казни и пожизненнаго лишенія свободы, срочное тюремное заключеніе, сопрягаемое съ интенсивнѣйшими воздѣйствіями на личность преступника, каковы суть: одиночное заключеніе, тяжкія работы и разнообразныя формы тѣлесныхъ наказаній—ограниченіе пищи, посты, помакиванья въ холодную воду и тѣлесное наказаніе въ тѣсномъ смыслѣ. Обученіе грамотѣ и наукамъ должно быть, по мнѣнію Ломброзо и многихъ его послѣдователей, изгнано изъ тюремъ: заключенные должны обучаться лишь полезнымъ ремесламъ. Такое примѣненіе срочнаго тюремнаго заключенія къ цѣлямъ обезпеченія составляетъ уже сближеніе этой категоріи съ теоріями слѣдующей группы—общаго и спеціальнаго предупрежденія.

Основнымъ моментомъ ученія представляется, такимъ образомъ, теорія преступнаго дѣянія, какъ явленія, вытекающаго изъ извѣстныхъ особенностей, говоря ближе, изъ извѣстныхъ аномальностей физической природы человѣка — преступникъ, говоритъ Ломброзо и его послѣдователи, есть человѣкъ низшей организаціи въ современномъ обществѣ — „прирожденный преступникъ“. Однако не трудно видѣть, что такое отождествленіе безусловно неправильно. Мы можемъ вполнѣ допустить, напримѣръ (если это доказывается наблюденіями антропологовъ, провѣрять которыя не есть дѣло юридической науки), что стремленіе къ пролитію крови себѣ подобнаго есть признакъ низшей организаціи индивида человѣческой породы; но мы не можемъ сказать, что эта неразвитость или уродливость организаціи сливается съ убійствомъ, какъ преступнымъ дѣяніемъ, такъ какъ не всякое лишеніе жизни человѣка человѣкомъ будетъ убійствомъ въ смыслѣ преступнаго дѣянія. Становясь на точку зрѣнія Ломброзо и его послѣдователей, мы могли бы сказать, что всѣ люди, имѣющіе склонность къ лишенію жизни себѣ подобныхъ, суть люди низшей организаціи; но мы ни въ какомъ случаѣ не можемъ приписать этой черты преступникамъ-убійцамъ исклю-

чительно; наоборотъ, преступникъ-убійца тѣмъ и отличается отъ всѣхъ другихъ проливателей человѣческой крови, что въ его дѣйствіяхъ заключается нѣчто такое, чего нѣтъ въ дѣйствіяхъ этихъ послѣднихъ. Именно, его дѣйствіе имѣетъ особое, для антропологіи безразличное, юридическое свойство: оно есть правонарушеніе, то-есть дѣйствіе, противное исходящимъ отъ законодательной власти велѣніямъ. Поэтому, разсуждая не о лишеніи жизни или пролитіи крови вообще, а о преступномъ дѣяніи убійства, Ломброзо допускаетъ замѣщеніе однихъ понятій другими: вмѣсто того, чтобы говорить объ извѣстныхъ дѣйствіяхъ или поступкахъ, опредѣленныхъ по ихъ содержанію, каково лишеніе жизни, пролитіе крови, онъ беретъ предметомъ разсужденій понятіе преступнаго дѣянія, образуемое совершенно самостоятельнымъ признакомъ противоправности, и съ этимъ понятіемъ связываетъ свои выводы. То же самое прилагается и по отношенію ко всѣмъ прочимъ преступнымъ дѣяніямъ: вездѣ представители разбираемаго направленія говорятъ объ извѣстныхъ преступныхъ дѣяніяхъ, между тѣмъ какъ въ дѣйствительности разсужденія ихъ, съ одной стороны, касаются цѣлой группы человѣческихъ дѣйствій извѣстнаго содержанія, въ составѣ которой преступное дѣяніе образуетъ лишь малую часть, а съ другой—не охватываютъ всей той области, которая опредѣляется понятіемъ преступнаго дѣянія, такъ какъ для этого необходимо было бы доказать, что всякій неповинующійся предписаніямъ дѣйствующаго закона, есть человѣкъ низшей организаціи. Допуская и соглашаясь вполнѣ, что въ числѣ запрещенныхъ подъ страхомъ наказанія дѣяній находится нѣсколько такихъ, которыя по содержанію своему противны природѣ культурнаго человѣка (въ чемъ, впрочемъ, едва-ли кто-либо и ранѣе сомнѣвался), мы, съ своей стороны, необходимо приходимъ къ выводу, что ученіе антропологической школы оставляетъ совершенно въ сторонѣ основные моменты наказанія, какъ юридическаго послѣдствія правонарушенія. Защита отъ вредныхъ животныхъ есть дѣло государственной администраціи, а не уголовнаго правосудія, и для юриста остается только непонятнымъ, почему рекомендуемыя этою школою мѣры должны прилагаться лишь къ совершившимъ преступныя дѣянія, а не ко всѣмъ людямъ, принадлежащимъ по своей организаціи къ несчастному типу низшей расы.

Новѣйшія теоріи *общаго и спеціальнаго предупрежденія* предлагаютъ организацію такой карательной системы, которая заключала бы въ себѣ наказанія направляемыя къ разнообразнѣйшимъ цѣлямъ, смотря по роду преступныхъ дѣяній и по индивидуальнымъ свойствамъ субъекта. Признавая такое разнообразіе карательныхъ мѣръ и ихъ спеціальныхъ цѣлей, представители этихъ теорій, хотя и сохраняютъ въ себѣ основную ошибку всѣхъ идеальныхъ конструкцій, но освобождаются тѣмъ не менѣе отъ одного изъ ихъ недостатковъ, именно, ихъ односторонности. Съ точки зрѣнія теорій предупрежденія задачей наказанія признается воздѣйствіе опредѣленными способами и путями на всѣхъ гражданъ (общее предупрежденіе), съ цѣлью удержать ихъ отъ совершенія преступныхъ дѣяній вообще, и на преступника (спеціальное предупрежденіе) съ цѣлью удержать его отъ совершенія новыхъ преступныхъ дѣяній. При такой широкой постановкѣ дѣла ясно, что ближайшее содержаніе этихъ теорій представляетъ собою объединеніе и суммированіе положеній, образующихъ собою составъ всѣхъ почти утилитарныхъ теорій наказанія, въ различныхъ комбинаціяхъ и варіантахъ. Различія эти заключаются главнѣйшимъ образомъ въ слѣдующемъ: а) въ опредѣленіи понятія и элементовъ общаго предупрежденія, при чемъ многіе писатели формулируютъ задачу общаго предупрежденія такимъ образомъ, что она совершенно подходитъ и даже совпадаетъ съ тою общей задачей всего уголовнаго правосудія въ цѣломъ, которая установлена въ изложенномъ нами выше ученіи о сущности наказанія; б) въ опредѣленіи тѣхъ воздѣйствій на личность

преступника—исправленіе, устрашеніе, обезвреживаніе, удаленіе и т. д., къ которымъ должны направляться отдѣльныя карательныя мѣры; в) въ той или другой классификаціи преступниковъ, сообразно принимаемымъ каждою теоріею основаніямъ; г) въ опредѣленіи отношеній между задачами общаго предупрежденія и задачами спеціальнаго предупрежденія сообразно тому, которыя изъ сихъ задачъ поставляются на первый планъ и какія признаются лишь дополнительными, или тѣ и другія признаются равнозначительными, или даже объединяются.

Въ качествѣ типичныхъ представителей этого направленія могутъ быть указаны: *теорія борьбы съ личнымъ состояніемъ преступности* проф. Фойницкаго (Ученіе о наказаніи) и *теорія предупрежденія* Листа (Liszt, Lehrbuch, изд. 1903 г.).

Конструкцію профессора Фойницкаго изложимъ его собственными словами: „При всемъ ихъ разнообразіи, причины или условія преступной дѣятельности могутъ быть сведены къ тремъ родовымъ группамъ, говоритъ онъ: а) условія космическія, б) условія общественныя, в) условія индивидуальныя“. Различіе индивидуальныхъ условій или личныхъ факторовъ опредѣляетъ собою различіе между преступниками: „нынѣ уже выяснено, что нарушители закона могутъ быть раздѣлены на слѣдующія главнѣйшія группы: 1) Лица, дѣятельность которыхъ объясняется всецѣло внѣшними вліяніями... Сюда относятся всѣ лица порочной организаціи, безсильные противодѣйствовать преступнымъ побужденіямъ, независимо отъ того, эта организація прирождена ли имъ (delinquenti nati антропологической школы), или благопріобрѣтена вслѣдствіе болѣзней, алкоголизма, развратной жизни“. Затѣмъ, 2) „ко второй группѣ могутъ быть отнесены тѣ, которые обладаютъ нормальными общежительными мотивами, впадая въ преступленія подъ вліяніемъ преходящихъ внѣшнихъ побужденій, оказывающихъ на нихъ вліяніе, частью вслѣдствіе внезапнаго порыва страсти, увлеченія, частью вслѣдствіе неосмотрительности ихъ, или неподготовленія къ отпору имъ... всѣ они могутъ быть соединены подъ общимъ названіемъ преступниковъ случайныхъ; наконецъ, 3) послѣднюю группу нарушителей уголовнаго закона образуютъ лица, отличающіяся наклонностью превратить преступную дѣятельность въ профессію... которыя могутъ быть названы преступниками привычки или профессіональными“. Среди этой послѣдней группы преступниковъ привычки или профессіональныхъ, говоритъ авторъ, „по степени укорененности преступной привычки предлагается различать исправимыхъ отъ неисправимыхъ, не поддающихся никакимъ мѣрамъ воспитанія. Однако, существованіе безусловно неисправимыхъ преступниковъ привычки еще не доказано“.

„Еслибы преступленія опредѣлялись исключительно условіями космическими и общественными, то для борьбы съ ними наказанію вовсе не было бы мѣста, въ немъ не было бы надобности“. Наоборотъ, личныя условія, опредѣляющія преступленія, и создаютъ необходимость такой мѣры борьбы съ ними, которая имѣла бы личный характеръ, т.-е. наказанія. Наказаніе, поэтому, есть государственная мѣра борьбы съ личными условіями преступленій. „Личныя условія преступленій, разсматриваемыя въ ихъ совокупности, образуютъ извѣстное состояніе личности. Его мы назовемъ состояніемъ преступности, которое и есть, предметъ наказанія“. Но преступники первой изъ установленныхъ выше группъ, преступники порочной организаціи, „принадлежа къ категоріи невмѣняемыхъ, чужды карательнымъ мѣрамъ... для борьбы умѣстными оказываются мѣры терапевтическія и предупредительныя, а не карательныя; здѣсь нѣтъ мѣста преступной дѣятельности и преступности, есть только болѣзнь“.

„Будучи мѣрой общественнаго самоохраненія, которая примѣняется противъ состоянія преступности, наказаніе, для достиженія своей цѣли, должно сообразоваться съ особенностями такого состоянія. Принципы карательной дѣятель-

ности, по отношенію ко всѣмъ категоріямъ (преступниковъ), оставаясь неизмѣнными въ общихъ чертахъ, должны различаться въ чертахъ видовыхъ. Общая черта наказанія, относящаяся ко всѣмъ этимъ группамъ преступниковъ, заключается въ моментѣ принужденія... Принужденіе можетъ быть непосредственное и посредственное; каждая изъ этихъ сторонъ принужденія имѣется въ любомъ наказаніи; но, смотря по различію лицъ, на которыя приходится дѣйствовать, въ однихъ случаяхъ на первый планъ выступаетъ рѣзче одна сторона, въ другихъ—другая. Относительно такъ называемыхъ неисправимыхъ приходится дѣйствовать путемъ физическаго захвата ихъ личности до тѣхъ поръ, пока съ ихъ стороны не устранится опасность для общества и государства". „По отношенію къ преступникамъ случайнымъ, не нуждающимся въ исправленіи, мѣсто устрашенію; относительно профессіональныхъ исправимыхъ—исправленію" [1]). „Такимъ образомъ, наказаніе, существуя всегда для огражденія общежитія, въ однихъ случаяхъ задается ближайшимъ образомъ цѣлью безопасности, въ другихъ — цѣлью устрашенія, въ третьихъ — цѣлью исправленія. Но эти различныя цѣли не раздѣляются механически; всѣ онѣ, только въ болѣе или менѣе сильной степени, существуютъ въ каждомъ наказаніи".

Листъ излагаетъ свою теорію наказанія слѣдующимъ образомъ. Всякое наказаніе есть принужденіе, путемъ котораго государственная власть вынуждаетъ повиновеніе своимъ нормамъ; при посредствѣ уголовнаго права она достигаетъ усиленной охраны правовыхъ интересовъ, особенно въ томъ нуждающихся, съ одной стороны путемъ угрозы наказаніемъ, съ другой его выполненія. Наказаніе сообразно съ этимъ преслѣдуетъ различныя цѣли: 1) его угроза, предостерегая и устрашая, обращается къ обществу, какъ цѣлому (общее предупрежденіе); 2) его выполненіе вліяетъ: a) на все общество, устрашая его и укрѣпляя правовое чувство гражданъ (общее предупрежденіе); b) на потерпѣвшаго, предоставляя ему удовлетвореніе; c) въ особенности же на преступника (спеціальное предупрежденіе); оказываемое въ этомъ послѣднемъ отношеніи вліяніе различно: задача наказанія можетъ заключаться или въ томъ α) чтобы снова сдѣлать изъ преступника полезнаго члена общества (искусственное приспособленіе, Adaption),— причемъ, идетъ ли здѣсь рѣчь прежде всего объ укрѣпленіи ослабленныхъ задерживающихъ представленій или о перевоспитаніи характера преступника, можно различать устрашеніе или исправленіе,—или въ томъ β) чтобы навсегда или на время лишить преступника, ставшаго негоднымъ для общества, физической возможности совершенія новыхъ преступленій (искусственное отсѣченіе, Selektion)— это обезвреживаніе преступника. Но цѣлесообразное примѣненіе наказанія невозможно безъ изученія внутреннихъ причинъ преступности, а наблюденіе учитъ, что каждое отдѣльное преступленіе возникаетъ вслѣдствіе взаимодѣйствія двухъ группъ условій: съ одной стороны индивидуальныхъ свойствъ (Eigenart) преступника, съ другой—окружающихъ его внѣшнихъ, физическихъ и общественныхъ, особенно же экономическихъ условій. Смотря по взаимному отношенію этихъ двухъ группъ, мѣняется проявленіе и значеніе преступленія. Здѣсь выдвигаются рѣзко два главныхъ вида: 1) преобладаетъ внѣшнее побужденіе; въ состояніи мгновеннаго страстнаго возбужденія или подъ вліяніемъ гнетущей нужды чело-

[1]) Исправленіе проф. Фойницкій опредѣляетъ, какъ такое воздѣйствіе на личность, которое состоитъ „въ превращеніи негоднаго члена общежитія въ годнаго, полезнаго для общества, стараясь укоренить въ немъ какъ эгоистическіе и альтруистическіе мотивы, необходимые для правильной гражданской жизни, такъ и привычки честнаго труда". Иное содержаніе исправленія даетъ Листъ: къ исправленію онъ относитъ „Einpflanzung und Kräftigung altruistischer Motive"; къ устрашенію—„Einpflanzung und Kräftigung egoistischer Motive".

вѣкъ, бывшій до сихъ поръ безупречнымъ, вовлекается въ преступленіе, которое, будучи чуждымъ его натурѣ, является единичнымъ эпизодомъ его жизни (преступленіе случая, „острая преступность"). 2) При незначительномъ внѣшнемъ побужденіи возникаетъ преступленіе изъ глубоко укоренившихся свойствъ преступника, обнаруживая настоящую сущность ихъ; всѣ случаи этого рода нельзя, однако, объединять общимъ наименованіемъ „преступленія привычки", правильнѣе говорить здѣсь о преступленіи по особому свойству виновнаго (Zustandsverbrechen, „хроническая преступность"); особенно часто встрѣчающимся и опаснымъ его разрядомъ является преступленіе въ видѣ промысла (gewerbsmässiges, berufsmässiges, professionelles Verbrechen). Сообразно съ указанными особенностями преступника (но не съ мотивами его дѣянія), должны опредѣляться видъ и мѣра наказанія; по отношенію къ случайнымъ преступникамъ преслѣдуется цѣль устрашенія, по отношенію къ преступникамъ по самому свойству ихъ (Zustandsverbrecher) съ укоренившейся наклонностью къ преступности—цѣль обезвреживанія, къ такимъ же преступникамъ съ еще только развивающейся склонностью къ преступленіямъ („angehender Zustandsverbrecher")—цѣль гражданскаго исправленія.

Изъ изложеннаго явствуетъ, что дѣленіе преступниковъ на группы или классы есть основной моментъ для всѣхъ теорій разбираемаго направленія. Независимо отъ правильности или неправильности предлагаемыхъ различными авторами группировокъ, нельзя не признать, что этотъ пріемъ дѣленія преступниковъ на категоріи, по ихъ индивидуальнымъ особенностямъ, есть одно изъ наиболѣе цѣнныхъ пріобрѣтеній новой науки: онъ имѣетъ значеніе не только по отношенію къ тѣмъ цѣлямъ наказанія, которыя выставляются разбираемыми теоріями, но и несравненно большее: всякая утилитарная организація наказаній вообще, направляющаяся къ какимъ бы то ни было полезностямъ, можетъ быть съ успѣхомъ проведена въ жизни только тогда, когда будутъ принимаемы въ разсчетъ индивидуальныя особенности преступниковъ. Но, конечно, группировки преступниковъ съ этой послѣдней точки зрѣнія не могутъ быть установляемы незыблемо; наоборотъ, онѣ будутъ зависѣть отъ тѣхъ именно полезностей, которыя государство въ данное время желаетъ и можетъ извлекать изъ наказанія.

Что касается до ближайшаго опредѣленія наказаній по роду ихъ, то эти теоріи, очевидно, не могутъ быть очень разборчивы въ средствахъ уголовной кары, если желаютъ оставаться послѣдовательными. Такого рода цѣли, какъ обезпеченіе общества отъ преступниковъ—это Selektion или Unschädlichmachung— или устрашеніе самымъ выполненіемъ наказанія, не достигаются мягкими мѣрами. Поэтому понятно, что суровость предлагаемыхъ каръ есть общая черта наиболѣе стройныхъ ученій разбираемаго направленія. Такъ, Листъ, нимало не уклоняясь отъ послѣдовательнаго проведенія принятыхъ имъ основныхъ принциповъ, прямо говоритъ, что „смертная казнь должна считаться необходимой (unentbehrlich) до тѣхъ поръ, пока тюремное заключеніе не сдѣлается дѣйствительно устрашающимъ и обезпечивающимъ. Лишь реформа тюремнаго дѣла—но не въ смыслѣ реформаторовъ, нынѣ дающихъ ему тонъ (heute tonangebenden Reformatoren)—можетъ привести вопросъ о смертной казни къ удовлетворительному разрѣшенію", замѣчаетъ онъ. Онъ допускаетъ и тѣлесное наказаніе, въ качествѣ дисциплинарнаго наказанія для лицъ, отбывающихъ заключеніе въ тюрьмахъ, а равно для малолѣтнихъ преступниковъ. Повторяемъ, серьезнѣйшіе писатели этого направленія открыто дѣлаютъ всѣ, вытекающіе изъ ихъ теоріи, практическіе выводы. Мы должны отказаться, говорятъ они, отъ современныхъ сентиментальныхъ отношеній къ преступнику, которыми заражены наши криминалисты и т. д. Наоборотъ, другіе, принимая тѣ же основанія и выдвигая тѣ же цѣли карательной дѣятельности, уклоняются отъ этихъ, казалось бы, неизбѣжныхъ, практическихъ выводовъ, ограничиваютъ карательныя мѣры однимъ тю-

ремнымъ заключеніемъ и даже организацію этого послѣдняго подчиняютъ почти исключительно гуманнымъ соображеніямъ разнаго рода; нѣкоторые идутъ по этому пути еще дальше: выставивъ въ началѣ цѣль общаго и спеціальнаго предупрежденія, приходятъ въ заключеніи, совершенно неожиданно для читателя, къ задачѣ одного только исправленія въ чистомъ его видѣ.

Въ заключеніе позволяю себѣ резюмировать кратко все сказанное о содержаніи наказанія—въ связи съ тѣмъ, что было изложено мною выше по вопросу о правѣ наказанія. Въ вопросѣ о наказаніи заключается два отдѣльныхъ вопроса: принципіальный вопросъ—о существѣ всего уголовнаго правосудія въ цѣломъ, или общей задачѣ наказанія, и практическій вопросъ—объ организаціи карательныхъ мѣръ и ихъ спеціальныхъ цѣляхъ. Общая задача наказанія не можетъ исчерпываться какой-либо одною спеціальною цѣлью; спеціальныя цѣли наказанія смѣняются въ исторіи и *должны* смѣняться въ тѣхъ или другихъ комбинаціяхъ, сообразно условіямъ государственнаго быта и этическихъ настроеній, сообразно конкретнымъ потребностямъ даннаго государства и наличнымъ силамъ и средствамъ его. Нѣтъ цѣлей одинаково пригодныхъ для всѣхъ временъ и народовъ; всякая изъ спеціальныхъ цѣлей наказанія хороша въ свое время и въ своемъ мѣстѣ. Но за то, надъ всѣми этими смѣняющимися цѣлями наказанія стоитъ одна общая задача: поддержаніе авторитета велѣній законодателя, достигаемое путемъ неуклоннаго осужденія и порицанія дѣяній, его нарушающихъ. Эта общая задача не зависитъ отъ достиженія или недостиженія спеціальныхъ цѣлей наказанія. Съ точки зрѣнія отдѣльныхъ лицъ она сводится къ созданію чувства уваженія къ закону, чувства легальности; съ точки зрѣнія всего общества—къ дисциплинѣ передъ закономъ, силѣ дѣйствующей, пожалуй, и несознательно, аналогично съ силой привычки. Эта общая задача уголовнаго правосудія дѣлаетъ его безусловно необходимымъ элементомъ всякаго правопорядка и даетъ ему тѣмъ самымъ полное юридическое обоснованіе. Ни прибѣгать къ абсолютнымъ, выше людей стоящимъ идеямъ, ни связывать наказаніе съ достиженіемъ какой-нибудь условной полезности—нѣтъ ни повода, ни надобности.

Мы можемъ, пожалуй, сказать, что основаніе наказанія лежитъ въ фактѣ совершенія преступленія—наказаніе налагается quia peccatum est; но результатъ наказанія, общій и независящій отъ спеціальныхъ цѣлей, есть то, что создается духовная сила, противодѣйствующая нарушеніямъ закона и тѣмъ сдерживающая по возможности возрастаніе преступленій—по возможности, то-есть настолько, насколько это связано съ бо́льшимъ или меньшимъ уваженіемъ гражданъ къ закону, съ большей или меньшей дисциплиной передъ закономъ. Мы могли бы, пожалуй, выразить стремленіе къ этому результату тоже старой формулой—ne peccetur; но это было бы не вполнѣ точнымъ употребленіемъ руководящаго термина относительныхъ теорій.

Я считаю эту точку зрѣнія единственно правильной и соотвѣтствующую ей программу единственно плодотворной [1]). Разрѣшеніе вопроса объ организаціи наказанія поставляется здѣсь не на почву построенія какой бы то ни было идеалистической системы, а на почву изученія положительныхъ факторовъ исторіи человѣчества. А именно: задачей теоріи уголовнаго права является прежде всего разрѣшеніе вопроса о томъ, при какихъ условіяхъ государственной жизни, при наличности какихъ духовныхъ и матеріальныхъ силъ въ государствѣ и народѣ, какія и какъ могутъ быть организованы наказанія; подъ вліяніемъ какихъ факторовъ находится государственная власть въ этой сферѣ; съ чѣмъ она должна считаться, чему уступать и съ чѣмъ вступать въ компромиссы.

ГЛАВА II.

КАРАТЕЛЬНЫЯ МѢРЫ.

I. Лишеніе жизни.

Кистяковскій, О смертной казни. **Сергѣевскій**: 1) Лишеніе жизни, какъ уголовное наказаніе. Юрид. Вѣстникъ, 1879. 1; 2) Смертная казнь въ Россіи въ XVII и первой половинѣ XVIII в. Журн. Гр. и Угол. пр., 1884. 9; 3) Смертная казнь при императрицѣ Елизаветѣ Петровнѣ. Журн. Гр. и Угол. пр., 1890. **I. Бернеръ**, О смертной казни (Abschaffung der Todesstrafe). **Миттермайеръ**. Смертная казнь (Ueber die Todesstrafe). **Geyer**, Die Todesstrafe. **Guizot**, De la peine de mort en matière politique. **Hetzel**, Die Todesstrafe in ihrer culturgeschichtlichen Entwickelung.

Лишеніе жизни гражданина, по приговору уголовнаго суда, за совершенное имъ преступное дѣяніе, мы называемъ смертною казнью.

[1]) Первые шаги по правильному пути сдѣлалъ Bar, Grundlagen des Strafrechts, и Binding, Das Problem der Strafe и Trundriss zu Vorlesungen. Вполнѣ присоединяется къ нашей программѣ Тальбергъ. Къ вопросу о наказаніи, Журн. Гр. и Угол. права, 1884, V. Также Филипповъ, О наказаніи по законодательству Петра Великаго, и Бѣлогрицъ-Котляревскій, Учебникъ уголовнаго права. — Таганцевъ, Русское уголовное право, съ совершенною законченностью отдѣляетъ вопросъ о сущности наказанія въ цѣломъ отъ вопроса о содержаніи карательныхъ мѣръ и признаетъ: безусловную необходимость карательной дѣятельности въ качествѣ право-охранительной въ государствѣ; моментъ осужденія и порицанія; измѣнчивость наказанія по содержанію и его спеціальныхъ цѣлей. Весьма близко къ основнымъ положеніямъ изложеннаго въ текстѣ ученія подходитъ Петражицкій, Предисловіе и введеніе въ науку политики права. Кіевскія Унив. извѣстія, 1896 г. № 8, стр. XVI—XVIII. Въ отдѣльности начало измѣнчивости наказанія, его цѣлей и содержанія принимается Кистяковскимъ, Schütze, въ особенности Merkel, Ueber den Zusammenhang zwischen der Entwicklung des Strafrechts und der Gesammtentwicklung der Völker: начало осужденія и порицанія, какъ силы, утверждающей авторитетъ закона. — Tarde, La philosophie pénale, Lammasch Zwecke und Mittel der Strafe (Zaitschr. f. d. gesammte Strafrechtswissenschaft, B. IX, 1889), Merkel, в. с.

Смертная казнь, по своему содержанію, различается на простую и квалифицированную, т.-е. соединенную съ какими-либо дополненіями, обрядовыми или мучительными, или мучительную по самому способу лишенія жизни. Простыя ея формы суть: повѣшеніе, отсѣченіе головы—мечемъ, топоромъ, гильотиной—разстрѣляніе, удавленіе желѣзнымъ кольцомъ, утопленіе. Квалифицированныя формы были въ старое время весьма разнообразны, въ особенности въ Западной Европѣ. Русскому праву принадлежатъ: посаженіе на колъ, четвертованіе, колесованіе, повѣшеніе на крюкъ за ребро, сожженіе живымъ, окопаніе въ землю по плечи, залитіе горла расплавленнымъ металломъ. Въ Западной Европѣ употреблялись тѣ же формы и сверхъ того: содраніе кожи, вытягиваніе кишекъ, разорваніе лошадьми, закопаніе живого въ землю, позорное утопленіе; затѣмъ, увеличеніе страданій посредствомъ предварительнаго вырыванія зубовъ, вырѣзыванія ремней изъ спины, ущемленія раскаленными щипцами и т. д. Квалификаціи обрядовыя или предшествовали смертной казни, или совершались надъ трупомъ казненнаго. Къ первымъ принадлежатъ: позорное шествіе къ мѣсту казни, влаченіе на свиной шкурѣ, на доскѣ, выставка у позорнаго столба. Къ послѣднимъ — положеніе тѣла колесованнаго на колесо, сожженіе трупа, втыканіе головы и отсѣченныхъ рукъ и ногъ на колья, оставленіе трупа на висѣлицѣ, иногда покрытаго смолою для прочности. Русскому праву спеціально принадлежитъ особая квалификація: торжественно-позорный въѣздъ въ городъ еще не осужденнаго преступника, совершившаго особо тяжкія преступныя дѣянія, неизбѣжно подлежащія смертной казни. Такой порядокъ примѣнялся въ XVII вѣкѣ къ важнѣйшимъ политическимъ преступникамъ.

1. Смертная казнь съ точки зрѣнія современнаго права.

Смертная казнь въ ряду уголовныхъ наказаній несомнѣнно представляется самою дешевою и самою несложною карою, не требующей никакихъ затратъ и никакихъ особыхъ усилій со стороны государства. Но этимъ и ограничиваются всѣ ея достоинства. Она не индивидуальна, такъ какъ вырываетъ работника изъ семьи и ложится тяжелымъ гнетомъ на лицъ, близкихъ преступнику; она не постепенна и не обладаетъ свойствомъ дѣлимости; она не можетъ служить никакимъ цѣлямъ, кромѣ устрашенія и обезпеченія общества отъ преступника, да и съ этой стороны, какъ увидимъ ниже, она недѣйствительна; смертная казнь безусловно невознаградима. Кромѣ того, она не соотвѣтствуетъ положенію личности въ современномъ государствѣ.

Въ государствахъ древняго міра значеніе личности человѣка самого по себѣ не сознавалось, тамъ уважался гражданинъ въ силу его политическихъ правъ, его политическаго status; человѣкъ же самъ по себѣ, внѣ этихъ условій, былъ предметомъ права собственности, былъ вещью, домашнимъ скотомъ—его живое тѣло можно было употребить на откармливанье рыбы; его можно было вывести на арену съ мечомъ въ рукѣ, чтобы онъ, для потѣхи праздной толпы, зарѣзалъ себѣ подобнаго... Съ ужасомъ отвращается мысль современнаго человѣка отъ этихъ картинъ; но въ свое время онѣ были совершенно естественны и нормальны. Не было мотивовъ беречь жизнь и личность человѣка, а слѣдовательно, не могло существовать и тѣхъ соображеній или чувствъ, которыми руководствуемся мы нынѣ. Смертная казнь, поэтому, въ государствахъ классическаго міра была вполнѣ правомѣрна и умѣстна. То же самое должны мы сказать о теократіяхъ и деспотіяхъ всѣхъ временъ: здѣсь личность человѣка не имѣетъ и не можетъ имѣть никакого значенія; она представляетъ собою лишь низшую служебную силу, матеріалъ для достиженія тѣхъ или другихъ цѣлей. Такое же положеніе вещей создается и во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда государство молодое, только-что сложившееся, напрягаетъ всѣ усилія къ упроченію своего строя и, тратя всѣ свои силы на служеніе государственнымъ въ тѣсномъ смыслѣ интересамъ, не обращаетъ да и не можетъ обращать большого вниманія на счастье или несчастье отдѣльной личности. Въ новомъ государствѣ, основанномъ на идеѣ личности человѣка, дѣло ставится обратно. Государство существуетъ для людей, а не люди для государства. Поэтому, общимъ и основнымъ принципомъ для новаго государства является охраненіе жизни гражданъ. На этомъ основаніи мы должны прямо признать, что если въ старомъ государствѣ смертная казнь была, по общему правилу, допустима и, слѣдовательно, могла примѣняться безпрепятственно, хотя бы ради ея дешевизны, то въ новомъ, наоборотъ, она по общему правилу недопустима и, слѣдовательно, для примѣненія ея въ отдѣльныхъ случаяхъ нужно доказать ея необходимость.

Независимо отъ этого, особое этическое значеніе смертной казни должно всемѣрно воздерживать современное государство отъ ея примѣненія. Первое, на что обращается вниманіе наше съ этой стороны,— это неизбѣжное обиліе страшныхъ, душу возмущающихъ сценъ при исполненіи смертной казни, сценъ, которыя, можетъ быть, для человѣка старой эпохи проходили незамѣтно, можетъ быть, доставляли ему лишь небольшое раздраженіе нервовъ, но на человѣка новаго времени производятъ или растлѣвающее, или поражающее ужасомъ и страхомъ впечатлѣніе. На страницы судебныхъ хроникъ занесены сотни случаевъ этого рода; литература смертной казни полна ими. Зрѣлище смертной казни заставляетъ разыгрываться въ человѣкѣ самыя дурныя страсти, тѣ именно страсти, уничтоженіе которыхъ есть главная задача всей культуры человѣчества.

Съ вопросомъ о смертной казни не долженъ быть смѣшиваемъ и иначе долженъ быть разрѣшенъ вопросъ о лишеніи жизни гражданина государственною властью, когда оно является въ данномъ конкретномъ случаѣ дѣломъ политической необходимости. Возможно въ государственной жизни такое стеченіе обстоятельствъ, когда лишеніемъ жизни одного гражданина независимо отъ большей или меньшей виновности его, большей или меньшей преступности совершеннаго имъ дѣянія, спасаются важнѣйшіе интересы государства, иногда даже существованіе самого государства. Таково, напримѣръ, лишеніе жизни труса, отступающаго на войнѣ; смертная казнь шпіоновъ и развѣдчиковъ; наконецъ, лишеніе жизни заложниковъ. Тому подобныхъ случаевъ можетъ быть множество. Здѣсь виновность лица, обреченнаго на смерть, не имѣетъ никакого значенія; субъективная виновность труса, бѣгущаго передъ непріятелемъ, весьма не велика — поступокъ его, въ большинствѣ случаевъ, объясняется слабостью нервовъ; заложникъ, очевидно, тоже не виновенъ ни въ чемъ и т. д. Съ другой стороны, ясно, что такое лишеніе жизни невиновныхъ людей сдѣлалось общимъ обычаемъ въ исторіи всѣхъ государствъ и вполнѣ примиряется съ тѣмъ чувствомъ, которое называется чувствомъ справедливости. Никто не назоветъ убійцей офицера, пустившаго пулю въ лобъ обратившемуся въ бѣгство солдату и тѣмъ удержавшаго весь отрядъ отъ отступленія. Разсматривать такое лишеніе жизни, какъ актъ уголовнаго правосудія, мы не можемъ—субъективная виновность здѣсь не имѣетъ никакого значенія, да и съ объективной стороны, лишаемый жизни очень часто не совершаетъ ничего противозаконнаго. А если такъ, то мы должны разсматривать его, какъ всякій другой вредъ, который можетъ быть причиняемъ лицу не въ видѣ наказанія, а единственно ради охраненія благъ и интересовъ того субъекта, который прибѣгаетъ къ такимъ мѣрамъ. Такимъ образомъ, мѣняется самая постановка вопроса: признавая лишеніе жизни, какъ уголовное наказаніе, мы имѣемъ въ виду необходимость и правомѣрность приложенія его къ преступникамъ; признавая право на лишеніе жизни, какъ на актъ политической необходимости, мы имѣемъ въ виду лишь допустимость его.

Уголовное право всѣхъ народовъ давно уже опредѣлило тѣ условія, при наличности которыхъ человѣку не вмѣняется вредъ, причиненный имъ другому лицу ради спасенія своихъ интересовъ. Условій такихъ два: состояніе крайней необходимости, когда вредъ причиняется лицу невиновному, и необходимая оборона, когда вредъ причиняется тому именно лицу, отъ котораго исходитъ опасность, когда, говоря иначе, вредъ наносится лицу при защитѣ отъ его противозаконнаго нападенія. При крайней необходимости вредъ причиняется лицу вовсе не виновному; при необходимой оборонѣ, хотя и виновному, но соразмѣряется не съ его субъективной виновностью и не съ объективнымъ значеніемъ грозящаго отъ него правонарушенія, а исключительно съ энергіей нападенія. Тѣ же самыя положенія могутъ быть приложены и къ занимающему насъ вопросу. Государственная власть и ея органы могутъ прибѣгать къ лишенію жизни гражданъ, какъ къ мѣрѣ политической необходимости, только тогда, когда имѣются въ наличности условія необходимой обороны или крайней необходимости, а именно: во-первыхъ, тогда, когда гражданинъ совершаетъ посягательство на право государства и правопорядокъ съ такой энергіей, что его посягательство можетъ быть отражено только посредствомъ лишенія его жизни. Таковы случаи бунта и возстаній, сопротивленія пограничной, таможенной и иной тому подобной стражѣ, вторженіе въ мѣста охраняемыя часовыми, входъ въ которыя запрещенъ, и т. д. Во-вторыхъ, тогда, когда обстоятельства складываются такимъ образомъ, что возникаетъ опасность для жизни многихъ гражданъ или для существованія всего государства, которая можетъ быть устранена исключительно принесеніемъ въ жертву жизни одного

гражданина. Таковы: лишеніе жизни бѣгущаго труса въ сраженіи, казнь заложниковъ, мѣры карантиннаго оцѣпленія во время эпидемій и т. д.

Вопросъ о смертной казни, какъ извѣстно, представляется въ литературѣ спорнымъ. Мало того, за послѣдніе годы число защитниковъ этого наказанія, можно сказать, даже увеличилось. Но нельзя не признать, что всѣ доводы какъ за, такъ и противъ смертной казни, представляются весьма относительными,—въ особенности доводы, предъявляемыя въ защиту смертной казни. Первый доводъ защитниковъ смертной казни есть тотъ, что смертная казнь служитъ средствомъ обезпеченія общества отъ преступниковъ. Дѣйствительно, казненный преступникъ во второй разъ, очевидно, не можетъ совершить преступнаго дѣянія; общество отъ него обезпечено несомнѣнно. Но вѣдь пожизненное заключеніе тоже есть средство обезпеченія; долгосрочное — въ значительной степени точно такъ же, такъ какъ едва ли можно предположить, чтобы преступникъ, вышедшій изъ тюрьмы послѣ долгихъ лѣтъ заключенія старикомъ, не измѣнился, по крайней мѣрѣ, настолько, чтобы не совершать новыхъ преступныхъ дѣяній. Второй доводъ — она есть единственное справедливое воздаяніе за нѣкоторыя преступныя дѣянія. Очень часто приходится слышать, что смертной казни требуетъ чувство справедливости, присущее народу; что въ народѣ живетъ убѣжденіе, что кровь требуетъ крови. Противъ этого можно сказать, что наказаніе вообще, какъ мы уже видѣли выше, не есть что-либо равное преступному дѣянію; требовать, чтобы каждое наказаніе равнялось преступному дѣянію, невозможно. Третій доводъ защитниковъ смертной казни состоитъ въ томъ, что она есть средство устрашающее. Доводъ этотъ самъ по себѣ есть относительный; ни доказать, ни опровергнуть его нѣтъ возможности. Мы должны признать, что въ нѣкоторыхъ случаяхъ смертная казнь дѣйствительно является средствомъ устрашающимъ; но въ другихъ—она такого значенія вовсе не имѣетъ; въ примѣненіи же къ политическимъ преступникамъ она нерѣдко создаетъ для нихъ ореолъ мученичества.

Одинъ изъ противниковъ смертной казни, Гетцель, оканчиваетъ свое сочиненіе словами: „смертная казнь несправедлива и нецѣлесообразна, неразумна и безчеловѣчна, безнравственна и несовременна“. Другой, Газе, говоритъ: „наступитъ нѣкогда время, когда съ ужасомъ будутъ разсказывать о старомъ варварствѣ, которое видѣло едва ли не заслугу передъ Богомъ въ томъ, что законы проливали кровь людей и христіанъ“ (Hase, vom Justiz-Morde). Мы скажемъ: весь вопросъ здѣсь въ „современности“ или „несовременности“,—другими словами, рѣшеніе вопроса о смертной казни зависитъ отъ народной этики. Для того, чтобы признать, что пролитіе крови человѣка, совершаемое по повелѣнію закона и предписанію суда, т.-е. смертная казнь, есть варварство, необходимо, чтобы люди сознали, что пролитіе крови ими самими,

въ томъ числѣ и политическія убійства, есть варварство. А пока этого сознанія нѣтъ, нельзя требовать, чтобы государство безусловно отказалось отъ смертной казни. Мы можемъ произносить какія угодно красивыя рѣчи противъ смертной казни, но это будутъ однѣ ламентаціи, очень часто служащіе лишь для показанія собственной добродѣтели авторовъ, а смертная казнь будетъ оставаться, и если законодатель, не справляясь съ состояніемъ народной этики, её отмѣнитъ, то она возродится въ формѣ самосуда, суда Линча и т. п., или отмѣна ея принята будетъ за признакъ слабости государственной власти, что будетъ еще хуже.

2. Смертная казнь въ исторіи.

а) Эпоха господства смертной казни.

Смертная казнь въ древнемъ мірѣ является не только уголовнымъ наказаніемъ, но и простымъ средствомъ истребленія опасныхъ людей; такъ было въ Египтѣ, Римѣ, Греціи. Отличнымъ примѣромъ служитъ законъ фараона Амазиса, по которому всякій египтянинъ, который не могъ указать источника, дающаго ему средства къ жизни, могъ быть подвергнутъ смертной казни. Лишь въ европейскихъ государствахъ смертная казнь получаетъ значеніе наказанія въ строгомъ смыслѣ, но наказанія, употребляемаго въ самыхъ широкихъ размѣрахъ, какъ самаго обыкновеннаго. Въ трудахъ Гетцеля, Кистяковскаго и другихъ мы находимъ поражающія по своимъ размѣрамъ цифры казненныхъ. Герцогъ Альба въ Нидерландахъ казнилъ болѣе 18,000 человѣкъ; въ теченіе XVI вѣка однихъ вѣдьмъ и колдуновъ въ Германіи казнено было до 100,000; въ Англіи съ 1509 по 1547 годъ, при Генрихѣ VIII—72,000 человѣкъ; при Елизаветѣ, съ 1558 по 1603 годъ—болѣе 89,000; во Франціи, въ городѣ Руанѣ, съ 1800 по 1825 годъ, казнено 231 человѣкъ; въ Англіи, съ 1821 по 1830 годъ, за одно конокрадство—46 человѣкъ, за кражу изъ лавокъ—болѣе 50 человѣкъ и т. д. Виды смертной казни, опредѣлявшіеся различнаго рода квалификаціями, отличались поразительною утонченностью и безконечнымъ разнообразіемъ. Достаточно обратить вниманіе на перечень видовъ смертной казни въ приложеніяхъ къ Constitutio Criminalis Theresiana, памятнику, принадлежащему сравнительно болѣе мягкой эпохѣ, чтобы составить себѣ вѣрную картину этой стороны государственной жизни европейскихъ государствъ—такую картину, многимъ чертамъ которой съ трудомъ можетъ повѣрить современный человѣкъ.

Въ Россіи смертная казнь, какъ уголовное, закономъ опредѣленное наказаніе, развивалась параллельно съ развитіемъ государственной власти. Судебники Ивана III и Ивана Грознаго собрали разбросанные по отдѣльнымъ законамъ и примѣнявшіеся по обычаю случаи смертной казни и дали имъ окончательную законодательную санкцію. Въ первомъ изъ нихъ упоминается о десяти видахъ преступныхъ дѣяній, подлежащихъ смертной казни. Во-второмъ Судебникѣ содержится таковыхъ дѣяній тринадцать. Затѣмъ примѣненіе смертной казни постоянно расширяется. Въ Уложеніи Алексѣя Михайловича болѣе 60 статей имѣютъ въ своей санкціи смертную казнь. Сепаратные указы XVII вѣка, а за ними Воинскіе Артикулы 1716 года и, наконецъ, рядъ указовъ первой половины XVIII вѣка расширяютъ назначеніе смертной казни почти до безконечности. Кромѣ преступныхъ дѣяній высшей важности, каковы — измѣна, убійство и проч., смертною казнью

облагается масса дѣяній незначительныхъ съ нашей точки зрѣнія: неосторожное причиненіе пожара, бывшее послѣдствіемъ несоблюденія предписанныхъ закономъ правилъ осторожности, разнаго рода злоупотребленія по сбору податей, преступныя дѣянія по службѣ, укрывательство бѣглыхъ людей воинскаго званія, корчемство, лжесвидѣтельство, многіе случаи кражи и т. д. Цифры казненныхъ громадны. Не говоря уже о кровавой эпохѣ царя Іоанна Грознаго, казни XVII и первой половины XVIII вѣка своимъ количествомъ поражаютъ историка. Такъ, напримѣръ, по дѣлу о бунтѣ 1662 года, казнено разными казнями до 2,000 человѣкъ; за поддѣлку мѣдныхъ денегъ—за „воровское денежное дѣло“—казнено при Алексѣѣ Михайловичѣ, въ теченіе немногихъ лѣтъ, „въ тѣ годы, какъ тѣ деньги ходили“, по выраженію Котошихина, болѣе 7,000 человѣкъ; за стрѣлецкій бунтъ 1698 года казнено около 2,000 человѣкъ и т. д.

Сколь ни широко было практическое примѣненіе смертной казни въ древней Россіи, оно во всякомъ случаѣ не имѣло того объема, въ которомъ примѣнялась смертная казнь въ Западной Европѣ въ соотвѣтствующія и даже позднѣйшія эпохи. Мало того, простой обзоръ русскихъ законодательныхъ опредѣленій о смертной казни несомнѣнно удостовѣряетъ насъ въ томъ, что практика въ этомъ отношеніи отставала отъ буквы закона. Цифры казненныхъ были громадны; но онѣ должны были бы увеличиться въ десятки разъ, если бы всякая угроза смертью, данная въ законѣ, осуществлялась въ дѣйствительности. Законодатель нерѣдко прибѣгалъ къ угрозѣ смертной казнью, не имѣя самъ намѣренія приводить свою угрозу въ исполненіе: до насъ дошло нѣсколько указовъ, въ которыхъ выставленная въ началѣ смертная санкція безусловно устраняется дальнѣйшими опредѣленіями. Несомнѣнно, что выраженіе закона о смертной казни очень часто имѣло значеніе лишь простой общей угрозы, такъ сказать, привычной формулы о наказаніи—учинить заказъ „подъ смертной казнью“, говорилъ законодатель, но вовсе не имѣлъ намѣренія примѣнять неуклонно смертную казнь во всѣхъ случаяхъ нарушенія этого заказа. Къ сожалѣнію, изданные до сихъ поръ памятники не даютъ возможности рѣшить, какъ велико было число тѣхъ случаевъ, въ которыхъ, назначенная въ законѣ, смертная казнь въ дѣйствительности не примѣнялась; но несомнѣнно, что буква закона была, въ этомъ отношеніи, строже его примѣненія.

Замѣтимъ въ заключеніе, что наше отечество, уступая Западной Европѣ въ количествѣ смертныхъ казней, уступало ей и въ качествѣ ихъ: грубы и жестоки были формы смертной казни въ древней Россіи, но до такого разнообразія и утонченности способовъ лишенія жизни преступниковъ, до такихъ сложныхъ приспособленій, направленныхъ къ увеличенію страданія преступника, какія мы находимъ въ Западной Европѣ, наше отечество никогда не доходило.

б) Реакція противъ смертной казни.

Съ половины XVIII вѣка начинается реакція противъ смертной казни, сначала со стороны судебной практики, затѣмъ со стороны законодательства и доктрины. Реакція судебной практики выразилась въ оправдательныхъ приговорахъ, въ нежеланіи свидѣтелей показывать въ такихъ дѣлахъ, которыя влекли за собою смертную казнь, и т. д. Реакція со стороны законодательства проявилась въ ограниченіи числа тѣхъ преступныхъ дѣяній, за которыя назначалась смертная казнь, въ уничтоженіи квалифицированныхъ видовъ смертной казни или, по крайней мѣрѣ, въ смягченіи ихъ прямыми и косвенными мѣрами (напримѣръ, предписывалось иногда лишить преступника жизни немедленно и производить квалифицирующія дѣйствія надъ трупомъ), въ ограниченіи публичной казни и замѣнѣ ея

казнью intra muros. Наконецъ, наиболѣе гуманные государи прилагаютъ въ широкихъ размѣрахъ право помилованія.

Въ Россіи рѣзкій поворотъ въ исторіи смертной казни совершился въ половинѣ XVIII вѣка, въ царствованіе императрицы Елизаветы Петровны. Вскорѣ по вступленіи ея на престолъ, именно въ 1743 году, сдѣлано было частное ограниченіе смертной казни въ войскахъ, стоявшихъ въ Финляндіи, а въ 1744 году состоялось общее по всей имперіи распоряженіе о томъ, чтобы всѣ смертные приговоры представлялись на Высочайшее усмотрѣніе. Такимъ образомъ исполненіе смертныхъ казней было пріостановлено во всемъ государствѣ; но судьба приговоренныхъ оставалась нерѣшенною, такъ какъ никакихъ общихъ правилъ о замѣнѣ смертной казни другими наказаніями издано не было, императрица же оставляла всѣ представляемые на ея усмотрѣніе приговоры безъ разсмотрѣнія— не утверждала ихъ и никакой иной конфирмаціи не полагала. Такъ продолжалось дѣло до 1751 года. Въ этомъ году Сенатъ, побуждаемый тѣми затрудненіями, которыя порождались отъ накопленія въ тюрьмахъ преступниковъ, осужденныхъ къ смертной казни, сдѣлалъ временное распоряженіе: впредь „до будущаго разсмотрѣнія", всѣхъ приговоренныхъ, а равно и тѣхъ, кои имѣютъ быть приговорены къ смертной казни, отсылать въ Рогервикъ (и другія мѣста) для употребленія на тяжкія работы, въ кандалахъ. Въ 1753 году 29 Марта Сенатъ представилъ Императрицѣ докладъ, въ которомъ просилъ утвердить эту мѣру на будущее время съ присоединеніемъ наказанія кнутомъ, рванія ноздрей и клейменія литерами В, О, Р. На этомъ докладѣ, въ тотъ же день 29 Марта послѣдовала Высочайшая резолюція „быть по сему". Эта Высочайшая резолюція, однако, была приведена Сенатомъ въ исполненіе лишь черезъ полтора года: 30 Сентября 1754 г. послѣдовалъ знаменитый Сенатскій Указъ, завершившій, въ указанномъ смыслѣ, дѣло отмѣны смертной казни въ нашемъ отечествѣ и сохранявшій свою силу вплоть до изданія Свода Законовъ, за исключеніемъ отдѣльныхъ случаевъ тягчайшихъ преступленій, а равно случаевъ примѣненія смертной казни военными судами, по законамъ воинскимъ. Такъ, въ 1764 году казненъ Мировичъ; въ 1771 году казнены убійцы московскаго архіепископа Амвросія во время волненій, вызванныхъ моровою язвою; въ 1775 году—Пугачевъ и Перфильевъ и множество ихъ соучастниковъ при самомъ усмиреніи бунта. Въ 1825 году преданы смертной казни 5 человѣкъ декабристовъ. Вѣроятно, были и другіе случаи. Основываясь, съ одной стороны, на этихъ примѣрахъ, а съ другой—находя, что Указъ 1754 года касался лишь смертныхъ приговоровъ, апробація которыхъ въ прежнее время принадлежала мѣстному начальству, Государственный Совѣтъ, при обсужденіи въ 1824 году проекта уголовнаго Уложенія 1813 года, пришелъ къ заключенію, что этотъ указъ 1754 года отмѣнилъ смертную казнь не за всѣ преступленія, а лишь за тѣ, которыя подсудны общимъ губернскимъ судамъ, и что сообразно этому она должна считаться сохраненною въ законѣ для преступленій высшихъ политическихъ и преступленій, подсудныхъ судамъ воинскимъ. Такъ же смотрѣли на дѣло составители Свода Законовъ и Уложенія 1845 года (см. Объясн. Зап. къ Проекту 1844 года, стр. LI); они присоединили лишь къ этимъ двумъ категоріямъ еще и преступленія карантинныя, по силѣ новаго закона, Карантиннаго Устава 1832 года [1]).

[1]) Возбуждаются два вопроса: во-первыхъ, представляетъ ли собою указъ 30 сентября 1754 года такой законодательный актъ, которымъ смертная казнь формально отмѣняется; или онъ заключаетъ въ себѣ лишь распоряженіе о *временномъ* пріостановленіи и замѣнѣ смертной казни другими наказаніями, впредь до общаго законодательнаго опредѣленія. Во-вторыхъ, дѣйствительно ли сія отмѣна (или временная замѣна) смертной казни касалась лишь тѣхъ смертныхъ приговоровъ, апробація которыхъ въ прежнее время принадлежала мѣстному начальству. Ближайшее разсмотрѣніе относящихся къ этому дѣлу законодательныхъ памятниковъ доказываетъ намъ, что Указъ 30 сентября 1754 года по буквальному своему смыслу говоритъ только о временной замѣнѣ и, дѣйствительно, можетъ быть понимаемъ какъ не охватывающій собою *всѣхъ* преступленій. Но, выраженная въ резолюціи 29 марта 1753 года, воля Императрицы Елизаветы Петровны несомнѣнно была направлена къ *полной* отмѣнѣ смертной казни и за *всѣ* преступленія. См. объ этомъ Сергѣевскій, Смертная казнь при Императрицѣ Елизаветѣ Петровнѣ. Журн. Гр. и Уг. пр. 1890 г., I.

Восемнадцатый вѣкъ былъ эпохою, въ которой и въ доктринѣ уголовнаго права совершился поворотъ по вопросу о смертной казни. Въ восемнадцатомъ вѣкѣ едва ли не впервые возникъ въ умахъ людей и поставленъ былъ въ наукѣ открыто вопросъ: должно ли лишеніе жизни занимать мѣсто въ лѣстницѣ уголовныхъ наказаній? Съ того времени начала работать надъ этимъ вопросомъ критическая мысль человѣка, начался рядъ доводовъ за и противъ, идущій непрерывно до нашихъ дней. Институтъ смертной казни сдѣлался предметомъ самаго горячаго литературнаго спора и борьбы. Соотвѣтственно направленію тогдашней науки, мыслители XVIII и начала XIX вѣка поставили все дѣло на философско-метафизическую почву. Вмѣсто того, чтобы начать работу съ изслѣдованія положительныхъ, они задались разрѣшеніемъ чисто-метафизическихъ вопросовъ: имѣетъ ли государство право на отнятіе жизни гражданина вообще; имѣетъ ли право самъ человѣкъ отказываться отъ жизни (вопросъ основной съ точки зрѣнія теорій общественнаго договора); соотвѣтствуетъ ли смертная казнь христіанской религіи; справедлива ли смертная казнь, соотвѣтствуетъ ли она вѣчному міровому закону справедливости или врожденной человѣку идеѣ справедливости? и т. д. Выдвинуты были соображенія вродѣ того, что смертная казнь есть институтъ, установленный самимъ Богомъ; что онъ основывается на Библіи и на Евангеліи; что для спасенія души можетъ и должна быть допущена погибель тѣла; что кровь требуетъ крови; что голосъ народа требуетъ жизни за жизнь и т. п.

Не трудно видѣть всю безплодность сдѣланной философами постановки. Очевидно, что на темы, подобныя вопросу о томъ, справедлива ли смертная казнь, или имѣетъ ли право человѣкъ лишать себя жизни, можно вести споръ безъ конца и все-таки не придти ни къ какому результату. Съ одной стороны здѣсь невозможенъ никакой безусловный отвѣтъ; съ другой—дѣлать предметомъ обсужденія, напримѣръ, право лишать себя жизни по меньшей мѣрѣ странно. Не менѣе странно говорить и о ненарушимости жизни: „нужно совершенно забыть цѣлыя тысячи лѣтъ жизни народовъ, чтобы рѣшиться утверждать, что жизнь человѣческая свята и ненарушима", замѣчаетъ по этому поводу Кистяковскій. Ссылаются далѣе на голосъ народа, требующій будто бы крови за кровь, жизни за жизнь: здѣсь, равнымъ образомъ, мы можемъ говорить сколько-угодно, и точно такъ же не придемъ ни къ чему. Съ одной стороны, голосъ народа далеко не есть доказательство—„не придетъ же никому въ голову руководствоваться народными воззрѣніями въ вопросахъ о налогахъ, о кредитѣ, о вращеніи солнца, о вѣдьмахъ, о колдунахъ" и проч. (Кистяковскій, Смертная казнь). Съ другой—если бы мы и доказали, что народъ вовсе не требуетъ крови за кровь, то этимъ не прибавили бы ни единой песчинки къ доказательствамъ противъ смертной казни. Наказаніе, говорятъ далѣе философы, есть воздаяніе равнымъ за равное, поэтому за убійство должна быть назначена смертная казнь. Стоитъ только просмотрѣть судебную хронику, чтобы убѣдиться, что ни одно убійство никогда не бываетъ равно другому. Но и смертная казнь не представляетъ равенства: для одного человѣка она является источникомъ мученій, далеко превышающихъ всякія представленія; для другого—торжествомъ мученическаго вѣнца. Однако и это соображеніе не рѣшаетъ вопроса: какъ мы видѣли въ своемъ мѣстѣ, никакое наказаніе

не равно преступному дѣянію, и всякое наказаніе, не только смертная казнь, получаетъ различную тяжесть, смотря по личности наказываемаго; но мы, тѣмъ не менѣе, не отказываемся на этомъ основаніи отъ всѣхъ наказаній. Таковы же и всѣ прочіе доводы за и противъ, выдвинутые философско-метафизическимъ направленіемъ. Цѣлое столѣтіе длился однообразный, безплодный, схоластическій споръ внѣ всякихъ позитивныхъ изслѣдованій.

Не смотря на всю свою безплодность, философско-метафизическая постановка вопроса не сошла со сцены и до нашихъ дней. Въ сочиненіяхъ новѣйшаго времени мы встрѣчаемся нерѣдко съ тѣми же разсужденіями о ненарушимости человѣческой жизни, о томъ, допускаетъ ли смертную казнь христіанская религія и т. д. Безплодность такого отношенія къ предмету давно сознана была лучшими умами; уже Беккаріа въ 1764 году, стоявшій вполнѣ на философско-метафизической почвѣ, нашелъ, тѣмъ не менѣе, необходимымъ выдвинуть для оцѣнки смертной казни и соображенія иного рода, именно, соображенія цѣлесообразности и полезности. Новое начало не осталось безъ дальнѣйшаго развитія. Мало-по-малу эта новая точка зрѣнія начинаетъ привлекать къ себѣ все большее и большее число изслѣдователей и, такимъ образомъ, рядомъ съ философско-метафизическими разсужденіями о смертной казни развивается литература другого направленія: полезность смертной казни, пригодность ея для достиженія той или другой цѣли наказанія; однимъ словомъ, соображенія интереса и цѣлесообразности—вотъ тотъ критерій, который принимается для оцѣнки смертной казни, какъ уголовнаго наказанія. Такое направленіе приняла сначала литература англійская, а затѣмъ оно перешло и въ Германію, главнѣйшимъ образомъ благодаря трудамъ Миттермайера. Эта новая постановка вопроса, очевидно, вполнѣ противоположна постановкѣ философско-метафизической. Вмѣсто того, чтобы задаваться неразрѣшимыми по своей содержательности задачами; вмѣсто того, чтобы спорить о томъ, о чемъ нельзя спорить, въ виду отсутствія какихъ бы то ни было точекъ опоры, это направленіе обращается къ опыту, къ практикѣ. Отъ опытныхъ наблюденій ждетъ оно отвѣта и стремится поставить все разрѣшеніе вопроса въ зависимость отъ несомнѣнныхъ данныхъ, добытыхъ опытными наблюденіями. Стремясь къ оцѣнкѣ института смертной казни съ точки зрѣнія ея полезности и цѣлесообразности, писатели обратились къ разрѣшенію вопросовъ: устрашаетъ ли смертная казнь, или не устрашаетъ; уменьшаетъ ли она число преступныхъ дѣяній, или не уменьшаетъ, или, можетъ быть, увеличиваетъ; способна ли она подавить тотъ видъ преступныхъ дѣяній, за который назначается, или не способна, или, можетъ быть, способна увеличить?—Защитники смертной казни основывались на утвердительныхъ отвѣтахъ; противники ея—на отрицательныхъ. Тѣ и другіе отвѣты добывались или предполагались добытыми посредствомъ опытныхъ наблюденій. Сверхъ того, въ защиту смертной казни выведены были соображенія, не подлежавшія спору; защитники смертной казни указывали, что она есть лучшее средство обезпеченія для общества и что она дешевле всѣхъ другихъ наказаній.

Такова въ общихъ чертахъ постановка, приданная вопросу о смертной казни писателями опытнаго направленія. Она не только сохранила свое значеніе до нашихъ дней, но и является въ настоящее время, за весьма немногими исключеніями, господствующею въ литературѣ уголовнаго права. Однако, при внимательномъ анализѣ, нельзя не придти къ выводу, что и эта постановка не имѣетъ существеннаго значенія для уголовнаго права, такъ какъ такого рода оцѣнка смертной казни не можетъ дать намъ прямого отвѣта на вопросъ о томъ, должна ли смертная казнь занимать мѣсто въ лѣстницѣ наказаній. Самый путь, которымъ направились къ разрѣшенію вопроса писатели опытнаго направленія, не вѣренъ и, по существу своему, не можетъ привести ни къ какимъ положительнымъ выводамъ, такъ какъ оцѣнка той или другой карательной мѣры, съ точки зрѣнія ея цѣлесообразности,

не рѣшаетъ еще вопроса о ея пригодности или непригодности въ уголовномъ правосудіи, иначе говоря, о ея допустимости или недопустимости въ лѣстницѣ наказаній. Мы знаемъ, что сущность наказанія, или конечная цѣль всего уголовнаго правосудія въ цѣломъ, не находится вовсе въ зависимости отъ достиженія спеціальныхъ цѣлей наказанія. Если бы даже и было доказано, что смертная казнь не достигаетъ ни одной изъ тѣхъ цѣлей, къ которымъ предназначается ея защитниками (обезпеченія она во всякомъ случаѣ достигаетъ—объ этомъ спорить невозможно), то и тогда, основываясь исключительно только на этомъ, мы не могли бы еще требовать отмѣны смертной казни. Мы видѣли, что существовали эпохи въ исторіи, когда господствующей цѣлью всѣхъ почти карательныхъ мѣръ признавалось нѣчто такое, что никогда не достигалось, именно устрашеніе; что существовали и существуютъ государства, въ которыхъ изъ цѣлой массы спеціальныхъ цѣлей наказанія не достигалась на практикѣ ни одна; что наконецъ, существовали и существуютъ такія наказанія, которыя не имѣютъ никакихъ спеціальныхъ цѣлей. Тѣмъ не менѣе, всѣ эти наказанія могутъ отлично служить основной цѣли уголовнаго правосудія—поддержанію авторитета закона — и законодатель не имѣетъ никакого основанія отказываться отъ нихъ, если, по условіямъ мѣста и времени, они представляются для него удобнѣйшими. Поэтому, если бы мы вздумали требовать отмѣны смертной казни только на основаніи ея нецѣлесообразности или безцѣльности, то, оставаясь послѣдовательными, мы должны были бы „уничтожить и тюрьму и изобрѣсть такое гомеопатическое наказаніе, которое замѣнило бы и эшафотъ и все прочее“ (Кистяковскій, Смертн. казнь). Равнымъ образомъ, если бы было внѣ всякихъ сомнѣній доказано, что смертная казнь наилучшимъ образомъ достигаетъ той или другой спеціальной цѣли, то это не служило бы еще доказательствомъ необходимости ея въ лѣстницѣ наказаній, такъ какъ цѣлесообразность наказанія, то-есть достиженіе имъ какой-либо спеціальной цѣли, не есть, какъ мы видѣли, единственный критерій, на основаніи котораго рѣшается законодателемъ вопросъ о достоинствахъ той или другой карательной мѣры.

Итакъ, мы приходимъ къ выводу, что изслѣдованія опытнаго направленія остались столь же безрезультатными относительно занимающаго насъ вопроса, какъ и разсужденія философско-метафизическія. Они дали намъ массу выводовъ, относящихся къ анализу института смертной казни съ точки зрѣнія соціологической, но не дали разрѣшенія юридическаго вопроса: должна ли смертная казнь занимать мѣсто въ лѣстницѣ уголовныхъ наказаній?

Сколь ни велика разница въ методѣ и постановкѣ вопроса между изслѣдователями опытнаго направленія, съ одной стороны, и криминалистами философско-метафизическаго направленія съ другой, однако, при внимательномъ сопоставленіи нельзя не замѣтить, что въ пріемахъ ихъ представляется одна поразительно сходная черта: и тѣ, и другіе разсматриваютъ смертную казнь, выдѣливъ ее отъ всѣхъ прочихъ видовъ наказаній; и тѣ, и другіе разсматриваютъ смертную казнь не какъ одну изъ цѣлаго ряда карательныхъ мѣръ, а какъ нѣчто совершенно особое, не имѣющее съ остальными ничего общаго и, слѣдовательно, подлежащее оцѣнкѣ по другимъ правиламъ, съ приложеніемъ другихъ критеріевъ. Въ самомъ дѣлѣ, ученые задавали себѣ вопросъ о томъ, имѣетъ ли государство право лишать жизни гражданъ. Но почему же они не задавали себѣ вопроса: имѣетъ ли государство право лишать свободы гражданъ или стѣснять ее? Отсѣкать человѣку руку и ногу или отрѣзать языкъ давно признали невозможнымъ; но почему же считаютъ возможнымъ отрѣзать языкъ вмѣстѣ съ головою? Казалось бы, если допускается отрѣзать голову, то должна быть допущена и меньшая казнь, какъ смягченіе, отрѣзаніе языка, отсѣченіе рукъ, ногъ. Что тюремное заключеніе не равно, напримѣръ, оскорбленію чести, а отсѣченіе руки—кражѣ, признаютъ всѣ, такъ какъ

это очевидно; но почему же налегаютъ такъ сильно на то обстоятельство, что смертная казнь равна будто бы убійству? По наблюденіямъ бристольскаго священника Робертса оказалось, что изъ 167 человѣкъ, которыхъ онъ напутствовалъ на смертную казнь, 151 бывали прежде зрителями при исполненіи публичной смертной казни. Изъ этого сдѣлали заключеніе, что смертная казнь не только не устрашаетъ, но прямо влечетъ къ совершенію преступныхъ дѣяній. Это очень можетъ быть; но и не дѣлая спеціальныхъ наблюденій, мы можемъ съ большою вѣроятностью сказать, что изъ этихъ 167, если не всѣ, то, конечно, 165 бывали прежде въ тюрьмѣ; почему же никто не требуетъ на этомъ основаніи уничтоженія тюремнаго заключенія?—Такихъ параллелей можно привести множество. Смертная казнь постоянно разсматривается, какъ нѣчто совершенно особое, не имѣющее съ другими видами наказаній ничего общаго. Въ этомъ заключается основная методологическая ошибка всей постановки вопроса у писателей обоихъ направленій.

Отрѣшаясь отъ всякихъ предвзятыхъ мнѣній и предразсудковъ и становясь на почву положительной науки, мы должны неуклонно исходить изъ того положенія, что смертная казнь—лишеніе жизни преступника—есть одна изъ карательныхъ мѣръ уголовнаго правосудія и подлежитъ, поэтому, одинаковой съ ними оцѣнкѣ по однимъ общимъ правиламъ и на основаніи однихъ и тѣхъ же критеріевъ.

3. Смертная казнь въ дѣйствующемъ правѣ.

При составленіи Свода Законовъ 1832 года, смертная казнь была сохранена только за политическія преступныя дѣянія. Въ томъ же году изданъ былъ Уставъ карантинный, по которому цѣлый рядъ карантинныхъ преступныхъ дѣяній обложенъ смертной казнью, каковы: поджогъ карантинныхъ зданій, сопротивленіе карантиннымъ властямъ и т. д. Въ проектѣ Уложенія о наказаніяхъ 1845 года предполагалось распространить смертную казнь на умышленное убійство отца или матери (проектъ, см. 1854); но Государственный Совѣтъ не согласился на это, и смертная казнь осталась только за преступныя дѣянія политическія и карантинныя. Нынѣ по Уголовному Уложенію 1903 года, смертная казнь полагается только за высшія государственныя преступныя дѣянія (ст. 99, 100, 101, 105, 108), причемъ отъ смертной казни освобождены: несовершеннолѣтніе, женщины, кромѣ случая, предусмотрѣннаго 99-ю статьею, и достигшіе 70-лѣтняго возраста. Смертная казнь исполняется черезъ повѣшеніе, непублично (ст. 15).

Кромѣ указанныхъ случаевъ примѣненія смертной казни нѣкоторыми спеціальными законами смертная казнь распространена на нѣкоторыя другія преступныя дѣянія въ извѣстныхъ случаяхъ. Такъ, въ законѣ 17 апрѣля 1863 года, которымъ отмѣнены были шпицрутены и кошки въ арміи и флотѣ, сказано: „съ установленіемъ такого смягченія для случаевъ обыкновенныхъ, повелѣвается виновныхъ въ важныхъ нарушеніяхъ дисциплины или общественной безопасности, вызывающихъ необходимость болѣе строгаго и немедленнаго наказанія, подвергать и въ мирное время суду по полевымъ военнымъ законамъ“. По законамъ же

военнымъ и полевымъ, или изданнымъ для военнаго времени, кромѣ государственныхъ и чисто воинскихъ преступныхъ дѣяній, слѣдующія общія подлежатъ смертной казни: грабежъ, поджогъ и истребленіе лѣсовъ и жатвъ, убійство, нападеніе съ оружіемъ на беззащитныхъ жителей, насиліе надъ женщиною. Затѣмъ, Высочайшимъ указомъ 9 августа 1878 года, цѣлая группа преступныхъ дѣяній общихъ, въ видѣ временной мѣры, обложена смертной казнью, а именно: вооруженное сопротивленіе властямъ и нападеніе на чиновъ войска и полиціи и на всѣхъ вообще должностныхъ лицъ, при исполненіи ими обязанностей службы, или же вслѣдствіе исполненія ими сихъ обязанностей, коль скоро преступленія эти сопровождались убійствомъ или покушеніемъ на убійство, нанесеніемъ ранъ, увѣчій, тяжкихъ побоевъ или поджоговъ. Лица, виновныя въ сихъ преступленіяхъ, могутъ быть, по указу 9 августа 1878 года, предаваемы „военному суду для сужденія ихъ по законамъ военнаго времени и опредѣленія виновнымъ наказанія, установленнаго ст. 249 Воинскаго Устава о наказаніяхъ изд. 1875 года“, то-есть смертной казни. Этотъ послѣдній порядокъ сохраненъ Положеніемъ объ усиленной охранѣ 4 сентября 1881 года.

30.

II. Тѣлесныя наказанія.

Mittermaier, Die körperliche Züchtigung als Strafart. Archiv des Criminalrechts. 1830 (XII). **Шишкинъ**, О тѣлесныхъ наказаніяхъ. Юрид. Вѣстникъ Калачева. **Яневичъ-Яневскій**, Объ указныхъ знакахъ. Юрид. Записки, т. III. **Тимоѳеевъ**, Тѣлесныя наказанія.

Тѣлесныя наказанія распадаются на двѣ группы: тѣлесныя наказанія изувѣчивающія и тѣлесныя наказанія, состоящія только въ причиненіи физической боли и страданій (тѣлесныя наказанія въ тѣсномъ смыслѣ).

Въ исторіи тѣлесныхъ наказаній вообще, мы усматриваемъ полное соотвѣтствіе со смертною казнью. Соотвѣтствіе это заключается въ постепенномъ вымираніи тѣлесныхъ наказаній подъ вліяніемъ, во-первыхъ, идеи личности гражданина и, во-вторыхъ, возвышенія культурно-этическаго уровня вообще. Съ половины XVIII вѣка, когда стала выдвигаться на первый планъ идея личности человѣка, наказанія изувѣчивающія, бывшія въ весьма большомъ употребленіи, сокращаются и исчезаютъ мало-по-малу. Вліяніе идеи личности на исторію тѣлесныхъ наказаній сказалось даже рѣзче, чѣмъ въ исторіи смертной казни: прежде всего освобождены отъ тѣлесныхъ наказаній высшіе классы общества — тѣ, къ которымъ государство прежде другихъ отнеслось съ уваженіемъ, за которыми прежде другихъ были признаны права личности. Въ наше время въ культурныхъ государствахъ сохрани-

лись лишь тѣлесныя наказанія въ тѣсномъ смыслѣ, притомъ почти исключительно какъ спеціальное наказаніе для извѣстныхъ сферъ, нуждающихся въ особо быстромъ энергичномъ исполненіи наказаній, каковы: преступныя дѣянія, совершаемыя лицами, принадлежащими къ составу войскъ, и въ особенности лицами, отбывающими наказанія за дѣянія, ранѣе совершенныя.

1. Изувѣчивающія наказанія.

Изувѣчивающія тѣлесныя наказанія заключались или въ отнятіи у преступника какого-либо члена его тѣла, или въ лишеніи какого-либо органа способности отправлять его функціи. Разнообразіе ихъ въ старомъ правѣ было такъ же велико, какъ щедро ихъ примѣненіе. Изувѣчивающія наказанія были самымъ обыкновеннымъ аттрибутомъ смертной казни, образуя собою ея квалификацію; изувѣчивающія наказанія очень часто соединялись съ другими наказаніями и сверхъ того назначались отдѣльно. Предметомъ увѣчья были всѣ члены человѣческаго тѣла: руки, пальцы, носъ, зубы, языкъ и т. д. Для каждой операціи существовалъ въ Западной Европѣ особый обрядъ, особые инструменты, соблюдались особыя церемоніи; въ приговорахъ судебныхъ почти всегда заключалось опредѣленіе: отрубить такъ-то; выдернуть зубовъ столько-то, начавъ съ такого-то и т. п.

Оцѣнка изувѣчивающихъ наказаній съ точки зрѣнія современнаго права не представляетъ затрудненій. Изувѣчивающія наказанія, не менѣе смертной казни, противорѣчатъ положенію личности въ современомъ государствѣ и еще болѣе оскорбляютъ этическое чувство народа. Они должны производить въ высшей степени вредное вліяніе на личность преступника, не говоря уже о тѣхъ случаяхъ, когда преступникъ лишается чрезъ то возможности добывать средства къ жизни путемъ честнаго труда. Затѣмъ, очевидно, что изувѣчивающія наказанія не могутъ производить хорошаго вліянія на общество; едва ли при существованіи ихъ можно говорить о смягченіи нравовъ. Въ старое время полагали, что ни одно наказаніе такъ не устрашаетъ, какъ изувѣчивающее; но доказать этого невозможно, равно какъ невозможно и опровергнуть. Очевидно, бывали случаи, когда они производили устрашающее дѣйствіе; но также очевидно, что устрашеніе это не всегда имѣло мѣсто и утверждать поэтому, что они имѣютъ по преимуществу устрашающее значеніе, нельзя. Въ настоящее время институтъ изувѣчивающихъ наказаній исчезъ совершенно изъ дѣйствующихъ законодательствъ культурныхъ государствъ и принадлежитъ исторіи; въ литературѣ, если мы и находимъ защитниковъ тѣлесныхъ наказаній, то исключительно тѣлесныхъ наказаній въ тѣсномъ смыслѣ, но отнюдь не изувѣчивающихъ.

2. Наказанія тѣлесныя въ тѣсномъ смыслѣ.

Наказанія тѣлесныя въ тѣсномъ смыслѣ, то-есть причиняющія физическую боль и страданія преступнику, распадаются на два вида: наказанія тѣлесныя болѣзненныя, въ которыхъ на первомъ планѣ стоитъ физическая боль, и наказанія тѣлесныя осрамительныя или позорящія, въ которыхъ физическая боль является дѣломъ второстепеннымъ, а на первый планъ выдвигаются страданія моральныя. По внѣшности они различаются тѣмъ, что послѣднія заключаютъ въ себѣ меньшую долю болевыхъ впечатлѣній и имѣютъ въ виду моральную сторону человѣка, чувство стыда и гордости.

Наказанія тѣлесныя болѣзненныя различаются по орудіямъ причиненія боли, каковы: кнутъ, батоги, плети, розги и проч. Наказанія тѣлесныя осрамительныя заключаются или въ примѣненіи тѣлеснаго наказанія болѣзненнаго въ маломъ размѣрѣ, напримѣръ, 5—10 ударовъ розгами; или въ такъ называемомъ клеймленіи, то-есть въ наложеніи клейма съ извѣстнымъ изображеніемъ на лобъ, щеки, плечи, руки и проч. Это послѣднее получало въ то же время характеръ изувѣчивающаго наказанія въ тѣхъ случаяхъ, когда клеймо влекло за собою неизгладимое обезображеніе.

Тѣлесныя наказанія, направляющіяся на моральную сторону человѣка, отличаются крайней неравномѣрностью по субъективному, внутреннему моменту: чѣмъ нравственнѣе лицо, тѣмъ тяжелѣе для него наказаніе и наоборотъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ наказанія этого послѣдняго рода имѣютъ крайне вредное вліяніе на личность преступника, убивая въ немъ совершенно чувство стыда и нравственнаго достоинства.

Обращаясь къ оцѣнкѣ тѣлесныхъ болѣзненныхъ наказаній, мы прежде всего замѣчаемъ полнѣйшую дѣлимость ихъ; отъ одного, напримѣръ, удара розгами мы можемъ дойти до сколькихъ угодно. Даже лишеніе свободы не обладаетъ такою дѣлимостью. Второе несомнѣнное качество — это полнѣйшая индивидуальность ихъ. Лишеніе свободы очень часто отзывается на лицахъ невиновныхъ, отвлекая рабочія руки отъ семьи, тогда какъ тѣлесное наказаніе всецѣло падаетъ только на личность преступника. Но противъ института тѣлесныхъ наказаній говоритъ тотъ же принципъ уваженія личности, который изгналъ или почти изгналъ смертную казнь; противъ него говоритъ также деморализующее вліяніе этихъ наказаній на преступника. Далѣе, тѣлесное наказаніе страдаетъ полнымъ отсутствіемъ равномѣрности. Тяжесть тѣлесныхъ наказаній зависитъ, очевидно, отъ физической комплекціи наказываемаго: сильный можетъ перенести больше, чѣмъ слабый человѣкъ; сила ударовъ зависитъ не отъ числа ихъ, даже не отъ рода орудій, а отъ желанія и умѣнья того, кто производитъ экзекуцію.

Гуманитарное настроеніе нашего вѣка опредѣлило собою не только отрицательное отношеніе юридической науки къ тѣлеснымъ наказаніямъ, но и особое, страстно-враждебное къ нимъ отношеніе; въ теченіе многихъ лѣтъ всѣ писатели единогласно признаютъ тѣлесное наказаніе ничѣмъ инымъ, какъ чудовищнымъ и позорнымъ остаткомъ стараго варварства. Въ нашей литературѣ дѣло доходитъ до того, что самое появленіе и развитіе тѣлесныхъ наказаній въ Россіи приписывается (совершенно бездоказательно) вліянію татарскаго ига, между тѣмъ какъ нѣтъ ни одного народа, который не зналъ бы этихъ наказаній въ столь же широкомъ объемѣ въ своей исторіи, очевидно, безъ всякихъ татарскихъ вліяній. Эта страстность, допустимая въ періодъ борьбы съ существующимъ фактомъ, должна уступить нынѣ мѣсто спокойному обсужденію: примѣняя къ тѣлесному наказанію общіе критеріи оцѣнки, мы просто скажемъ, что оно отжило свой вѣкъ и въ современныхъ государствахъ въ составѣ общей карательной системы безусловно неумѣстно.

Впрочемъ, въ самое новѣйшее время, въ наши дни, замѣчается въ литературѣ уголовнаго права нѣкоторый поворотъ по вопросу о тѣлесныхъ наказаніяхъ. Несомнѣнныя качества тѣлеснаго наказанія: его полная индивидуальность, дешевизна, краткосрочность и цѣлесообразность—въ смыслѣ воздѣйствій устрашительныхъ и даже исправительныхъ—побуждаютъ нѣкоторыхъ писателей высказывать мысль о возвращеніи современныхъ государствъ къ системѣ тѣлесныхъ наказаній, по крайней мѣрѣ, въ извѣстномъ небольшомъ объемѣ. Укажемъ на Мительштедта, который въ тѣлесныхъ наказаніяхъ видитъ наилучшее воплощеніе и выраженіе энергіи государственной власти и авторитета закона. Свое воззрѣніе на тѣлесное наказаніе онъ формулируетъ въ оригинальномъ афоризмѣ: „Nicht dass und wie viel wirklich geprügelt wird, sondern dass überhaupt geprügelt werden kann, ist die Hauptsache“ (Mittelstädt, gegen die Freiheitsstrafen). Далѣе, какъ мы видѣли выше, Листъ признаетъ цѣлесообразность и необходимость тѣлесныхъ наказаній въ извѣстномъ объемѣ; затѣмъ, представители антропологической школы и др.

3. Исторія тѣлесныхъ наказаній въ Россіи.

Тѣ же условія быта, тѣ же соціальныя силы, которыя вызвали и умножили примѣненіе смертныхъ казней, повліяли и на развитіе въ древней Россіи тѣлесныхъ наказаній, изувѣчивающихъ или членовредительныхъ и болѣзненныхъ. Эти наказанія, въ различныхъ формахъ, можно сказать, господствуютъ въ уголовномъ правѣ древней Россіи, начиная съ XVI вѣка; они налагаются и отдѣльно, и въ соединеніи съ другими наказаніями, въ особенности съ лишеніемъ свободы. Подобно тому, какъ виды смертной казни, не уступая въ жестокости западно-европейскимъ, являются въ нашемъ отечествѣ болѣе простыми и менѣе сложными, такъ

точно и тѣлесныя наказанія, можетъ быть, даже превышая западныя формы своей жестокостью, вовсе не отличаются тою хитроумною утонченностью, которая характеризовала всѣ наказанія на Западѣ въ эту эпоху.

а) Наказанія изувѣчивающія.

Изувѣчивающія наказанія слагались подъ вліяніемъ трехъ идей. Во-первыхъ, они подчиняются идеѣ возмездія или въ формѣ воздаянія равнымъ за равное, по принципу матеріальнаго тальона, или въ формѣ пораженія того органа тѣла, посредствомъ котораго совершается преступное дѣяніе, каково, напримѣръ, отрѣзаніе языка за „неистовыя рѣчи“. Во-вторыхъ, они направляются къ тому, чтобы сдѣлать преступника безвреднымъ на будущее время — таковы, прежде всего, отсѣченіе рукъ, ногъ и нѣсколькихъ пальцевъ на рукахъ, лишающее человѣка возможности совершать татьбу, разбои, подлоги. Наконецъ, въ третьихъ, изувѣчивающія наказанія могутъ имѣть своею цѣлью только отмѣтить лихого человѣка, чтобы онъ былъ „до вѣку признатенъ“, чтобы каждый гражданинъ и каждый органъ власти зналъ, съ кѣмъ встрѣчается и съ кѣмъ имѣетъ дѣло—таковы отрѣзаніе ушей, отсѣченіе одного или части пальца на рукахъ и на ногахъ, а также урѣзаніе носа или вырываніе ноздрей. Идея возмездія, какъ указано выше, была слабо развита въ русскомъ правѣ, такъ что изувѣчивающія наказанія развивались почти исключительно подъ господствомъ двухъ послѣднихъ началъ.

Изувѣчивающія наказанія, налагаемыя ради обезпеченія (сдѣланія безвреднымъ) и налагаемыя въ качествѣ неизгладимыхъ признаковъ преступности, служа однѣмъ и тѣмъ же полицейскимъ цѣлямъ безопасности, легко замѣняются одно другимъ и представляютъ поэтому въ своемъ историческомъ развитіи постоянное движеніе. Семнадцатый вѣкъ и первая часть восемнадцатаго были эпохой наибольшаго распространенія изувѣчивающихъ наказаній разныхъ видовъ. Въ концѣ XVII вѣка сокращается отсѣченіе рукъ, ногъ и пальцевъ; въ теченіе XVIII вѣка, отчасти по закону, отчасти по обычаю, сокращается примѣненіе прочихъ изувѣчивающихъ наказаній, и въ XIX они исчезаютъ совершенно. Послѣднее изъ сихъ наказаній—рваніе ноздрей—отмѣнено въ 1817 году.

б) Клейменіе.

Клейменіе или „пятнаніе“, извѣстное въ Россіи уже съ XIV вѣка, до послѣднихъ годовъ XVII столѣтія примѣняется всегда въ качествѣ спеціальной мѣры или для отдѣльнаго случая, или для небольшой группы ихъ. Болѣе широкое примѣненіе, въ качествѣ общей мѣры, клейменіе получаетъ лишь въ самомъ концѣ XVII вѣка. Въ 1691 году повелѣно всѣхъ лицъ, которыя „довелись смертной казни, а той казни имъ не учинено . . . пятнать и ссылать“. Равнымъ образомъ, за три татьбы смертью не казнить, а „бить кнутомъ и запятнавъ ссылать“. Въ 1698 году вводится общая мѣра клейменія въ Сибири городовымъ клеймомъ, по образцамъ, посланнымъ изъ Москвы особо для каждаго города, ссыльныхъ преступниковъ всякаго рода, „буде которые за работу не примутся, или пойдутъ за какимъ воровствомъ и учнутъ свою братью обижать и упиваться, или свои статки и заводы пропивать“ (запятнанный городовымъ клеймомъ, за всякое „воровство“, а равно за удаленіе изъ мѣста ссылки въ иной городъ или въ слободы безъ воеводскаго отпуска, подлежалъ смертной казни). Затѣмъ, въ теченіе XVIII вѣка клейменіе дѣлается постояннымъ дополнительнымъ наказаніемъ къ ссылкѣ въ каторжныя работы и на поселеніе. По уложенію 1845 года подлежали клейменію только каторжные; но по закону 12 іюля 1845 года — всѣ бѣглые ссыльные и бродяги. Рисунокъ клейма былъ весьма различенъ. Въ XVII вѣкѣ мы находимъ

клейма со словомъ „воръ“, съ буквою „Б“, то-есть бунтовщикъ, по объясненію Котошихина и съ буквою „В“ (воръ). Городовыя Сибирскія клейма налагались на спину и имѣли въ себѣ названіе соотвѣтствующаго города. Въ XVIII вѣкѣ употребляются буквы „В О“ на лбу и „Р Ъ“ на щекахъ; равнымъ образомъ, одна буква „В“ на лбу. Въ 1845 году вводятся клейма: „К А Т“ (каторжный) на лбу и щекахъ: „С Б“ (ссыльно-бѣглый), „С К“ (ссыльно-каторжный) и „Б“ (бродяга) на правой рукѣ и лопаткѣ.

Клейменіе уничтожено закономъ 17 апрѣля 1863 года.

в) Наказанія болѣзненныя.

Тѣлесныя наказанія болѣзненныя въ нашемъ правѣ древнѣйшей эпохи слагаются подъ вліяніемъ одной простѣйшей идеи — причиненія физической боли. Мы не находимъ вовсе тѣлесныхъ наказаній, направленныхъ на моральную сторону, т.-е. заключающихъ въ себѣ позорящій моментъ по преимуществу; этотъ моментъ, если и проявлялся въ наказаніяхъ, то лишь въ незначительныхъ обрядовыхъ дополненіяхъ осрамительнаго свойства, въ родѣ привязыванія на шею похищенныхъ вещей и т. п. Духовная сторона человѣка, его нравственный міръ, за весьма немногими исключеніями, стоялъ внѣ сферы уголовно-карательной дѣятельности. Всѣ тѣлесныя наказанія поэтому, даже въ низшихъ своихъ видахъ, заключали въ себѣ тяжкую боль и значительное физическое страданіе, фактически нерѣдко приближавшее ихъ къ смертной казни, притомъ казни наиболѣе мучительной. Но, тѣмъ не менѣе, о ближайшемъ и точномъ опредѣленіи размѣра этихъ страданій, соотвѣтственно тяжести преступнаго дѣянія, законодательная власть заботилась весьма мало: это предоставлялось или судебному приговору, или исполнителямъ. По орудіямъ тѣлесныя наказанія различались главнѣйшимъ образомъ слѣдующія: кнутъ, батоги, плети; затѣмъ въ XVIII вѣкѣ вводятся шпицрутены, кошки и розги.

Кнутъ употреблялся и какъ орудіе пытки, и какъ наказаніе. Наказаніе кнутомъ—„бити кнутомъ“, „кнутьемъ“, „сѣчь кнутомъ“—имѣло въ терминологіи древняго права еще два другія наименованія, именно: „жестокое наказаніе“ и „торговая казнь“, которыя употребляются въ памятникахъ безразлично (изрѣдка впрочемъ жестокимъ наказаніемъ назывались батоги). Наказаніе кнутомъ было самымъ обыкновеннымъ наказаніемъ: достаточно сказать, что въ Уложеніи 1648 года сто сорокъ одна статья имѣетъ въ своей санкціи наказаніе кнутомъ; большая часть преступныхъ дѣяній, даже самыхъ незначительныхъ влекутъ за собою кнутъ или отдѣльно, или въ соединеніи съ другими наказаніями. Сепаратные указы расширяютъ до крайнихъ предѣловъ примѣненіе кнута; такъ, напримѣръ, въ 1668 году онъ назначается за работу въ воскресные дни; по указу 1691 года повелѣвается бить кнутомъ (и ссылать въ ссылку) тѣхъ, которые, „подвязавъ руки, такожъ и ноги, а иные глаза завѣся и зажмуря, будто слѣпы и хмуры, притворнымъ лукавствомъ просять на Христово имя милостыни, а по осмотру здоровы“; указъ 1669 года угрожаетъ кнутомъ тѣмъ, „кто станутъ по большимъ улицамъ и по переулкамъ (въ Москвѣ) всякій помети и мертвечину бросать“, и т. д.

Не взирая на такое почти безграничное, примѣненіе, законодатель не опредѣлялъ ни устройства кнута, ни подробностей способа выполненія этого наказанія. Законъ лишь различалъ три способа: одинъ обыкновеннный, когда тѣло наказываемаго находилось въ висячемъ положеніи на спинѣ помощника палача; затѣмъ, наказаніе кнутомъ въ проводку по улицамъ „по торгомъ“ и „по рядомъ“, и наказаніе кнутомъ на козлѣ, то-есть на нѣкоторомъ особомъ инструментѣ, къ которому прикрѣплялось тѣло преступника въ наклонномъ положеніи. Число ударовъ кнутомъ въ древнее время не опредѣлялось въ законѣ. Законъ различалъ

лишь простое и „нещадное“ битье, не дѣлая, однако, этому послѣднему никакого ближайшаго опредѣленія. Въ судебныхъ приговорахъ число ударовъ обыкновенно тоже не опредѣлялось. Лишь закономъ 1812 года повелѣно было обозначать въ приговорѣ число ударовъ. Смертный исходъ наказанія кнутомъ былъ явленіемъ весьма обычнымъ: объ этомъ согласно говорятъ всѣ русскіе и иностранные писатели, какъ древнѣйшей, такъ и позднѣйшей эпохи. Щербатовъ идетъ даже далѣе; по его словамъ, большинство наказанныхъ кнутомъ умираютъ или при самомъ наказаніи, или вслѣдъ затѣмъ. Во всякомъ случаѣ, тяжесть наказанія кнутомъ зависѣла не столько отъ числа ударовъ, сколько отъ силы ихъ и способа нанесенія. Искусный палачъ сто ударовъ могъ сдѣлать легкими, а десять превратить въ казнь жестокую. Бывали примѣры, что палачъ съ первыхъ трехъ ударовъ перебивалъ позвоночный столбъ, и преступникъ умиралъ на мѣстѣ; наоборотъ, бывали примѣры, что сто и даже триста ударовъ не причиняли никакого замѣтнаго вреда здоровью преступника.

Батоги, прутья толщиною въ мизинецъ, употреблялись какъ наказаніе и какъ орудіе правежа при гражданскихъ взысканіяхъ. При наказаніи батогами виновнаго клали на землю лицомъ внизъ; двое исполнителей садились ему одинъ на голову, а другой на ноги и били его по спинѣ. Битье батогами различалось на простое и нещадное; послѣднее выражается иногда словами: „разболокши“, „снемъ рубашку“, „нагихъ“. Граница между простымъ и нещаднымъ битьемъ точно такъ же не имѣла формальныхъ признаковъ, какъ и въ наказаніи кнутомъ.

Плети, какъ орудіе уголовнаго наказанія по приговорамъ свѣтскихъ судовъ, входятъ въ употребленіе въ послѣднихъ годахъ XVII столѣтія. Битье плетьми имѣло тѣ же подраздѣленія, какъ и битье батогами: мы находимъ битье нещадное „снемъ рубашку“, „нагихъ“, „битье вмѣсто кнута“ и т. п.

Нѣкоторыя незначительныя сокращенія въ примѣненіи тѣлесныхъ наказаній сдѣланы были при Петрѣ Великомъ; но первый рѣшительный шагъ на пути къ отмѣнѣ ихъ совершился при Екатеринѣ Великой, когда жалованной грамотой дворянству и городовымъ Положеніемъ 1785 года были освобождены отъ тѣлесныхъ наказаній дворяне, купцы первыхъ двухъ гильдій и именитые граждане. Закономъ 1796 года освобождены священнослужители. Съ царствованія Александра I начинается послѣдовательное освобожденіе отъ тѣлеснаго наказанія лицъ другихъ состояній, разныхъ категорій, которыя въ современной терминологіи носятъ названіе лицъ, „изъятыхъ отъ тѣлеснаго наказанія по особымъ постановленіямъ“.

Въ 1817 году Императоромъ Александромъ I возбужденъ былъ вопросъ объ отмѣнѣ рванія ноздрей, клейменія и кнута. Императоръ объявилъ Комитету, особо для того учрежденному въ Москвѣ (Объяснительная Записка къ Проекту Уложенія 1845 года, стр. LIV, LV), что тѣлесныя наказанія кнутомъ и рваніе ноздрей съ поставленіемъ знаковъ, какъ безчеловѣчную жестокость, которой усиленіе зависитъ отъ произвола палача, слѣдовало бы отмѣнить. Рваніе ноздрей было тогда же отмѣнено; но поставленіе клеймъ и наказаніе кнутомъ оставлены до изданія новаго уголовнаго Уложенія, ибо члены Комитета опасались, что если „отмѣна торговой казни будетъ объявлена въ отдѣльномъ указѣ, то народъ по неразумію легко можетъ вообразить, будто и всякое уголовное наказаніе съ симъ вмѣстѣ отмѣняется, тогда какъ въ Уложеніи, напротивъ, сія перемѣна, будучи обнародована вмѣстѣ съ другими исправленіями нашихъ уголовныхъ законовъ, не можетъ дать повода къ толкамъ сего рода“. Въ Сводѣ Законовъ 1832 года приняты слѣдующія тѣлесныя наказанія: кнутъ, плети, шпицрутены, розги; сверхъ того—наказаніе плеткою по одеждѣ, хлыстомъ, палкою. Съ изданіемъ Уложенія 1845 года кнутъ былъ отмѣненъ; его мѣсто заняли плети, которыя при этомъ сохранили и то мѣсто, которое принадлежало имъ по Своду Законовъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ опредѣлено было въ законѣ число ударовъ. Тѣлесныя наказанія въ Уложеніи 1845 года

распредѣляются слѣдующимъ образомъ: плети сопровождаютъ, въ качествѣ дополнительнаго наказанія, ссылку въ каторжныя работы и на поселеніе; розги сопровождаютъ заключеніе въ исправительныхъ арестантскихъ ротахъ. Розги и хлыстъ назначаются въ нѣкоторыхъ случаяхъ какъ самостоятельное (главное) наказаніе. Сверхъ того, почти всѣ виды наказаній лишеніемъ свободы могли быть замѣняемы розгами. Въ сферѣ же подсудности военныхъ судовъ сохранены были попрежнему шпицрутены и кошки.

Законъ 17 апрѣля 1863 года отмѣнилъ шпицрутены и кошки въ военной подсудности; уничтожилъ тѣлесное наказаніе, какъ дополнительное; изъялъ безусловно женщинъ отъ тѣлеснаго наказанія. Сообразно этому, въ Уложеніи 1866 года приняты были для лицъ, неизъятыхъ отъ тѣлесныхъ наказаній, розги въ количествѣ отъ 3 до 100 ударовъ, какъ замѣняющее наказаніе; розги въ двухъ случаяхъ, какъ главное, и хлыстъ въ одномъ случаѣ тоже какъ главное. Въ 1871 году отмѣнены шпицрутены для ссыльныхъ, а въ 1885 году—розги, какъ замѣняющее наказаніе. Законъ 2 іюня 1903 года отмѣнилъ плети для ссыльныхъ. Манифестъ 11 августа 1904 года отмѣнилъ тѣлесное наказаніе въ войскахъ, а также въ сферѣ подсудности сельскихъ (волостныхъ) и инородческихъ судовъ.

4. Тѣлесное наказаніе въ дѣйствующемъ правѣ.

Въ дѣйствующемъ правѣ тѣлеснымъ наказаніямъ отводится весьма небольшая область примѣненія: 1) розги примѣняются къ ссыльно-каторжнымъ и ссыльно-поселенцамъ по Уставу о ссыльныхъ, за совершенныя ими въ мѣстѣ ссылки преступныя дѣянія; 2) до пятидесяти ударовъ, къ содержащимся въ исправительныхъ арестантскихъ отдѣленіяхъ по Уставу о содержащихся подъ стражею (ст. 397); 3) по Финляндскому Уложенію малолѣтніе отъ 7 до 15 лѣтъ подвергаются тѣлесному наказанію розгами, домашнему или по распоряженію надлежащей власти (глава III, § 1).

III. Лишеніе свободы.

Фойницкій: 1) Ученіе о наказаніи; 2) Ссылка на Западѣ; 3) О ссылкѣ въ Сибирь. Жур. Гр. и Уг. Права. 1879. 2; 4) Тюрьма или ссылка? Юридич. Вѣстн. 1881. VI; 5) Тюремная реформа и тюрьмовѣдѣніе. Жур. Гр. и Уг. Права. 1874. 1. **Палюмбецкій**, Джонъ Говардъ и состояніе тюремъ въ Европѣ въ концѣ XVIII столѣтія. Юридическія записки. V. Изд. Яневича-Яневскаго. **Лучинскій**, Основы тюремнаго дѣла. **Гольцендорфъ**, Ирландская тюремная система (Das irische Gefängnissystem). **Гинтрагеръ**, Организація лишенія свободы въ Сѣверной Америкѣ. **Тальбергъ**, Историческій очеркъ тюремной реформы. **Кистяковскій**, Молодые преступники. **Матеріалы** по вопросу о преобразованіи тюремной части. **Галкинъ**, Матеріалы къ изученію тюремнаго вопроса. **Ядринцевъ**, Русская община въ тюрьмѣ и ссылкѣ. **Андреевъ**: 1) Организація принудительной работы заключенныхъ. Журн. Гр. и Уг. Права. 1876. 4; 2) Работа каторжныхъ и арестантовъ. 1877. 1, 2. **Mittermaier**: 1) Die Gefängnissbesserung; 2) Der gegenwärtige Zustand der Gefängnissfrage. **Robin**, La question pénitentiaire. **Schwarze**, Die Freiheitsstrafe. **Krohne**, Lehrbuch der Gefängnisskunde. **Mittelstädt**, Gegen die Freiheitsstrafen. **Holtzendorff**, Die Deportation als Strafmittel in alter und neuer Zeit. **Holtzendorff** und **Jagemann**, Handbuch des Gefängnisswesens I, II. **Loiseleur**, Les crimes et les peines dans l'antiquité et dans les temps modernes. **Howard**, Etat des prisons. **Aschrott**, Strafensystem und Gefängnisswesen in England. **Leitmaier**, Oesterreichische Gefängnisskunde. **Vargha**, die Abschaffung der Strafknechtschaft.

Лишеніемъ свободы называется отнятіе у человѣка или ограниченіе возможности располагать передвиженіями съ мѣста на мѣсто и образомъ жизни. Наказаніе лишеніемъ свободы, въ разныхъ его видахъ, составляетъ въ наше время господствующій родъ наказанія. Организованное надлежащимъ образомъ, лишеніе свободы нисколько не противорѣчитъ положенію личности въ современномъ государствѣ и современному состоянію нравовъ и болѣе всякой другой карательной мѣры соотвѣтствуетъ необходимымъ свойствамъ наказанія и его спеціальнымъ цѣлямъ.

Всѣ разнообразныя формы лишенія свободы могутъ быть сведены къ тремъ видамъ: изгнаніе, ссылка, лишеніе свободы въ тѣсномъ смыслѣ или тюремное заключеніе.

1. Изгнаніе.

Изгнаніе есть удаленіе преступника изъ предѣловъ государства, области или селенія (иначе высылка).

Изгнаніе есть одинъ изъ древнѣйшихъ видовъ наказанія, какъ учрежденія общественнаго. Оно было въ употребленіи у народовъ, стоящихъ на довольно низкой степени развитія, а также въ классическихъ государствахъ. Оно не безъизвѣстно было древней Россіи, гдѣ называлось выбитіемъ изъ земли или изъ волости. Съ теченіемъ времени изгнаніе у однихъ народовъ превращается въ ссылку, у другихъ оно совершенно исчезаетъ. Вообще же нынѣ признано за общее правило, что изгнаніе преступныхъ подданныхъ есть наказаніе, несовмѣстное съ интересами общественной безопасности, такъ какъ оно практически сводится къ обмѣну преступниковъ одной области на преступниковъ другой. Оно можетъ быть признано умѣстнымъ лишь по отношенію къ иностранцамъ, по крайней мѣрѣ, за менѣе важныя преступныя дѣянія. Дѣйствующее наше право знаетъ въ небольшомъ объемѣ изгнаніе изъ опредѣленнаго мѣста государственной территоріи, такъ называемое воспрещеніе жительства, указанное въ статьяхъ 58^{1} и 58^{2} Уложенія о наказаніяхъ, и изгнаніе изъ отечества въ случаяхъ противозаконнаго оставленія его (ст. 325). Уголовное Уложеніе 1903 года опредѣляетъ ограниченіе въ правѣ избранія и перемѣны мѣста жительства, какъ послѣдствіе отбытія извѣстныхъ наказаній, съ правомъ замѣны его для иностранцевъ высылкой за границу съ воспрещеніемъ имъ возвращаться въ Россію (ст. 34 и 35).

2. *Ссылка.*

Ссылка есть удаленіе преступника на жительство въ опредѣленное мѣсто, при чемъ иногда опредѣляется самый образъ жизни и занятія его, чѣмъ она и отличается отъ изгнанія.

а) Виды ссылки, цѣли ея и оцѣнка.

Ссылка можетъ имѣть четыре спеціальныя цѣли: удаленіе преступнаго субъекта изъ метрополіи; колонизацію незаселенной или малонаселенной территоріи; пріобрѣтеніе рабочей силы для извлеченіи какой-нибудь непосредственной выгоды; перемѣщеніе преступника въ новыя, удобныя для исправленія, условія жизни. Ссылка съ первою цѣлью, весьма приближающаяся къ изгнанію, была употребительна въ Римѣ; она служила наказаніемъ только для высшаго класса. Въ государствахъ же современныхъ ссылка опредѣляется всѣми четырьмя цѣлями, при чемъ послѣдняя изъ нихъ выдвинута лишь въ новѣйшее время, когда въ числѣ спеціальныхъ цѣлей наказанія на первый планъ стали вообще выдвигаться различныя полезности для самого преступника.

Очищеніе метрополіи отъ преступныхъ элементовъ, очевидно, происходитъ на счетъ благосостоянія колоніи или отдаленной территоріи. Это есть, такимъ образомъ, только перемѣщеніе вредныхъ для общественной безопасности субъектовъ, которые, будучи опасны для метрополіи, остаются таковыми и для колоніи или для отдаленной территоріи. Для самихъ преступниковъ простая ссылка можетъ оказаться гибельною: переселенные въ отдаленную территорію, свойства и бытъ которой имъ не извѣстны, лишенные прочныхъ средствъ къ жизни, они должны погибнуть среди неблагопріятныхъ условій. Ссылка въ смыслѣ уголовнаго рабства—то-есть, ради извлеченія даровой или дешевой рабочей силы—являясь въ высшей степени полезною и цѣлесообразною въ тѣ времена и въ тѣхъ мѣстностяхъ, гдѣ и когда государство не находитъ достаточнаго числа свободныхъ работниковъ, заключаетъ въ себѣ въ то же время и весьма дурную сторону: при сколько-нибудь слабой организаціи работъ и надзора, частые побѣги и совершеніе новыхъ преступныхъ дѣяній дѣлаются неизбѣжными. Къ этому же роду ссылки должна быть отнесена, практиковавшаяся въ старое время, ссылка преступниковъ для обращенія ихъ въ государственную службу въ отдаленныхъ мѣстностяхъ. За отсутствіемъ необходимости въ даровой рабочей силѣ, новыя государства къ такой ссылкѣ

могутъ не прибѣгать, такъ какъ не нуждаются въ ней. Остается для нашего времени болѣе одобрительною третья цѣль ссылки—колонизація—сама собою соединяющаяся, при правильномъ устройствѣ, съ исправленіемъ.

Въ самомъ дѣлѣ, очистить территорію отъ преступныхъ людей переселеніемъ въ отдаленныя малонаселенныя мѣста и затѣмъ превратить ихъ, раціонально устроивъ въ новомъ мѣстѣ, въ трудолюбивыхъ работниковъ и даже хозяевъ, посредствомъ надѣленія ихъ землею и возведенія на степень полноправныхъ людей—это лучшее, чего можно только желать отъ наказанія съ точки зрѣнія его цѣлесообразности. Но и здѣсь на практикѣ мы встрѣчаемся съ великими препятствіями. Во-первыхъ, подобная колонизація очень дорого стоитъ, хотя затраты единовременныя несомнѣнно будутъ щедро возмѣщены впослѣдствіи. Во-вторыхъ, колонія, по прошествіи двухъ, трехъ поколѣній, является тѣмъ благоустроеннымъ обществомъ, которое начинаетъ возставать противъ переселенія въ его нѣдра преступниковъ. Самые же преступники въ этомъ случаѣ, встрѣчая конкурренцію и нерасположеніе со стороны потомковъ прежнихъ ссыльныхъ, теряютъ возможность достигнуть необходимаго благосостоянія; здѣсь, такъ же, какъ и въ метрополіи, они остаются подонками общества, его бременящими и ему угрожающими. Во всякомъ случаѣ для государствъ, имѣющихъ большія незаселенныя пространства, этотъ родъ ссылки—ссылка колонизаціонно-исправительная—долженъ быть признанъ однимъ изъ весьма цѣлесообразныхъ наказаній [1]).

---

[1]) Многіе изъ современныхъ криминалистовъ, усматривающіе идеалъ карательныхъ мѣропріятій въ тюремномъ заключеніи, высказываются рѣшительно противъ ссылки, даже въ такомъ ограниченномъ ея примѣненіи. Практическія трудности раціональной организаціи изображаются ими въ качествѣ безусловно непреодолимыхъ. Мы можемъ лишь по этому поводу замѣтить, что и организація всѣхъ исправительныхъ мѣропріятій сопряжена съ величайшими трудностями; что ничѣмъ еще не доказано, которое изъ двухъ наказаній, тюрьма или ссылка, при равной затратѣ силъ и средствъ на ихъ организацію, будетъ заключать въ себѣ большее количество непреодолимыхъ трудностей. Противники ссылки говорятъ нерѣдко, что защитники ея витаютъ будто бы на высотахъ отвлеченныхъ понятій, между тѣмъ какъ на почвѣ реальной и практической всѣ преимущества лежатъ на сторонѣ тюремнаго заключенія. „Если—говорятъ они—разсматривать ссылку только со стороны отвлеченной, то систему ея можно себѣ представить и логически построить въ формахъ, несравненно болѣе совершенныхъ, несравненно стоящихъ ближе къ любому карательному идеалу, чѣмъ насколько къ тому способна даже система тюремнаго заключенія“ (Фойницкій, Ссылка на Западѣ); но „при соприкосновеніи съ дѣйствительностью“ ссылка превращается „въ мѣру, негодную какъ кара, безнравственную какъ способъ колонизаціи, противорѣчащую задачамъ исправленія и существу судебной дѣятельности, не дающую обѣщанной безопасности метрополіи, съ полнымъ разрушеніемъ ея въ колоніи, и въ высшей степени дорого стоющую“. Мы, съ своей стороны, скажемъ, что при желаніи, можно найти такіе же недостатки во всякомъ наказаніи и къ каждому примѣнить подобные же эпитеты. Мы думаемъ, что ни одно наказаніе, само по себѣ взятое, будучи насиліемъ надъ личностью, причиненіемъ

б) Ссылка въ Англіи и Франціи.

Въ Англіи ссылка стала входить въ употребленіе въ концѣ XVI столѣтія въ царствованіе Елизаветы; но наказаніемъ, закономъ опредѣленнымъ, она дѣлается не раньше царствованія Карла II. Ссылка въ Англіи вызвана была прежде всего стремленіемъ очистить государство не только отъ преступниковъ, но и отъ массы опасныхъ для порядка людей: лицъ, неимѣвшихъ опредѣленныхъ занятій, сектантовъ и даже публичныхъ женщинъ. Дальнѣйшее ея развитіе опредѣлилось колонизаторскими цѣлями: для обработки занятыхъ въ Сѣверной Америкѣ земель нужны были руки. Осужденныхъ перевозило въ колонію не государство, а частныя лица, подрядчики, которые за перевозку получали право пользоваться трудомъ ссыльнаго столько лѣтъ, насколько онъ былъ сосланъ. Ссылка преступниковъ въ сѣверо-американскія колоніи продолжалась до тѣхъ поръ, пока эти колоніи не населились, не достигли извѣстной степени развитія и благоустройства. Съ этого времени начинается протестъ населенія сѣверо-американскихъ колоній противъ ссылки Англіею преступниковъ. Въ 1776 году, съ возстаніемъ сѣверо-американскихъ колоній и образованіемъ ими независимаго государства, Англія лишилась прежняго мѣста ссылки. Парламентъ, актомъ 1784 года, уполномочилъ королевское правительство выбрать новое мѣсто ссылки. Выборъ палъ на Южный Валисъ. Каждый ссыльный проходилъ сначала періодъ принудительныхъ тяжкихъ работъ, которыя отбывались подъ карауломъ и при строгой военной дисциплинѣ; затѣмъ, если онъ обнаруживалъ своимъ поведеніемъ рѣшимость исправиться, его или надѣляли землею, или отдавали въ работники къ какому-нибудь эманциписту, то-есть къ поселенцу, уже надѣленному землею, на извѣстный срокъ, по истеченіи котораго снабжали его отпускомъ. Отпуски эти были условные: они давались до конца того времени, на которое ссыльный былъ осужденъ, и до истеченія этого времени могли быть за всякую вину отобраны. Эпохой наибольшаго развитія ссылки и наилучшей судьбы ссыльныхъ, оказавшихъ наклонность къ честному труду, было десятилѣтнее губернаторство Макери (1812—1822). Но по мѣрѣ того, какъ возрастала, цивилизовалась и богатѣла колонія, по мѣрѣ того, какъ одно поколѣніе эманципистовъ смѣнялось другимъ, Новый Южный Валисъ болѣе и болѣе утрачивалъ характеръ колоніи ссыльныхъ и превращался въ обыкновенное гражданское общество, для котораго становилось уже неудобнымъ принимать въ свои нѣдра ссыльныхъ. Раздача ссыльнымъ земельныхъ участковъ прекратилась, а вмѣстѣ съ тѣмъ пало существеннѣйшее условіе прежняго процвѣтанія ссылки. Наконецъ, въ 1840 году Англія принуждена была прекратить ссылку въ Новый Южный Валисъ. Ссылка направилась въ Норфолькъ, Тасманію и Западную Австралію, но не надолго. Эти колоніи не могли вмѣстить всѣхъ преступниковъ. Вслѣдствіе этого англійское правительство, закономъ 1853 года, сократило объемъ ссылки, опредѣливъ ссылать только тѣхъ, которые приговорены пожизненно, или не менѣе какъ на 14 лѣтъ; а закономъ 1857 года вовсе отмѣнило ссылку, какъ самостоятельное наказаніе, и замѣнило ее каторжными работами, предоставивъ, однакожъ, администраціи право устраивать каторжныя работы въ заморскихъ владѣніяхъ, съ водвореніемъ въ тѣхъ мѣстахъ лицъ,

боли и страданій, не заключаетъ въ себѣ ничего прекраснаго; въ каждомъ наказаніи есть масса дурныхъ сторонъ, и вся задача законодателя заключается лишь въ томъ, чтобы, сообразно условіямъ мѣста и времени, изъ двухъ золъ взять меньшее, взвѣсивъ всѣ выгоды и невыгоды каждаго мѣропріятія.

отбывшихъ сроки каторжныхъ работъ. Въ этомъ послѣднемъ видѣ, ссылка продолжалась въ Западную Австралію до 1870 года. Нынѣ ссылка въ Англіи, даже и по отбытіи каторжныхъ работъ, болѣе не существуетъ.

Ссылка во Франціи, какъ точно опредѣленное и практически примѣняемое наказаніе, есть учрежденіе недавнее. Она введена императорскимъ декретомъ 1852 года, который затѣмъ былъ утвержденъ закономъ 1854 года. Эта ссылка (transportation) замѣнила собою наказаніе каторжными работами (travaux forcés), отбывавшееся въ особыхъ понтонныхъ тюрьмахъ (bagnes). Мѣстомъ ссылки избраны Гвіана и Новая Каледонія. Въ Гвіанѣ учреждены земледѣльческія пенитенціарныя заведенія, изъ которыхъ одно спеціально для женщинъ. Гвіана и Новая Каледонія принадлежатъ къ плодороднѣйшимъ странамъ въ мірѣ; но климатъ Гвіаны крайне нездоровъ, такъ что гвіанскія заведенія, именно въ Каэннѣ, получили названіе colonie mortuaire. Поэтому съ 1864 года французское правительство направляетъ ссылку изъ европейской Франціи въ Новую Каледонію, отличающуюся прекраснымъ климатомъ, ограничивъ ссылку въ Гвіану лишь лицами африканскаго происхожденія. Ссыльные раздѣляются на четыре класса, соотвѣтствующіе различнымъ степенямъ хорошаго или дурного поведенія. Ежегодно классификація можетъ быть измѣняема администраціей. Ссыльные перваго класса предназначаются къ отсылкѣ въ центръ земледѣльческой колонизаціи. Здѣсь они получаютъ во временный надѣлъ извѣстное пространство земли. Они подчинены сравнительно мягкой дисциплинѣ и раздѣляются на группы. Каждая группа имѣетъ своего директора, который въ своемъ лицѣ соединяетъ и роль судьи, и роль административнаго начальника. Второй классъ ссыльныхъ помѣщается въ образцовой фермѣ. Ссыльные этого разряда менѣе свободны, чѣмъ земледѣльческія группы; дисциплина въ примѣненіи къ нимъ является болѣе строгою. По выходѣ изъ фермы, они поступаютъ въ разрядъ надѣляемыхъ землею, или въ услуженіе къ частнымъ лицамъ. Ссыльные третьяго класса употребляются на работы въ мастерскихъ и на публичныя работы. Они подчинены весьма строгой дисциплинѣ. За хорошее поведеніе они переводятся въ высшіе классы. Неисправимые составляютъ четвертый классъ; они помѣщаются въ особой тюрьмѣ, употребляются на тяжкія работы, подчинены суровому режиму, лишены вознагражденія за трудъ.

Независимо отъ этого основного вида ссылки, транспортаціи, закономъ 1885 года введена особая ссылка (relégation) для рецидивистовъ разныхъ категорій, по отбытіи ими наказанія. Релегированные раздѣляются, сообразно ихъ поведенію, на два класса, подчиненные различнымъ режимамъ. При хорошемъ поведеніи, по прошествіи пятилѣтняго срока, они могутъ быть освобождаемы. Наконецъ, французское право знаетъ еще спеціальную ссылку для политическихъ преступниковъ (déportation), усиленно примѣнявшуюся на основаніи законовъ 1872 и 1873 года, послѣ возстанія Парижской коммуны. Въ 1880 году вся масса депортированныхъ въ этотъ періодъ получила помилованіе.

в) Ссылка въ Россіи.

Ссылка смѣнила собою древнѣйшую форму—изгнаніе или „выбитіе вонъ изъ земли“, которое, по мѣрѣ объединенія Руси, должно было потерять всякое практическое значеніе. Съ завоеваніемъ Сибири ссылка получаетъ вполнѣ опредѣленное направленіе и въ XVII вѣкѣ, когда, кромѣ Сибири, русской государственной власти подчинены были

большія пространства на югѣ, достигаетъ полнаго развитія и весьма широкаго примѣненія.

Уложеніе 1648 года назначаетъ ссылку въ немногихъ по числу случаяхъ (X 129, 198. XIX 13. XXI 9, 10; 11, 16 XXV 3, 16), но такихъ, которые, по состоянію тогдашней жизни, должны были дать громадное число ссыльныхъ: на первомъ планѣ здѣсь стоятъ тати и разбойники, за исключеніемъ тѣхъ случаевъ, когда они подлежали смертной казни; затѣмъ, табашники и корчемники, за многіе „приводы съ корчемнымъ питьемъ и съ табакомъ“. Эти двѣ категоріи давали весьма большой матеріалъ для ссылки. Независимо отъ сего, по свидѣтельству современниковъ, въ ссылку направлялись всѣ подлежавшіе освобожденію на поруки, если порукъ по нихъ не было,— порядокъ, впослѣдствіи закрѣпленный закономъ. Въ теченіе всего XVII вѣка, отдѣльными законами ссылка постоянно расширяется; почти безконечный рядъ указовъ назначаетъ ссылку за такія преступныя дѣянія, за которыя прежде полагалась или смертная казнь, или иное наказаніе. Нерѣдко въ числѣ такихъ преступныхъ дѣяній попадаются и весьма маловажныя. Два указа XVII вѣка особо выдвигаются по своему значенію въ исторіи русской ссылки и въ исторіи наказаній вообще — это указъ 1653 года и указъ 1691 года, которыми повелѣно было всѣхъ тѣхъ преступниковъ, которые „довелись смертной казни, и той казни имъ не учинено“, сослать въ ссылку.

Въ ссылку же направляются въ теченіе всего XVII и XVIII вѣка массы политическихъ преступниковъ разнаго рода. Въ 1593 году въ Сибирь переведены были всѣ жители города Углича, по поводу смятеній, вызванныхъ смертью царевича Дмитрія. Они построили и населили собою городъ Пелымъ. Затѣмъ, каждая смута, каждый заговоръ, каждое обвиненіе, носившее на себѣ сколько-нибудь политическій характеръ, влекли за собою ссылку людей нерѣдко массами. Главные виновные, по существующимъ законамъ, подвергались смертной казни, а всѣ менѣе виновные, всѣ прикосновенные, съ семьями и родственниками, нерѣдко лица, по розыску оправданныя, — всѣ направлялись въ ссылку, въ Сибирь и въ другіе „дальные городы“. Наконецъ, изъ сличенія практики съ буквою дѣйствовавшихъ законовъ нельзя не придти къ выводу, что практическое примѣненіе ссылки въ древней Россіи было и въ сферѣ общихъ преступныхъ дѣяній несравненно шире законодательнаго ея опредѣленія: въ судебныхъ приговорахъ въ громадномъ числѣ случаевъ ссылка назначается тамъ, гдѣ по закону полагается смертная казнь. Такое примѣненіе ссылки въ порядкѣ смягченія наказаній, вмѣсто смертной казни, отчетливо выражается въ самомъ текстѣ приговоровъ. Въ нихъ постоянно употребляются формулы: „довелся смертной казни и Великій Государь помиловалъ, велѣлъ животъ дать, вмѣсто смерти сослать въ ссылку“; „вмѣсто смертной казни положивъ на плаху“ и т. д.

Столь широко развитый институтъ ссылки былъ наказаніемъ, наиболѣе полезнымъ для задачъ и цѣлей государственнаго управленія. Ссылка служила для государства русскаго неизсякаемымъ источникомъ, изъ котораго черпались силы въ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ это было необходимо, для службы гражданской и военной, для заселенія и укрѣпленія границъ, для добыванія хлѣбныхъ запасовъ на продовольствіе служилымъ людямъ, для работъ по постройкамъ крѣпостей и сооруженій разнаго рода и т. д. Законъ очень рѣдко опредѣлялъ въ XVII вѣкѣ мѣсто ссылки; это зависѣло отъ административнаго распоряженія. Правительство въ каждое данное время направляло ссыльныхъ въ тѣ именно мѣстности, гдѣ являлся недостатокъ въ рабочей силѣ. Такими мѣстностями были, конечно, прежде всего мѣста „украинныя“, мало населенныя — Сибирь и южныя окраины, а затѣмъ, каждая вновь завоеванная мѣстность, каждый вновь воздвигаемый или вновь

укрѣпляемый городъ и, наконецъ, каждый городъ, жизнь и служба въ которомъ, по мѣстнымъ условіямъ, представлялись настолько непривлекательными, что государство должно было прибѣгать къ искусственному привлеченію туда рабочихъ силъ. Такія спеціальныя цѣли ссылки требовали, чтобы сосланный въ новомъ мѣстѣ своего жительства оставался на всю жизнь, заводился домомъ и упрочивалъ свое благосостояніе. Отсюда—ссылка преступниковъ съ семьями, „съ женами и дѣтьми“. Только въ XVIII вѣкѣ стала терять свое значеніе ссылка преступниковъ съ семьями, когда государство начало употреблять ссыльныхъ на трудъ подневольный въ тѣсномъ смыслѣ, получившій впослѣдствіи названіе каторжнаго, соединенный съ держаніемъ ссыльныхъ въ тюрьмѣ во время, свободное отъ работъ. Забота о томъ, чтобы ссыльный заводился домомъ въ мѣстѣ ссылки и жилъ семьею, доходила до того, что правительство въ XVII вѣкѣ, подъ угрозою наказанія, предписывало мѣстнымъ жителямъ выдавать своихъ дочерей замужъ за ссыльныхъ; давало ссыльнымъ разныя льготы въ дѣлѣ вступленія въ бракъ; смотрѣло снисходительно на связь ссыльнаго съ некрещенными инородческими женщинами и т. п. Въ тѣ мѣстности, которыя особо нуждались въ прочномъ населеніи, правительство вовсе не ссылало холостыхъ преступниковъ, а только женатыхъ съ семьями.

По роду тѣхъ занятій, къ которымъ предназначались ссыльные, ссылка въ древней Россіи раздѣлялась главнѣйшимъ образомъ на три категоріи: ссылка „въ службу“, ссылка „въ посадъ“ и ссылка „на пашню“.

Сосланные въ службу, „въ какую кто пригодится“, какъ обыкновенно выражались, приверстывались въ мѣстѣ ссылки, смотря по ихъ винамъ и по прежнему общественному положенію, въ дѣти боярскія, въ дворяне, въ стрѣльцы, въ казаки конные и пѣшіе или, наконецъ, на разныя должности гражданской службы За немногими ограниченіями, такіе сосланные въ службу подчинялись общему порядку ея, наравнѣ съ прочими служилыми людьми. Они точно такъ же получали государево жалованье по окладу, иногда, впрочемъ, уменьшенному, точно такъ же могли повышаться по ступенямъ служебной іерархіи и проч.

Ссылка въ посадъ состояла въ приписке ссыльнаго къ посадскимъ тяглымъ людямъ того города, который былъ назначенъ мѣстомъ ссылки. Положеніе ихъ ничѣмъ не отличалось отъ положенія коренныхъ мѣстныхъ жителей — они пользовались тѣми же правами и несли тѣ же обязанности въ отношеніяхъ къ государству.

Ссылка на пашню, или „въ пашенные крестьяне“, направлялась почти исключительно въ Сибирь. Изъ нея впослѣдствіи выработалась, такъ называемая, ссылка на поселеніе. Ссыльнымъ пашеннымъ людямъ отводилась земля и выдавалась изъ казны ссуда на первоначальное обзаведеніе: деньгами, сельско-хозяйственными орудіями, скотомъ и хлѣбомъ. Ссыльные пашенные люди обязаны были пахать „на Государя десятинную пашню“, въ размѣрѣ, обыкновенно, по полудесятинѣ въ годъ, доставляя продукты съ этого участка въ казну; иногда они облагались и другими, дополнительными повинностями. Изрѣдка находимъ мы въ памятникахъ особый видъ ссылки на пашню; ссыльному не предоставляется права организовать самостоятельное хозяйство, а онъ отдается „въ работу пашеннымъ мужикамъ по смерть“. Такой видъ ссылки былъ, впрочемъ, лишь рѣдкимъ исключеніемъ.

Такимъ образомъ, мы видимъ, что всѣ виды ссылки, практиковавшіеся въ нашемъ отечествѣ до XVIII вѣка, до развитія ссылки въ каторжную работу въ тѣсномъ смыслѣ, представляли собою весьма характерную общую черту: ссыльный находилъ для себя въ мѣстѣ ссылки опредѣленное гражданское положеніе, которое въ общемъ соотвѣтствовало его способностямъ. Онъ не только приносилъ пользу, что возможно и при подневольномъ каторжномъ трудѣ, но и для

себя самого извлекалъ изъ ссылки полную возможность въ новомъ мѣстѣ жительства начать новую жизнь. Если онъ былъ преступникъ случайный—переходя въ новое мѣсто, онъ удалялся отъ свидѣтелей его преступнаго дѣянія; если онъ былъ преступникъ привычки или по ремеслу, — онъ, въ пустынныхъ, малонаселенныхъ и ему незнакомыхъ мѣстахъ, терялъ всѣ удобства продолжать свои преступныя занятія, а голодъ служилъ для него, правда, не весьма гуманнымъ, но зато весьма дѣйствительнымъ побужденіемъ обратиться къ честному труду и работѣ. Конечно, государство не ставило въ свою программу такихъ исправительныхъ, въ широкомъ смыслѣ этого слова, цѣлей. Программа государственная мало заботилась о личности преступника; она была весьма проста и сводилась къ одному: не вторгаясь во внутреннюю жизнь преступника, поставить его въ положеніе, наиболѣе полезное для наличныхъ интересовъ государства. Интересы государственные требовали колонизаціи и укрѣпленія окраинъ; на эту цѣль направляемы были, въ числѣ прочихъ, и силы преступниковъ. Все остальное вытекало само собой, какъ необходимое послѣдствіе изъ основнаго начала. Конечно, сосланные, напримѣръ, въ службу преступники могли представлять собою матеріалъ, не вполнѣ для государственной службы доброкачественный. Но, при бѣдности наличныхъ служилыхъ силъ, государство мало обращало вниманія на это, и нельзя не сознаться, поступало для того времени вполнѣ благоразумно. Правительство шло въ этомъ отношеніи такъ далеко, что запрещало сибирскимъ воеводамъ приверстывать на выбылыя мѣста „вольныхъ“, „охочихъ“ людей, если были въ запасѣ ссыльные. Самъ ссыльный, попадая въ назначенное ему властью положеніе, не только оставался гражданиномъ, но и находилъ въ этомъ положеніи источникъ матеріальнаго обезпеченія: на службѣ — государево жалованье; въ посадѣ — ремесла и торговлю; на пашнѣ—земледѣліе. Оставаться безъ опредѣленнаго положенія, внѣ источника къ пропитанію, онъ не могъ, если только не бѣжалъ съ мѣста ссылки; государству же его пропитаніе не стоило ничего. Такая весьма не сложная, но въ то же время цѣлесообразная организація института ссылки справедливо привлекала къ себѣ вниманіе иностранцевъ, бывавшихъ въ Россіи, и вполнѣ основательно вызывала ихъ особыя похвалы.

Конечно, дѣло прикрѣпленія ссыльныхъ къ мѣсту было дѣломъ далеко не легкимъ. Правительственная цѣль, „чтобы однолично всякій ссыльный у того дѣла былъ и въ томъ мѣстѣ жилъ, гдѣ кому и у какого дѣла быть велѣно, и бѣжать бы на сторону не мыслилъ“—слова одной грамоты конца XVII вѣка—не всегда достигалась. Несмотря на всѣ мѣры, множество ссыльныхъ „своими трудами питатися не хотятъ“; „только того усматриваютъ, что своровать“; „за промыселъ никакой не принимаются“; „свои статки и заводы пропиваютъ“ и „бѣгутъ на старину“. Ловятъ ихъ на Верхотурьѣ, по другимъ городамъ и въ самой Москвѣ; бьютъ кнутомъ, рѣжутъ уши, казнятъ всякими казнями. Указомъ 1698 года вводится въ высшей степени суровая мѣра: клеймленіе городовыми клеймами всѣхъ тѣхъ ссыльныхъ, которые обнаруживаютъ дурное поведеніе въ мѣстѣ ссылки (см. выше). Все это не прекращало побѣговъ, не прекращало „воровства“. Тѣмъ не менѣе, должно сознаться, что ссылка сослужила свою службу нашему отечеству: Сибирь завоевана, населена и культивирована преступниками. Неисчислимыя богатства доставлены изъ нея руками ссыльныхъ въ царскую казну.

Очевидно ссылка въ то время не была и не могла быть учрежденіемъ гуманнымъ: массами гибли ссыльные въ борьбѣ съ природой и враждебными племенами; потоками проливалась ихъ кровь правительствомъ въ борьбѣ съ ними самими. Но не забудемъ, что и въ современныхъ тюрьмахъ, даже усовершенствованныхъ, гибнетъ не мало людей, только гибнетъ иными путями, притомъ безъ всякой пользы для отечества. Не забудемъ и того, что старая русская ссылка хотя и была, подобно современной, ссылкою пожизненною, тѣмъ не менѣе наглядно доказала, что элементъ правопораженій, въ смыслѣ лишенія правоспособности, ей не присущъ органически, а можетъ быть связанъ съ нею лишь настолько, насколько практически вытекаетъ изъ невозможности возвращенія въ метрополію. Ссыльный въ новомъ мѣстѣ жительства являлся такимъ же гражданиномъ, какимъ былъ „на старинѣ“; при хорошемъ поведеніи онъ былъ совершенно равенъ со всѣми другими мѣстными жителями—потомками прежнихъ ссыльныхъ и вольными переселенцами. Между тѣмъ, преступникъ, выпущенный изъ тюрьмы и возвращенный въ свое прежнее общество, всегда остается въ немъ на долгое время отверженцемъ, не взирая ни на какія заботы общественнаго покровительства освобожденнымъ.

Восемнадцатый вѣкъ приноситъ съ собою большія перемѣны. Онъ вноситъ въ составъ ссылки подневольный, каторжный трудъ [1]) и даетъ ему очень скоро преобладающее значеніе; мѣстѣ съ тѣмъ старая организація ссылки разлагается, а новая заставляетъ себя долго ждать; число же лицъ, подлежащихъ ссылкѣ, все увеличивается, чему не мало способствуетъ и отмѣна смертной казни при императрицѣ Елизаветѣ Петровнѣ. Потребность въ рабочей силѣ при постройкѣ городовъ и крѣпостей, сооруженіи каналовъ и портовъ побудила правительство уже въ самомъ началѣ XVIII вѣка отодвинуть на второй планъ колонизаціонную ссылку и направить руки преступниковъ главнѣйшимъ образомъ на работы въ самой метрополіи и на ея южныхъ и западныхъ окраинахъ. Созданіе флота и учрежденіе казенныхъ заводовъ требуютъ того же самаго. Развивая широко ссылку въ каторжныя работы, правительство, однако, весьма мало заботится о внутреннемъ порядкѣ института; ни порядокъ управленія ссыльными, пересылки и распредѣленія ихъ, ни порядокъ работъ законами почти не опредѣляются Правительство забываетъ даже самые элементарные пріемы, выработанные предъидущей эпохой; оно не принимаетъ мѣръ къ тому, чтобы въ работу не были ссылаемы люди, ни къ какому труду неспособные. Дѣло доходитъ въ этомъ отношеніи до того, что на работы ссылаются преступники съ отсѣченными правыми руками (Указъ Лассію 1743 года). Въ тѣхъ же случаяхъ, когда извлеченіе каторжнаго труда изъ преступниковъ не предполагалось, устраняется нерѣдко и всякая забота о дальнѣйшей судьбѣ ссыльнаго: преступники ссылаются въ отдаленные города безъ всякаго опредѣленнаго положенія въ новомъ мѣстѣ жительства, такъ сказать, на произволъ судьбы, а „пропитаніе имъ имѣть, говорится въ приговорахъ, отъ трудовъ своихъ“—явленіе вовсе невозможное въ XVII вѣкѣ.

Въ результатѣ, къ концу XVIII вѣка получается полное разстройство всего дѣла: ссылка сибирская прежнихъ полезностей не даетъ; колонизаціонная сторона ея падаетъ; масса ссыльныхъ остается безъ занятій и безъ средствъ къ жизни; побѣги и совершеніе ими преступленій доходятъ до крайнихъ размѣровъ. Въ Европейской Россіи оказывается скопленіе приговоренныхъ къ работамъ въ такихъ мѣстахъ, гдѣ никакихъ работъ нѣтъ или ихъ недостаточно. Институтъ ссылки, вмѣсто пользы, становится тягостью для государства. Начинается движеніе, направленное къ сокращенію и даже полной отмѣнѣ ссылки. Это движеніе выражается въ нѣсколькихъ законодательныхъ распоряженіяхъ, скороспѣлыхъ, непрактичныхъ и необдуманныхъ, вызывающихъ лишь недоразумѣнія и новыя противорѣчивыя мѣропріятія. Въ концѣ XVIII и началѣ XIX вѣка положеніе было критическимъ: необходимо было или привести въ порядокъ институтъ ссылки, съ возможнымъ даже ея расширеніемъ, или, въ противномъ случаѣ, возвратиться къ смертной казни въ прежнемъ ея объемѣ. Сперанскій понялъ все значеніе ссылки въ Россіи и направилъ свои силы къ тому, чтобы придать ей

[1]) Каторга — гребное судно. Первая мысль объ употребленіи преступниковъ въ работу для гребли на каторгахъ возникла еще въ 1668 году.

прежнее, по преимуществу колонизаціонное значеніе. Составленный имъ Уставъ о ссыльныхъ 1822 года полагаетъ основы внутренней организаціи ссылки, затѣмъ, съ изданіемъ Уложенія 1845 года она получаетъ точную опредѣленность, какъ наказаніе.

Уложеніемъ 1845 года опредѣлены были слѣдующіе виды ссылки: 1) ссылка въ каторжныя работы, въ рудникахъ, крѣпостяхъ и на заводахъ; 2) ссылка на поселеніе въ Сибирь, въ качествѣ самостоятельнаго наказанія и въ качествѣ послѣдствія каторжныхъ работъ по отбытіи срока послѣднихъ; 3) ссылка на житье въ Сибирь и въ отдаленныя губерніи, кромѣ Сибирскихъ, для лицъ высшихъ состояній въ качествѣ параллельнаго наказанія взамѣнъ тягчайшихъ формъ тюремнаго заключенія (арестантскія роты и рабочій домъ), назначавшихся для лицъ, неизъятыхъ по правамъ состоянія отъ тѣлесныхъ наказаній. Сосланный на житье обязанъ былъ избрать родъ жизни съ приписью къ мѣщанскому или крестьянскому обществу. Къ этимъ основнымъ видамъ ссылки присоединялась еще ссылка на водвореніе въ Сибирь въ нѣкоторыхъ особыхъ случаяхъ, а также для бродягъ (законъ 23 ноября 1853 года). Въ періодъ времени отъ 1854 года до нашихъ дней ссылка подвергалась неоднократно нѣкоторымъ частичнымъ измѣненіямъ; но общее состояніе ея было печальное и вызывало постоянныя предположенія объ ея отмѣнѣ. Къ концу XIX столѣтія констатировано полное разстройство всего дѣла: по даннымъ 1898 года третья часть ссыльныхъ совершенно ускользала отъ всякаго наблюденія и контроля власти; другая треть находилась въ постоянномъ передвиженіи, въ поискахъ работы, и въ совершенно необезпеченномъ положеніи и лишь одна треть проживала на мѣстахъ въ качествѣ постоянныхъ рабочихъ и земледѣльцевъ.

Закономъ 10 іюня 1900 года произведено существенное сокращеніе ссылки: ссылка на житье отмѣнена, а ссылка на поселеніе ограничена немногими сравнительно случаями.

Дѣйствующее право знаетъ три вида ссылки какъ наказаніе: ссылка въ каторжныя работы, ссылка на поселеніе и ссылка на водвореніе.

1. *Каторжныя работы.* Именемъ этимъ первоначально называемы были работы на галерахъ, именовавшихся каторгами. Впослѣдствіи видовое названіе принудительныхъ работъ на каторгахъ принято было для обозначенія вообще принудительныхъ подневольныхъ работъ въ другихъ мѣстахъ, какъ-то: въ крѣпостяхъ, въ портахъ, на заводахъ, въ рудникахъ. Осужденные къ каторжнымъ работамъ безъ срока или на время свыше двѣнадцати лѣтъ—именуются каторжными перваго разряда; осужденные къ работамъ свыше восьми и до двѣнадцати лѣтъ—именуются каторжными второго разряда; осужденные къ работамъ отъ четырехъ и до восьми лѣтъ—именуются каторжными третьяго разряда. Осужденные къ каторжнымъ работамъ назначаются: въ рудники, на заводы, фабрики и другія работы въ Сибири, или размѣщаются въ особыхъ, приспособленныхъ для содержанія этихъ людей, тюрьмахъ, учреждаемыхъ въ разныхъ мѣстахъ имперіи, на основаніи закона 18 апрѣля 1869 года. Женщины, осужденныя къ каторжной работѣ, въ рудники не назначаются. Работы, производимыя подъ землею при добываніи рудъ, какъ наиболѣе тяжкія, примѣняются лишь къ каторжнымъ перваго разряда (Уст. о ссыльныхъ, ст. 3—5).

Являясь тягчайшимъ уголовнымъ наказаніемъ, каторжныя работы, тѣмъ не менѣе, по мысли законодателя, заключаютъ въ себѣ исправительный моментъ: отличающіеся хорошимъ поведеніемъ каторжники пользуются различными облегченіями и льготами. Каждый каторжный поступаетъ первоначально въ отрядъ испытуемыхъ, время пребыванія въ которомъ зависитъ отъ срока каторжныхъ работъ: по общему правилу это время опредѣляется отъ 1 до 8 лѣтъ, а въ указанныхъ закономъ случаяхъ можетъ быть опредѣляемо отъ 3 мѣсяцевъ (Уст. ссыл. ст. 299 и примѣчаніе). По истеченіи времени испытанія, подавшіе надежду на исправленіе переходятъ изъ отряда испытуемыхъ въ отрядъ исправляющихся. Поступившіе въ отрядъ исправляющихся пользуются многими облегченіями и льготами: содержатся безъ оковъ; пользуются большимъ числомъ праздничныхъ дней, свободныхъ отъ работы; могутъ быть употребляемы на работы не подъ военнымъ карауломъ, а подъ надзоромъ мастеровыхъ или заводской стражи, и т. д. (Уст. ссыл. ст. 300 и слѣд.).

По окончаніи срока работъ и освобожденіи отъ оныхъ, каторжные перечисляются въ разрядъ ссыльно-поселенцевъ и поселяются въ отдаленнѣйшихъ мѣстахъ; но главному мѣстному начальству предоставлено разрѣшать осужденнымъ хорошаго поведенія остаться въ мѣстахъ недальнихъ отъ рудниковъ и заводовъ, на которыхъ они были употребляемы на работу. Осужденные къ безсрочнымъ каторжнымъ работамъ, за исключеніемъ убійцъ родителей, могутъ быть по истеченіи 20 лѣтъ освобождаемы отъ работъ и перечисляемы въ разрядъ ссыльно-поселенцевъ. Сроки сіи исчисляются со дня вступленія приговоровъ въ законную силу. Правила о переходѣ въ разрядъ ссыльно-поселенцевъ примѣняются одинаково какъ къ преступникамъ, поступившимъ въ дѣйствительныя каторжныя работы, такъ и къ тѣмъ изъ осужденныхъ, которые, по закону 18 апрѣля 1869 года, находятся въ особыхъ каторжныхъ тюрьмахъ (см. выше) или содержатся въ иныхъ мѣстахъ заключенія, впредь до надлежащаго распредѣленія (Уст. о ссыл. ст. 318 и примѣч. къ ней).

2. *Ссылка на поселеніе* въ мѣстности, особо для того опредѣляемыя на каждое трехлѣтіе. Ссылка на поселеніе нынѣ, со времени закона 10 іюня 1900 года, назначается только за нѣкоторыя преступныя дѣянія, главнымъ образомъ, политическія и религіозныя; кромѣ того, ссылка на поселеніе можетъ быть назначаема въ извѣстныхъ случаяхъ, въ порядкѣ смягченія наказаній. Затѣмъ, на поселеніе обращаются такъ же приговоренные къ каторжнымъ работамъ по отбытіи срока оныхъ. Управленіе и надзоръ за ссыльно-поселенцами и устройство ихъ быта опредѣляются Уставомъ о ссыльныхъ. Въ настоящее время эта часть находится въ періодѣ коренныхъ реформъ.

3. *Ссылка на водвореніе* за бродяжество (Улож. наказ. ст. 951). Водворенные причисляются къ ссыльно-поселенцамъ.

Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года знаетъ, собственно говоря, только два вида ссылки: ссылку на поселеніе и ссылку на водвореніе; вмѣсто „ссылки“ въ каторжныя работы, оно говоритъ просто о каторгѣ; „слово ссылка, говорятъ составители, указывая на удаленіе преступника въ особо отведенныя для того мѣстности, являющееся въ дѣйствительности только послѣдствіемъ каторги, вноситъ въ самое названіе наказанія условіе, представляющееся несущественнымъ и даже иногда, смотря по мѣсту устройства каторжныхъ тюремъ, неточнымъ“ (Объясн. Зап.).

Каторга по угол. улож. 1903 года назначается или безъ срока, или на срокъ отъ 4 до 15 лѣтъ; кромѣ того въ особыхъ случаяхъ срокъ каторги удлиняется до 20 и даже 30 лѣтъ. Каторга отбывается въ особыхъ каторжныхъ тюрьмахъ, а лица женскаго пола могутъ отбывать ее и въ особыхъ помѣщеніяхъ при исправительныхъ домахъ. Приговоренные содержатся въ общемъ заключеніи и разобщаются на ночь, если имѣются необходимыя къ тому приспособленія; они подвергаются принудительнымъ тяжкимъ работамъ какъ въ помѣщеніяхъ тюремъ, такъ и внѣ оныхъ. По отбытіи каторги, преступники переводятся на поселеніе въ предназначенныя для того мѣстности: приговоренные къ каторгѣ безъ срока, по истеченіи 15 лѣтъ, а приговоренные къ срочной каторгѣ, по истеченіи $^2/_3$ опредѣленнаго имъ срока, въ случаѣ одобрительнаго ихъ поведенія. Не подвергаются каторгѣ несовершеннолѣтніе въ возрастѣ отъ 10 до 17 лѣтъ и лица, достигшія 70 лѣтъ.

Ссылка на поселеніе, по новому уголовному уложенію, является наказаніемъ, примѣняемымъ главнымъ образомъ за преступленія религіозныя и политическія; кромѣ того, она является наказаніемъ, замѣняющимъ смертную казнь и каторжныя работы для лицъ, достигшихъ 70 лѣтъ (ст. 57), а также наказаніемъ за преступленія, не погашаемыя давностью (ст. 99 и 68 ч. 2). Ссылка на поселеніе назначается безъ срока, и приговоренные ссылаются въ предназначенныя для того мѣстности, опредѣляемыя на каждое трехлѣтіе, въ законодательномъ порядкѣ, по представленію министровъ юстиціи и внутреннихъ дѣлъ; кромѣ того, въ ст. 84 и 96 говорится объ особо предназначенныхъ для нѣкоторыхъ осужденныхъ (для скопцовъ и другихъ изувѣрныхъ сектантовъ) мѣстностяхъ. Приговоренные къ ссылкѣ на поселеніе по истеченіи 10 лѣтъ, въ случаѣ одобрительнаго ихъ поведенія, могутъ быть освобождены отъ поселенія; срокъ этотъ увеличивается до 15 лѣтъ въ случаѣ совокупности преступленій. По освобожденіи отъ поселенія приговоренные приписываются властью мѣстнаго губернскаго начальства къ волостямъ, и имъ предоставляется причисляться къ сельскому или мѣщанскому обществу, на общемъ основаніи, по полученіи надлежащаго пріемнаго приговора общества. Послѣдствіемъ поселенія, по освобожденіи отъ онаго, являются нѣкоторыя ограниченія въ правѣ передвиженія и въ выборѣ постояннаго мѣста жительства, частью срочныя, частью же, для бывшихъ каторжниковъ, пожизненныя (ст. 34, 35).

Ссылка на водвореніе оставлена въ новомъ уголовномъ уложеніи безъ измѣненій; по ст. 275 бродяги, т.-е. виновные въ праздношатаніи, отказавшіеся удостовѣрить свою личность или давшіе о ней ложное свѣдѣніе, наказываются заключеніемъ въ исправительномъ домѣ на срокъ не менѣе 3 лѣтъ и по отбытіи этого наказанія, если личность ихъ остается не обнаруженной, ссылаются на водвореніе.

32

3. Тюремное заключеніе.

Тюремнымъ заключеніемъ или лишеніемъ свободы въ тѣсномъ смыслѣ называется такая форма лишенія свободы, въ которой преступникъ помѣщается въ особое, для того предназначенное, учрежденіе—тюрьму—съ опредѣленнымъ режимомъ и обязательнымъ образомъ жизни.

а) Оцѣнка тюремнаго заключенія.

Тюремное заключеніе, преимущественно передъ всѣми другими видами наказаній, представляетъ собою постепенность и дѣлимость, возможность хорошихъ вліяній на преступника, устраненіе излишнихъ мученій. Тюремное заключеніе вполнѣ соотвѣтствуетъ положенію личности гражданина въ современномъ государствѣ и современнымъ общественнымъ нравамъ. Поэтому оно въ настоящее время заслонило собою и смертную казнь, и наказанія тѣлесныя, и наказанія, направляющіяся на честь, и, наконецъ, всѣ другія формы лишенія свободы. Необходимость спеціальныхъ работъ и изслѣдованій, связанныхъ съ технической стороной организаціи тюремнаго заключенія, вызвала выдѣленіе этого отдѣла общей части уголовнаго права въ особую вѣтвь—*Тюрьмовѣдѣніе* (Gefängnisskunde).

Не взирая на указанныя, общепризнанныя въ литературѣ, преимущества тюремнаго заключенія; не взирая на то господствующее положеніе, которое занимаетъ тюремное заключеніе въ современныхъ законодательствахъ и доктринѣ XIX вѣка,—при спокойномъ и безпристрастномъ къ нему отношеніи легко усмотрѣть, что и оно обладаетъ весьма и весьма многими существенными недостатками. Мало того, при ближайшемъ разсмотрѣніи оказывается, что единственнымъ несомнѣннымъ и рѣшительнымъ его достоинствомъ можетъ быть признано только одно: это, именно, соотвѣтствіе съ нашими современными этическими воззрѣніями, не переносящими физическихъ страданій преступ-

никовъ, въ особенности сопряженныхъ съ пролитіемъ крови,—тюремное заключеніе есть наказаніе гуманное. Затѣмъ, все прочее или представляется до извѣстной степени сомнительнымъ, или значительно подрывается обратными сторонами института.

Такъ, прежде всего, тюремное заключеніе требуетъ неизбѣжно продолжительныхъ сроковъ отбытія. Между тѣмъ, какъ мы видѣли, всякое наказаніе, по существу своему, должно быть ближайшимъ образомъ связано съ преступнымъ дѣяніемъ. Отдѣленное большимъ промежуткомъ времени, оно теряетъ свою силу; лица, находящіяся въ заключеніи долгое время, перестаютъ разсматриваться обществомъ какъ преступники; они составляютъ въ глазахъ народа особый классъ „несчастныхъ людей“. Благодаря такому обстоятельству, репрессивная сила наказанія, направленная къ непрестанному охраненію нормъ порядка, рѣшительно теряется,—если можно такъ сказать, разводняется въ суммѣ неопредѣленныхъ впечатлѣній, частью человѣколюбивыхъ и гуманныхъ, частью впечатлѣній безразличія, неизбѣжно вызываемаго привычкою видѣть толпы тюремныхъ сидѣльцевъ, изъ которыхъ большинство, можетъ быть, стоитъ по умственному и нравственному уровню нисколько не ниже массы населенія. Несомнѣнно, что тюремное заключеніе представляетъ большой просторъ для мѣропріятій исправительныхъ; но въ какомъ объемѣ эти мѣропріятія дѣйствительно достигаютъ своей цѣли—это вопросъ для нашего времени не поддающійся твердому разрѣшенію. Единственнымъ доказательствомъ исправительныхъ свойствъ тюремнаго заключенія могло бы служить, очевидно, лишь сколько-нибудь точное опредѣленіе числа исправившихся; но этихъ чиселъ мы не имѣемъ и получить ихъ нѣтъ возможности. Еслибы мы даже могли опредѣлить число тѣхъ отбывшихъ тюремное заключеніе преступниковъ, которые вновь не совершаютъ преступленій (что по данным современной тюремной статистики сдѣлать очень трудно), то и тогда отъ этихъ цифръ мы не могли бы перейти къ заключенію о числѣ исправленныхъ тюрьмою, такъ какъ мы не можемъ вовсе сказать, что всѣ не совершившіе повторныхъ преступленій суть исправившіеся. Изъ массы лицъ, выпускаемыхъ изъ тюремъ, одни умираютъ, другіе отъ болѣзни или старости лишаются силъ и энергіи, третьи исправляются жизнью независимо отъ тюремныхъ воздѣйствій, четвертые и ранѣе не заключали въ себѣ стремленія къ повторенію и т. д. Всѣ они не совершатъ новыхъ преступленій, но не потому, чтобы они были исправлены тюрьмою. Процентъ такихъ лицъ не можетъ быть даже приблизительно опредѣленъ, такъ какъ ихъ число зависитъ и отъ возраста, и отъ смертности въ данное время, и отъ различныхъ явленій общественной жизни и проч. Что же касается до общаго числа рецидивистовъ среди преступниковъ, то за послѣднія десятилѣтія, ознаменованныя сильнѣйшимъ прогрессомъ тюремнаго дѣла и полнымъ преобладаніемъ тюрьмы надъ прочими наказаніями, процентъ ихъ въ большинствѣ государствъ Европы не уменьшается, а увеличивается. Затѣмъ, не должно упускать изъ виду и того, что состояніе тюремнаго сидѣльца, какъ состояніе подобное рабству, само по себѣ взятое, едва ли можетъ содѣйствовать исправительнымъ цѣлямъ. По отношенію же къ исправленію внутреннему, самая мысль о возможности превращать дурныхъ гражданъ и людей въ хорошихъ, путемъ различныхъ мѣропріятій бюрократической тюремной педагогіи, представляется намъ несбыточною мечтою. Нельзя не согласиться съ Миттельштедтомъ, что „man sollte endlich vom verhängnissvollen Irrthum ablassen, durch gesetzlich zugemessene Zeitquanta von Unfreiheit die Menschen zur Freiheit erziehene zu wollen. Das ist ein schlechterdings unlösbares Problem“ (Mittelstädt, Gegen die Freiheitsstrafen).

Равномѣрность тюремнаго заключенія, о которой такъ часто говорятъ въ литературѣ, есть представленіе утрированное: для горожанина и сельскаго жителя, для жителя долины и горца, для фабричнаго и земледѣльца, для богатаго и бѣднаго, для привыкшаго къ физическому труду и умственнаго рабочаго, для одинокаго и семейнаго человѣка—одна и та же тюрьма будетъ представлять различную, часто несоизмѣримую тяжесть.

Тюремное заключеніе не индивидуально: оно неизбѣжно ложится тяжелымъ гнетомъ на лицъ, близкихъ заключенному, прежде всего на семью его.

Наконецъ, тюремное заключеніе обходится государству весьма дорого и въ денежномъ отношеніи, и въ отношеніи личныхъ силъ управленія и надзора. Возложеніе на самого преступника обязанности возмѣщенія расходовъ по содержанію его въ тюрьмѣ—мѣра, по нашему мнѣнію, совершенно разумная и правильная, но принимаемая лишь немногими законодательствами—практически даетъ результаты весьма малые, такъ какъ громадное большинство тюремныхъ сидѣльцевъ суть люди неимущіе. Государство, взимая подати съ бѣднѣйшихъ классовъ населенія, съ честныхъ и полезныхъ труженниковъ, принуждено содержать на эти деньги стотысячныя толпы людей обществу вредныхъ. Чѣмъ лучше устроена тюрьма, тѣмъ болѣе она походитъ на богадѣльню для массы вредныхъ людей. Приспособленная къ самымъ лучшимъ цѣлямъ, устроенная согласно съ новѣйшими требованіями науки, тюрьма является школою, техническимъ училищемъ, мастерскою, гдѣ на государственный счетъ обучаются, живутъ, кормятся, пользуются медицинскою помощью люди, только что причинившіе обществу вредъ, въ то время, какъ милліоны бѣдняковъ, честныхъ тружениковъ, не только не могутъ думать о медицинской помощи, но нерѣдко лишены хлѣба насущнаго. Намъ скажутъ, что преступникъ, какъ личность, вызываетъ сожалѣніе;

что не свободной волею своей онъ направляется къ преступному дѣянію, а суммою обстоятельствъ по закону достаточной причины; что общество, его строй, нравы, обычаи, законы, само виновато въ томъ, что являются преступники—„само общество является какъ бы участникомъ совершаемыхъ въ средѣ его преступленій“; поэтому оно должно нести на себѣ тяготу наказаній. Если бы мы даже согласились и съ этимъ, то и тогда возникаетъ вопросъ, почему общественныя средства должны тратиться на преступниковъ, а не отдаются вполнѣ на нужды людей полезныхъ. Вѣдь всякій бѣднякъ, неучъ, невѣжда, всякій калѣка и т. д., всѣ люди страждующіе и нуждающіеся, не менѣе заслуживаютъ сожалѣнія и не менѣе въ ихъ тяжкомъ состояніи виновно общество. Казалось бы, разсуждая безпристрастно, государство не должно копѣйки тратить на злыхъ и вредныхъ, когда есть нуждающіеся добрые и полезные.

Таковы отрицательныя стороны тюремнаго заключенія. На нихъ давно уже указывали отдѣльные голоса въ литературѣ (Миттельштедтъ, Крепелинъ); но голоса эти совершенно терялись въ общемъ хорѣ того увлеченія тюремной системой, которымъ охвачено было истекшее столѣтіе; противники тюрьмы просто подвергались осмѣянію. Лишь въ послѣднее десятилѣтіе XIX вѣка критическое отношеніе къ тюремному заключенію получило, если можно такъ выразиться, право гражданства въ литературѣ. Въ настоящее время происходитъ сильный поворотъ—множество спеціалистовъ прямо утверждаютъ, что тюремное заключеніе въ теперешнемъ своемъ видѣ не достигаетъ цѣли: оно не исправляетъ, не устрашаетъ и не обезвреживаетъ, а наоборотъ часто толкаетъ на путь преступленія. Поэтому требуютъ, чтобы законодательство или возвратило тюремному заключенію прежнюю его устрашительную силу посредствомъ строжайшаго режима, или замѣнило его въ подлежащихъ случаяхъ иными мѣрами, каковы: тѣлесное наказаніе, принудительныя работы безъ заточенія, ограниченіе правъ, денежные штрафы, домашній арестъ и т. д.

б) Задачи и условія тюремнаго устройства.

Организація тюрьмы должна быть направлена къ осуществленію двухъ задачъ: во-первыхъ, устраненію изъ тюрьмы всего того, что можетъ разрушать болѣзненнымъ образомъ физическій организмъ заключеннаго; во-вторыхъ, превращенію тюрьмы въ такое учрежденіе, въ которомъ заключенный посредствомъ возможнаго исправленія сдѣлался бы способнымъ, безъ нарушенія общественной безопасности, возвратиться къ жизни въ обществѣ.

Для осуществленія этихъ задачъ необходимо: устройство тюремнаго зданія въ такомъ видѣ, чтобы не наносился вредъ здоровью; содержаніе арестантовъ, удовлетворяющее тому же условію; введеніе обязательныхъ работъ съ цѣлью въ однихъ поддержать и развить привычку къ труду, другихъ—лѣнивыхъ и безпечныхъ—пріучить къ работѣ, вообще же научить тому или другому ремеслу тѣхъ, которые незнакомы ни съ однимъ ремесломъ, чтобы въ концѣ концовъ довести заключеннаго до того состоянія, въ которомъ онъ, по выходѣ изъ тюрьмы, могъ бы зарабатывать честнымъ трудомъ средства къ жизни; образованіе умственное, нравственное и религіозное, какъ подспорье труду, направленное къ тому, чтобы развить въ заключенномъ чувство долга, внушить ему добрыя правила поведенія и т. д.; соотвѣтствующая задачамъ исправленія система поощреній и взысканій; размѣщеніе и содержаніе заключенныхъ такимъ образомъ, чтобы, по возможности, предупредить передачу, развитіе и усиленіе нравственной порчи и преступныхъ наклонностей; наконецъ, покровительство послѣ освобожденія изъ тюрьмы, направленное къ тому, чтобы поддержать освобожденнаго въ трудныхъ обстоятельствахъ жизни и не допустить его возвратиться на преступный путь.

Организація тюремнаго труда представляетъ собою одну изъ наиболѣе трудныхъ сторонъ тюремнаго дѣла. Тюремное заключеніе безъ строго организованнаго труда есть причина прямой деморализаціи заключеннаго. Тюремный трудъ долженъ поставить заключеннаго въ положеніе всякаго человѣка, обязаннаго въ потѣ лица своего ѣсть хлѣбъ свой; вмѣстѣ съ тѣмъ, онъ долженъ быть главнымъ исправительнымъ средствомъ для заключеннаго; онъ долженъ, по возможности, окупать издержки содержанія, доставить заключенному нѣкоторыя средства на первое время по выходѣ изъ тюрьмы, а главное, дать отбывшему наказаніе ремесло, которое въ состояніи было бы кормить его впослѣдствіи. Несомнѣнно, что этихъ цѣлей можно достигнуть лишь посредствомъ производительнаго труда, а не посредствомъ труда непроизводительнаго, такъ называемаго карательнаго, каковъ, напримѣръ, трудъ верченія ступальной мельницы (trade mill) въ англійскихъ тюрьмахъ, который имѣетъ значеніе лишь мѣры тяжкаго физическаго утомленія, связаннаго съ устрашительными впечатлѣніями. Тюремный трудъ, вмѣстѣ съ тѣмъ, не долженъ принадлежать къ какой-либо узкой, малораспространенной спеціальности; наоборотъ, онъ долженъ быть таковъ, чтобы продукты его были, по возможности, общеупотребительны. Только такой трудъ дастъ обезпеченіе арестанту въ будущемъ. Для того, чтобы тюремный трудъ приносилъ доходъ или, по крайней мѣрѣ, не былъ убыточнымъ, необходимо учрежденіе тюремъ въ мѣстахъ, гдѣ можно бы было имѣть удобный сбытъ. Сбытъ произведеній тюремнаго труда представляетъ тоже большія трудности, тѣмъ болѣе, что, по весьма понятнымъ причинамъ, тюремный трудъ не долженъ дѣлать своею конку-

ренціею подрыва вольному труду, на что нерѣдко слышатся жалобы, которыя побуждаютъ иногда даже пріостанавливать тюремныя работы. Въ устраненіе этого неудобства необходимо вводить разнообразіе работъ, дабы изъ тюремныхъ мастерскихъ не выходила масса однихъ и тѣхъ же продуктовъ. Въ послѣднее время возбуждается мысль объ обращеніи тюремныхъ сидѣльцевъ на сельско-хозяйственныя работы, какъ удовлетворяющія большинству условій тюремнаго труда и весьма удобныя тамъ, гдѣ большинство населенія занимается земледѣліемъ. Отдѣльные опыты въ этомъ направленіи производятся уже давно, хотя и безъ большаго успѣха.

Что касается порядка или самой системы производства работъ, то она можетъ быть двоякая: во-первыхъ, хозяйственная и, во-вторыхъ, подрядная. Хозяйственная система можетъ слагаться въ три пріема: а) производство работъ по отдѣльнымъ заказамъ частныхъ лицъ; б) производство торговое, т.-е. работа по распоряженію тюремнаго начальства для сбыта путемъ вольной продажи; в) производство для поставки въ казну по заказамъ правительства. Во всѣхъ этихъ трехъ формахъ хозяйственная система въ высшей степени трудна для тюремной администраціи; въ особенности затруднительно производство торговое, такъ какъ оно требуетъ оборотнаго капитала и особой организаціи продажи. Подрядная система, при которой не продуктъ труда, но самый трудъ сдается подрядчику за установленную плату, представляется болѣе легкою для администраціи, но заключаетъ въ себѣ по существу многія дурныя стороны. Подрядчикъ смотритъ на заключенныхъ исключительно съ точки зрѣнія своихъ коммерческихъ расчетовъ; онъ старается извлечь изъ ихъ труда наиболѣе выгодъ; ему совершенно чужда мысль объ ихъ исправленіи. Его прикащики и агенты, имѣя постоянное сношеніе съ заключенными, вносятъ нарушенія порядка. Во всякомъ случаѣ, какова бы ни была организація тюремнаго труда, необходимымъ ея элементомъ признается поощреніе, состоящее въ извѣстномъ вознагражденіи и выдачѣ части заработной платы при выходѣ изъ тюрьмы, такъ какъ только такой пріемъ поощренія можетъ вызвать въ заключенномъ собственное стремленіе къ успѣшному труду.

Чистый доходъ, получаемый отъ тюремной работы, при исключительно удачной ея организаціи, можетъ достигать значительныхъ размѣровъ. Въ литературѣ высказывается даже иногда мнѣніе, что онъ можетъ покрывать издержки по содержанію тюрьмы (конечно за исключеніемъ расходовъ по управленію, надзору и сооруженію зданій). Въ дѣйствительности въ этомъ заключается большое преувеличеніе. Такой знатокъ тюремнаго дѣла, какъ Кроне, прямо говоритъ: „если держаться правила, что работа заключенныхъ *должна* всѣми возможными способами покрыть издержки содержанія; если проводить это правило безъ всякаго соображенія съ правовыми и этическими задачами наказанія и

не принимать въ расчетъ того вреда, который можетъ быть причиненъ вольной промышленности въ государствѣ, то желанная цѣль можетъ быть достигнута,—даже болѣе: тюрьмы могутъ сдѣлаться источникомъ государственнаго дохода (такъ, тюрьмы штатовъ Мена и Вермонта въ Америкѣ неоднократно давали избытокъ доходовъ). Но если держаться обратнаго правила, именно, что тюремная работа должна прежде всего служить цѣлямъ наказанія, и что интересы вольной промышленности не могутъ быть игнорируемы, то чистый доходъ отъ тюремной работы всегда будетъ меньше расходовъ содержанія". Тотъ же результатъ неизбѣженъ и тогда, когда изъ заработной платы отчисляется извѣстный процентъ въ пользу арестанта. „Вообще, говоритъ Кроне, для знающихъ людей не можетъ быть сомнѣнія въ томъ, что именно въ расчетахъ дохода отъ тюремной работы господствуетъ чрезвычайно много самообмана, сознательнаго или несознательнаго, такъ что статистическимъ цифрамъ по этому вопросу можно придавать лишь самое малое значеніе; въ нѣкоторыхъ же случаяхъ, заключаетъ Кроне, цифры эти „vollständig in die Luft schweben" (Krohne, Holzendorff's Handb.).

Въ нашемъ законодательствѣ принципъ обязательнаго труда установленъ съ 1886 года; родъ занятій, опредѣляется по назначенію тюремнаго начальства, или, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, по выбору самихъ заключенныхъ, изъ числа занятій, разрѣшенныхъ для того мѣста заключенія, въ которомъ они содержатся (ст. 345 и 349 Уст. сод. подъ страж.). Трудъ необязателенъ только для лицъ, отбывающихъ заключеніе въ крѣпости и арестъ, а также для тѣхъ арестантовъ, которые отбываютъ тюремное заключеніе взамѣнъ денежныхъ взысканій. Самыя работы могутъ быть производимы и внѣ тюремной ограды. Принципъ обязательнаго труда находитъ себѣ дальнѣйшее развитіе въ Уголовномъ Уложеніи 1903 года, которое вводитъ его въ опредѣленіе каждаго вида лишенія свободы, дѣлаемое въ законѣ. За исключеніемъ крѣпости и краткосрочнаго (до 7 дней) ареста трудъ обязателенъ во всѣхъ мѣстахъ лишенія свободы. Заключенные въ исправительномъ домѣ занимаются заведенными въ немъ работами по назначенію начальства, при чемъ лица мужескаго пола могутъ быть также назначаемы на работы и внѣ исправительнаго дома; заключенные въ тюрьмѣ точно такъ же обязательно занимаются заведенными въ тюрьмѣ работами по назначенію начальства; приговоренные же къ аресту на срокъ свыше 7 дней обязаны сами избрать себѣ какое-нибудь занятіе изъ числа такихъ, какія могутъ быть допущены въ арестномъ помѣщеніи (ст. 18—21).

Всѣ обращаемые на работы арестанты, не исключая и тѣхъ, которые занимаются работами хозяйственными или предназначенными для удовлетворенія потребностей тюрьмы, пользуются правомъ на денежное за свой трудъ вознагражденіе, въ размѣрѣ отъ 30% до 60% чис-

таго заработка; если же они занимаются иными, кромѣ заведенныхъ въ тюрьмѣ, работами, то весь заработокъ обращается въ ихъ пользу; изъ своего заработка арестантъ, съ разрѣшенія тюремнаго начальства, можетъ расходовать не болѣе половины на свои надобности и на пособія семейству, остальная сумма ему выдается при его освобожденіи (Уст. сод. подъ страж. ст. 358 сл.).

Еще большихъ условій для своего успѣха требуетъ умственное образованіе и нравственно-религіозное воспитаніе. Нѣтъ сомнѣнія, что тюрьма, принимая на себя задачи исправленія, должна дать заключенному средства къ нѣкоторому умственному развитію и даже понудить его къ тому; но въ какомъ объемѣ умственное образованіе должно найти мѣсто въ тюрьмахъ — это есть вопросъ весьма спорный: одни торжественно требуютъ возможно большаго образованія тюремныхъ сидѣльцевъ, находя его даже болѣе необходимымъ для сидящихъ въ тюрьмахъ преступниковъ, чѣмъ для гражданъ непреступниковъ; другіе, наоборотъ, исходя отъ того факта, что образованность сама по себѣ не уменьшаетъ преступности, считаютъ умственное образованіе арестантовъ необходимымъ лишь настолько, насколько оно служитъ подспорьемъ техническому обученію въ сферѣ ремеслъ, а также воспитанію нравственно-религіозному. Мы, съ своей стороны, не усматривая никакихъ основаній къ особому расширенію умственнаго образованія въ тюрьмахъ, полагаемъ, что исправительныя цѣли достигаются вполнѣ тѣмъ объемомъ образованія, который принятъ въ элементарныхъ народныхъ школахъ государства (см. Streng, Holtzendorff's Handb., II); обязательнымъ оно можетъ быть признаваемо, по общему правилу, только для несовершеннолѣтнихъ. Затѣмъ, иначе долженъ быть поставленъ вопросъ объ умственномъ образованіи въ тюрьмахъ одиночнаго заключенія на сколько-нибудь долгіе сроки — въ тюрьмахъ этой категоріи школа получаетъ особое значеніе, и умственное образованіе въ нихъ по необходимости можетъ и должно быть распространяемо за указанные предѣлы: „вредное вліяніе неестественнаго, духовной природѣ человѣка противнаго, обособленія, говоритъ Штренгъ, легче всего устраняется занятіями въ школѣ. Школа поддерживаетъ необходимую для жизни въ кельѣ бодрость духа, устанавливаетъ постоянныя точки соприкосновенія съ арестантомъ и, даже при наибольшей скрытности въ характерѣ заключеннаго, можетъ возбудить откровенное и довѣрчивое его отношеніе къ тому должностному лицу, т.-е. учителю, которое помогаетъ ему побѣждать главныхъ враговъ всякаго арестанта — упадокъ духа и скуку“ (Streng ibid.). Впрочемъ, на практикѣ заботы объ умственномъ образованіи тюремныхъ сидѣльцевъ еще такъ малы, что указанный споръ о предѣлахъ тюремнаго образованія получитъ практическое значеніе лишь въ будущемъ. Въ настоящее время въ тюрьмахъ различныхъ государствъ выработались три начала: обученіе наукамъ однихъ

лучшихъ по поведенію; обученіе всѣхъ желающихъ; обязательное обученіе всѣхъ къ тому способныхъ.

Воспитаніе нравственно-религіозное не можетъ возбуждать спора по вопросу о его предѣлахъ. Но практическая сторона дѣла представляетъ несравненныя и величайшія трудности. Во всякомъ случаѣ, заботы о нравственно-религіозномъ воспитаніи занимаютъ уже нынѣ видное мѣсто въ европейскихъ тюрьмахъ: церковь и священникъ являются общимъ правиломъ. Чтеніе священнаго писанія во многихъ государствахъ усиленно распространяется среди арестантовъ. Дѣлу нравственно-религіознаго воспитанія преступниковъ нерѣдко посвящаютъ себя и частныя лица; въ Западной Европѣ существуютъ цѣлыя общества посѣщенія тюремъ съ назидательными цѣлями. Должно однако же замѣтить, что всѣ мѣропріятія этого рода не чужды глубокихъ недостатковъ; очень часто они ведутъ лишь къ лицемѣрію и притворству, безъ всякаго дѣйствительнаго улучшенія. Болѣе дѣйствительнымъ долженъ быть признанъ пріемъ возбужденія особой самодѣятельности арестанта, въ смыслѣ собственнаго его стремленія къ исправленію или, по крайней мѣрѣ, къ хорошему поведенію. Въ этихъ видахъ арестантамъ предоставляется возможность хорошимъ поведеніемъ и прилежаніемъ заслужить, во-первыхъ, рядъ льготъ, состоящихъ въ облегченіи общихъ строгостей тюремнаго режима относительно пищи, свободнаго отъ работъ времени, права свиданій и т. п., и во-вторыхъ, сокращеніе срока пребыванія въ тюрьмѣ.

Эта послѣдняя идея легла въ основу широко нынѣ развивающагося института досрочнаго освобожденія — безусловнаго или условнаго. Подъ условнымъ освобожденіемъ разумѣется такой порядокъ, при которомъ арестантъ, освобожденный изъ тюрьмы до наступленія срока, можетъ быть возвращенъ въ нее въ случаѣ неодобрительнаго его поведенія на свободѣ. При большомъ разнообразіи взглядовъ относительно объема и подробностей примѣненія этого института, господствующее мнѣніе склоняется рѣшительно въ сторону преимущества условнаго досрочнаго освобожденія передъ безусловнымъ. Условное освобожденіе принято въ настоящее время въ тѣхъ или другихъ размѣрахъ большинствомъ законодательствъ Западной Европы.^ Русское право отводитъ ему очень ограниченное мѣсто, допуская условное освобожденіе лишь въ отношеніи несовершеннолѣтнихъ преступниковъ, помѣщенныхъ въ исправительные пріюты; ближайшее опредѣленіе продолжительности содержанія ихъ здѣсь предоставляется управленію пріютовъ, и если недостигшій 18 лѣтъ несовершеннолѣтній по освобожденіи изъ пріюта опять будетъ замѣченъ въ дурномъ поведеніи, то онъ снова возвращается въ пріютъ (ст. 162 Уст. о содерж. подъ стр.). Что же касается досрочнаго безусловнаго освобожденія, то, кромѣ отбывающихъ наказаніе въ каторгѣ и ссыльно-поселенцевъ, оно установляется и для

^ кромѣ Австріи

содержащихся въ исправительныхъ арестантскихъ отдѣленіяхъ: арестанты, отличившіеся въ теченіе двухлѣтняго пребыванія въ отдѣленіи добрымъ поведеніемъ и прилежаніемъ къ труду или успѣхами въ изученіи мастерства, перечисляются въ особый отрядъ исправляющихся арестантовъ; десять мѣсяцевъ пребыванія въ этомъ отрядѣ считается за цѣлый годъ пребыванія въ исправительномъ арестантскомъ отдѣленіи, и на семъ основаніи сокращается время назначеннаго имъ по суду наказанія (ст. 312 и 317 Уст. сод. подъ страж.). Уголовное Уложеніе 1903 года, подобно дѣйствующему праву, не знаетъ условнаго досрочнаго освобожденія, но допускаетъ досрочное безусловное освобожденіе какъ для отбывающихъ каторгу, такъ и для приговоренныхъ къ заключенію въ исправительномъ домѣ (ст. 23), въ случаѣ хорошаго ихъ поведенія. См. законъ 22 іюня 1909 г.

Дисциплинарныя взысканія въ тюрьмахъ могутъ быть весьма разнообразны. Въ общемъ, въ тюрьмахъ Западной Европы они являются болѣе суровыми, чѣмъ у насъ. По нашему закону (23 мая 1901 г.) они заключаются: въ выговорѣ наединѣ или въ присутствіи другихъ арестантовъ; въ лишеніи на срокъ до 1 мѣсяца права чтенія, кромѣ книгъ духовнаго содержанія, права переписки, права свиданій, права пріобрѣтать на собственныя средства съѣстные припасы и другіе допускаемые въ мѣстѣ заключенія предметы, права распоряжаться половиной заработанныхъ денегъ; въ лишеніи заработка за прошедшее время не болѣе 2 мѣсяцевъ; въ уменьшеніи пищи до оставленія на хлѣбѣ и водѣ на срокъ не свыше 3 дней; въ арестѣ въ свѣтломъ карцерѣ на срокъ не свыше 1 недѣли; въ арестѣ въ темномъ карцерѣ на срокъ не свыше 1 недѣли съ переводомъ въ свѣтлый карцеръ и съ разрѣшеніемъ прогулки черезъ три дня въ четвертый. На арестанта, буйствующаго въ карцерѣ, можетъ быть надѣта смирительная рубашка. Сверхъ этихъ наказаній для лицъ, отбывающихъ наказаніе въ исправительныхъ арестантскихъ отдѣленіяхъ, въ болѣе важныхъ случаяхъ опредѣляются: арестъ въ свѣтломъ карцерѣ на срокъ не свыше 1 мѣсяца; арестъ въ темномъ карцерѣ на тотъ же срокъ съ переводомъ въ свѣтлый карцеръ и съ разрѣшеніемъ прогулки черезъ каждые три дня въ четвертый (Уст. сод. страж. ст. 395—397, по Прод. 1906).

Надлежащее размѣщеніе заключенныхъ, направленное къ устраненію вредныхъ взаимныхъ воздѣйствій ихъ другъ на друга, съ точки зрѣнія практической представляетъ наименѣе трудностей, сравнительно съ выполненіемъ другихъ задачъ тюремнаго устройства; но разрѣшеніе общаго вопроса о преимуществахъ той или другой системы размѣщенія принадлежитъ еще будущему. Безспорнымъ, доказаннымъ при посредствѣ опыта, является весьма немногое, а именно: начало отдѣленія мужчинъ отъ женщинъ; совершеннолѣтнихъ отъ несовершеннолѣтнихъ; помѣщеніе въ отдѣльныхъ тюрьмахъ (которыя обыкновенно и носятъ

различныя наименованія) лицъ, приговоренныхъ къ тюремному заключенію различнаго режима, отъ тягчайшаго, до легчайшаго, какіе установлены закономъ. Затѣмъ, для размѣщенія арестантовъ выработано въ настоящее время нѣсколько самостоятельныхъ пріемовъ: прежде всего, распредѣленіе въ группы по внутреннимъ чертамъ отдѣльныхъ индивидовъ—по характеру, большей или меньшей испорченности, по мотивамъ преступленій и проч. Далѣе, порядокъ индивидуальнаго разобщенія арестантовъ—полнаго или смягченнаго; на весь срокъ заключенія или на часть его; постояннаго или только на одну часть сутокъ. Наконецъ, порядокъ разобщенія искусственнаго, достигаемый посредствомъ молчанія арестантовъ, при совмѣстномъ времяпрепровожденіи.

Эти различные пріемы размѣщенія арестантовъ, оказывая неизбѣжное вліяніе на весь строй тюремнаго режима, опредѣляютъ собою различные типы тюремнаго устройства или системы тюремнаго заключенія.

33

в) Типы современнаго тюремнаго устройства.

Въ настоящее время примѣняются слѣдующія пять системъ размѣщенія и способа содержанія заключенныхъ: система одиночнаго заключенія, называемая такъ же келейною; обурнская система; прогрессивная англійская система; прогрессивная ирландская система; система общаго заключенія.

1. *Одиночное заключеніе* въ простомъ своемъ видѣ извѣстно и употребительно было въ самыхъ грубыхъ формахъ въ древнія времена. Оно часто примѣнялось къ виновнымъ въ религіозныхъ и политическихъ преступныхъ дѣяніяхъ, въ видахъ полнѣйшаго отчужденія ихъ отъ внѣтюремнаго міра. Но одиночное заключеніе, въ смыслѣ строго обдуманной карательной системы, есть произведеніе новѣйшаго времени. Оно было прямымъ слѣдствіемъ убѣжденія, съ одной стороны, что общее сожительство заключенныхъ способствуетъ взаимнымъ вреднымъ вліяніямъ и общей порчѣ, а съ другой—что впечатлѣнія раскаянія и исправленія нравственнаго получаются наилучшимъ образомъ при условіяхъ углубленія въ самого себя.

Первая попытка примѣнить эту теорію на практикѣ, хотя и въ очень ограниченномъ объемѣ, относится къ началу XVIII вѣка; папа Климентъ XI построилъ въ Римѣ исправительную тюрьму для несовершеннолѣтнихъ преступниковъ и порочныхъ дѣтей (отдававшихся въ это заведеніе по просьбѣ родителей) по системѣ одиночнаго заключенія для одной части содержавшихся, и по системѣ молчанія съ разобщеніемъ на ночь, для другой части ихъ. Тюрьма эта была устроена на 64 кельи; она носила названіе госпиталя св. Михаила и имѣла на себѣ девизъ: „Parvum est coercere improbos poena nisi efficias probos disciplina“. Затѣмъ, съ конца XVIII вѣка одиночная система получаетъ все большее и большее развитіе въ своихъ основныхъ идеяхъ и такое же распространеніе на практикѣ.

Недолгая сравнительно исторія одиночнаго заключенія,—съ небольшимъ сто лѣтъ отъ начала до нашихъ дней—распадается, тѣмъ не менѣе, на два, рѣзко другъ отъ друга отличающіеся, періода: новѣйшая одиночная тюрьма имѣетъ очень мало общаго съ тѣмъ ея первичнымъ типомъ, который сложился въ концѣ XVIII и началѣ XIX вѣка.

Въ главныхъ своихъ чертахъ исторія одиночной тюрьмы представляется въ слѣдующемъ видѣ: въ 1776 году предположено было ввести одиночное заключеніе въ Англіи въ тюрьмѣ Мильбанкъ; въ 1790 году оно было дѣйствительно введено въ пенитенціаріи Глочестерскомъ. Французское законодательство ввело въ систему наказаній въ 1791 году, такъ называемое, наказаніе la gêne. Преступникъ, осужденный на это наказаніе, подлежалъ одиночному заключенію въ свѣтломъ помѣщеніи безъ оковъ; въ продолженіе наказанія онъ не могъ имѣть никакого сообщенія съ другими осужденными, а также съ лицами внѣтюремнаго міра. Наказаніе это, впрочемъ, не было осуществлено на практикѣ. Дальнѣйшаго развитія идея одиночнаго заключенія въ эту эпоху въ Европѣ не получила. Вопреки постановленію англійскаго парламента, къ Мильбанку одиночное заключеніе примѣнено не было; оно осталось мертвою буквою закона во Франціи; Глочестерскій пенитенціарій, спустя семнадцать лѣтъ, обращенъ былъ въ обыкновенную тюрьму съ общимъ содержаніемъ. Идея одиночнаго заключенія нашла болѣе благопріятную почву въ Америкѣ и, будучи тамъ примѣнена, возвратилась оттуда въ Европу въ новомъ видѣ, въ блескѣ и славѣ, какъ идея чисто американская, съ американскимъ именемъ.

Въ Америку принесъ ее, едва-ли не впервые, знаменитый Франклинъ, который, по возвращеніи своемъ въ 1785 году изъ Англіи, основалъ въ Филадельфіи, въ штатѣ Пенсильванія, квакерское общество улучшенія тюремъ. Приверженцы созерцательной жизни, принявшіе въ 1794 году законъ, которымъ отмѣнялась смертная казнь за всѣ преступныя дѣянія, за исключеніемъ предумышленнаго убійства, пенсильванскіе квакеры на содержаніе въ тюрьмѣ взглянули, какъ на средство довести преступника до раскаянія, и на тюрьму—какъ на мѣсто покаянія; съ тѣхъ поръ тюрьма, устроенная съ цѣлью исправленія, получила имя пенитенціарія. Въ концѣ XVIII и началѣ XIX вѣка построено было нѣсколько одиночныхъ пенитенціаріевъ въ Филадельфіи, въ числѣ которыхъ первое мѣсто занимаютъ тюрьмы Питсбургская и Черри-Гильская. Къ концу тридцатыхъ годовъ американская система одиночныхъ тюремъ пріобрѣла огромную извѣстность въ Европѣ подъ именемъ Филадельфійской или Пенсильванской. По образцу пенсильванскихъ пенитенціаріевъ основаны въ Европѣ тюрьмы одиночнаго заключенія: въ Англіи—Пентонвиль; въ Пруссіи—Моабитъ, около Берлина; въ Баденѣ—Брухзаль, около Карлсруэ; во Франціи—Мазасъ, въ Парижѣ и др.

Система одиночнаго заключенія первичнаго типа состояла въ полномъ, абсолютномъ разобщеніи заключеннаго какъ съ прочими заключенными, такъ и съ внѣтюремнымъ міромъ. Это было одиночное днемъ и ночью, въ отдѣльной кельѣ, заключеніе, въ которомъ осужденный отбывалъ весь срокъ своего наказанія. Такимъ уединеніемъ надѣялись поставить заключеннаго въ необходимость, путемъ размышленій и ненарушимаго никакими внѣшними впечатлѣніями самосозерцанія, дойти до сознанія своей преступности и до раскаянія. Эта мистическая идея самоисправленія путемъ самосозерцанія, развившаяся въ связи съ идеей о совершенствѣ человѣка въ такъ называемомъ естественномъ состояніи, была, какъ извѣстно, весьма распространенною въ XVIII и началѣ XIX вѣка. Она нашла себѣ художественное, поэтическое выраженіе въ извѣстной исторіи Робинзона Крузо. Все внѣшнее устройство тюрьмы, весь внутренній порядокъ и дисциплина были направлены къ тому, чтобы предупредить всякое сообщеніе заключенныхъ другъ съ другомъ и съ внѣшнимъ міромъ. При оставленіи своей кельи, заключенные должны были надѣвать маски, чтобы не быть узнанными. Богослуженіе и проповѣдь они слушали или сидя въ особой, для того устроенной церкви, въ кельѣ, открытой въ сторону проповѣдника, или стоя въ корридорѣ въ то время, какъ священникъ въ центральной отдаленной башнѣ совершалъ богослуженіе или говорилъ проповѣдь. Въ такомъ же положеніи онъ находился и въ школѣ. Прогулку онъ совершалъ на узкомъ дворикѣ, закрытый маскою. Работы не были обязательными и допускались лишь въ видѣ исключенія, какъ награда за хорошее поведеніе.

Скоро, однакожъ, обнаружилась вся тщета и весь вредъ подобнаго абсолютнаго и столь продолжительнаго заключенія. Продолжительное одиночное заключеніе оказалось гибельнымъ для здоровья заключенныхъ: оно производило большую смертность и душевное разстройство. Самыя мѣры, которыя направлены были на разобщеніе, вродѣ масокъ, вродѣ особыхъ будокъ въ церкви и школѣ, далеко не достигали своей цѣли и превращались въ смѣшныя или вредныя для задачъ исправленія формальности. Словомъ, одиночное тюремное заключеніе оказалось не только не исправительнымъ, но даже вреднымъ въ физическомъ и нравственномъ отношеніи. Подъ вліяніемъ такихъ наблюденій, оно скоро потерпѣло коренныя преобразованія, которыя опредѣлили собою новый періодъ въ исторіи одиночной тюрьмы. Прежде всего признано было необходимымъ сократить продолжительность заключенія. Вслѣдствіе этого, въ однихъ государствахъ нынѣ оно составляетъ одну изъ частей тюремнаго заключенія вообще, въ другихъ сроки тюремнаго заключенія вообще значительно сокращены. Однимъ изъ существенныхъ условій одиночнаго заключенія признана работа, общее, религіозное и профессіональное образованіе. Идея одиночности потерпѣла значительное видоизмѣненіе: вмѣсто отдаленія отъ всего внѣшняго міра, выдвинуто начало простого изолированія заключенныхъ другъ отъ друга; самая же мысль объ исправленіи путемъ самосозерцанія оставлена, какъ не имѣющая практическаго содержанія. Защитниковъ одиночной системы въ первоначальномъ ея видѣ—съ капюшонами и масками, съ отсутствіемъ работъ—мы нынѣ не находимъ.

На обломкахъ старой, построена новая система одиночнаго заключенія съ обязательными работами въ кельяхъ и другими дальнѣй-

шими смягченіями, какъ-то: работами въ общихъ мастерскихъ, совмѣстными занятіями въ школѣ, посѣщеніями арестантовъ въ кельяхъ лицами административнаго персонала, учителями, священникомъ и проч. Эта новѣйшая система одиночнаго заключенія или система *индивидуальнаго* заключенія, въ противоположность тюрьмѣ перваго періода—*келейной* въ тѣсномъ смыслѣ—во второй половинѣ XIX вѣка привлекла къ себѣ симпатіи огромнаго большинства криминалистовъ. Но въ наши годы наступило сильнѣйшее разочарованіе: одиночная тюрьма и въ этой новой формѣ не оправдала ожиданій, на нее возлагавшихся; число противниковъ одиночной тюрьмы увеличивается постоянно.

По нашему убѣжденію одиночное заключеніе въ видѣ общей мѣры исправительной, а равно репрессивной—два качества, на которыхъ въ особенности настаиваютъ его защитники—представляется вообще, а для русской тюрьмы въ особенности, нововведеніемъ, по меньшей степени, сомнительнымъ. Кромѣ неравномѣрности его, по тяжести, для различныхъ субъектовъ, слабая сторона одиночнаго заключенія, какъ мѣры репрессіи, заключается въ томъ, что оно направляется преимущественно на духъ человѣка, а не на тѣло его. Неизбѣжность угнетающихъ впечатлѣній, а во многихъ случаяхъ и крайне вредное воздѣйствіе на психическую сторону личности арестанта, едва-ли можетъ подлежать сомнѣнію. Мы безусловно предпочли бы, какъ мѣру репрессіи въ тюрьмахъ, тяжелыя работы, сокращеніе праздничныхъ дней, даже сокращеніе въ пищѣ, насколько оно не будетъ разрушать здоровья. Что касается до воздѣйствій исправительныхъ, то въ этой области выборъ тѣхъ или другихъ мѣропріятій, думается намъ, долженъ зависѣть отъ свойствъ и особенностей того матеріала, надъ которымъ приходится оперировать. Не путемъ введенія болѣе или менѣе шаблонныхъ, теоретически построенныхъ институтовъ, выросшихъ притомъ на такой отвлеченной мистической почвѣ, какова пенсильванская келейная система, а путемъ изученія мѣстныхъ народныхъ условій и приспособленія къ нимъ должна идти тюремная реформа. Для русскаго крестьянина-земледѣльца, напримѣръ, келейное заключеніе, внѣ всякаго сомнѣнія, принесетъ не исправленіе, а одно лишь озлобленіе, чувство вражды и ожесточенія и т. д. Даже въ странѣ наибольшаго развитія и примѣненія одиночной системы, именно въ Бельгіи, раздаются весьма вѣскіе голоса о ея безполезности (см. Prins, La criminalité et repression). Указываютъ на то, что она не способна сдѣлать изъ преступника добропорядочнаго члена общества. Нравственныя качества должны слагаться и испытываться въ борьбѣ противоположныхъ интересовъ, „въ огнѣ страстей“; они не имѣютъ ничего общаго съ порядливостью въ одиночной кельѣ—самые неисправимые преступники отличаются обыкновенно образцовымъ поведеніемъ въ тюремной кельѣ. Подневольная работа въ одиночной тюрьмѣ есть полная противоположность труду свободнаго работника. Преступникъ теряетъ способность дѣйствовать свободно и снискивать себѣ пропитаніе трудомъ при условіяхъ обыденной жизни. Замѣчено, что по освобожденіи изъ тюрьмы преступники рѣдко занимаются той работой, къ которой они пріучались въ кельѣ. Въ странахъ же земледѣльческихъ одиночная тюрьма можетъ принести прямой вредъ: изъ хорошаго сельскаго работника она дѣлаетъ плохого ремесленника. Нельзя, наконецъ, думается намъ, не согласиться со Штренгомъ, который говоритъ, что въ государствахъ, не знающихъ обязательнаго народнаго образованія внѣ тюрьмы и не имѣющихъ возможности твердо поставить школьное образованіе внутри ея, одиночное заключеніе есть такое учрежденіе, которымъ хвалиться въ наше время не приходится (Streng, Holtzendorff's Handb., II).

Не менѣе этихъ соображеній, побуждаетъ насъ высказаться противъ примѣненія одиночнаго заключенія въ нашемъ отечествѣ практическая сторона дѣла. Не говоря о громадныхъ денежныхъ затратахъ, которыя потребуются для постройки келейныхъ тюремъ, легко видѣть, что всякая ошибка въ устройствѣ ихъ можетъ подорвать все дѣло и привести его къ результатамъ нежелательнымъ и вреднымъ. Даже простѣйшая и наиболѣе реальная изъ задачъ келейной тюрьмы—разобщеніе арестантовъ — можетъ легко остаться недостигнутою. Управленіе келейными тюрьмами требуетъ наивысшихъ достоинствъ тюремной администраціи; всякаго рода злоупотребленіямъ, какъ въ смыслѣ притѣсненія, такъ и предоставленія незаконныхъ льготъ отдѣльнымъ арестантамъ, открывается здѣсь широкій просторъ. Плохая организація работъ превратитъ одиночную тюрьму въ старую пенсильванскую; недостатокъ медицинскаго надзора вызоветъ оставленіе въ кельяхъ и тѣхъ арестантовъ, которые должны быть переведены въ общее заключеніе въ виду состоянія ихъ здоровья; наоборотъ, добродушно-слабое отношеніе медика и директора тюрьмы переведетъ всѣхъ арестантовъ, кромѣ немногихъ, въ чемъ-либо провинившихся, изъ келій въ общія камеры и т. д.

2. *Обурнская система* или система *молчанія* состоитъ въ одиночномъ заключеніи на ночь и въ общихъ работахъ днемъ, съ обязанностью сохранять во время работъ абсолютное молчаніе. Послѣднее должно служить средствомъ разобщенія заключенныхъ. Эта система, подобно пенсильванской, получила свое названіе отъ города Обурна, въ Нью-Іоркскомъ штатѣ Сѣверной Америки и, равнымъ образомъ, первоначально примѣняема была въ Европѣ, въ концѣ XVIII вѣка, именно, въ Гентскомъ Maison de force, построенномъ въ 1775 году, и отчасти въ госпиталѣ св. Михаила въ Римѣ (см. выше).

Система молчанія въ своемъ абсолютномъ видѣ оказалась также несостоятельною. Для поддержанія ея въ чистомъ видѣ потребовалось очень частое употребленіе строгихъ мѣръ взысканія, каково тѣлесное

наказаніе, съ предоставленіемъ притомъ дисциплинарной власти низшимъ служителямъ. Кромѣ того, при всевозможныхъ мѣрахъ взысканія она не достигаетъ своей цѣли: заключенные скоро устанавливаютъ условный языкъ и отлично переговариваются между собою знаками. Въ настоящее время Обурнская система въ сколько-нибудь значительныхъ размѣрахъ примѣняется только въ Америкѣ, а изъ европейскихъ государствъ, въ Швейцаріи. Остальныя государства примѣняютъ нерѣдко въ своихъ тюрьмахъ отдѣльные моменты этой системы—молчаніе или, по крайней мѣрѣ, полную тишину во время работъ, разобщеніе на ночь; но полнаго ея примѣненія, согласно американскому прототипу, почти не встрѣчается.

3. *Система англійская* признаетъ основнымъ условіемъ исправленія существованіе и возбужденіе собственныхъ стимуловъ къ тому у преступника. Сообразно этому тюремное заключеніе распадается на нѣсколько періодовъ, послѣдовательно отбывая которые, преступникъ, при хорошемъ поведеніи, получаетъ все большія и большія удобства и облегченія. Первый періодъ состоитъ въ одиночномъ заключеніи, которое продолжается девять мѣсяцевъ. Это, такъ сказать, періодъ испытанія; заключеніе это направлено на устрашеніе и примѣняется со всею строгостью. Вторую часть заключенія осужденный проводитъ въ общихъ работахъ днемъ и въ одиночномъ заключеніи ночью. Заключенные обѣдаютъ также въ одиночку. Въ этомъ второмъ періодѣ доброе поведеніе заключеннаго, всякій успѣхъ въ работѣ удостовѣряются выдачею извѣстнаго числа марокъ. Опредѣленное число марокъ, полученное въ теченіе извѣстнаго времени за трудъ, за поведеніе, за успѣхъ въ ремеслахъ, даетъ заключенному право переходить изъ низшей степени въ высшую. Такихъ степеней полагается четыре. При каждомъ подобномъ передвиженіи, заключенный получаетъ смягченіе своего заключенія, распространяющееся на всѣ стороны тюремнаго режима: пищу, одежду, работу, свиданія съ знакомыми и переписку съ ними, на прогулки и т. д.; наконецъ, за удовлетворительное поведеніе и за свои стремленія къ исправленію, получаетъ условный досрочный отпускъ. Это третій періодъ его наказанія — условная свобода, которою онъ пользуется внѣ тюрьмы подъ надзоромъ полиціи. Если онъ во время условнаго отпуска ведетъ себя хорошо, то продолжаетъ пользоваться своею свободою. Если же ведетъ себя дурно, условный отпускъ берется назадъ и его возвращаютъ въ тюрьму. Подобное же вліяніе имѣетъ дурное поведеніе его во время пребыванія въ тюрьмѣ: за дурное поведеніе онъ лишается извѣстнаго количества марокъ и долженъ бываетъ возвратиться изъ высшей степени въ низшую и даже опять подвергнуться одиночному заключенію.

4. *Система Крофтона* или *Ирландская* подобна предыдущей. Существеннѣйшее ея отличіе отъ тюремъ англійской системы состоитъ, такъ называемыя, *переходныя тюрьмы*. Заключенный, прошедшій чрезъ рядъ испытаній, признается достойнымъ пользоваться условной свободой и помѣщается въ такъ называемую переходную тюрьму. Эта тюрьма не можетъ быть названа тюрьмой въ собственномъ смыслѣ. Это есть мѣсто, гдѣ имѣетъ жительство осужденный; она всего болѣе похожа на казарму. Заключенный, перешедшій въ эту тюрьму, одѣвается подобно обыкновеннымъ работникамъ, съ которыми онъ работаетъ въ мастерской, или въ полѣ; онъ ходитъ свободно въ городъ, гдѣ исполняетъ извѣстныя порученія, которыя на него возлагаются. Пребываніе въ переходной тюрьмѣ служитъ для него приготовительною школою для пользованія полною свободою. За хорошее поведеніе, за успѣхи въ трудолюбіи, время заключенія сокращается на одну четверть, и заключенный получаетъ на все это время досрочный отпускъ.

5. *Система общаго заключенія*. Самые рѣзкіе недостатки и злоупотребленія этой системы въ значительной степени изгнаны изъ европейскихъ тюремъ. Вездѣ произведено раздѣленіе подсудимыхъ отъ осужденныхъ, женщинъ отъ мужчинъ, несовершеннолѣтнихъ отъ взрослыхъ; вездѣ тюремное заключеніе тягчайшаго вида имѣетъ для себя отдѣльныя тюрьмы, съ особыми названіями (Zuchthaus, Schwerekerker). Во многихъ странахъ вводится классификація осужденныхъ по степени испорченности; вводятся отдѣльные элементы, принадлежащіе къ составу вышеуказанныхъ спеціальныхъ системъ, какъ-то: молчаніе, временное содержаніе въ кельяхъ и т. д. Но, тѣмъ не менѣе, за исключеніемъ Франціи, Англіи, Бельгіи и Голландіи, гдѣ сдѣлано много для реформы тюремъ, старая система совмѣстнаго заключенія остается еще господствующей во всѣхъ остальныхъ государствахъ.

г) Покровительство освобожденнымъ (патронатъ).

Преступникъ, отбывшій тюремное заключеніе и возвращенный въ общество, легко возвращается, какъ показываетъ опытъ, вмѣстѣ съ тѣмъ и на путь преступленія, побуждаемый къ тому, кромѣ всего прочаго, трудностью найти немедленно честный заработокъ. По выходѣ изъ тюрьмы, онъ, въ лучшемъ случаѣ, оказывается въ томъ же матеріальномъ положеніи, въ которомъ совершилъ свое преступленіе; въ большинствѣ случаевъ оно еще ухудшается, въ особенности подъ вліяніемъ того особаго, доходящаго до враждебности, чувства, съ которымъ всегда относится общество къ выпущеннымъ изъ тюрьмы преступникамъ. Дабы всѣ исправительныя воздѣйствія тюрьмы не пропали втунѣ, представляется необходимымъ простирать надзоръ и заботы о преступникахъ далеко за предѣлы тюремныхъ стѣнъ и на долгое время. Исправительная тюрьма неизбѣжно нуждается въ такихъ дополненіяхъ; до-

стигаются или не достигаются исправительныя цѣли въ дѣйствительности, но разъ онѣ поставлены законодателемъ — необходимо доводить ихъ до конца; иначе вся исправительная организація будетъ заранѣе обречена на безплодность. Патронатъ есть именно учрежденіе, которое несетъ на себѣ эти заботы о преступникѣ, выпущенномъ изъ тюрьмы. Органами его служатъ общества покровительства освобожденнымъ, которыя доставляютъ имъ нравственную и матеріальную поддержку, способствуютъ въ пріисканіи работъ, обезпечиваютъ временное убѣжище и т. д. Государство обыкновенно не беретъ на себя этихъ заботъ о преступникѣ, предоставляя ихъ дѣлу частной иниціативы; государство лишь содѣйствуетъ образованію такихъ частныхъ обществъ и способствуетъ достиженію ихъ задачъ, установляя необходимыя отношенія между ними и тюремной администраціей и доставляя иногда денежныя средства. Нельзя не согласиться съ тѣмъ, что задачи патронатэ болѣе свойственны дѣятельности общественной, чѣмъ правительственной, но съ съ другой стороны: нельзя не видѣть, что общественная дѣятельность всегда будетъ болѣе или менѣе случайной. Тутъ, по нашему мнѣнію, лежитъ одно изъ неразрѣшимыхъ затрудненій исправительной тюремной системы.

Въ самой организаціи дѣла покровительства освобожденнымъ заключается еще очень много спорнаго и невыясненнаго вслѣдствіе недостатка опыта и практическихъ наблюденій. Такъ, прежде всего, не разрѣшеннымъ представляется вопросъ о преимуществахъ такъ называемаго коллективнаго покровительства и индивидуальнаго. Первое состоитъ въ устройствѣ постоянныхъ убѣжищъ или пріютовъ, куда помѣщаются освобожденные изъ тюремъ или на опредѣленный срокъ, или впредь до наступленія для нихъ возможности вступить на путь совершенно свободной самостоятельной жизни; второе — въ оказаніи помощи и покровительства, а равно въ наблюденіи и надзорѣ за каждымъ выпущеннымъ изъ тюрьмы въ отдѣльности, безъ всякаго стѣсненія ихъ въ выборѣ мѣстожительства и занятій. Весьма спорнымъ является далѣе вопросъ о томъ, должно ли быть подчиненіе патронату обязательнымъ для каждаго освобожденнаго изъ тюрьмы, или только для нѣкоторыхъ категорій преступниковъ, или же вообще должно быть для всѣхъ добровольнымъ; цѣлесообразно ли принимать тѣ или другія мѣры къ тому, чтобы побуждать освобожденныхъ подчиняться учрежденіямъ патроната, напримѣръ, — не выдавать заработанныхъ арестантомъ денегъ на руки, а передавать ихъ въ учрежденіе патроната и т. п. Формы, порядокъ и размѣры правительственнаго контроля надъ дѣятельностью обществъ патроната представляютъ собою тоже одинъ изъ очень трудныхъ и очень мало выясненныхъ вопросовъ: съ одной стороны, патронатъ является установленіемъ общественной благотворительности, а съ другой — онъ преслѣдуетъ не однѣ только филантропическія цѣли, но главнымъ образомъ задачи государственныя, общія съ задачами исправительной тюрьмы.

Начало патроната въ современномъ его значеніи положено было въ 1797 году въ Даніи образованіемъ перваго спеціальнаго общества покровительства освобождаемымъ изъ мѣстъ заключенія. Въ теченіи XIX вѣка патронатъ распространился въ большинствѣ государствъ Западной Европы; въ нѣкоторыхъ государствахъ общества патроната имѣются при каждой тюрьмѣ. Первое мѣсто въ этомъ дѣлѣ должно быть признано за Англіей, въ которой организація патроната представляетъ собою стройную систему, исключающую возможность коллизій и нежелательной конкуренціи одного общества съ другимъ и ставящую эти общества въ живую и тѣсную связь съ администраціей тюремъ. Въ Россіи починъ въ дѣлѣ патроната принадлежитъ Обществу попечительному о тюрьмахъ. Образованное въ 1819 году на самыхъ широкихъ началахъ, общество это, по своему уставу, призвано было вѣдать хозяйственную и нравственную стороны жизни тюрьмы. Хотя по буквѣ устава забота о выходящихъ изъ мѣстъ заключенія не входила въ кругъ обязанностей общества, но уже въ 1827 году С.-Петербургскій комитетъ его истолковалъ объемъ своихъ полномочій въ томъ смыслѣ, что къ числу его обязанностей принадлежитъ также и оказаніе покровительства и помощи освобождаемымъ; комитетъ устроилъ при городской тюрьмѣ небольшое отдѣленіе, долженствовавшее служить временнымъ пристанищемъ для выходящихъ изъ тюремъ впредь до пріисканія ими занятій. Это первое въ Россіи убѣжище для освобожденныхъ арестантовъ вскорѣ закрылось, не оправдавъ возлагавшихся на него надеждъ; но заботы комитета о покровительствѣ освобожденнымъ въ той или другой формѣ не прекращались. Въ 1878 году образовалось первое спеціальное общество патроната; въ настоящее время ихъ насчитывается въ Россіи семнадцать. Сверхъ того, съ 1899 года освобожденные изъ тюремъ принимаются въ дома трудолюбія Попечительства о домахъ трудолюбія и работныхъ домахъ.

34.

4. Тюремное заключеніе въ старомъ правѣ.

Подъ вліяніемъ тѣхъ же побужденій, которыя вліяли на всѣ наказанія въ исторіи, сформировались и первоначальные типы тюремнаго заключенія. Хотя состояніе тюремъ въ прежніе вѣка, вплоть до половины XVIII столѣтія, остается почти неизслѣдованнымъ, но и по тѣмъ немногимъ даннымъ, которыя имѣются, можно сказать, что оно было, выражаясь словами Кистяковскаго (Учебн.) „не тюремное заключеніе въ смыслѣ нашего времени, какъ чистое лишеніе свободы, а скорѣе физическое мученіе, родъ тѣлеснаго наказанія“. Древняя тюрьма, не прилагая никакихъ заботъ къ личности преступника, направлялась единственно къ тому, чтобы пресѣчь арестанту возможность бѣгства. Все прочее не только

отходило на задній планъ, но, сообразно тогдашнимъ отношеніямъ къ личности человѣка, и вовсе не интересовало законодателя.

Съ начала восемнадцатаго столѣтія возникаютъ въ разныхъ мѣстахъ Европы отдѣльныя попытки внести реформу и прогрессъ въ тюремное дѣло. Выдающимся представителемъ такой реформы, положившимъ начало общему единообразному движенію, является одинъ изъ замѣчательныхъ филантроповъ, англичанинъ Джонъ Говардъ, который посвятилъ этому дѣлу всю свою жизнь. Онъ изслѣдовалъ состояніе тюремъ не только въ своемъ отечествѣ, но и во многихъ европейскихъ государствахъ (смерть застигла его въ Россіи); подборомъ выдающихся фактовъ вызвалъ общее сознаніе въ необходимости самой энергической реформы тюремнаго дѣла и удачнымъ обобщеніемъ отдѣльныхъ, сдѣланныхъ уже, попытокъ, положилъ первыя начала раціональнаго устройства тюремъ. Не столько новизна или оригинальность реформаторскихъ идей, говоритъ о Говардѣ Гольтцендорфъ, сколько безконечная его любовь къ человѣчеству, не останавливавшаяся ни передъ какими жертвами, привлекаютъ наше удивленіе къ нему (Holtzendorff, Handb. I). Имя его не забыто и не будетъ забыто потомствомъ, хотя отдѣльныя его мѣропріятія по устройству тюремъ не всегда были удачны. Говарду мы обязаны и всѣми нашими свѣдѣніями объ устройствѣ и состояніи тюремъ въ Западной Европѣ въ XVIII столѣтіи.

Тюремныя помѣщенія находились во всей Европѣ въ самомъ ужасномъ состояніи. Не говоря уже о томъ, что въ большомъ употребленіи были подземныя тюрьмы, безъ свѣта и чистаго воздуха, всѣ прочія тюремныя зданія вовсе не соотвѣтствовали самымъ элементарнымъ гигіеническимъ условіямъ. Нерѣдко заключенные помѣщались въ камерахъ до того тѣсныхъ, что не хватало мѣста для ночлега даже на всемъ пространствѣ пола, а въ жаркое лѣтнее время случалось арестантамъ задыхаться до смерти. Въ Плимутѣ, напримѣръ, заключенные помѣщались въ темницѣ безъ оконъ, въ которой нельзя было даже стоять прямо; чтобы пользоваться свѣжимъ воздухомъ, они должны были поочередно прикладываться къ небольшому отверстію въ двери. Въ нѣкоторыхъ тюрьмахъ полъ бывалъ постоянно влаженъ, а иногда на одинъ или на два дюйма покрытъ водою. Кровать была рѣдкость, а если и была, то давалась смотрителями за деньги. Больницъ не было; болѣзни всякаго рода и эпидеміи безпрепятственно развивались въ тюрьмахъ. Цѣпи, прикованіе къ стѣнѣ или къ колодѣ, ошейники и другія тому подобныя орудія служили обыкновенною прибавочною отяготительною мѣрою тюремнаго заключенія. Для предупрежденія побѣговъ, арестантовъ приковывали въ лежачемъ положеніи къ полу, надѣвали на шею желѣзныя съ иглами кольца и т. п. Въ Нюренбергской тюрьмѣ до сихъ поръ сохранились деревянныя палати съ отверстіями, въ которыя вкладывались ноги арестантовъ для удержанія ихъ въ лежачемъ положеніи; сохранилось и въ другихъ мѣстахъ Западной Европы отъ старинныхъ тюремъ многое, что̀ даетъ возможность вполнѣ провѣрить описанія Говарда.

Никакого дѣленія тюремныхъ сидѣльцевъ на группы, по общему правилу, не было: несостоятельные должники съ цѣлыми семействами содержались въ одномъ помѣщеніи съ преступниками, обвиняемые съ осужденными, мужчины съ женщинами, малолѣтніе со взрослыми. Сумасшедшіе нерѣдко помѣщались тамъ же и служили предметомъ забавы для прочихъ. Время проводилось въ праздности, такъ какъ въ тюрьмахъ большинства европейскихъ государствъ работы не только не были организованы, но и не допускались. Пьянство, азартныя игры, дикія оргіи и безнравственныя бесѣды составляли обыкновенное времяпрепровожденіе тюремныхъ сидѣльцевъ, а смотрителя извлекали изъ этого себѣ выгоды—заводили даже трактиры въ тюрьмахъ. Подъ покровительствомъ смотрителей тюремные сидѣльцы нерѣдко выходили изъ тюрьмы для совершенія новыхъ преступныхъ дѣяній. Матеріальное содержаніе арестантовъ было въ высшей степени недостаточное; государство или вовсе не отпускало никакихъ суммъ на этотъ предметъ, или выдавало средства крайне ничтожныя (pain du roi). Арестанты должны были одѣваться и кормиться на свои средства, или жить на счетъ подаяній. Милостыня служила однимъ изъ главныхъ источниковъ содержанія. Въ тюрьмахъ существовалъ обычай держать постоянно у воротъ на цѣпи одного изъ арестантовъ для прошенія милостыни, а также для продажи собственныхъ издѣлій, а въ праздники посылать ихъ всѣхъ, связанныхъ вмѣстѣ, по городу для сбора подаяній.

Объ устройствѣ русскихъ тюремъ въ древнюю эпоху мы имѣемъ очень мало свѣдѣній. Тюремныхъ зданій сохранилось немного, и эти немногія не описаны и публикѣ не извѣстны; свидѣтельства писателей-современниковъ кратки и отрывочны. Тѣмъ не менѣе, мы можемъ съ достовѣрностью заключить, что наша тюрьма представляла собою почти ту же картину, какъ и тюрьма на Западѣ. Приведемъ нѣсколько свѣдѣній, относящихся главнѣйшимъ образомъ къ XVII вѣку.

Тюремное лишеніе свободы отбывалось въ древней Россіи или въ особо для того предназначенныхъ зданіяхъ разнаго рода—тюрьмахъ, или при Московскихъ приказахъ, въ отдѣльныхъ помѣщеніяхъ. Постоянныя тюрьмы находились въ Москвѣ—такъ называемыя Московскія большія тюрьмы—по городамъ и въ нѣкоторыхъ монастыряхъ. На Верхотурьѣ въ 1697 году была построена особая пересыльная тюрьма, для ссылаемыхъ въ Сибирь. Кромѣ того, существовали въ значительномъ числѣ отдѣльныя временныя тюрьмы, которыя строились въ видѣ обыкновенныхъ домовъ, но съ оградами, спеціально для извѣстныхъ лицъ, приговоренныхъ къ ссылкѣ съ заключеніемъ въ мѣстѣ ссылки. Такія тюрьмы строились по мѣрѣ надобности, въ назначенныхъ мѣстахъ, и оставались пустыми или разрушались, когда заключенные получали свободу или умирали. Общеупотребительное въ законодательныхъ памятникахъ слово „тюрьма“, очень часто, въ челобитныхъ и вообще въ памятникахъ, не имѣющихъ законодательнаго значенія, замѣняется словомъ „темница“. Въ памятникахъ древнѣйшей эпохи мы находимъ еще выраженіе „погребъ“. Тюремное заключеніе примѣнялось въ значительныхъ размѣрахъ. Въ Уложеніи 1648 года сорокъ девять статей имѣютъ въ своей санкціи тюрьму. Въ большей части ихъ тюрьма соединяется съ кнутомъ, иногда съ батогами и съ имущественнымъ взысканіемъ, а въ четырехъ случаяхъ назначается, сверхъ тюрьмы и кнута, еще изувѣчивающее наказаніе и затѣмъ ссылка, по отбытіи заключенія (Уложеніе, гл. XXI, ст. 9—11, 16).

По устройству своему русскія тюрьмы раздѣлялись на три типа: обыкновенныя тюрьмы, земляныя тюрьмы и каменныя тюрьмы. Земляныя предназначались для особыхъ преступниковъ, большею частью, политическихъ или религіозныхъ—для „раскольщиковъ и церковныхъ мятежниковъ“, которыхъ желали не только изолировать, но и подвергнуть наиболѣе строгому и суровому режиму. Онѣ состояли изъ вырытой въ землѣ ямы, съ опущеннымъ въ нее бревенчатымъ срубомъ; поверхъ земли — кровля, съ небольшимъ окномъ, и другой, наружный, срубъ. Иногда земляныя тюрьмы не имѣли даже внутренняго сруба, и заключенный помѣщался непосредственно въ ямѣ. Каменныя тюрьмы въ памятникахъ упоминаются весьма рѣдко и никакихъ описаній ихъ устройства мы не имѣемъ. По всей вѣроятности, каменныхъ тюремныхъ зданій въ древнее время вообще не строилось, и заключеніе въ помѣщеніяхъ, носившихъ названіе каменной тюрьмы, было дѣломъ исключительнымъ. Въ нѣкоторыхъ старинныхъ монастыряхъ до сихъ поръ сохранились помѣщенія, которыя встарину служили для заключенія преступниковъ и которыя, вѣроятно, и назывались каменными тюрьмами.

Обыкновенныя тюрьмы въ Москвѣ и въ городахъ по архитектурѣ своей были весьма не сложны: пространство, огороженное стоячимъ тыномъ, составляло такъ называемый „тюремный дворъ“; въ этомъ дворѣ, смотря по надобности, ставилась одна или нѣсколько избъ. Каждая изба ограждалась особо малымъ тыномъ или частоколомъ. Въ московскомъ тюремномъ дворѣ такихъ избъ было восемь, каждая подъ своимъ названіемъ: Опальная, Барышкина, Заводная, Холопья, Сибирка, Разбойная, Татарка и Женская. Въ другихъ мѣстахъ упоминаются: одна, двѣ, четыре. Избы эти по общему правилу были одноэтажныя; въ нѣкоторыхъ городахъ строились двухъэтажныя. Верхній этажъ назывался верхнею избою или верхнею тюрьмою; нижній—нижнею или, иногда, земляною тюрьмою.

Изъ сказаннаго объ устройствѣ тюремъ само собою явствуетъ, что господствующимъ порядкомъ была система общаго заключенія. Одиночное заключеніе, если мы и встрѣчаемъ его иногда въ земляныхъ и каменныхъ тюрьмахъ, является не болѣе какъ исключеніемъ изъ общаго правила, притомъ исключеніемъ, которое вытекало не изъ какихъ-либо общихъ соображеній о задачахъ тюремнаго лишенія свободы, а опредѣлялось исключительно практической необходимостью изолировать тѣхъ или другихъ лицъ, которыя могли быть опасны своимъ вліяніемъ на окружающихъ. Но въ этомъ случаѣ одиночное заключеніе, по существу своему, не представляло ничего общаго съ тѣмъ, что мы нынѣ называемъ одиночною системою: указанная практическая цѣль вполнѣ допускала совмѣстное заключеніе многихъ единомышленниковъ, и мы это встрѣчаемъ постоянно.

Примѣняя въ своихъ тюрьмахъ систему общаго заключенія, старое русское право не отдѣляло подслѣдственныхъ арестантовъ отъ приговоренныхъ колодниковъ, отбывающихъ наказаніе,—никакихъ указаній на такое раздѣленіе въ памятникахъ мы не находимъ, а наоборотъ, встрѣчаемъ указанія прямо противоположныя; оно не отдѣляло, далѣе, тюремныхъ сидѣльцевъ высшихъ и низшихъ состояній, хотя лица высшихъ сословій очень часто подвергались заключенію въ тюрьмѣ, въ особенности по дѣламъ мѣстническимъ; нерѣдко, наконецъ, по тюрьмамъ размѣщались также и „вязни“, то-есть плѣнные, взятые на войнѣ. Но зато, съ другой стороны, практическая государственная мудрость той эпохи выработала нѣкоторыя другія начала распредѣленія арестантовъ по тюрьмамъ, начала, которыя, къ сожалѣнію, не только не развились, но были забыты въ позднѣйшую эпоху. Такъ прежде всего, XVII вѣкъ проводилъ начало отдѣленія женщинъ отъ мужчинъ. Въ числѣ 8 избъ московскаго большого тюремнаго двора имѣется, какъ мы видѣли выше, одна—женская, спеціально для женщинъ. Въ другихъ городахъ мы также находимъ отдѣльныя женскія тюрьмы или избы. Достойно замѣчанія, что въ XVIII вѣкѣ это элементарное раздѣленіе тюремныхъ сидѣльцевъ не всегда соблюдалось. Затѣмъ, мы находимъ еще и другое, весьма глубокое начало, именно, распредѣленіе арестантовъ по роду тѣхъ преступныхъ дѣяній, въ которыхъ они были обвинены или обвинялись. Уже въ самомъ началѣ XVII вѣка одинъ полякъ, бывшій въ Россіи, разказываетъ, что въ Москвѣ для каждаго рода преступниковъ имѣется особая темница. Весьма понятно, что такой отзывъ заключаетъ въ себѣ преувеличеніе; но, несомнѣнно, существовало дѣленіе тюремъ на двѣ категоріи: тюрьмы губныя—иначе разбойныя или татиныя—и тюрьмы опальныя. Въ первыхъ помѣщались, выражаясь словами памятниковъ, тати, разбойники и оговорные люди „во всякихъ разбойныхъ дѣлѣхъ“; въ послѣднихъ—по „исцовымъ искамъ“ и въ „боярскихъ дѣлѣхъ, люди ихъ и крестьяне“. Такое дѣленіе отчетливо выдвигается, какъ общее правило, въ цѣломъ рядѣ документовъ. Конечно, нельзя не сознаться, что такое противоположеніе, съ одной стороны, „татей и разбойниковъ“, а съ другой—„въ исцовыхъ искѣхъ“ и „въ боярскихъ дѣлѣхъ“, представляется далеко не яснымъ и не полнымъ; здѣсь памятники, какъ и во многихъ другихъ случаяхъ, ограничиваются общими указаніями,

не распространяясь о томъ, что въ то время было всѣмъ понятно и совершенно ясно. Мы отчетливо видимъ, что тюремные сидѣльцы дѣлятся на двѣ категоріи; но не можемъ съ точностью установить, какъ проводилась грань между этими двумя категоріями. Сверхъ того, мы имѣемъ указаніе, что въ началѣ XVII вѣка существовала въ Москвѣ особая бражная тюрьма, въ которую заключались лица, задержанныя въ пьяномъ видѣ, притомъ, въ случаяхъ повторенія, на долгіе сроки и въ соединеніи съ кнутомъ. Наконецъ, если придавать значеніе названіямъ отдѣльныхъ избъ Московскаго тюремнаго двора, изъ которыхъ три названія—женская, опальная, разбойная—какъ мы видѣли, несомнѣнно имѣютъ существенное значеніе, то является возможность предположить, во-первыхъ, что, сверхъ указанныхъ категорій, въ особой тюрьмѣ (холопья) помѣщались лица несвободныхъ состояній, виновныя въ побѣгѣ отъ своихъ господъ или въ другихъ нарушеніяхъ ихъ правъ и власти, „въ боярскихъ дѣлѣхъ, люди ихъ“; во-вторыхъ, что тюремные сидѣльцы распредѣлялись и по національностямъ (татарка), и по предстоящей судьбѣ (сибирка), то-есть, когда за тюрьмою должна была слѣдовать ссылка въ Сибирь.

Конечно, едва ли можетъ быть сомнѣніе въ томъ, что всѣ эти дѣленія соблюдались только тамъ и только тогда, гдѣ и когда представлялись къ этому практическая возможность и удобство, то-есть, гдѣ было много арестантовъ и большіе тюремные дворы со многими избами. Гдѣ этихъ условій не было, всѣ заключенные могли сидѣть въ одномъ мѣстѣ—не стоило строить особую избу, „чтобы мужика на день въ тюрьму вкинуть“, какъ выражается одна грамота 1630 года.

Заключенные обыкновенно сидѣли въ тюрьмахъ безъ оковъ; оковы налагались, по общему правилу, лишь при употребленіи арестантовъ на работы внѣ тюрьмы и при отпускѣ ихъ для сбора подаяній. Хотя въ памятникахъ не рѣдко употребляется выраженіе „колодники“, въ смыслѣ родового названія, но, тѣмъ не менѣе, всѣ указанія о наложеніи оковъ—желѣза, цѣпи, кайдалы, какъ выражались въ древнее время, — касаются лишь отдѣльныхъ случаевъ, въ которыхъ именно предписывалось заковать или посадить въ желѣза. Вмѣсто оковъ иногда употреблялись колоды или колодки, то-есть особый инструментъ, состоящій изъ двухъ деревянныхъ брусьевъ, между которыми вкладываются ноги преступника. Послѣдній пріемъ, то-есть замѣна оковъ колодами, правительствомъ впрочемъ не одобрялся.

Заключенные употреблялись на наружныя казенныя работы—„изъ тюрьмы выимая посылать въ кайдалахъ работать на всякія издѣлья, гдѣ Государь укажетъ“, говоритъ Уложеніе (гл. XXI, ст. 9, 10, 16). Къ сожалѣнію, памятники не даютъ намъ вовсе возможности составить сколько-нибудь точное представленіе о томъ, какъ производились эти работы. Несомнѣнно, что онѣ не были организованы правильно и являлись дѣломъ случайнымъ. Тюремный сидѣлецъ, по слову Уложенія, обязанъ былъ идти на всякія издѣлья, какія Государь укажетъ; правительство посылало его, если такія издѣлья были въ наличности, а если ихъ не было, онъ спокойно оставался въ праздности. Однако, съ другой стороны, широкій принципъ обязательной работы, установленный закономъ, давалъ возможность возлагать иногда на колодниковъ такія порученія, которыя дѣлали ихъ скорѣе чиновниками, должностными лицами, чѣмъ подневольными тружениками, работающими въ кайдалахъ. Такъ, напримѣръ, въ 1682 году тюремный сидѣлецъ, знатокъ руднаго дѣла, посланъ былъ правительствомъ „для сыску серебряной руды“. Такой порядокъ, несмотря на свое внѣшнее несовершенство — случайность работъ и отсутствіе правильной организаціи—заключалъ въ себѣ, думается намъ, въ высшей степени плодотворную идею: приговоренный къ тюремному заключенію преступникъ могъ быть употребляемъ на такія работы, къ которымъ онъ былъ наиболѣе способенъ, хотя бы для этого приходилось посылать его далеко изъ тюрьмы.

Практическій умъ той эпохи отвращался отъ такъ называемаго уголовнаго, непроизводительнаго труда; исключительная преданность государственнымъ въ тѣсномъ смыслѣ интересамъ не давала мѣста заботамъ объ организаціи тюремнаго труда въ интересахъ преступника; тюремный трудъ, какъ источникъ денежныхъ средствъ на расходы по содержанію тюрьмы, тоже не могъ быть организованъ и по недостатку средствъ, и по состоянію промышленности въ то время; тѣмъ не менѣе, мысль о томъ, что тюремное сидѣніе не должно отнимать рабочихъ рукъ у государства, сознавалась весьма ясно. Затѣмъ, свободные отъ казенныхъ работъ могли заниматься въ тюрьмахъ вольными работами на продажу, по своему усмотрѣнію, и заводили ремесла, кто былъ къ тому способенъ. Тюремнымъ сидѣльцамъ не только не возбранялось имѣть въ тюрьмахъ свои ремесла, но даже дозволялось выходить изъ тюрьмы для покупки матеріаловъ. Конечно, нельзя думать, чтобы такія ремесла процвѣтали въ тюрьмахъ; но самое начало допущенія вольныхъ работъ въ тюрьмѣ представляется далеко не маловажнымъ моментомъ въ исторіи тюремной организаціи. Въ XVIII вѣкѣ вводятся тюрьмы съ постоянными, обязательными работами—Прядильные дома и Рабочіе дома.

Прокормленіе тюремныхъ сидѣльцевъ доставляло немного заботъ государственной власти: заключенные кормились, главнѣйшимъ образомъ, своими средствами или мірскимъ подаяніемъ Христа-ради. Котошихинъ пишетъ: „а которыхъ людей на Москвѣ и въ городѣхъ, воровъ, разбойниковъ и татей, и въ иныхъ злыхъ дѣлахъ, приводятъ и сажаютъ ихъ въ тюрьму: и тѣхъ людей, у кого есть отцы и матери, или иные сродичи и жена и дѣти, кормятъ ихъ сами, своимъ. А у которыхъ нѣтъ сродичей и кормится нечимъ, и изъ тѣхъ воровъ, которые въ малыхъ винахъ сидятъ, на всякій день изъ тюремъ выпущаютъ по два человѣка скованныхъ, со сторожами, собирати по людемъ, по торгомъ и по дворамъ милостыню, деньгами и хлѣбомъ; а что они котораго дни соберутъ, мало или много, и то межь себя дѣлятъ съ товарищи всѣ вмѣстѣ и тѣмъ себя кормятъ“. Въ 1662 году вводится по всѣмъ тюрьмамъ выдача казеннаго содержанія—такъ называемаго „государева жалованья“ или „кормовыхъ денегъ“—въ размѣрѣ по два алтына въ день на человѣка (до этого времени кормовыя деньги выдавались лишь въ такихъ мѣстностяхъ, гдѣ нельзя было кормиться подаяніемъ, а также сидѣльцамъ отдѣльныхъ тюремъ и сидѣльцамъ Московскаго тюремнаго двора). Но сборъ мірскихъ подаяній остается во всей силѣ, конечно, въ виду недостаточности казеннаго содержанія; онъ сохраняется и въ XVIII вѣкѣ. Правительство не только дозволяетъ, но прямо предписываетъ посылать арестантовъ за сборомъ. Кромѣ сбора мірскихъ подаяній самими тюремными сидѣльцами, деньги, одежда и съѣстные припасы доставлялись, время отъ времени, въ тюрьмы многими благочестивыми людьми. Посѣщеніе тюремъ и раздача подаяній было дѣломъ милости христіанской, обязательнымъ для каждаго вѣрующаго. Богатый и бѣдный, боярин и простолюдинъ одинаково считали своимъ долгомъ удѣлить часть отъ избытка своего пребывающимъ въ темницахъ. Самъ царь подавалъ примѣръ: наканунѣ большихъ праздниковъ, ночью почти безъ свиты, скромно выходилъ онъ изъ своихъ покоевъ, обходилъ тюрьмы и раздавалъ деньги, одежду и прочее. Дни большихъ праздниковъ бывали днями изобилія и веселія тюремнаго; припасовъ и денегъ, въ особенности въ богатыхъ городахъ, собиралось много, и арестанты вознаграждали себя за долгіе мѣсяцы воздержанія и голода. Такія же подачи по тюрьмамъ производились богатыми людьми, кромѣ праздниковъ, въ дни смерти кого-либо изъ членовъ семейства, во время похоронъ и годовщины, а также по поводу различныхъ торжественныхъ семейныхъ событій, рожденій, свадебъ и т. п.

Столь же мало, какъ о прокормленіи, если еще не менѣе, заботилось государство о внутреннемъ порядкѣ тюремной жизни. Мы нигдѣ не находимъ ни малѣйшихъ слѣдовъ, напримѣръ, организаціи тюремнаго продовольственнаго хозяйства,—наоборотъ, и кормовыя деньги, и подаянія выдаются самимъ тюремнымъ сидѣльцамъ на руки; мы не находимъ, далѣе, никакого установленнаго закономъ порядка въ образѣ жизни арестантовъ, ни вообще какого бы то ни было правительственнаго тюремнаго режима, за исключеніемъ немногихъ запретительныхъ опредѣленій, касающихся спиртныхъ напитковъ, опасныхъ орудій, въ родѣ топоровъ, пилъ, ножей и т. п. Арестанты внутри стѣнъ тюрьмы предоставлены были самимъ себѣ; правительство принимало лишь мѣры противъ ихъ „утечки“. Нѣкоторыя попытки внутренней организаціи тюремнаго быта начинаются лишь въ XVIII вѣкѣ. За отсутствіемъ установленнаго обязательнаго режима, люди, вкинутые въ тюрьмы, устраивались и жили въ нихъ, по возможности, по своему. Они сами должны были вести свое хозяйство; сами должны были охранять и поддерживать необходимый внутренній миръ своего невольнаго жилища. Воры, тати и разбойники, враги законнаго государственнаго порядка, собранные съ разныхъ мѣстъ толпами и насильно, на долгіе годы соединенные подъ одной кровлей, создавали свой порядокъ и установляли свои законы. Ближайшія условія и черты этого порядка мало отразились въ сохранившихся до насъ памятникахъ; но намъ извѣстно, что онъ выражался въ организаціи тюремной общины, съ выборнымъ старостою во главѣ. Староста несомнѣнно былъ выборный, такъ какъ никакихъ слѣдовъ назначенія его, со стороны воеводы или иного органа правительственной власти, не имѣется. Община дѣлила подаянія между тюремной братіей; община взимала съ новоприбывающихъ своихъ членовъ особую подать, такъ называемую „влазную деньгу“,—обычай, воспрещенный указомъ 1680 года, но продолжавшій свое существованіе и въ XVIII вѣкѣ. Община, какъ одно лицо, защищалась отъ притѣсненій администраціи; приносила жалобы на худое состояніе тюремъ, на разныя злоупотребленія администраціи, на то, напримѣръ, что въ губную тюрьму сажаютъ лицъ, подлежащихъ заключенію въ опальной тюрьмѣ, и т. п. Подача такихъ жалобъ и принятіе ихъ правительствомъ доказываетъ вмѣстѣ съ тѣмъ и то, что правительство признавало тюремную общинную организацію явленіемъ нормальнымъ и вполнѣ законнымъ. Оно возставало только противъ нѣкоторыхъ частностей въ этой организаціи, напримѣръ, противъ взиманія „влазной деньги“. Самый указъ 1662 года, о выдачѣ кормовыхъ денегъ (см. выше) состоялся „по челобитью“ тюремныхъ сидѣльцевъ; это прямо высказано въ текстѣ закона.

Эта свобода тюремнаго быта не вытекала, однако, изъ какихъ-либо ясно сознанныхъ, общихъ представленій о задачахъ тюремнаго режима; другими словами, она не была вовсе осуществленіемъ какой-либо уголовно-карательной системы общаго характера. Нѣтъ,—это было простымъ безыскусственнымъ результатомъ тогдашняго отношенія государства къ преступнику: государственная власть подвергала преступника тому наказанію, которое онъ заслужилъ своимъ преступнымъ дѣяніемъ; въ своей борьбѣ съ „лихими людьми“, она опредѣляла эти наказанія, можно сказать, безжалостно, руководствуясь лишь соображеніями государственныхъ въ тѣсномъ смыслѣ интересовъ; но за ихъ предѣлы она не выступала вовсе и не вторгалась въ прочія сферы жизни преступника, въ особенности въ его духовную жизнь.

Изъ такого положенія вещей, съ одной стороны, вытекала полная самостоятельность преступника даже въ тюрьмѣ находящагося, а съ другой—почти полное оставленіе его, въ его нуждахъ и потребностяхъ, на произволъ судьбы и личныхъ средствъ. Нужда, голодъ и болѣзни царили въ тюрьмѣ. Никакая внутренняя организація, никакое общинное самоуправленіе не спасало тюремнаго сидѣльца отъ всякаго рода бѣдствій, причиняемыхъ неудовлетворительностью матеріальной обстановки. Простое житейское добродушіе отдѣльныхъ лицъ и, во главѣ ихъ, самого царя съ его приближенными значительно облегчало положеніе заключенныхъ; но и за всѣмъ тѣмъ, тюрьма представлялась мѣстомъ скорби и страданія,

„Въ темницѣ сидимъ—пишутъ въ челобитной нѣсколько тюремныхъ сидѣльцевъ, жалуясь на неправильное заключеніе—и помираемъ напрасно голодною смертью... Милостивый Государь, пожалуй насъ сиротъ твоихъ, вели, Государь, намъ видѣть свѣтъ вольный, не вели, Государь, насъ бѣдныхъ напрасно уморить въ темницѣ голодною смертію". Голодъ и болѣзни, въ особенности цынга, упоминаются постоянно въ памятникахъ, притомъ не только въ челобитныхъ самихъ заключенныхъ, но и въ актахъ правительственнаго характера — въ указахъ, донесеніяхъ и т. д. Помираютъ тюремные сидѣльцы „съ тюремной нужи", „съ духу и цынги", „отъ голода и тѣсноты". Не много заботится объ этомъ государственная власть. Занятая другими интересами, она ограничивается изданіемъ нѣсколькихъ распоряженій самаго общаго характера о недержаніи колодниковъ въ тюрьмахъ безъ надобности лишнее время, а относительно Московскаго тюремнаго двора—изданіемъ въ 1672 году указа о неприсылкѣ колодниковъ изъ городовъ въ Москву, „для многолюдства Московскихъ тюремныхъ сидѣльцевъ". Намъ неизвѣстно въ точности, какое отношеніе пространства тюрьмы къ числу заключенныхъ считалось нормальнымъ, и что, сообразно этому, должно считать „многолюдствомъ". Однако, на основаніи одного указа 1654 года, есть возможность съ большою вѣроятностью предположить, что площадь въ три аршина длиною и одинъ аршинъ шириною, то-есть въ три квадратныхъ аршина, считалась достаточною для помѣщенія одного арестанта. Если мы примемъ во вниманіе, что окна въ избахъ были самыхъ малыхъ размѣровъ; что каждая изба, кромѣ общей тыновой ограды, имѣла вокругъ себя малый тынъ; наконецъ, что, по общему типу старыхъ русскихъ построекъ, избы не могли быть выше трехъ съ половиною или, по большей мѣрѣ, четырехъ аршинъ, то мы легко себѣ представимъ, каковъ былъ „духъ" въ тюрьмахъ, и какія формы болѣзней скрывались въ старой русской тюрьмѣ подъ этимъ „духомъ" и „тюремной нужей" [1]).

Восемнадцатый вѣкъ несмотря на отдѣльныя попытки организаціи, въ общемъ ни мало не измѣнилъ старую русскую тюрьму. Почти такою же находимъ мы ее и въ XIX вѣка. Въ 1862 году, въ виду предполагавшихся реформъ карательной системы, затребованы были правительствомъ отъ губернскихъ властей свѣдѣнія о состояніи тюремъ различныхъ родовъ, о ихъ недостаткахъ и о мѣрахъ къ исправленію. Собранные этимъ путемъ „Матеріалы по преобразованію тюремной части" даютъ намъ возможность составить общую картину русской тюрьмы того времени въ разныхъ ея видахъ. Прогрессъ медленно проникалъ въ эту область русской жизни; тюрьмы столицъ и большихъ городовъ выдѣлялись по своему, болѣе или менѣе порядочному устройству; въ остальныхъ сохранялись старые порядки. Устройство зданій тюремныхъ отличалось крайней неудовлетворительностью; тѣснота, отсутствіе вентиляціи, сырость, холодъ, ветхость, грязь — вотъ господствующія черты, оказавшіяся во всѣхъ тюрьмахъ за небольшими исключеніями. Размѣщеніе арестантовъ по возрасту, полу и преступности или вовсе не соблюдалось, или соблюдалось въ самой недостаточной степени; равнымъ образомъ, арестанты подслѣдственные не всегда отдѣлялись отъ осужденныхъ. Нравственное состояніе заключенныхъ и матеріальное ихъ содержаніе крайне неудовлетворительны. Въ недавнее еще время арестантовъ водили за подаяніемъ „на связкахъ" по улицамъ городовъ.

---

[1]) Подробнѣе о старыхъ западно-европейскихъ тюрьмахъ, см. Кистяковскій, Учебникъ, также Палюмбецкій, Джонъ Говардъ и состояніе тюремъ въ Европѣ въ XVIII в. Юрид. Зап., т. V. — О русскихъ тюрьмахъ, см. Сергѣевскій. Наказаніе въ русскомъ правѣ XVII вѣка.

5. *Тюремное заключеніе въ дѣйствующемъ правѣ.*

Въ настоящее время тюремное дѣло находится въ періодѣ реформъ. Высочайше утвержденное мнѣніе Государственнаго Совѣта 27 февраля 1879 года сосредоточило управленіе всѣми мѣстами заключенія гражданскаго вѣдомства и пересыльною арестантскою частью въ Главномъ тюремномъ Управленіи при Министерствѣ Внутреннихъ Дѣлъ. Того же 1879 года 11 декабря Высочайше утверждены Основныя Положенія тюремной реформы. Главное тюремное управленіе занялось приведеніемъ въ порядокъ старыхъ тюремъ и учрежденіемъ новыхъ тюремъ одиночнаго заключенія, согласно упомянутымъ Основнымъ Положеніямъ. Въ 1895 году Главное тюремное Управленіе отнесено къ вѣдомству Министерства Юстиціи. Главное тюремное Управленіе состоитъ изъ Начальника Главнаго тюремнаго Управленія, его помощника, инспекторовъ и канцеляріи. Для разрѣшенія важныхъ вопросовъ, а равнымъ образомъ для разсмотрѣнія всѣхъ новыхъ мѣръ, учреждается особый тюремный Совѣтъ, состоящій изъ предсѣдателя и 7 членовъ. Въ составъ его входитъ въ качествѣ члена, сверхъ семи, и начальникъ Главнаго тюремнаго Управленія. Сверхъ того, закономъ 30 мая 1884 года, для наблюденія за С.-Петербургскими мѣстами заключенія, учреждены три наблюдательныя коммиссіи.

Съ уничтоженіемъ въ 1884 году рабочихъ и смирительныхъ домовъ, дѣйствующее законодательство опредѣляетъ слѣдующія учрежденія тюремнаго заключенія гражданскаго вѣдомства, или, какъ выражается законъ, мѣста содержанія подъ стражею: 1) помѣщенія для подвергаемыхъ аресту по приговорамъ мировыхъ судей; 2) исправительные пріюты для несовершеннолѣтнихъ; 3) арестныя помѣщенія при полиціи; 4) тюрьмы (губернскіе, областные и уѣздные тюремные замки, С.-Петербургская тюрьма, Московская исправительная тюрьма); 5) исправительныя арестантскія отдѣленія; 6) тюрьмы для приговоренныхъ къ каторжнымъ работамъ; 7) пересыльныя тюрьмы (Уст. о содер. подъ страж., ст. 2). Въ С.-Петербургѣ кромѣ того состоятъ: 1) домъ содержанія неисправныхъ должниковъ; 2) домъ предварительнаго заключенія (ст. 3). Лица гражданскаго вѣдомства, въ опредѣленныхъ закономъ случаяхъ, содержатся также: 1) на гауптвахтахъ; 2) въ крѣпостяхъ; 3) въ монастыряхъ. Порядокъ содержанія въ сихъ учрежденіяхъ опредѣляется, по принадлежности, въ Сводѣ Военныхъ Постановленій и въ правилахъ церковныхъ (ст. 4, 5). Наказаніе арестомъ отбывается, въ указанныхъ закономъ случаяхъ, не въ арестныхъ помѣщеніяхъ, а въ тюрьмѣ, на военной гауптвахтѣ или въ собственномъ мѣстѣ жительства, по силѣ статей 56 и 57 Уложенія и статьи 5[1] Мирового Устава.

Въ системѣ наказаній дѣйствующаго Уложенія о наказаніяхъ тюремное лишеніе свободы, кромѣ каторги, сводится къ слѣдующимъ четыремъ видамъ: исправительныя арестантскія отдѣленія, заключеніе въ крѣпости, заключеніе въ тюрьмѣ и арестъ. Сверхъ того, въ немногихъ исключительныхъ случаяхъ опредѣляется заключеніе въ монастырь (ст. 1549, 1594).

Исправительныя арестантскія отдѣленія соединяются съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ; въ исправительныя отдѣленія поступаютъ только лица мужскаго пола въ возрастѣ отъ 17 до 60 лѣтъ; женщины, а равно тѣ, которые по старости и инымъ причинамъ неспособны къ работѣ, присуждаются вмѣсто того къ заключенію въ тюрьмѣ; кромѣ того заключеніе въ исправительномъ арестантскомъ отдѣленіи можетъ быть отбываемо въ тюрьмѣ, въ случаѣ отдаленности арестантскихъ отдѣленій или неимѣнія въ нихъ мѣста, причемъ приговоренные въ такомъ случаѣ употребляются на самыя тяжкія изъ установленныхъ въ тюрьмѣ работъ (ст. 284, 286 Уст. сод. подъ. страж.). Заключеніе въ крѣпость полагается за немногія преступныя дѣянія; заключеніе въ крѣпость дѣлится на два вида — одинъ сопровождается лишеніемъ нѣкоторыхъ личныхъ правъ и преимуществъ, другой — этого послѣдствія за собой не влечетъ; осужденные содержатся въ устроенныхъ для сего внутри крѣпостей зданіяхъ; въ мѣстахъ же, отдаленныхъ отъ крѣпостей, когда пересылка въ нихъ осужденныхъ могла бы быть затруднительна, заключеніе въ крѣпости замѣняется заключеніемъ въ тюрьмѣ (ст. 52, 79 Улож. о нак.). Заключеніе въ тюрьмѣ дѣлится на три вида: заключеніе въ тюрьмѣ, соединенное съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ; соединенное съ лишеніемъ нѣкоторыхъ личныхъ правъ и преимуществъ; заключеніе въ тюрьмѣ, не сопровождаемое никакими правопораженіями. Арестъ—низшая форма лишенія свободы; онъ назначается на срокъ отъ 1 дня до 3 мѣсяцевъ.

Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года такъ же, какъ и дѣйствующее право, знаетъ четыре вида лишенія свободы: исправительный домъ, крѣпость, тюрьма и арестъ; но организація и режимъ каждаго изъ этихъ видовъ лишенія свободы предполагаются иные, чѣмъ въ Уложеніи о наказаніяхъ.

Исправительный домъ назначается не только для мужчинъ, но и для женщинъ; кромѣ того, лица женскаго пола могутъ отбывать и каторгу въ особыхъ помѣщеніяхъ при исправительныхъ домахъ; будучи тяжкой формой лишенія свободы, исправительный домъ соединяется съ существенными правопораженіями: лишеніемъ правъ сословныхъ, служебныхъ и другихъ (ст. 26, 28, 30). Заключеніе въ крѣпости налагается лишь за нѣкоторыя преступныя дѣянія. Составители проекта уголовнаго уложенія (редакціонная коммиссія) имѣли въ виду создать особую карательную мѣру „заточеніе“, какъ custodia honesta, для такихъ „преступныхъ дѣяній, которыя вовсе не указываютъ на позорный или безчестный характеръ лицъ, ихъ совершающихъ“, и „которыя хотя и заключаютъ въ себѣ иногда весьма тяжкія нарушенія закона, причиняютъ существенный вредъ и сопряжены съ значительной даже опасностью для общества, но вмѣстѣ съ тѣмъ не выказываютъ ни особой испорченности, ни безнравственности виновнаго, а болѣе свидѣтельствуютъ объ его неумѣньи подчинять порывы своихъ желаній требованіямъ закона“; самое названіе „заточеніе“ было выбрано, чтобы не предрѣшать заранѣе мѣста отбытія этого наказанія, которое „могло бы быть отбываемо не только въ крѣпостяхъ, но и въ другихъ, особо устроенныхъ мѣстахъ заключенія“. При разсмотрѣніи проекта уложенія въ Особомъ Совѣщаніи Государственнаго Совѣта выраженіе „заточеніе“ было замѣнено другимъ — „заключеніе въ крѣпости“. Заключеніе въ крѣпости назначется самостоятельно или параллельно съ исправительнымъ домомъ, тюрьмой или арестомъ; никакихъ правопораженій съ нимъ не соединяется. Заключеніе въ тюрьмѣ установлено въ двухъ видахъ: съ пораженіемъ правъ состоянія и безъ онаго. Арестъ отбывается въ особыхъ помѣщеніяхъ, но приговоренные къ аресту на срокъ не выше 7 дней, могутъ, по опредѣленію о томъ суда, отбывать это наказаніе въ собственномъ мѣстѣ жительства — такъ называемый домашній арестъ (ст. 21). Что касается заключенія въ монастырь, то это наказаніе сохраняется въ качествѣ замѣняющаго наказанія только для несовершеннолѣтнихъ женскаго пола въ случаѣ невозможности помѣщенія ихъ въ воспитательно-исправительныя заведенія (ст. 55).

Система размѣщенія арестантовъ въ нашемъ законодательствѣ есть по общему правилу заключеніе общее, при которомъ должны быть только соблюдаемы элементарныя требованія объ отдѣленіи мужчинъ отъ женщинъ, дѣтей отъ взрослыхъ, отбывающихъ наказаніе отъ подслѣдственныхъ; кромѣ того, указывается на необходимость отдѣленія дворянъ, чиновниковъ, людей состояніемъ своимъ отличныхъ и иностранцевъ отъ людей низшаго состоянія, важныхъ преступниковъ отъ неважныхъ. Одиночное заключеніе является какъ бы отступленіемъ отъ нормальнаго порядка и допускается лишь въ случаѣ присужденія къ тюремному заключенію (ст. 266 Уст. сод. подъ страж.); одиночное заключеніе устроено по типу индивидуальнаго, а не келейнаго (пенсильванскаго) заключенія. Лица, приговоренныя къ отдачѣ въ исправительныя арестантскія отдѣленія и до осужденія изъятыя по правамъ состоянія отъ тѣлесныхъ наказаній, содержатся въ особыхъ, для сихъ именно лицъ предназначенныхъ, исправительныхъ отдѣленіяхъ, а при невозможности такого предназначенія—въ общихъ исправительныхъ отдѣленіяхъ, но въ особо отведенныхъ для такихъ лицъ камерахъ. Какъ

въ тѣхъ, такъ и въ другихъ отдѣленіяхъ означенныя лица содержатся въ общемъ заключеніи, но съ разобщеніемъ на время, свободное отъ работъ, и на ночь.

При составленіи новаго Уголовнаго Уложенія имѣлось въ виду положить по возможности въ основу всѣхъ видовъ лишенія свободы систему одиночнаго заключенія; но мысль эта не нашла себѣ полнаго осуществленія, въ виду недостатка соотвѣтственныхъ карательныхъ учрежденій. Для каждаго отдѣльнаго вида лишенія свободы Уголовное Уложеніе 1903 года указываетъ особую систему размѣщенія арестантовъ. Исправительный домъ устроенъ по системѣ смѣшанной: приговоренные содержатся сначала въ одиночномъ заключеніи отъ трехъ до шести мѣсяцевъ, а затѣмъ переводятся въ общее заключеніе; во время же самаго содержанія въ общемъ заключеніи, они разобщаются на свободное отъ работъ время и на ночь, если имѣются необходимыя къ тому приспособленія. Заключенные въ крѣпости содержатся въ общемъ заключеніи, съ разобщеніемъ на ночь точно также въ случаѣ, если имѣются необходимыя къ тому приспособленія. Иное начало примѣняется въ отношеніи приговоренныхъ къ заключенію въ тюрьмѣ: они должны содержаться въ одиночномъ заключеніи и лишь при недостаткѣ въ тюрьмѣ одиночныхъ камеръ, или въ случаѣ вреда одиночнаго заключенія для здоровья заключеннаго могутъ содержаться совмѣстно съ другими заключенными. Несовершеннолѣтніе преступники въ возрастѣ отъ 14 до 17 лѣтъ, приговоренные къ заключенію въ тюрьмѣ вмѣсто смертной казни и каторги, содержатся въ общемъ заключеніи, но отдѣльно отъ взрослыхъ. Что же касается, наконецъ, отбывающихъ наказаніе арестомъ, то въ отношеніи ихъ установляется, что они содержатся въ устроенныхъ для ареста помѣщеніяхъ, въ общемъ заключеніи, но по ихъ просьбѣ, при наличности свободныхъ камеръ, помѣщаются въ одиночномъ заключеніи.

6. Заведенія для малолѣтнихъ преступниковъ.

Обыкновенное тюремное заключеніе непригодно для малолѣтнихъ; наиболѣе цѣлесообразная мѣра, къ нимъ примѣнимая, есть помѣщеніе ихъ въ особыя исправительно-воспитательныя заведенія или заведенія, такъ называемаго, принудительнаго воспитанія (Zwangserziehung). Опытъ показалъ, что по отношенію къ малолѣтнимъ преступникамъ идея исправленія дѣйствительно можетъ приносить прочные результаты. Конечно, возрастъ малолѣтства или несовершеннолѣтія съ этой точки зрѣнія можетъ быть опредѣляемъ различно; такъ наше Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года предѣльнымъ возрастомъ для пріема въ исправительно-воспитательное заведеніе признаетъ 18 лѣтъ, а для пребыванія въ заведеніи—21 годъ.

Мысль о необходимости примѣненія къ малолѣтнимъ преступникамъ особой системы содержанія была сознана еще въ XVIII столѣтіи. Сначала пытались достигнуть исправленія малолѣтнихъ посредствомъ воспитанія ихъ въ отдѣльномъ отъ совершеннолѣтнихъ тюремномъ помѣщеніи (такова тюрьма Petite Roquette въ Парижѣ). Но эта попытка оказалась неудачною. Въ нѣкоторыхъ странахъ, какъ напримѣръ, въ Швейцаріи, думали достигнуть исправленія преступныхъ дѣтей помѣщеніемъ ихъ въ добропорядочныя семьи ремесленниковъ и земледѣльцевъ, которымъ отдавали ихъ въ обученіе. Но и этотъ способъ исправленія оказался неудачнымъ: въ чужой семьѣ ребенокъ оставался чужимъ; хозяева болѣе хлопотали о полученіи отъ его труда выгодъ, чѣмъ заботились объ его исправленіи. Независимо отъ сего, мысль о семейномъ воспитаніи нашла себѣ примѣненіе и при устройствѣ вышеупомянутыхъ спеціальныхъ заведеній: содержащіеся въ нихъ дѣлятся на группы, носящія названія „семей“ и управляемыя особыми воспитателями, въ качествѣ главы семейства (Hausvater). Какъ задачи патроната, такъ и дѣло принудительнаго воспитанія малолѣтнихъ болѣе свойственны частной дѣятельности, чѣмъ правительственной, и ведется поэтому особыми, для этой цѣли образующимися, обществами, при содѣйствіи и покровительствѣ государственной власти.

Существующія заведенія для исправленія малолѣтнихъ сводятся къ двумъ типамъ: ремесленные пріюты и земледѣльческія колоніи.

Англія и Франція создали каждая свой самостоятельный типъ учрежденій, предназначенныхъ для исправленія малолѣтнихъ преступниковъ и вообще порочныхъ дѣтей. Англійскія учрежденія суть ремесленные пріюты; французскія—земледѣльческія колоніи. Англійскіе пріюты принимаютъ не только малолѣтнихъ преступниковъ, но и вообще порочныхъ дѣтей, а также и тѣхъ, которыя находятся на пути порока и преступленія, — нищихъ, безпріютныхъ, покинутыхъ на произволъ судьбы. Каждое заведеніе установляетъ свои правила внутренней администраціи, которыя оно считаетъ необходимыми. Правительство оказываетъ имъ только помощь и учреждаетъ надзоръ въ лицѣ правительственнаго инспектора. Судья, при помѣщеніи малолѣтняго въ извѣстное заведеніе, долженъ обезпечить ему религіозное образованіе того исповѣданія, къ которому ребенокъ принадлежитъ. Состоятельные родители обязаны уплачивать за содержаніе дѣтей, подъ угрозою штрафа или тюремнаго заключенія въ случаѣ отказа съ ихъ стороны. Въ Англіи существуетъ три вида учрежденій этого рода: исправительныя заведенія, ремесленныя школы и убѣжища. Первыя предназначены для малолѣтнихъ преступниковъ; остальныя—для прочихъ.

Второй типъ учрежденій, предназначенныхъ для исправленія порочныхъ дѣтей, представляютъ земледѣльческія колоніи, получившія значительное развитіе во Франціи. Мысль объ устройствѣ земледѣльческихъ колоній возникла еще въ концѣ XVIII вѣка. Съ того времени до конца тридцатыхъ годовъ настоящаго столѣтія сдѣланы были нѣкоторыя попытки для осуществленія ея въ Англіи, Швейцаріи, Голландіи и Германіи. Съ тридцатыхъ годовъ число земледѣльческихъ колоній увеличивается. Въ настоящее время Франція занимаетъ едва ли не первое мѣсто по количеству и качеству земледѣльческихъ колоній для мало-

лѣтнихъ преступниковъ. Болѣе извѣстны колоніи: во Франціи —Метрэ, пріобрѣвшая всесвѣтную славу; въ Бельгіи — Рюисселедъ; въ Голландіи — Цюфтенская, близъ Роттердама; въ Англіи—Редгильская; въ Швейцаріи—Бехтелекская, близъ Берна. Кромѣ земледѣльческихъ работъ, малолѣтніе обучаются въ колоніяхъ ремесламъ; прежде всего тѣмъ, которыя связаны съ сельскою промышленностью и удовлетворяютъ первымъ необходимостямъ. Затѣмъ въ программу обученія входятъ предметы элементарнаго образованія, гимнастика и музыка, а особенно хоровое пѣніе. Въ нѣкоторыхъ заведеніяхъ программа обученія, для наиболѣе способныхъ, значительно расширяется. Колоніи не имѣютъ подобія тюрьмы; онѣ болѣе похожи на обыкновенныя фермы, и нѣкоторыя изъ нихъ даже носятъ это названіе.

Въ Россіи дѣло исправленія малолѣтнихъ преступниковъ есть дѣло новое. Законъ 5 декабря 1866 года впервые призываетъ къ этой дѣятельности силы общества. Къ учрежденію такихъ богоугодныхъ и общеполезныхъ заведеній, говорится въ законѣ, каковы пріюты, предназначенные для исправленія несовершеннолѣтнихъ, призываются земства, общества и духовныя установленія, а также частныя лица. Законъ предоставляетъ этимъ учрежденіямъ нѣкоторыя льготы, а именно: для основанія земледѣльческихъ колоній, правительство можетъ отводить необходимый участокъ земли изъ имѣющихся свободныхъ; мѣстные попечительные о тюрьмахъ комитеты обязаны выдавать на каждаго содержимаго такую сумму, во сколько вообще обходятся пища и одежда всякаго арестанта въ тюрьмѣ; родители дѣтей могутъ быть обязываемы, по мѣрѣ своихъ средствъ, къ уплатѣ за содержаніе и воспитаніе дѣтей. Воспитаніе состоитъ въ обученіи закону Божію, по правиламъ того вѣроисповѣданія, къ коему каждый принадлежитъ, чтенію, письму и основнымъ правиламъ ариѳметики, а при возможности и другимъ элементарнымъ наукамъ; въ обученіи работамъ земледѣльческимъ, или ремесленнымъ, или тѣмъ и другимъ вмѣстѣ. Для исправившихся срокъ пребыванія въ пріютѣ, назначенный въ приговорѣ, сокращается. Освобожденные на семъ основаніи до срока, въ случаѣ дурного поведенія, вновь возвращаются въ пріютъ. Законъ обязываетъ администрацію пріюта оказывать выпущеннымъ изъ онаго покровительство и возможное содѣйствіе въ дѣлѣ устройства ихъ будущности (Уст. о сод. под. страж., ст. 153—167).

Законъ этотъ вызвалъ къ жизни нѣсколько спеціальныхъ обществъ съ цѣлью учрежденія исправительныхъ колоній и пріютовъ. Въ настоящее время устроено около пятидесяти заведеній: Московскій Городской Рукавишниковскій пріютъ, С.-Петербургская колонія, Саратовскій Галкинскій пріютъ, Кіевская колонія, Студзенецкая колонія близъ Варшавы и др.

35

IV. Лишеніе чести и правъ.

Фойницкій, Необходимость реформы постановленій о лишеніи правъ. Журналъ Гражданскаго и Уголовнаго права, 1874. Якушкинъ, Обычное право. Предисловіе. Gross, die Ehrenfolgen. Brunner, Abspaltungen der Friedlosigkeit.

Униженіе человѣка въ его достоинствѣ, какъ человѣка и какъ гражданина, даетъ содержаніе особому роду наказаній, именно, лишенію чести и правъ. Униженіе личности человѣка, какъ человѣка, его общечеловѣческаго достоинства, есть лишеніе чести въ тѣсномъ смыслѣ; униженіе же личности человѣка, какъ гражданина, другими словами, лишеніе политическихъ, сословныхъ, служебныхъ, профессіональныхъ, семейственныхъ и имущественныхъ правъ, есть лишеніе правъ.

1. Пораженіе чести.

Пораженіе чести или позорящія, иначе осрамительныя, наказанія могутъ состоять въ различныхъ обрядахъ или иныхъ дѣйствіяхъ, выражающихъ презрѣніе къ человѣку или насмѣшку надъ нимъ и, такимъ образомъ, унижающихъ его достоинство. Въ качествѣ такихъ наказаній мы находимъ въ исторіи права: выставку у позорнаго столба; надѣваніе ошейниковъ и иныхъ смѣшныхъ уборовъ; надѣваніе предметовъ, добытыхъ преступнымъ дѣяніемъ, или вещественныхъ доказательствъ его; изгнаніе изъ города метлами; нанесеніе удара по лицу палачемъ и произнесеніе бранныхъ словъ; позорное шествіе къ мѣсту казни и т. д.

Не говоря уже о томъ, что всѣ эти наказанія противорѣчатъ современному воззрѣнію на личность человѣка и гражданина, несостоятельность ихъ внѣ всякихъ сомнѣній доказывается слѣдующими двумя соображеніями: во-первыхъ, они въ высшей степени неравномѣрны. Если они сильно дѣйствуютъ на человѣка, сохранившаго еще чувство чести, то человѣкъ, низко стоящій въ нравственномъ отношеніи, переноситъ ихъ, какъ шутку. Второе соображеніе то, что спеціальная ближайшая цѣль этихъ наказаній—униженіе нравственной личности человѣка—несостоятельна; она способствуетъ еще большему развитію дурныхъ настроеній въ личности преступника. Въ современныхъ законодательствахъ позорящія наказанія, поэтому, почти не имѣютъ болѣе мѣста; они сохранились лишь въ небольшомъ объемѣ, какъ обрядовое дополненіе смертной казни, и, сверхъ того, въ немногихъ исключительныхъ случаяхъ.

Позорящія наказанія, весьма многочисленныя и разнообразныя въ старомъ западно-европейскомъ правѣ, не были развиты въ древнѣйшемъ русскомъ законодательствѣ до XVIII вѣка. Древній русскій законъ, по общему правилу, не вторгался въ духовную жизнь человѣка и не установлялъ, поэтому, системы позорящихъ наказаній; онъ зналъ ихъ лишь въ рѣдкихъ случаяхъ по исключенію. Наоборотъ, XVIII вѣкъ, съ его подражаніемъ западно-европейскимъ образцамъ, внесъ въ нашу жизнь массу наказаній этого рода, дотолѣ неизвѣстныхъ. Однако, за предѣлами закона, въ народныхъ правовоззрѣніяхъ и народныхъ обычаяхъ, позоръ и осрамленіе, можно сказать съ большою вѣроятностью, признавались въ качествѣ самостоятельнаго содержанія наказанія и въ древнѣйшее время; доказательствомъ тому служатъ позорящія наказанія, до нашихъ дней въ большомъ объемѣ практикуемыя въ случаяхъ народнаго самосуда и даже изрѣдка въ крестьянскихъ судахъ. Научной обработки матеріала, касающагося позорящихъ наказаній въ указанныхъ случаяхъ, мы не имѣемъ въ литературѣ; но фактическихъ свѣдѣній собрано нашими изслѣдователями обычнаго права достаточно. Укажемъ на книгу Якушкина, Обычное Право, въ которой читатель найдетъ достаточный матеріалъ и многочисленныя указанія трудовъ по этому вопросу.

Кромѣ позорнаго въѣзда въ городъ еще неосужденнаго преступника и осрамительныхъ дополненій при наказаніи кнутомъ, о которыхъ сказано было выше, памятники древняго русскаго права сохранили свѣдѣнія лишь объ одномъ общеупотребительномъ позорящемъ наказаніи—о такъ называемой выдачѣ головою; затѣмъ изрѣдка мы находимъ указанія на совершеніе нѣкоторыхъ позорящихъ дѣйствій въ отдѣльныхъ случаяхъ, по царскому повелѣнію, надъ должностными лицами, виновными въ проступкахъ по службѣ. Таковымъ является, напримѣръ нанесеніе удара по лицу свиткомъ и т. п. Выдача головою, какъ наказаніе, представляло собою особый обрядъ испрошенія прощенія обидчикомъ у обиженнаго въ случаяхъ оскорбленій чести. Самое названіе показываетъ, что первоначально выдача головою имѣла своимъ содержаніемъ нѣчто большее, чѣмъ простой обрядъ: она могла заключать въ себѣ отдачу въ рабство или состояніе, подобное рабству, и даже отдачу въ полное распоряженіе съ правомъ лишенія жизни. Слѣды такого значенія выдачи головою отчетливо сохранились въ памятникахъ XVII вѣка: отдача въ обязательную работу должниковъ кредиторамъ „до искупу“, „по разсчету урочныхъ лѣтъ“, носитъ въ Уложеніи названіе „выдачи головою“ (X ст. 206, 264—266, XXI ст. 88). Котошихинъ (О Россіи), разсказывая о бунтѣ въ Москвѣ при Алексѣѣ Михайловичѣ, употребляетъ такое выраженіе: „умыслили идти къ царю и просити тѣхъ бояръ, чтобы имъ царь *выдалъ ихъ головою* на убіеніе“. Историкъ Татищевъ (Судебникъ Царя и В. К.) прямо говоритъ: „отдача головою была разная: 1) знатныхъ людей за безчестія фамильныя посылали къ старшему въ родѣ обезчещенномъ; но сіе было *токмо лицемъ*... 2) *дѣйствительно* за долги отдавали... въ вѣчное служеніе“. Выдача „лицемъ“—то-есть лишь по внѣшности, для формы—противополагается такимъ образомъ выдачѣ „дѣйствительной“.

Въ числѣ позорящихъ наказаній, вошедшихъ въ употребленіе въ XVIII вѣкѣ, заслуживаетъ особаго вниманія, такъ называемое, шельмованіе, введенное Воинскими Артикулами. Шельмованіе заключало въ себѣ слѣдующій обрядъ: палачъ переламывалъ надъ головою осужденнаго шпагу и объявлялъ его „шельмомъ“. За этимъ слѣдовала или смертная казнь или лишеніе покровительства законовъ, Воинскіе Артикулы вводятъ сверхъ того: нанесеніе удара по щекѣ палачемъ, прибитіе имени къ висѣлицѣ, повѣшеніе за ноги послѣ смерти, раздѣваніе женщинъ до нага (Арт. 99, 139, 145, 174. Процессы, 2, 3, оглавленіе приговоровъ, ст. 5).

Дѣйствующее наше право отказывается отъ примѣненія позорящихъ наказаній. Въ Уложеніи о наказаніяхъ мы находимъ лишь слабые остатки. Таковы: опубликованіе осужденнаго черезъ вѣдомости сенатскія, обѣихъ столицъ и губернскія (ст. 58); возведеніе на эшафотъ и преломленіе шпаги при замѣнѣ смертной казни, такъ называемою, политической смертью (ст. 71); выставка имени въ биржевомъ залѣ (ст. 1278); выставка у позорнаго столба лицъ, приговоренныхъ къ смертной казни. Въ Уголовномъ Уложеніи 22 марта 1903 года изъ этихъ наказаній сохраняется только одно опубликованіе приговора (ст. 33 п. 3).

2. *Пораженіе правъ.*

а) Основаніе и объемъ лишенія правъ.

Лишеніе правъ, какъ сказано выше, состоитъ въ отнятіи у человѣка: 1) правъ служебно-политическихъ, то-есть правъ на участіе въ государственномъ и общественномъ управленіи, правъ на занятіе и исполненіе должностей по службѣ государственной и общественной и правъ на различнаго рода преимущества, изъ такой службы вытекающія, какъ-то: чины, ордена, пенсія; 2) правъ сословныхъ, то-есть тѣхъ правъ и преимуществъ, которыя предоставляются закономъ гражданамъ по различію существующихъ въ государствѣ сословій, въ томъ числѣ сословныхъ званій и титуловъ; 3) профессіональныхъ, то-есть правъ на дѣятельность общественную и производство промысловъ, и иныхъ спеціальныхъ занятій, какъ-то: преподаванія, врачебной практики, адвокатуры и проч.; 4) семейственныхъ, то-есть правъ, вытекающихъ изъ супружескаго союза и власти родительской; 5) имущественныхъ, то-есть правъ собственности на имущество наличное и долговое, а также на пріобрѣтеніе, отчужденіе и заключеніе другихъ сдѣлокъ по имуществу. Всѣ сіи правопораженія, въ различныхъ объемахъ, опредѣляются иногда самымъ содержаніемъ принятыхъ въ законѣ карательныхъ мѣръ разнаго рода, какъ необходимое условіе отбытія наказаній; такъ, нельзя себѣ представить тюремнаго заключенія, которое не сопрягалось бы съ нѣкоторымъ ограниченіемъ правъ служебныхъ, профессіональныхъ, даже семейственныхъ и имущественныхъ, на время его отбытія. Въ этихъ случаяхъ лишеніе правъ не имѣетъ самостоятельнаго значенія. Независимо отъ этихъ случаевъ, лишеніе правъ выдвигается въ уголовномъ правѣ, какъ особый родъ наказанія, вводимый законодателемъ въ списокъ карательныхъ мѣръ по соображеніямъ самостоятельнымъ и имѣющій въ высшей степени важное значеніе.

Всѣ исчисленныя права по отношенію къ личности гражданина могутъ быть двухъ категорій: они или являются для него источни-

комъ выгодъ и полезностей разнаго рода, или выражаются въ исполненіи имъ какихъ-либо обязанностей, безъ всякихъ, лично для него получаемыхъ выгодъ, каково, напримѣръ, право быть присяжнымъ засѣдателемъ. Лишеніе правъ первой категоріи, т.-е. являющихся источникомъ полезностей для ихъ носителя, очевидно, можетъ служить содержаніемъ карательныхъ мѣръ, какъ и вообще лишеніе человѣка всякихъ благъ, ему принадлежащихъ; но вмѣстѣ съ тѣмъ это лишеніе правъ заключаетъ въ себѣ особый моментъ, который совершенно измѣняетъ его значеніе какъ карательной мѣры: всѣ права человѣка, какъ гражданина въ государствѣ, опредѣляютъ кругъ его дѣятельности по отношенію къ другимъ гражданамъ и всему обществу; лишая его правъ, государство сохраняетъ его какъ личность, требующую заботъ и покровительства, но уничтожаетъ его какъ активную силу, дѣйствующую въ той или другой сферѣ государственной жизни. Такъ, напримѣръ, лишая гражданина правъ семейственныхъ, оно разрушаетъ семью или препятствуетъ ея образованію; лишая правъ имущественныхъ,—сокращаетъ объемъ гражданскаго оборота и т. п. Такимъ образомъ, всякое лишеніе правъ заключаетъ въ себѣ, по своему существу, умаленіе активныхъ силъ общества, созидающихъ институты для государства полезные и необходимые. Что касается до лишенія правъ второй категоріи, выражающихся въ одномъ лишь исполненіи особыхъ обязанностей, то здѣсь указанный моментъ является даже единственнымъ, опредѣляющимъ все содержаніе правопораженія: самъ лишаемый правъ вовсе не терпитъ никакого вреда и стѣсненій.

Въ виду такого его значенія, лишеніе правъ, въ качествѣ особаго рода наказанія, не можетъ быть употребляемо законодателемъ въ одинаковомъ съ прочими карательными мѣрами объемѣ, то-есть оно не можетъ быть назначаемо за всѣ вообще преступныя дѣянія, какъ назначается, напримѣръ, лишеніе свободы. Наоборотъ, объемъ примѣненія лишенія правъ можетъ быть, такъ сказать, лишь спеціальный. Государство должно налагать правопораженія лишь тогда, когда имѣются указанія на то, что осуществленіе гражданиномъ правъ его будетъ служить во вредъ государству и обществу. Такъ, избиратель, допустившій подкупить себя, ясно доказываетъ, что онъ не имѣетъ тѣхъ субъективныхъ предположеній, на которыхъ основано право голоса при выборахъ; на томъ же основаніи судья, дозволившій себѣ брать взятки, не можетъ быть признанъ способнымъ отправлять правосудіе; врачъ, не имѣющій знаній, не способенъ отправлять свою профессію; отецъ семейства, злоупотребляющій родительскою властью, тѣмъ самымъ доказываетъ свою неспособность быть носителемъ этой власти и т. п. При наличности такихъ указаній, государство поступитъ вполнѣ раціонально, если прибѣгнетъ къ лишенію правъ въ соотвѣтствующемъ объемѣ или къ ихъ ограниченію; но за этими предѣлами лишеніе правъ, напримѣръ, пораженіе семейственныхъ правъ врача въ наказаніе за незнаніе имъ своего искусства, является нелѣпостью.

При такомъ положеніи вещей, мы должны признать, что лишеніе правъ, по своему значенію для государства, есть прежде всего мѣра административная, которая можетъ быть употребляема независимо отъ совершенія гражданиномъ какого-либо, предусмотрѣннаго въ уголовномъ уложеніи, преступнаго дѣянія. И дѣйствительно, во всѣхъ государствахъ правопораженія разнаго рода налагаются въ значительномъ объемѣ и помимо суда уголовнаго (напр., опека расточителей, какъ ограниченіе правъ имущественныхъ). Но съ другой стороны, лишеніе правъ есть столь тяжкое стѣсненіе личности, что представляется желательнымъ и необходимымъ подчинить его примѣненіе контролю судебной власти, по крайней мѣрѣ въ тѣхъ случаяхъ, когда основаніемъ его является совершенное гражданиномъ преступленіе, и когда объемъ его есть значительный. Такимъ образомъ установляется лишеніе правъ, какъ послѣдствіе преступныхъ дѣяній, опредѣляемое по приговору суда уголовнаго, другими словами, установляется лишеніе правъ, какъ наказаніе. Это наказаніе, однако, сообразно сказанному, есть наказаніе совершенно отличное отъ прочихъ. Будучи ничѣмъ инымъ, какъ мѣрою ограниченія гражданина въ тѣхъ правахъ, пользоваться которыми онъ оказался неспособенъ или недостоинъ, лишеніе правъ, во-первыхъ, должно имѣть значеніе лишь наказанія дополнительнаго къ тому наказанію (главному), которое въ законѣ за дѣяніе положено; во-вторыхъ, примѣненіе его должно зависѣть отъ индивидуальныхъ свойствъ преступнаго дѣянія, насколько эти послѣднія свидѣтельствуютъ о необходимости ограниченія правъ виновника; въ-третьихъ, на томъ же основаніи, объемъ правопораженій долженъ установляться различный, сообразно различію отдѣльныхъ дѣяній; другими словами, законъ долженъ допустить дробность или дѣлимость правопораженій; въ-четвертыхъ, самое назначеніе этой мѣры должно быть факультативнымъ для суда уголовнаго. Отъ этого послѣдняго положенія, однако, по нашему мнѣнію, вполнѣ можетъ быть допущено отступленіе по отношенію къ дѣяніямъ тягчайшимъ: здѣсь законъ съ полной основательностью можетъ исходить изъ предположенія, что человѣкъ, совершившій, напримѣръ, умышленное убійство, тѣмъ самымъ во всякомъ случаѣ доказалъ свою непригодность къ пользованію правами политическими, служебными, даже профессіональными и проч., и посему долженъ быть лишенъ ихъ обязательно, а не по усмотрѣнію суда [1]).

[1]) Въ литературѣ (Gross, Ueber die Ehrenfolgen) высказывается даже мнѣніе, не лишенное основательности, что вообще и всегда опредѣленіе о лишеніи правъ должно исходить не отъ суда уголовнаго, а отъ тѣхъ властей и учрежденій, отъ которыхъ

Въ институтѣ лишенія правъ необходимо различать пораженіе правъ отъ пораженія правоспособности. Государство, лишая гражданина тѣхъ или другихъ правъ, за нимъ признанныхъ, не имѣетъ, по общему правилу, основаній отнимать у него возможности, по истеченіи извѣстнаго срока, вновь пріобрѣсти эти права, вновь достигнуть прежняго положенія. Исключеніе представляютъ тѣ случаи, когда пораженіе правъ связано съ отбытіемъ наказанія, какъ его условіе, и когда это наказаніе есть пожизненное. Затѣмъ, вполнѣ возможна и разумна срочность самого правопораженія, то-есть лишеніе правъ на опредѣленный въ законѣ или приговорѣ срокъ, по истеченіи котораго ipso jure наступаетъ in integrum restitutio. Конечно, такая срочность правопораженій можетъ имѣть мѣсто лишь настолько, насколько она допускается самымъ содержаніемъ поражаемыхъ правъ, и насколько законодатель можетъ имѣть достаточное основаніе предполагать, что, по истеченіи извѣстнаго срока, виновный сдѣлается способнымъ и достойнымъ пользоваться прежними правами.

Что касается въ частности до правъ семейственныхъ и имущественныхъ, то необходимо замѣтить, что многіе писатели отрицаютъ правомѣрность пораженія этихъ правъ и не считаютъ возможнымъ вносить его въ составъ наказаній. Одни изъ писателей этого направленія основываются на томъ соображеніи, что права или отношенія семейственныя и имущественныя установляются не государствомъ, а слагаются помимо государства и до него; посему и отнимать ихъ государство не можетъ. Не трудно видѣть, что доводъ этотъ, имѣющій связь съ теоріей различенія правъ на отчуждаемыя и неотчуждаемыя, прирожденныя и пріобрѣтенныя, несостоятеленъ: жизнь, здоровье, свобода суть блага или права, всеконечно не государствомъ созданныя; однако въ спискѣ наказаній мы видимъ и смертную казнь, и тѣлесныя наказанія, и лишеніе свободы. Другіе писатели ограничиваются общимъ утвержденіемъ, что семья и имущество одинаково составляютъ принадлежность и добрыхъ гражданъ, и преступниковъ—утвержденіемъ, изъ котораго, очевидно, выводъ о недопустимости пораженія правъ этого рода логически вовсе не вытекаетъ. По нашему мнѣнію, отрицаніе правомѣрности пораженія семейственныхъ и имущественныхъ правъ рѣшительно не имѣетъ подъ собою почвы. Допуская лишеніе правъ сословныхъ, служебно-политическихъ, профессіональныхъ, мы не имѣемъ никакихъ основаній отрицать пораженіе правъ семейственныхъ и имущественныхъ; прекращеніе родительской власти, напримѣръ, въ случаяхъ злоупотребленія ею, столько же разумно и необходимо, какъ и пораженіе всякаго другого права при томъ же условіи и т. п. Весь вопросъ здѣсь заключается лишь въ цѣлесообразномъ опредѣленіи объема правопораженій и случаевъ ихъ примѣненія. Такъ, весьма сомнительно, должно ли быть устанавливаемо расторженіе брака помимо воли супруга невиновнаго; должно ли быть вводимо въ составъ пораженія имущественныхъ правъ лишеніе права завѣщательныхъ распоряженій; разумно ли прекращеніе наслѣдственныхъ правъ дѣтей, прижитыхъ до осужденія, къ имуществу родителя, пріобрѣтенному имъ послѣ осужденія; слѣдуетъ ли примѣнять пораженія правъ семейственныхъ и имущественныхъ ко всѣмъ тягчайшимъ преступленіямъ, какъ то принимается относительно правъ служебно-политическихъ и сословныхъ, и т. д. Но этотъ вопросъ о цѣлесообразномъ объемѣ правопораженій, къ сожалѣнію, мало разработанный въ литературѣ, одинаково возбуждается по отношенію къ лишенію правъ всѣхъ категорій, а не только семейственныхъ и имущественныхъ.

исходитъ дарованіе гражданину правъ, должностей, привилегій, или отъ тѣхъ корпорацій, къ которымъ виновные принадлежатъ, такъ какъ только эти учрежденія могутъ быть компетентными рѣшителями вопроса о необходимости или не необходимости лишенія правъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ.

б) Лишеніе правъ въ исторіи.

Институтъ лишенія правъ, какимъ мы видимъ его нынѣ, есть произведеніе западно-европейскаго права; Россія до XVIII вѣка его не знала. Онъ выработался исторически изъ такъ называемаго лишенія преступника покровительства законовъ или поставленія его внѣ закона, которое было извѣстно древнѣйшему праву всѣхъ почти европейскихъ народовъ. Такое лишеніе покровительства законовъ опредѣляло собою полное безправіе человѣка въ обществѣ и устраняло защиту его благъ со стороны государственной власти отъ какихъ бы то ни было посягательствъ. Человѣкъ по своему юридическому положенію превращался въ безхозяйное животное; приравнивался, по образному выраженію памятниковъ нѣмецкаго права, „zu den Thieren des Waldes“; являлся среди гражданъ ничѣмъ другимъ, какъ волкомъ „lupus“.

Въ древне-римскомъ правѣ лишеніе покровительства законовъ именовалось aquae et ignis interdictio и выражалось также религіозной формулой sacer esto; въ германскомъ правѣ оно называлось Friedlosigkeit или Vogelfreiheit. Формула древне-римскихъ законовъ, sacer esto, означала, что преступникъ поставленъ внѣ покровительства закона, что судьба его, какъ проклятаго, предана волѣ боговъ, которыхъ онъ оскорбилъ, и что каждый можетъ убить его безнаказанно. Также безправнымъ и какъ бы проклятымъ, только съ гражданской, а не религіозной точки зрѣнія, считался тотъ, кто былъ осужденъ на aquae et ignis interdictio. Самое выраженіе, aquae et ignis interdictio, указываетъ, что осужденный какъ бы лишенъ былъ права даже имѣть какую бы то ни было пищу, питье и кровъ, и всякій долженъ былъ ему въ томъ отказывать. Нѣмецкое Friedlosigkeit или Vogelfreiheit означало исключеніе преступника изъ среды мира, охраняемаго закономъ (friedlos), поставленіе его въ положеніе врага своего народа и короля—словомъ, исключеніе его отъ общенія съ людьми и поставленіе въ положеніе лѣсного звѣря или птицы (vogelfrei). Съ нимъ запрещено было имѣть какое-бы то ни было общеніе, принимать его въ домъ, давать ему пищу, оказывать какое-

нибудь пособіе. Онъ лишался всего своего имущества и могъ быть безнаказанно убитъ.

Постепенно смягчаясь, лишеніе покровительства законовъ переходитъ въ институтъ, такъ называемой, гражданской или политической смерти (mort civile), которая заключалась въ лишеніи преступника навсегда всѣхъ правъ политическихъ, сословныхъ, служебныхъ, имущественныхъ и семейственныхъ, въ полномъ объемѣ, безъ права пріобрѣсть ихъ вновь. Гражданская смерть развита была преимущественно старымъ французскимъ правомъ. Она сопровождала осужденіе на смертную казнь per contumaciam и пожизненное лишеніе свободы. Осужденный лишался всего своего имущества, которое переходило къ наслѣдникамъ, если не подлежало конфискаціи; не могъ наслѣдовать ни по закону, ни по завѣщанію; не могъ пріобрѣтать никакого имущества, кромѣ какъ на пропитаніе; не могъ располагать имуществомъ посредствомъ завѣщанія, а равно вступать въ какія либо обязательства; не могъ выступать истцомъ, отвѣтчикомъ и свидѣтелемъ въ судѣ; лишался всѣхъ политическихъ правъ, сословныхъ привилегій, титуловъ и права на службу. Гражданская смерть сохранена была и въ кодексѣ 1810 года, но для ссыльныхъ законъ допустилъ пользованіе нѣкоторыми правами въ мѣстѣ ссылки. Гражданская смерть во Франціи отмѣнена была лишь законами 1850 и 1854 годовъ и уступила свое мѣсто слѣдующей смягченной формѣ—лишенію правъ въ современномъ смыслѣ, въ разныхъ объемахъ.

Въ то время, какъ западно-европейское право послѣдовательно, начиная отъ древнѣйшей формы, вырабатывало институтъ лишенія правъ отчасти самостоятельно, отчасти подъ вліяніемъ типичныхъ, законченныхъ конструкцій римскаго права,—древнее русское право, вплоть до начала непосредственныхъ заимствованій съ запада, почти не знало лишенія правъ: мы находимъ лишь немногія, частичныя формы правопораженій, примѣняемыя въ отдѣльныхъ, немногихъ случаяхъ. Представляется даже весьма сомнительнымъ, существовало ли въ Россіи наказаніе, подобное нѣмецкому Friedlosigkeit; лишь нѣкоторый намекъ на нѣчто аналогичное находимъ мы въ древнѣйшемъ „потокѣ и разграбленіи“; но и это наказаніе исчезаетъ очень скоро, и въ чемъ собственно оно состояло — мы не знаемъ. Затѣмъ, выработать институтъ лишенія правъ самостоятельно старое русское право не могло, такъ какъ весь государственный строй Россіи былъ ему противенъ. Прежде всего, пораженіе правъ семейственныхъ, расторженіе супружескаго союза и прекращеніе родительской власти, не могло имѣть мѣста, потому что государство всячески старалось о сохраненіи и укрѣпленіи семейнаго начала и, въ частности, ради утилитарныхъ цѣлей направляло, какъ мы видѣли, преступниковъ въ ссылку съ семьями. Затѣмъ, пораженіе правъ имущественныхъ, въ формѣ перехода всего имущества осужденнаго къ законнымъ его наслѣдникамъ, не могло получить развитія, потому что государство, съ большею для себя выгодою, шло путемъ конфискаціи. Пораженіе правъ служебныхъ, т.-е. лишеніе права службы государственной, тоже не могло имѣть мѣста, потому что права службы въ строгомъ смыслѣ, опредѣленнаго происхожденіемъ, образованіемъ или иного рода цензомъ, вовсе не существовало, а была лишь обязанность службы, крѣпостная обязанность, по которой каждый гражданинъ долженъ былъ идти на ту службу, которую ему укажетъ Великій Государь. Лишать кого-либо права службы было для государства просто невыгодно, такъ какъ это значило бы уменьшать и безъ того скудный запасъ пригодныхъ силъ государственнаго управленія. Вотъ почему государство ограничивалось въ этой сферѣ лишь частичными правопораженіями: „отнятіемъ чести“, то есть лишеніемъ чиновъ и званія (Уложеніе, X ст. 5—7), увольненіемъ отъ должности и воспрещеніемъ занимать вновь извѣстныя должности (Уложеніе, X ст. 5—7, 12, 13, 123, 129, 146, XXI ст. 84, XXV ст. 18). Наконецъ, правъ сословно-политическихъ, отдѣльныхъ отъ выгодъ, пріобрѣтенныхъ службою—чина и званія, вотчинъ, помѣстнаго и денежнаго оклада—притомъ такихъ правъ, лишеніе которыхъ могло бы дать собою содержаніе наказанію, и вмѣстѣ съ тѣмъ, доставить государству какую бы то ни было выгоду, тоже не существовало.

Единственная самостоятельная форма лишенія правъ, которую мы находимъ въ старомъ русскомъ правѣ до XVIII вѣка, есть лишеніе права иска въ судѣ (Уложеніе, X ст. 188, XI ст. 28, XIV ст. 9)—элементъ, относящійся къ институту гражданской или политической смерти [1]).

Въ Россію лишеніе правъ принесено съ запада въ восемнадцатомъ вѣкѣ, въ цѣльной и законченной формѣ. Воинскіе Артикулы и Духовный Регламентъ установляютъ шельмованіе и анаѳему, которыя представляютъ собою нѣсколько смягченную форму лишенія покровительства законовъ, приближающуюся къ гражданской смерти. Отдѣльные указы XVIII вѣка употребляютъ нерѣдко, безъ ближайшаго впрочемъ опредѣленія, выраженіе: гражданская или политическая смерть, сохранившееся до нашихъ дней (Уложеніе, ст. 71). По Воинскимъ Артикуламъ (о процессахъ, часть III, гл. 2), шельмованіе опредѣляется, какъ „тяжелое чести нарушеніе, котораго имя на висѣлицѣ прибито, или шпага его отъ палача переломлена, и воромъ (шельмъ) объявленъ будетъ. Надлежитъ знать всѣмъ, какъ съ тѣмъ поступать, кто чести лишенъ, шельмованъ, то-есть изъ числа добрыхъ людей и вѣрныхъ извергнутъ: 1) ни въ какое дѣло ниже свидѣтельство ни принимать; 2) кто такого ограбитъ, побьетъ или ранитъ, или у него отъиметъ, у онаго челобитья не принимать, и суда ему не давать, развѣ до смерти кто его убьетъ, то яко убійца судится будетъ; 3) въ компаніи не допускать, и единымъ словомъ, такой весьма лишенъ общества добрыхъ людей; а кто сіе преступитъ, самъ можетъ наказанъ быть“. По Духовному Регламенту, сверхъ наказаній, положенныхъ Артикулами, преданный анаѳемѣ отлучается отъ церкви, не допускается къ таинству причащенія, ему запрещается бракъ и пр. Законъ 1766 года реформировалъ этотъ институтъ въ лишеніе всѣхъ правъ состоянія, каковымъ мы видимъ его теперь.

в) Пораженіе правъ въ дѣйствующемъ правѣ.

Уложеніе о наказаніяхъ установляетъ, по объему правопораженій, четыре вида лишенія правъ. Три высшіе вида лишенія правъ поставляются въ зависимость отъ рода главныхъ наказаній; по отношенію къ четвертому законъ признаетъ принципъ зависимости правопораженій отъ свойствъ преступнаго дѣянія.

Первый видъ есть *лишеніе всѣхъ правъ состоянія*, соединяемое съ смертною казнью, каторжными работами и ссылкой на поселеніе.

[1]) Сверхъ того, русское право знало особое, неопредѣленное въ законѣ наказаніе, относящееся къ категоріи правопораженій, въ составъ котораго входило упомянутое въ текстѣ „отнятіе чести“; это — „опала“, налагавшаяся, по усмотрѣнію Государя, на должностныхъ лицъ. Сколько-нибудь точныхъ указаній для ближайшаго опредѣленія такой опалы по содержанію мы въ памятникахъ не находимъ. По объясненію Татищева (Судебникъ), „Опала есть гнѣвъ Государевъ, что по достоинствамъ людей и преступленій различествовало: яко 1) знатному не велятъ ко дворцу ѣздить; 2) не велятъ со двора съѣзжать, и сіе какъ скоро кому объявятъ, обыкновенно черное платье надѣвали; 3) въ деревнѣ жить; 4) писали по городу въ дворяне, отнявъ чины; 5) кинути въ тюрьму“.

По содержанію своему, какъ видно изъ статей 22 — 28 Уложенія о наказаніяхъ, оно образуется лишеніемъ правъ: сословныхъ, служебно-политическихъ, семейственныхъ и имущественныхъ [1]). Лишеніе сословныхъ правъ состоитъ въ изверженіи лица изъ того сословія, въ которомъ оно находилось до осужденія, и въ переводѣ его въ состояніе ссыльныхъ, опредѣляемое Уставомъ о ссыльныхъ. Этимъ общимъ положеніемъ охватывается лишеніе сословныхъ правъ для всѣхъ лицъ, къ какому бы они сословію ни принадлежали. Тѣмъ не менѣе, 22 статья подробно перечисляетъ, въ чемъ именно состоитъ лишеніе сословныхъ правъ для дворянъ, духовныхъ, купцовъ и проч. Эта статья говоритъ, между прочимъ, о потерѣ добраго имени для почетныхъ гражданъ, купцовъ и людей „прочихъ“ состояній, кромѣ дворянъ и лицъ духовнаго званія. Но съ одной стороны, законъ не опредѣляетъ, что такое эта потеря добраго имени, а съ другой — ничего не говоритъ о ней по отношенію къ дворянамъ и духовнымъ. Ближайшее содержаніе потери служебно-политическихъ правъ, о которой говоритъ статья 23, опредѣляется статьею 43. Дополненіемъ поясни тельнаго характера къ статьямъ 22 и 23 служитъ статья 24, въ силу которой „лишеніе правъ состоянія не распространяется ни на жену, ни на дѣтей осужденнаго, прижитыхъ, то-есть рожденныхъ или уже зачатыхъ, прежде сего осужденія, ни на потомство сихъ дѣтей“.

Содержаніе потери правъ семейственныхъ опредѣляется статьею 27 Уложенія. Изъ перваго пункта статьи 27 видно, что нашъ законъ знаетъ двѣ формы расторженія брака; расторженіе фактическое, когда невиновный супругъ не слѣдуетъ за осужденнымъ въ мѣсто ссылки, когда, слѣдовательно, фактически невозможно продолженіе брачнаго сожитія; расторженіе юридическое—въ силу предоставленнаго супругамъ права просить свое духовное начальство о совершенномъ расторженіи брака. Это юридическое расторженіе брака возможно лишь тогда, когда послѣдовало фактическое, т.-е. когда невиновный супругъ не послѣдовалъ на ссылку за осужденнымъ. Право просить о расторженіи брака принадлежитъ обоимъ супругамъ (какъ невиновному, такъ и осужденному) по правиламъ, изложеннымъ въ Уставѣ о ссыльныхъ. Расторженіе брака сопрягается съ каторжными работами и поселеніемъ. Опредѣленіе того же пункта 27 статьи: „на семъ основаніи могутъ просить о расторженіи брака ихъ и тѣ изъ послѣдовавшихъ за осужденными въ мѣсто ссылки и вступившіе съ ними въ ономъ мѣстѣ въ бракъ,

[1]) Нашъ законъ, впрочемъ, по прямому своему смыслу не относитъ пораженіе правъ семейственныхъ и пораженіе правъ имущественныхъ къ составу лишенія всѣхъ правъ состоянія, а называетъ ихъ *послѣдствіями* осужденія въ каторжную работу и на поселеніе,—см. статьи 25 и 26. Это очень важно для тѣхъ случаевъ, когда лишеніе всѣхъ правъ состоянія назначается безъ осужденія въ каторжную работу или на поселеніе. Таковы случаи, предусмотрѣнные въ ст. 325 и 326 Уложенія о наказаніяхъ.

которыхъ супруги за новое преступленіе подвергнутся вновь влекущему за собою разрушеніе правъ семейственныхъ приговору“, въ высшей степени неточно. Необходимо исключить слова: „и вступившіе съ ними въ ономъ мѣстѣ въ бракъ“, которыя обусловливаются смѣшеніемъ фактическаго и юридическаго расторженія брака, или замѣнить слово „и“ словами: „а равно и лица“.

Второй элементъ пораженія семейственныхъ правъ, какъ говоритъ второй пунктъ той же 27 статьи, состоитъ „въ прекращеніи власти родительской надъ дѣтьми, прижитыми прежде осужденія, если дѣти осужденнаго не послѣдовали за нимъ въ мѣсто его ссылки, или впослѣдствіи оное оставили“. Порядокъ слѣдованія дѣтей въ ссылку за родителями опредѣляется въ Уставѣ о ссыльныхъ, а именно: дѣти старше четырнадцатилѣтняго возраста слѣдуютъ или не слѣдуютъ въ ссылку за родителями по своему усмотрѣнію. Судьба дѣтей моложе этого возраста опредѣляется по соглашенію родителей; если же такого соглашенія не состоится, то при ссылкѣ обоихъ супруговъ дѣти слѣдуютъ за ними, при ссылкѣ одного остаются при невиновномъ. Въ случаяхъ ссылки въ каторжную работу, дѣти, недостигшія четырнадцатилѣтняго возраста, въ случаѣ, если ссылается одинъ изъ супруговъ, а другой остается на мѣстѣ, остаются при этомъ послѣднемъ; если оба супруга ссылаются или если ссылаемый вдовецъ или вдова, то дѣти ихъ, достигшія четырнадцатилѣтнаго возраста, остаются въ Россіи и отдаются кому-нибудь на воспитаніе. Впрочемъ, когда ссылаются оба супруга, то губернаторъ можетъ разрѣшить имъ взять съ собой и дѣтей, недостигшихъ четырнадцатилѣтняго возраста. Грудные младенцы во всякомъ случаѣ остаются при матеряхъ. Дѣти, послѣдовавшія въ ссылку за родителями, имѣютъ право возвратиться на родину, причемъ до достиженія ими семнадцатилѣтняго возраста требуется согласіе на то родителей ихъ (Уст. о ссыльныхъ, ст. 253, 408).

Наконецъ, третій пунктъ той же 27 статьи говоритъ, что потеря правъ семейственныхъ состоитъ „въ прекращеніи всѣхъ прочихъ правъ, основанныхъ на связяхъ родства или свойства“. Трудно сказать, что должно разумѣть подъ потерею всѣхъ прочихъ правъ, основанныхъ на связяхъ родства и свойства. Имущественныя права здѣсь не разумѣются, потому что о нихъ говоритъ слѣдующая 28 статья Уложенія.

Лишеніе имущественныхъ правъ опредѣляется 28 статьею Уложенія. Лишенный правъ состоянія лишается, во-первыхъ, всего движимаго и недвижимаго своего имущества, которое переходитъ къ его законнымъ наслѣдникамъ, „точно такъ же, какъ поступило бы вслѣдствіе естественной смерти“. Смыслъ этой части статьи 28 лишаетъ завѣщательныя распоряженія лицъ, приговоренныхъ къ лишенію всѣхъ правъ состоянія, всякой силы, если духовное завѣщаніе составлено послѣ обращенія приговора къ исполненію. Во-вторыхъ, лишенный всѣхъ правъ

состоянія лишается не только своего имущества, но даже и того, которое могло бы достаться ему по наслѣдству отъ другихъ лицъ; оно точно такъ же, по праву представленія, переходитъ къ его законнымъ наслѣдникамъ. Пораженіе имущественныхъ правъ, какъ видно изъ этого опредѣленія, есть полное. По Уставу о ссыльныхъ, ссыльные могутъ пріобрѣтать имущества въ мѣстѣ ссылки, слѣдовательно имущественная ихъ правоспособность не поражается. Одно только, впрочемъ, ограниченіе существуетъ относительно этого имущества, а именно, оно не можетъ переходить, въ порядкѣ наслѣдованія по закону, къ родственникамъ до осужденія, а только къ тѣмъ, которые пріобрѣтены послѣ осужденія. Въ случаѣ неимѣнія таковыхъ, оно, какъ выморочное, поступаетъ въ казну.

Вторымъ видомъ пораженія правъ является *лишеніе всѣхъ особенныхъ лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ*, которое соединяется съ арестантскими отдѣленіями и тюрьмою. Этотъ видъ лишенія правъ заключается въ пораженіи правъ сословныхъ и служебно-политическихъ. Онъ опредѣляется въ ст. 43, 46 и 46[1] Улож. наказ. (по Прод. 1906 г.).

Третій видъ пораженія правъ есть *лишеніе нѣкоторыхъ личныхъ правъ и преимуществъ*, которое сопрягается съ заключеніемъ въ крѣпости и заключеніемъ въ тюрьмѣ. Оно состоитъ въ лишеніи правъ служебно-политическихъ; опредѣляется въ статьѣ 50 Уложенія.

Четвертый видъ пораженія правъ—*пораженіе* какого-либо *отдѣльнаго права*, назначаемое или на срокъ, или навсегда. Это правопораженіе сопрягается нашимъ закономъ или съ тѣмъ или другимъ видомъ наказанія, напримѣръ, приговоренный къ тюремному заключенію лишается права быть присяжнымъ засѣдателемъ и судьею; или съ преступнымъ дѣяніемъ, напримѣръ, лишеніе права быть врачемъ, содержать аптеку и т. п. (Уложеніе о Наказаніяхъ, статьи: 326, 327, 865, 867, 870, 885, 890, 894, 958, 992[1], 993, 1053, 1060 и др.). Къ этой же категоріи относится лишеніе нѣкоторыхъ отдѣльныхъ служебныхъ правъ, опредѣляемое статьями 65—69 Уложенія.

Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года (ст. 25—31) установляетъ слѣдующія формы лишенія правъ: лишеніе правъ состоянія, лишеніе правъ семейныхъ, лишеніе правъ имущественныхъ и пораженіе какого-либо отдѣльнаго права. Лишеніе правъ состоянія слагается изъ двухъ элементовъ—пожизненнаго и срочнаго.

Пораженіе правъ семейныхъ сопрягается съ каторгою и ссылкою на поселеніе. По содержанію своему оно состоитъ: 1) въ прекращеніи правъ супружескихъ въ томъ случаѣ, когда супругъ осужденнаго не послѣдовалъ за нимъ, и въ расторженіи въ этомъ случаѣ брака по ходатайству одного изъ супруговъ и 2) въ прекращеніи родительской власти надъ дѣтьми, прижитыми до вступленія приговора въ законную силу.

Права имущественныя поражаются въ случаѣ присужденія къ смертной казни, каторгѣ или ссылкѣ на поселеніе; пораженіе этихъ правъ заключается: 1) въ утратѣ осужденнымъ правъ по имуществу, какъ вытекающихъ изъ союза родственнаго, такъ и вообще принадлежавшихъ ему до вступленія приговора въ законную силу; 2) въ утратѣ осужденнымъ правъ на наслѣдованіе по закону относительно наслѣдства, открывающагося послѣ вступленія приговора въ законную силу; но имущественная правоспособность осужденнаго не прекращается, хотя и подвергается извѣстнымъ ограниченіямъ.

Лишеніе правъ состоянія соединяется съ присужденіемъ къ смертной казни, каторгѣ, ссылкѣ на поселеніе, для лицъ всѣхъ состояній, и съ присужденіемъ къ заключенію въ исправительномъ домѣ, а въ случаяхъ, точно въ законѣ указанныхъ, и къ заключенію въ тюрьмѣ—для лицъ высшихъ состояній. По содержанію лишеніе правъ состоитъ: 1) Въ пожизненной потерѣ, для дворянъ—дворянства, потомственнаго или личнаго, и всѣхъ преимуществъ, съ нимъ соединенныхъ; для священнослужителей, монашествующихъ и вообще лицъ духовнаго званія—духовнаго сана и званія и всѣхъ ихъ преимуществъ; для почетныхъ гражданъ, потомственныхъ и личныхъ, для купцовъ и для людей прочихъ состояній—правъ и преимуществъ, каждому изъ сихъ состояній въ особенности присвоенныхъ. Къ сему присоединяется потеря почетныхъ титуловъ, чиновъ, орденовъ и другихъ жалуемыхъ правительствомъ знаковъ отличія, почетныхъ званій и пенсій, а также удаленіе отъ должностей государственныхъ, церковныхъ, сословныхъ, земскихъ, городскихъ и общественныхъ. 2) Въ срочной утратѣ права: участвовать въ постановленіяхъ и выборахъ сословныхъ собраній и быть избирателемъ или избираемымъ въ земскихъ, городскихъ или общественныхъ собраніяхъ; состоять на государственной, сословной, земской, городской или общественной службѣ, состоять на службѣ въ арміи или флотѣ; занимать церковныя должности; выбирать промысловыя свидѣтельства на торговыя предпріятія первыхъ двухъ, а на промышленныя—первыхъ пяти разрядовъ, равно какъ и на соотвѣтствующія имъ пароходныя предпріятія, а также на предпріятія по производству золотаго или платиноваго промысла; быть опекуномъ и попечителемъ; быть начальствующимъ, воспитателемъ или учителемъ въ общественномъ или частномъ учебномъ заведеніи, а также пользоваться правами домашняго учителя; быть третейскимъ судьей, а равно членомъ конкурснаго управленія или администраціи, присяжнымъ попечителемъ, присяжнымъ засѣдателемъ, присяжнымъ повѣреннымъ или повѣреннымъ въ дѣлахъ, производящихся въ государственныхъ, сословныхъ, земскихъ, городскихъ или общественныхъ установленіяхъ; быть свидѣтелемъ при договорахъ или актахъ, требующихъ свидѣтельской скрѣпы.

Лишеніе какого-либо отдѣльнаго права опредѣляется въ особен-

ной части Уголовнаго Уложенія въ связи съ особыми свойствами данныхъ преступныхъ дѣяній; таковы, напримѣръ, лишеніе права заниматься опредѣленными въ законѣ видами торговли или промысловъ или иной указанной въ законѣ дѣятельностью (напр. въ ст. 228, 266 и др.), лишеніе власти родительской и опекунской надъ несовершеннолѣтнимъ, воспрещеніе занимать равную или высшую должность въ теченіе закономъ установленнаго срока или навсегда и т. д.

Институтъ пораженія правъ въ финляндскомъ правѣ не имѣетъ никакого подобія съ нашимъ. Финляндское Уложеніе установляетъ одну общую форму: лишеніе общественнаго довѣрія, назначаемаго или пожизненно или на сроки отъ 1 до 15 лѣтъ. Лишеніе общественнаго довѣрія состоитъ въ увольненіи отъ занимаемыхъ должностей и въ прекращеніи пользованія тѣми правами, сословными, политическими, промышленными и профессіональными, для которыхъ, по законамъ, требуется неопороченное поведеніе.

Французское право установляетъ три вида лишенія правъ: 1) Dégradation civique — лишеніе всѣхъ правъ политическихъ, служебныхъ, сословныхъ, нѣкоторыхъ профессіональныхъ и нѣкоторыхъ семейственныхъ (по опекѣ и попечительству). Dégradation civique — правопораженіе пожизненное и заключаетъ въ себѣ лишеніе правоспособности. Оно примѣняется обязательно при высшихъ наказаніяхъ. 2) Interdiction légale—лишеніе права распоряженія имуществомъ на время отбытія заключенія высшихъ родовъ. 3) Interdiction de certains droits—пораженіе отдѣльныхъ правъ, входящихъ въ составъ dégradation civique—назначается факультативно въ случаяхъ, закономъ указанныхъ.

Германское право слагаетъ три вида лишенія правъ: 1) Пожизненная потеря права на службу военную и гражданскую, какъ государственную, такъ и общественную. Это правопораженіе обязательно соединяется съ заключеніемъ въ цухтгаузѣ. 2) Потеря почетныхъ гражданскихъ правъ, заключающая въ себѣ: а) лишеніе навсегда правъ, полученныхъ въ силу общественныхъ выборовъ, потерю занимаемыхъ должностей, почетныхъ званій, титуловъ, орденовъ и знаковъ отличія; б) срочное, на время отъ 1 до 10 лѣтъ со дня отбытія главнаго наказанія, лишеніе права службы военной и гражданской, права полученія почетныхъ званій, орденовъ, титуловъ и знаковъ отличія, ношенія національной кокарды, участія въ выборахъ, права быть свидѣтелемъ при совершеніи актовъ и нѣкоторыхъ правъ семейственныхъ. Это праволишеніе налагается факультативно при смертной казни и цухтгаузѣ, а также въ закономъ указанныхъ случаяхъ (тоже факультативно) при тюрьмѣ. 3) Лишеніе права занимать общественныя должности на срокъ отъ 1 до 5 лѣтъ съ потерею занимаемыхъ должностей навсегда. Это праволишеніе налагается факультативно при тюрьмѣ, взамѣнъ потери почетныхъ гражданскихъ правъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда эта послѣдняя, какъ сказано выше, закономъ допускается.

V. Лишеніе имущества.

Stoos, zur Natur der Vermögensstrafen. Rosenfeldt, die Regelung der Geldstrafe.

Наказанія лишеніемъ имущества или имущественныя взысканія состоятъ въ отнятіи у преступника всего или части его имущества.

Имущественныя наказанія отличаются отъ пораженія имущественныхъ правъ тѣмъ, что въ первомъ случаѣ имущество, взятое у виновнаго, обращается въ имущество государственное, во второмъ—или пріостанавливается временно его личное распоряженіе и пользованіе имуществомъ, или оно переходитъ къ его наслѣдникамъ.

Въ исторіи карательныхъ мѣръ имущественныя наказанія смѣнили собою частную кровную мѣсть. Эпоха виръ или денежныхъ выкуповъ была эпохою, въ которую всѣ карательныя мѣры сводились къ имущественнымъ взысканіямъ, обращавшимся частью въ пользу пострадавшаго или близкихъ его, частью въ пользу представителя общественной власти. Но и въ дальнѣйшемъ теченіи исторіи они не сходятъ со сцены: государственная власть, нуждаясь, при слабой организаціи финансоваго хозяйства, въ денежныхъ средствахъ, охотно прибѣгала къ отнятію имущества у преступниковъ, какъ къ источнику значительныхъ доходовъ. Въ этомъ второмъ періодѣ имущественныя взысканія обыкновенно имѣютъ значеніе дополнительныхъ наказаній, сопровождающихъ другое, главное, въ особенности смертную казнь и ссылку. Нерѣдко, впрочемъ, они налагаются и отдѣльно. Характеръ древнихъ виръ или выкуповъ въ пользу пострадавшаго сохранился до нашихъ дней въ институтѣ германскаго права Busse, то-есть денежнаго штрафа, обращаемаго въ указанныхъ закономъ случаяхъ въ пользу пострадавшаго, и въ институтѣ русскаго *безчестья*—денежнаго вознагражденія, уплачиваемаго въ порядкѣ гражданскаго суда обидчикомъ обиженному въ случаяхъ оскорбленія чести.

1. Виды имущественныхъ взысканій.

По объему своему имущественныя взысканія раздѣляются на конфискацію и денежный штрафъ.

1. *Конфискація* состоитъ въ отнятіи у осужденнаго имущества и обращенія его въ государственное. Смотря по тому, касается ли конфискація всего имущества или только какихъ-либо опредѣленныхъ предметовъ, различаютъ конфискацію общую и спеціальную. Недостатокъ общей конфискаціи, какъ уголовнаго наказанія, есть полное отсутствіе индивидуальности. Для осужденныхъ на смертную казнь или пожизненное заключеніе, конфискація не имѣетъ никакого значенія, но падаетъ всею тяжестью на ихъ семьи. Спеціальная конфискація состоитъ въ отобраніи какихъ-нибудь отдѣльныхъ предметовъ, напримѣръ, орудій, посредствомъ которыхъ совершено преступное дѣяніе или которыя предназначены для совершенія преступнаго дѣянія (instrumenta sceleris); вещей, созданныхъ посредствомъ преступнаго дѣянія (scelere quaesita); вещей, которыя запрещено изготовлять, продавать,

распространять, хранить, имѣть при себѣ и т. д. Наконецъ, къ спеціальной конфискаціи принадлежитъ и уничтоженіе вещей, подлежащихъ тому по закону; таковы испорченные съѣстные припасы и т. п.

2. *Денежный штрафъ* состоитъ во взысканіи съ осужденнаго извѣстной суммы денегъ. Хорошія качества денежнаго штрафа, какъ наказанія, въ особенности при маловажныхъ преступныхъ дѣяніяхъ и корыстныхъ, не подлежатъ сомнѣнію. Въ первомъ отношеніи, очевидно, что существуютъ такого рода незначительныя дѣянія, гдѣ наказаніе и однимъ днемъ лишенія свободы было бы несоразмѣрно велико. Для дѣяній корыстныхъ, денежный штрафъ можетъ имѣть репрессивное значеніе для преступника, несравненно большее, чѣмъ лишеніе свободы. Существенный недостатокъ денежныхъ штрафовъ заключается въ ихъ неравномѣрности для бѣдныхъ и богатыхъ. Въ теоріи поэтому выставлена была оригинальная система опредѣленія размѣра денежныхъ штрафовъ, именно: назначать въ каждомъ случаѣ не опредѣленную въ законѣ сумму денегъ, а извѣстный процентъ съ годоваго дохода преступника. По идеѣ своей эта система совершенно правильна—здѣсь наказаніе будетъ равномѣрно для всѣхъ: богатый будетъ платить много, бѣдный—мало. Однако практическія неудобства этой системы не допускаютъ принятія ея въ законъ.

2. *Имущественныя наказанія въ дѣйствующемъ правѣ.*

Современное положительное право опредѣляетъ денежные штрафы или въ единицахъ денежнаго обращенія, въ порядкѣ санкціи относительно опредѣленной, давая возможность судьѣ соразмѣрять количество штрафа съ имуществомъ виновнаго; или въ порядкѣ санкціи относительно-альтернативной, давая возможность судьѣ наложить штрафъ или иное наказаніе; или, наконецъ, не опредѣляя вовсе суммы взысканія, установляетъ лишь критерій для такого опредѣленія, напримѣръ: въ три раза противъ цѣны похищеннаго и т. п. Что касается до конфискаціи (Улож. наказ. ст. 58), то конфискація общая извѣстна современному праву въ самомъ маломъ объемѣ; конфискація спеціальная примѣняется въ размѣрахъ значительныхъ.

Конфискація общая указывалась въ статьѣ 255 Уложенія о наказаніяхъ „за участіе въ бунтѣ или заговорѣ противъ власти верховной, или же въ государственной измѣнѣ“, причемъ ближайшія правила о конфискаціи, равно какъ и самое примѣненіе ея, всегда должны были опредѣляться особымъ законодательнымъ актомъ.

Конфискація спеціальная опредѣляется въ Уложеніи и въ Уставѣ о наказаніяхъ въ отдѣльныхъ статьяхъ особенной части.

Денежные штрафы назначаются нашимъ законодательствомъ въ

порядкѣ всѣхъ трехъ указанныхъ выше способовъ. По отношенію къ нѣкоторымъ преступнымъ дѣяніямъ, извѣстная, опредѣляемая самимъ закономъ, часть штрафа идетъ въ пользу открывателей преступнаго дѣянія. Сверхъ того, въ нѣкоторыхъ случаяхъ именно указывается то мѣсто или учрежденіе, въ пользу котораго идутъ денежныя взысканія (напр., примѣчанія 1—3 къ ст. 27 Мир. Устава). Во всѣхъ же случаяхъ, когда такихъ указаній не имѣется, взысканныя деньги обращаются въ доходъ государственнаго казначейства (Улож. наказ., ст. 42), а взысканныя по приговорамъ мировыхъ судей, въ капиталъ на устройство мѣстъ заключенія для подвергаемыхъ аресту по приговорамъ мировыхъ судей.

Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года общей конфискаціи не упоминаетъ. Спеціальная конфискація имѣетъ значительное примѣненіе; общія правила о ней излагаются въ ст. 36. Денежный штрафъ опредѣляется Уголовнымъ Уложеніемъ въ двухъ видахъ: денежная пеня и денежное взысканіе. Денежная пеня есть низшее наказаніе; она опредѣляется рублями и полтинами, за исключеніемъ случаевъ, когда въ законѣ указанъ особый порядокъ ея исчисленія; высшій ея размѣръ установляется въ отдѣльныхъ случаяхъ; нерѣдко денежная пеня назначается въ точно опредѣленномъ размѣрѣ (напр. въ ст. 250), часто въ размѣрѣ простой или кратной стоимости пріобрѣтеннаго преступнымъ дѣяніемъ (напр. ст. 255, 348). Суду предоставляется отсрочить или разсрочить уплату денежной пени на время не свыше одного года со дня вступленія приговора въ законную силу. Денежное взысканіе есть особое дополнительное наказаніе, присоединяемое при присужденіи къ заключенію въ исправительномъ домѣ, въ тюрьмѣ или къ аресту; размѣръ его или указывается въ законѣ или опредѣляется особо по обстоятельствамъ каждаго дѣла. Какъ пеня, такъ и денежное взысканіе обращаются на устройство мѣстъ заключенія, если въ законѣ не постановлено объ иномъ его предназначеніи (ст. 24, 33 п. 2).

VI. Полицейскій надзоръ.

Объяснительная записка къ Проекту общей части Уголовнаго Уложенія, стр. 247—273 (первая редакція, стр. 95—101).

Нѣкоторыя спеціальныя ограниченія свободы лица, установляемыя въ видахъ удобнѣйшаго наблюденія за нимъ органовъ полицейской власти, даютъ содержаніе особой карательной мѣрѣ, которая носитъ названіе *полицейскаго надзора*. Примѣняемый къ лицамъ, отбывшимъ наказаніе за преступное дѣяніе, полицейскій надзоръ является, по общему правилу, наказаніемъ дополнительнымъ. Цѣль полицейскаго

надзора есть предупрежденіе новыхъ преступныхъ дѣяній со стороны лица уже наказаннаго. Въ литературѣ указывается иногда и другая цѣль, сближающая учрежденіе полицейскаго надзора съ институтомъ патроната (см. выше), именно,—помощь и поддержка отбывшему наказаніе преступнику въ дѣлѣ пріисканія средствъ къ жизни. Эта вторая цѣль, какъ возлагающая на полицію дѣятельность ей не свойственную, большинствомъ писателей справедливо признается неосновательною. По содержанію своему для преступника полицейскій надзоръ заключаетъ въ себѣ ограниченіе свободы передвиженія въ двухъ отношеніяхъ: относительно выбора мѣста постояннаго жительства и относительно права передвиженія въ районѣ той мѣстности, которая избрана для постояннаго жительства. Первое достигается или посредствомъ предоставленія виновному права самому избрать мѣсто жительства (за исключеніемъ нѣкоторыхъ мѣстъ, напримѣръ, столицъ и большихъ городовъ); или посредствомъ назначенія ему властью обязательнаго мѣста жительства. Этотъ послѣдній пріемъ приближаетъ мѣры полицейскаго надзора къ ссылкѣ, со всѣми тягостями и трудностями послѣдней, и посему одобренія не заслуживаетъ. Второе достигается или посредствомъ безусловнаго воспрещенія удаляться изъ мѣста безъ особаго на каждый разъ дозволенія начальства на все время состоянія подъ надзоромъ; или посредствомъ такого воспрещенія на извѣстный, болѣе или менѣе краткій срокъ, по истеченіи котораго это воспрещеніе, при хорошемъ поведеніи поднадзорнаго, можетъ быть снято. Сверхъ указанныхъ ограниченій свободы лица, германское уложеніе вноситъ въ составъ полицейскаго надзора еще одну мѣру, а именно: полиціи предоставляется право дѣлать обыски и выемки въ жилищѣ поднадзорнаго по своему усмотрѣнію, не стѣсняясь условіями, установленными для прочихъ гражданъ. Это мѣропріятіе, будучи весьма цѣлесообразнымъ въ интересахъ предупредительной дѣятельности, является однако препятствіемъ для поднадзорнаго въ пріисканіи себѣ какого-либо частнаго мѣста, постоянной работы, а иногда даже и помѣщенія.

По дѣйствующему русскому праву, полицейскій надзоръ осуществляется въ двоякой формѣ: надзоръ полиціи и надзоръ обществъ, къ которымъ приписаны виновные. Дѣятельность обществъ по надзору, за отсутствіемъ у нихъ средствъ надзора, отдѣльныхъ отъ власти органовъ полиціи, никакого практическаго значенія не имѣетъ. Полицейскій надзоръ назначается на время отъ 1 до 4 лѣтъ для отбывшихъ наказаніе въ арестантскихъ отдѣленіяхъ, а равно въ крѣпости и тюрьмѣ съ лишеніемъ правъ (Улож. наказ. ст. 58^1). Сверхъ того, въ отдѣльныхъ случаяхъ, Уложеніе сопрягаетъ полицейскій надзоръ и съ другими наказаніями (напримѣръ, въ статьяхъ 1050, 1052), а прежде назначало его и отдѣльно (ст. 321). По содержанію своему для преступника полицейскій надзоръ заключаетъ въ себѣ воспрещеніе измѣнять мѣсто жительства или удаляться изъ него безъ особаго на каждый разъ дозволенія полиціи, а также воспрещеніе жительства и пребыванія: въ столицахъ и во всѣхъ мѣстностяхъ столичныхъ губерній; въ губернскихъ городахъ, ихъ уѣздахъ и во всѣхъ мѣстностяхъ, отстоящихъ отъ губернскихъ городовъ ближе двадцати пяти верстъ (кромѣ лицъ, приписанныхъ къ обществамъ въ тѣхъ уѣздахъ и мѣстностяхъ, за исключеніемъ губернскаго города); во всѣхъ крѣпостяхъ и въ мѣстностяхъ, отстоящихъ отъ крѣпостей ближе двадцати пяти верстъ; въ тѣхъ мѣстахъ, въ которыхъ по особымъ Высочайшимъ повелѣніямъ не разрѣшается водвореніе поднадзорныхъ (ст. 58^1, 58^2, по Прод. 1906 г.).

Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года термина „полицейскій надзоръ“ не употребляетъ, но отчетливо и съ точностью установляетъ его, опредѣляя различныя ограниченія въ правѣ избранія и перемѣны мѣста жительства для присужденныхъ къ каторгѣ, ссылкѣ на поселеніе, заключенію въ исправительномъ домѣ и заключенію въ тюрьмѣ, соединенному съ лишеніемъ правъ состоянія. Этимъ лицамъ, на срокъ отъ 1 до 5 лѣтъ въ зависимости отъ главнаго наказанія, воспрещается жительство и пребываніе въ указанныхъ закономъ губерніяхъ, уѣздахъ, городахъ или иныхъ мѣстностяхъ; въ случаѣ неизбранія ими, при освобожденіи отъ наказанія, мѣста жительства, послѣднее опредѣляется мѣстнымъ губернскимъ начальствомъ; имъ воспрещается, безъ особаго разрѣшенія мѣстной полиціи, оставлять избранное или назначенное мѣсто жительства до истеченія полугода по водвореніи въ немъ; по истеченіи полугода послѣ водворенія въ такомъ мѣстѣ, имъ дозволяется перемѣнять его не иначе, какъ съ вѣдома о томъ мѣстной полиціи. Сверхъ того приговореннымъ къ каторгѣ запрещается навсегда постоянное жительство въ столицахъ, столичныхъ губерніяхъ и въ губерніи, въ предѣлахъ которой совершено преступное дѣяніе (ст. 34, 35).

VII. Выговоръ.

Простое выраженіе устно или письменно порицанія преступнику отъ лица государственной власти, по поводу совершеннаго имъ преступнаго дѣянія, образуетъ собою, такъ называемый, выговоръ, замѣчаніе или внушеніе. Въ чистомъ своемъ видѣ выговоръ осуществляетъ собою, какъ мы знаемъ, общую отвлеченную идею всякаго наказанія; вмѣстѣ съ тѣмъ, практически онъ представляетъ собою высшую степень осуществленія правила объ экономіи карательныхъ мѣръ.

Осложненный тѣми или другими мѣрами, направленными къ тому, чтобы сдѣлать его болѣе внушительнымъ, выговоръ легко приближается къ наказаніямъ позорящимъ со всѣми ихъ недостатками. Такими мѣ-

рами могутъ быть: торжественно-позорная обстановка, при которой дѣлается выговоръ, и особо-интензивныя выраженія, въ которыя онъ облекается. Въ такомъ именно видѣ мы находимъ выговоръ въ нашемъ старомъ правѣ. Наша старая практика очень часто примѣняла выговоръ, въ случаяхъ должностныхъ преступныхъ дѣяній, а также оскорбленій чести, хотя до XVIII вѣка онъ не былъ опредѣленъ закономъ. Выговоръ излагался или въ судебномъ приговорѣ, или въ особой грамотѣ, адресованной виновному, или, для должностныхъ лицъ, заносился въ разрядныя книги. Порицаніе выражалось въ словахъ рѣзкихъ, грубыхъ и бранныхъ: такія выраженія, какъ „страдникъ, воръ, посульникъ, ябедникъ, клятвопреступникъ“ и т. п. были общимъ правиломъ; нерѣдко употреблялись еще худшія. Въ чистомъ своемъ видѣ, безъ позорящихъ осложненій, выговоръ опредѣляется и нашимъ, и западноевропейскимъ дѣйствующимъ правомъ въ значительномъ объемѣ, въ примѣненіи къ самымъ маловажнымъ преступнымъ дѣяніямъ. Одно время въ литературѣ замѣчалось стремленіе вовсе исключить выговоръ изъ списка налагаемыхъ по суду наказаній, какъ такую мѣру, которая не можетъ служить никакимъ полезностямъ, а главнымъ образомъ—исправительнымъ цѣлямъ. Подчиняясь этому теченію, Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года, въ противоположность дѣйствующему праву, которое знаетъ выговоръ, замѣчаніе и внушеніе въ качествѣ общаго наказанія (Улож. о нак. ст. 40; Уст. о нак. ст. 1 и 9), ограничило примѣненіе выговора, подъ названіемъ внушенія, лишь несовершеннолѣтними преступниками, отъ 10 до 17 лѣтъ, взамѣнъ ареста и денежной пени (ст. 55). Между тѣмъ въ новѣйшее время, сильное разочарованіе въ тюремномъ лишеніи свободы снова выдвинуло вопросъ о широкомъ примѣненіи выговора.

ГЛАВА III.

СИСТЕМА НАКАЗАНІЙ ДѢЙСТВУЮЩАГО ПРАВА.

1. Уложеніе о наказаніяхъ.

а) Лѣстница наказаній.

Поставивъ одною изъ своихъ задачъ приведеніе въ порядокъ карательной системы, а именно установленіе соразмѣрности наказаній съ тяжестью преступныхъ дѣяній и разумное ограниченіе судейскаго произвола въ дѣлѣ назначенія наказаній, составители Уложенія о наказаніяхъ 1845 года признали за наилучшее построить всю карательную систему въ строго лѣствичномъ порядкѣ — создать такъ называемую Лѣстницу наказаній.

Лѣстницею наказаній въ техническомъ смыслѣ мы называемъ такую систему, въ которой всѣ роды наказаній, раздѣленные на виды и степени по сравнительной ихъ тяжести, располагаются въ послѣдовательномъ порядкѣ степеней, въ формѣ ариѳметической или геометрической прогрессіи, такъ что отношеніе между двумя рядомъ стоящими степенями представляется всегда одинаковымъ, безразлично, принадлежатъ ли эти степени къ одному роду наказаній или къ двумъ различнымъ. Одиннадцать родовъ наказаній въ Уложеніи 1845 года были раздѣлены по этой системѣ на 36 степеней, и всѣ эти степени должны были представлять собою одну убывающую прогрессію, начиная отъ смертной казни и кончая выговоромъ. По мысли составителей, выгоды и удобства лѣствичной системы должны были заключаться въ слѣдующемъ: 1) законъ въ редакціи санкціонирующихъ частей вмѣсто описательныхъ выраженій, то-есть подробнаго указанія рода, вида и размѣровъ наказанія можетъ ограничиваться простымъ цифровымъ указаніемъ соотвѣтствующей степени въ лѣстницѣ — напримѣръ, по 5 степени такого-то рода и т. п. 2) Для повышенія и пониженія наказаній по обстоятельствамъ, вину увеличивающимъ и уменьшающимъ, законъ точно такъ же, вмѣсто подробныхъ правилъ о повышеніи и пониженіи каждаго наказанія, при наличности того или другого изъ установленныхъ въ законѣ уменьшающихъ и увеличивающихъ вину обстоятельствъ, можетъ ограничиться цифровымъ указаніемъ того, на сколько именно степеней повышаетъ или понижаетъ наказаніе каждое изъ этихъ обстоятельствъ или извѣстная группа ихъ. 3) Судья, при опредѣленіи наказанія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, легко по цифровому указанію закона, находитъ наказаніе, соотвѣтствующее данному виду преступнаго дѣянія, а затѣмъ, произведя ариѳметическій расчетъ сложенія и вычитанія соотвѣтственно тому числу степеней, на которое необходимо повысить или понизить наказаніе въ виду обстоятельствъ вину уменьшающихъ или увеличивающихъ, онъ столь же легко находитъ ту именно степень, которая должна быть въ данномъ случаѣ примѣнена; напримѣръ, наказаніе, соотвѣтствующее 10 степени въ лѣстницѣ, повысить на 2 степени и понизить на 3 степени = 9 степени и т. д. 4) Руководясь порядкомъ ариѳметическаго расчета степеней при повышеніи и пониженіи наказаній, судья безпрепятственно переходитъ отъ одного рода наказаній къ другому, двигаясь по лѣстницѣ вверхъ и внизъ.

Однако, всѣ эти удобства, которыя дѣйствительно могли бы быть получены при строгомъ и точномъ выполненіи задуманнаго плана, въ сущности Уложеніемъ 1845 года достигнуты не были: составители Уложенія, создавъ по внѣшности стройную систему, не довели ее до конца. Прежде всего фактическое несоотвѣтствіе тяжести отдѣльныхъ наказаній съ мѣстомъ ихъ въ лѣстницѣ, то-есть то обстоятельство, что отдѣльныя наказанія въ дѣйствительности вовсе не представляли собою

той послѣдовательности, которая предполагалась въ лѣстницѣ, именно, высшія степени нерѣдко оказывались по тяжести равными низшимъ, а отношеніе между двумя рядомъ стоящими степенями въ одной части лѣстницы оказывалось не равнымъ отношенію между двумя рядомъ стоящими степенями въ другой части лѣстницы, — это обстоятельство вызвало уже въ 1845 году необходимость установить правила объ ограниченіи перехода по степенямъ и, соотвѣтственно этому, особыя правила о повышеніи и пониженіи наказаній въ тѣхъ случаяхъ, когда приходилось, напримѣръ, переходить отъ ссылки на житье къ ссылкѣ на поселеніе или отъ ссылки на житье къ наказаніямъ низшихъ родовъ. Затѣмъ, Уложеніе сохранило множество наказаній, не вошедшихъ въ лѣстницу и лѣствичной системѣ не подчиненныхъ—такъ называемыя исключительныя наказанія,—а въ составъ лѣстницы ввело такія наказанія, которыя назначаются лишь за нѣкоторыя преступныя дѣянія и которыя поэтому должны были обходиться, при повышеніи и пониженіи наказаній за всѣ прочія преступныя дѣянія; таковы смирительный домъ и крѣпость. Наконецъ, отсутствіе или недостаточное количество мѣстъ заключенія тѣхъ разнообразныхъ видовъ, которые были установлены въ Уложеніи 1845 года (исправительныя арестантскія роты или впослѣдствіи арестантскія отдѣленія гражданскаго вѣдомства, рабочій домъ, смирительный домъ, крѣпость, тюрьма, арестъ), вызвали сложную систему правилъ о замѣнѣ однихъ наказаній другими.

Такимъ образомъ, лѣствичная система, вмѣсто удобства и упрощенія, создала лишь затрудненія: стройность осталась на бумагѣ, а на дѣлѣ вышло великое нестроеніе. Позднѣйшія измѣненія карательной системы, вызванныя необходимостью и сами по себѣ вполнѣ разумныя, внесли еще большее разстройство въ лѣстницу; число исключительныхъ наказаній постоянно увеличивалось: съ отмѣною тѣлесныхъ наказаній въ 1863 году—отмѣною, какъ мы видѣли, не полною—несоотвѣтствіе тяжести отдѣльныхъ наказаній съ мѣстомъ, занимаемымъ ими въ лѣстницѣ, сдѣлалось еще рѣзче. Законы 1884 и 1885 годовъ, уничтожившіе различіе каторжныхъ работъ по роду ихъ, установленное Уложеніемъ 1845 года (въ рудникахъ, въ крѣпостяхъ, на заводахъ), и замѣнившіе рабочій домъ и смирительный домъ тюрьмою на тѣ же сроки съ лишеніемъ правъ и наконецъ законъ 10 іюня 1900 года объ отмѣнѣ ссылки окончательно уничтожили все техническое значеніе лѣстницы наказаній.

Въ настоящемъ своемъ состояніи лѣстница наказаній опредѣляется статьями 2, 16, 17, 19, 30, 31, 31[1], 33—41 Уложенія о наказаніяхъ. Правила о порядкѣ перехода отъ одного рода наказанія къ другому по разсчету степеней и вышеупомянутыя ограниченія этого перехода (ст. 150) таковы: 1) Въ случаяхъ пониженія наказанія допускается переходъ отъ одного рода наказанія къ другому, но при

ЛѢСТНИЦА

общихъ наказаній по Уложенію о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ.

Наказанія	Общ. счетъ ст.	Родъ.	Степень.	НАЗВАНІЯ И СРОКИ НАКАЗАНІЙ.	
уголовныя.	1	1	—	Смертная казнь.	Лишеніе всѣхъ правъ состоянія.
	2	2	1	Каторжныя работы безъ срока.	
	3	—	2	Каторжныя работы отъ 15 до 20 лѣтъ.	
	4	—	3	Каторжныя работы отъ 12 до 15 лѣтъ.	
	5	—	4	Каторжныя работы отъ 10 до 12 лѣтъ.	
	6	—	5	Каторжныя работы отъ 8 до 10 лѣтъ.	
	7	—	6	Каторжныя работы отъ 6 до 8 лѣтъ.	
	8	—	7	Каторжныя работы отъ 4 до 6 лѣтъ.	
	9	3	—	Ссылка на поселеніе.	
исправительныя.	10	4	1	Исправительныя арестантскія отдѣленія отъ 5 до 6 лѣтъ.	Лишеніе всѣхъ особенныхъ, личныхъ и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ.
	11	—	2	Исправительныя арестантскія отдѣленія отъ 4 до 5 лѣтъ.	
	12	—	3	Исправительныя арестантскія отдѣленія отъ $3^1/_2$ до 4 лѣтъ.	
	13	—	4	Исправительныя арестантскія отдѣленія отъ 3 до $3^1/_2$ лѣтъ.	
	14	—	5	Исправительныя арестантскія отдѣленія отъ $2^1/_2$ до 3 лѣтъ.	
	15	—	6	Исправительныя арестантскія отдѣленія отъ $1^1/_2$ до $2^1/_2$ лѣтъ.	
	16	—	7	Исправительныя арестантскія отдѣленія отъ 1 до $1^1/_2$ года.	
	17	5	1	Тюрьма отъ 1 года 4 мѣсяцевъ до 2 лѣтъ.	
	18	—	2	Тюрьма отъ 8 мѣсяцевъ до 1 года 4 мѣсяцевъ.	
	19	—	3	Тюрьма отъ 4 до 8 мѣсяцевъ.	
	20	—	4	Тюрьма отъ 2 до 4 мѣсяцевъ.	
	21	6	1	Крѣпость отъ 2 лѣтъ 8 м. до 4 лѣтъ.	Лишеніе нѣкоторыхъ личн. правъ и преимуществъ.
	22	—	2	Крѣпость отъ 1 г. 4 м. до 2 л. 8 м.	
	23	—	1	Крѣпость отъ 8 мѣс. до 1 г. 4 мѣсяцевъ.	
	24	—	2	Крѣпость отъ 4 мѣсяцевъ до 8 мѣсяцевъ.	
	25	—	3	Крѣпость отъ 4 недѣль до 4 мѣсяцевъ.	
	26	7	1	Тюрьма отъ 1 г. 4 м. до 2 лѣтъ.	Лишеніе нѣкоторыхъ личн. правъ и преимуществъ.
	27	—	2	Тюрьма отъ 8 м. до 1 г. 4 мѣсяцевъ.	
	28	—	1	Тюрьма отъ 8 м. до 1 г. 4 мѣсяцевъ.	
	29	—	2	Тюрьма отъ 4 мѣсяцевъ до 8 мѣсяцевъ.	
	30	—	3	Тюрьма отъ 2 мѣсяцевъ до 4 мѣсяцевъ.	
	31	8	1	Арестъ отъ 3 недѣль до 3 мѣсяцевъ.	
	32	—	2	Арестъ отъ 7 дней до 3 недѣль.	
	33	—	3	Арестъ отъ 3 до 7 дней.	
	34	—	4	Арестъ отъ 1 до 3 дней.	
	35	$^9/_{10}$		Выговоры, замѣчанія и внушенія; денежныя взысканія.	

этомъ установлено: а) отъ ссылки въ каторжныя работы слѣдуетъ переходить къ исправительнымъ арестантскимъ отдѣленіямъ, исключая случаевъ, точно въ законѣ указанныхъ, гдѣ или вовсе не допускается переходъ отъ каторжныхъ работъ къ другимъ наказаніямъ, или допускается переходъ отъ нихъ къ ссылкѣ на поселеніе; б) въ нѣкоторыхъ случаяхъ, точно въ законѣ указанныхъ, переходъ отъ ссылки на поселеніе къ другому наказанію или вовсе не допускается, или допускается переходить къ крѣпости съ лишеніемъ правъ; в) отъ заключенія въ тюрьмѣ, соединеннаго съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ, и отъ заключенія въ крѣпости судъ переходитъ непосредственно къ заключенію въ тюрьмѣ безъ лишенія правъ, причемъ, если срокъ содержанія въ крѣпости или тюрьмѣ съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ долженъ быть по закону менѣе продолжительнымъ, чѣмъ опредѣленное соотвѣтствующей степенью время содержанія въ тюрьмѣ безъ лишенія правъ, то заключеніе въ ней назначается на тотъ же менѣе продолжительный срокъ; 2) отъ заключенія въ тюрьмѣ, соединеннаго съ лишеніемъ нѣкоторыхъ правъ допускается непосредственный переходъ ко второй степени тюрьмы безъ лишенія правъ. 3) Въ случаяхъ возвышенія наказанія установляется переходъ только отъ ареста въ тюрьмѣ безъ лишенія правъ, отъ заключенія въ тюрьмѣ, соединеннаго съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ правъ, къ исправительнымъ арестантскимъ отдѣленіямъ и отъ ссылки на поселеніе къ ссылкѣ въ каторжныя работы; въ прочихъ же случаяхъ судъ, вмѣсто перехода къ высшему роду наказанія, увеличиваетъ продолжительность заключенія, опредѣленную закономъ для высшей того наказанія степени,—а для наказанія каторгой безъ срока время пребыванія въ отрядѣ испытуемыхъ,—прибавляя одинъ, два или три года, смотря по тому, одною, двумя или тремя степенями надлежало бы возвысить наказаніе противъ самой высшей его мѣры.

б) Наказанія общія, особенныя, исключительныя.

Всѣ наказанія, означенныя въ лѣстницѣ, носятъ названіе *общихъ* наказаній. Они налагаются по общему правилу за преступныя дѣянія всякаго рода и, согласно вышеизложеннымъ правиламъ лѣствичной системы, допускаютъ переходъ отъ одного къ другому. Кромѣ нихъ, наше Уложеніе о наказаніяхъ знаетъ еще и другого рода наказанія—наказанія особенныя и наказанія исключительныя.

Особенными наказаніями называются тѣ, которыя назначаются за преступныя дѣянія по службѣ, за неисполненіе служебныхъ обязанностей или за злоупотребленіе властью, должностному лицу ввѣренной. Эти наказанія перечисляются въ статьяхъ 65—69 Уложенія. Примѣчаніе къ статьѣ 69 указываетъ тѣ изъ наказаній особенныхъ, которыя могутъ быть налагаемы безъ суда начальствомъ виновнаго. При повышеніи или пониженіи особенныхъ наказаній судъ не можетъ переходить по степенямъ, отъ исключенія изъ службы, напримѣръ, къ отрѣшенію отъ должности, отъ вычета изъ времени службы къ удаленію отъ должности и т. д.. иначе говоря, особенныя наказанія не представляютъ такой лѣстницы, какъ общія наказанія.

Исключительными наказаніями называются тѣ, которыя упоминаются не въ общей, а въ особенной части Уложенія и, сообразно этому, назначаются лишь за извѣстныя, опредѣленныя преступныя дѣянія. Такихъ наказаній въ нашемъ Уложеніи много. Таковы, лишеніе христіанскаго погребенія для самоубійцъ, лишеніе права наслѣдовать въ имуществѣ того изъ родителей, вопреки волѣ котораго виновный вступилъ въ бракъ, и проч. Сверхъ того, характеръ исключительнаго наказаніе получаетъ иногда отъ того, что, принадлежа по роду своему къ категоріи общихъ, оно назначается Уложеніемъ въ такихъ размѣрахъ, которые не соотвѣтствуютъ ни одной степени въ лѣстницѣ. Практическое значеніе исключительныхъ наказаній заключается въ томъ, что, не входя въ лѣстницу, они не допускаютъ вовсе повышенія и пониженія по расчету степеней какъ въ предѣлахъ одного рода, такъ и при переходѣ отъ одного рода къ другому.

в) Наказанія главныя, дополнительныя, замѣняющія.

Рядомъ съ указаннымъ дѣленіемъ Уложеніе проводитъ еще различіе всѣхъ наказаній на три группы: главныя, дополнительныя и замѣняющія.

Главныя наказанія суть тѣ наказанія, которыя по закону за каждое преступное дѣяніе назначаются, въ качествѣ общихъ, особенныхъ или исключительныхъ, въ установленномъ выше смыслѣ. Главныя общія наказанія суть тѣ десять родовъ наказаній, которые образуютъ собою лѣстницу.

Дополнительными наказаніями именуются тѣ наказанія, которыя не налагаются отдѣльно, но слѣдуютъ за главнымъ наказаніемъ. Они суть: во-первыхъ, правопораженія всѣхъ четырехъ, разсмотрѣнныхъ выше категорій; во-вторыхъ, наказанія, указанныя въ 58 статьѣ Уложенія, налагаемыя въ случаяхъ, опредѣленныхъ подлежащими статьями особенной части Уложенія: церковное покаяніе, конфискація, опубликованіе въ вѣдомостяхъ, воспрещеніе жительства въ извѣстныхъ мѣстахъ, учрежденіе опеки, отдача подъ надзоръ полиціи, запрещеніе производства ремесла или промысла.

Замѣняющія наказанія суть тѣ, которыя предназначены для

замѣны собою главныхъ наказаній въ случаяхъ, указанныхъ въ законѣ. Такая замѣна однихъ наказаній другими опредѣляется или по основанію фактическому, то-есть въ силу простой невозможности примѣнить къ преступнику назначенное въ законѣ за данное дѣяніе наказаніе; или по основанію юридическому, то-есть когда законодатель по особымъ соображеніямъ, вытекающимъ изъ индивидуальныхъ чертъ дѣянія или субъекта, считаетъ нужнымъ замѣнить положенное въ законѣ нормальное наказаніе другимъ какимъ-либо, большею частью, мягчайшимъ. Замѣна наказаній по основанію фактическому бываетъ неизбѣжна, напримѣръ, въ случаяхъ переполненія тюремъ, когда нѣтъ возможности подвергнуть тюремному заключенію лицо, ему подлежащее. Замѣна наказаній по юридическому основанію вытекаетъ изъ наличности особыхъ, чрезвычайныхъ вину смягчающихъ обстоятельствъ, изъ условій возраста, состоянія здоровья, пола, сословнаго положенія преступника и т. д. Въ литературѣ иногда опредѣляютъ фактическое основаніе замѣны какъ „физическую невозможность“ примѣненія нормальнаго наказанія, а юридическое основаніе какъ „юридическую невозможность“ его. Статьи 70, 71, 76—88 Уложенія и приложенія къ нимъ заключаютъ въ себѣ опредѣленія нашего законодательства о замѣнѣ наказаній. Большинство наказаній, назначаемыхъ нашимъ Уложеніемъ въ замѣну другихъ, суть не какія-либо особыя наказанія, а тѣ же самыя, которыя входятъ въ лѣстницу общихъ наказаній. Только два изъ нихъ суть спеціально замѣняющія, а именно: политическая смерть и общественныя работы или заработки. О политической смерти говоритъ статья 71 Уложенія: смертная казнь по особому Высочайшему соизволенію, въ нѣкоторыхъ случаяхъ замѣняется политическою смертью. Общественныя работы опредѣляются статьями 83, 85 Уложенія.

г) Наказанія для привилегированныхъ и непривилегированныхъ.

Различіе наказаній по сословному признаку, для высшихъ и низшихъ классовъ населенія, было въ прежнее время общимъ правиломъ всѣхъ европейскихъ законодательствъ. Порядокъ этотъ исчезаетъ мало-по-малу въ XIX вѣкѣ, уступая мѣсто принципу равенства всѣхъ передъ закономъ. Русское уголовное право до конца XVII вѣка такихъ сословныхъ различій, за весьма малыми исключеніями, не знало. Идея эта выдвигается впервые при Петрѣ Великомъ, притомъ единственно по отношенію къ наказаніямъ тѣлеснымъ; она развивается въ теченіе XVIII вѣка и приводитъ къ раздѣленію всѣхъ гражданъ на изъятыхъ отъ тѣлеснаго наказанія и неизъятыхъ отъ онаго. Вмѣстѣ съ тѣмъ издается рядъ законоположеній, направленныхъ къ уравновѣшенію наказаній для тѣхъ и другихъ: въ однихъ случаяхъ, тѣлесное наказаніе для низшихъ классовъ уравновѣшивалось лишеніемъ правъ состоянія для высшихъ; въ другихъ—лица высшихъ классовъ подвергались пожизненной ссылкѣ на житье вмѣсто срочнаго лишенія свободы съ присоединеніемъ тѣлеснаго наказанія, назначавшагося для низшихъ; въ третьихъ—лицамъ высшихъ классовъ назначалось срочное лишеніе свободы, а низшихъ одно тѣлесное наказаніе. При составленіи Свода Законовъ 1832 года и Уложенія о наказаніяхъ 1845 года это раздвоеніе введено въ систему наказаній; лѣстница наказаній представила собою параллельные ряды карательныхъ мѣропріятій для лицъ неизъятыхъ отъ тѣлеснаго наказанія и для лицъ изъятыхъ, причемъ эти послѣднія дѣлились на лицъ, изъятыхъ по правамъ состоянія (Св. Зак. т. IX, Зак. о сост.), и на лицъ, изъятыхъ по особымъ постановленіямъ (Приложеніе I къ ст. 30 Улож. наказ.).

Послѣдовавшее затѣмъ постепенное сокращеніе и отмѣна дополнительныхъ тѣлесныхъ наказаній, безъ замѣны ихъ какими-либо иными дополненіями или усиленіями, имѣло своимъ результатомъ тотъ оригинальный фактъ, что въ концѣ XIX вѣка высшіе классы въ огромномъ числѣ случаевъ оказались не только не въ равныхъ, не говоря уже о какихъ-либо льготахъ, но прямо въ тягчайшихъ, сравнительно съ низшими классами, условіяхъ. Нынѣ вмѣстѣ съ отмѣною ссылки на житье въ 1900 году и окончательной отмѣной тѣлесныхъ наказаній въ 1904 году, уничтожены въ Уложеніи послѣднія формальныя различія по сословному признаку и установлены одинаковыя для всѣхъ классовъ общества наказанія, за исключеніемъ одной группы случаевъ (Мир. Уст. ст. 181, п. 2; Улож. наказ. ст. 30, п. V прим.), которая носитъ тотъ же характеръ: лица высшихъ классовъ за извѣстныя преступныя дѣянія подлежатъ строжайшимъ наказаніямъ, сравнительно съ низшими.

Какъ сказано, въ древней Руси различія въ наказаніяхъ по сословному положенію виновнаго, по общему правилу, не было; оно имѣло мѣсто лишь въ рѣдкихъ случаяхъ, по исключенію. Но и въ ихъ числѣ этихъ случаевъ большая часть были такіе, въ которыхъ различіе наказаній опредѣлялось въ сущности вовсе не сословнымъ признакомъ, а соображеніями удобства и утилитарными: съ богатаго—имущественное взысканіе; съ кого взять нечего—кнутъ, батоги; человѣка полезнаго и нужнаго—помиловать; безполезнаго—казнить... Это совершенно простая и ясная точка зрѣнія нашего древнѣйшаго права, въ которомъ преобладало стремленіе къ извлеченію матеріальныхъ выгодъ изъ преступника.

При Петрѣ Великомъ къ этой точкѣ зрѣнія присоединяется одна новая идея, которая оказала свое вліяніе позднѣе, именно тогда, когда исключеніе превратилось въ общее правило. При Петрѣ Великомъ, впервые, высказывается мысль, что тѣлесныя наказанія, производимыя рукою палача, налагаютъ неизгладимый, несмываемый позоръ на человѣка — позоръ, дѣлающій невозможнымъ возвращеніе его на прежнюю высоту сословнослужебнаго положенія. „Мерзить имъ надлежитъ“, т.-е. тѣмъ, кто побывалъ въ „катскихъ рукахъ“, говоритъ 53 гл. ген. Регламента, „а не точію къ дѣлу какому допускать“. Отсюда, съ одной стороны,

устраненіе отъ государственной службы и сословныхъ преимуществъ лицъ, наказанныхъ палачемъ, а съ другой — освобожденіе отъ такихъ наказаній лишь высшаго служебнаго положенія, дабы не лишаться наличнаго запаса служебныхъ силъ. Этотъ путь, начатый Петромъ Великимъ, закончился полнымъ освобожденіемъ высшихъ сословій отъ тѣлеснаго наказанія во второй половинѣ XVIII вѣка. Путь этотъ весьма типиченъ: онъ даетъ особую окраску всему движенію, сравнительно съ западноевропейскимъ порядкомъ. Онъ заключаетъ въ себѣ объясненіе того обстоятельства, что эти сословныя различія привели въ концѣ концовъ къ тому, что лица высшихъ состояній оказались въ XIX вѣкѣ въ худшихъ условіяхъ, чѣмъ лица низшихъ — они подвергались не смягченнымъ, но тягчайшимъ сравнительно наказаніямъ. Все движеніе началось не съ точки зрѣнія сословныхъ привилегій (какъ на западѣ), а съ точки зрѣнія совершенно другихъ соображеній—соображеній о пользахъ государственной службы. Государство не желало имѣть на службѣ такихъ людей, которыхъ „мерзить надлежитъ“.

Пунктъ 2 статьи 181 Мирового Устава и примѣчаніе къ 5 п. 30 статьи Уложенія опредѣляютъ: за кражу, мошенничество и присвоеніе чужого имущества, предусмотрѣнныя статьями 169—177 Мирового Устава и статьями 354, 482, 495, 654, 820, 1060, 1068, 1079, 1098, 1109, 1156, 1311, 1319, 1656, 1667 и 1682 Уложенія дворяне, священнослужители, монашествующіе и почетные граждане подвергаются во всякомъ случаѣ лишенію всѣхъ особенныхъ лично и по состоянію присвоенныхъ правъ и преимуществъ. Такимъ образомъ, складывается какъ бы особое исключительное, усиленное, наказаніе для привилегированныхъ лицъ: тюремное заключеніе и даже, какъ разъясняетъ Правительствующій Сенатъ въ рѣшеніи 1867, № 31 по дѣлу Рогова, арестъ съ лишеніемъ правъ.

Такое положеніе составители Мирового Устава, въ мотивахъ къ статьѣ 181-й (изд. Государственной канцеляріи, стр. 79) объясняютъ такъ: „постановленныя въ статьяхъ 169—177 сего Устава наказанія за кражу, мошенничество и присвоеніе чужого имущества, заключеніе въ тюрьмѣ, оказываются достаточными для людей низшихъ сословій; но неудобно распространять силу этихъ статей на дворянъ и лицъ другихъ привилегированныхъ классовъ, которыя, запятнавъ себя преступленіемъ, совершенно несогласнымъ съ чувствомъ чести, необходимо должны быть лишаемы принадлежащихъ имъ по состоянію особыхъ правъ и преимуществъ“.

2. *Уставъ о наказаніяхъ, налагаемыхъ мировыми судьями.*

Роды наказаній опредѣлены въ статьѣ 1 и примѣчаніи къ ней. Ихъ четыре: выговоры, замѣчанія и внушенія; денежныя взысканія не свыше 300 рублей; арестъ не свыше 3-хъ мѣсяцевъ; заключеніе въ тюрьмѣ не свыше одного года и шести мѣсяцевъ (по закону 18 мая 1882 года). Изъ примѣчанія 2 къ ст. 1-й слѣдуетъ, что, въ случаяхъ похищенія и поврежденія чужого лѣса, мировому судьѣ предоставляется налагать денежныя взысканія до девятисотъ рублей. Немногія ближайшія опредѣленія заключаются въ статьяхъ 4 и 27. Четыре наказанія, которыя знаетъ Мировой Уставъ, не составляютъ лѣстницы наказаній; судья при пониженіи или повышеніи наказанія не можетъ переходить отъ одного рода наказанія къ другому, потому что каждое изъ наказаній стоитъ отдѣльно. Судья можетъ двигаться только въ предѣлахъ, опредѣленныхъ первою статьею, по правиламъ, указаннымъ въ статьѣ 12. Мировой Уставъ знаетъ одно дополнительное наказаніе,—это спеціальная конфискація вещей и орудій, употребляемыхъ для совершенія преступнаго дѣянія. О ней говоритъ ст. 2-я, не указывая однако случаевъ, въ которыхъ допускается конфискація. Это опредѣляется въ отдѣльныхъ статьяхъ особенной части Устава.

О замѣняющихъ наказаніяхъ Уставъ Мировой даетъ болѣе подробныя опредѣленія. Такъ статья 5^1 Устава говоритъ, что арестъ для офицеровъ, не состоящихъ на дѣйствительной военной службѣ, замѣняется военной гауптвахтой. По статьѣ 5 тюрьма и арестъ для священно-служителей и монашествующихъ замѣняется заключеніемъ по распоряженію ихъ начальства. Статья 6 говоритъ о замѣнѣ наказаній для малолѣтнихъ преступниковъ. Статья 7 о замѣнѣ денежныхъ взысканій, и два ея пункта совершенно тождественны съ первыми двумя пунктами ст. 84 Уложенія о наказаніяхъ. Статья 8 буквально повторяетъ статью 85 Уложенія о наказаніяхъ, по которой денежныя взысканія замѣняются общественными работами. Наконецъ, послѣднее указаніе на замѣну наказаній заключаетъ въ себѣ статья 23 относительно зачета замѣняющихъ наказаній при взносѣ соотвѣтствующей части денежнаго взысканія.

Въ общемъ карательная система Устава о наказаніяхъ, налагаемыхъ Мировыми Судьями, представляется весьма простою, несложною и для практики удобною. Нельзя не признать, что по своимъ качествамъ она стоитъ выше не только системы Уложенія о наказаніяхъ, но, можетъ быть, даже и системы новаго Уголовнаго Уложенія 1903 г.

3. *Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года.*

Карательная система Уголовнаго Уложенія 1903 года не знаетъ лѣстницы наказаній съ дѣленіемъ отдѣльныхъ родовъ наказанія на степени; но тѣмъ не менѣе суду предоставляется переходить отъ одного рода наказаній къ другому въ порядкѣ смягченія наказаній. Всѣ наказанія уголовнаго уложенія дѣлятся на главныя, дополнительныя и замѣняющія.

Главныя наказанія (ст. 2) суть: 1) смертная казнь, 2) каторга,

безъ срока и отъ 4 до 15 лѣтъ, 3) ссылка на поселеніе, 4) заключеніе въ исправительномъ домѣ, отъ 1 года 6 мѣсяцевъ до 6 лѣтъ, 5) заключеніе въ крѣпости, отъ 2 недѣль до 6 лѣтъ, 6) заключеніе въ тюрьмѣ, отъ 2 недѣль до 1 года, 7) арестъ, отъ 1 дня до 6 мѣсяцевъ, 8) денежная пеня. Сроки каторги измѣряются годами и полугодіями; сроки заключенія въ исправительномъ домѣ—годами и мѣсяцами; въ крѣпости и въ тюрьмѣ—годами, мѣсяцами и недѣлями; сроки ареста—мѣсяцами, недѣлями и днями (ст. 22). Денежная пеня опредѣляется рублями и полтинами за исключеніемъ случаевъ, въ коихъ въ законѣ указанъ особый порядокъ ея исчисленія; если въ законѣ высшій размѣръ пени опредѣленъ не менѣе 100 руб., то пеня назначается въ размѣрѣ не менѣе 10 руб. (ст. 24).

Переходъ отъ одного рода наказанія къ другому допускается только въ порядкѣ смягченія наказанія, такъ какъ при наличности обстоятельствъ, усиливающихъ отвѣтственность, судъ можетъ только увеличивать продолжительность сроковъ лишенія свободы, а не переходить къ высшему роду наказанія.

Наказаніями дополнительными по угол. уложенію являются 1) правопораженія разнаго рода (ст. 25—30 и 33); 2) ограниченія въ правѣ избранія и перемѣны мѣста жительства (ст. 34—35); 3) отобраніе имущества (ст. 36); 4) денежное взысканіе (ст. 33, п. 2); 5) опубликованіе приговора (ст. 33, п. 3); 6) удаленіе отъ должности (ст. 33, п. 4); 7) заключеніе въ работномъ домѣ (ст. 32).

Что касается наказаній замѣняющихъ, то кромѣ особой системы замѣны наказаній для преступниковъ несовершеннолѣтнихъ, уголовное уложеніе знаетъ замѣну одиночнаго заключенія общимъ при недостаткѣ въ тюрьмѣ одиночныхъ камеръ (ст. 20); одиночнаго заключенія въ исправительномъ домѣ или тюрьмѣ общимъ въ случаѣ удостовѣренной опасности одиночнаго заключенія для здоровья заключеннаго; смертной казни и каторги для лицъ, достигшихъ 70 лѣтъ, ссылкой на поселеніе; смертной казни для женщинъ каторгой безъ срока; ареста для служащаго за учиненіе преступленія по службѣ удаленіемъ отъ должности (ст. 65); денежной пени при несостоятельности арестомъ.

4. Финляндское Уложеніе.

Карательная система Финляндскаго уложенія необыкновенно проста и потому въ высшей степени практична. Общихъ наказаній всего четыре: 1) смертная казнь, 2) смирительный домъ, 3) тюрьма, 4) денежныя взысканія. Смирительный домъ назначается или пожизненно, или на сроки отъ 6 мѣсяцевъ и не свыше 15 лѣтъ. Тюрьма назначается отъ 14 дней и не свыше 4 лѣтъ. Размѣръ денежнаго взысканія опредѣляется отъ 3 до 1000 марокъ. Въ случаѣ совокупности преступленій сроки лишенія свободы и размѣръ денежныхъ взысканій могутъ быть увеличены свыше указаннаго максимальнаго предѣла; сверхъ того, срокъ тюрьмы и размѣръ денежнаго взысканія увеличивается въ нѣкоторыхъ особыхъ, указанныхъ въ законѣ, случаяхъ. Для малолѣтнихъ установляется отдача въ воспитательно-исправительныя заведенія и домашнее тѣлесное наказаніе.

Особенныя наказанія суть: 1) исключеніе изъ службы, то-есть лишеніе занимаемой должности навсегда, и 2) отстраненіе отъ службы, то-есть срочное лишеніе должности на срокъ до 2 лѣтъ.

Общимъ дополнительнымъ наказаніемъ является лишеніе гражданскаго довѣрія, назначаемое навсегда при смертной казни и при пожизненномъ лишеніи свободы, а въ прочихъ случаяхъ на сроки отъ 1 года и не свыше 15 лѣтъ. Лишеніе общественнаго довѣрія сопрягается не съ наказаніями, а съ преступленіями, по роду и видамъ ихъ. Назначеніе его бываетъ очень часто факультативнымъ.

Организація карательныхъ мѣръ и правила объ исполненіи и отбытіи наказаній излагаются въ особомъ Постановленіи, изданномъ одновременно съ Уложеніемъ и составляющемъ необходимое къ нему дополненіе. Равнымъ образомъ въ отдѣльномъ Уставѣ опредѣляется устройство заведеній для несовершеннолѣтнихъ преступниковъ.

ГЛАВА I.

СУБЪЕКТЪ ПРЕСТУПНАГО ДѢЯНІЯ.

I. Способность ко вмѣненію.

Таганцевъ, Курсъ I, также Лекція II, Русск. угол. право I. **Объяснительная Записка** къ Проекту Общей части Уголовнаго Уложенія. **Сергѣевскій**, Общая часть Уголовнаго Уложенія по проекту редакц. коммис. Журн. Гражд. и Угол. права, 1883, 9. **Милль**, Система логики, Книга III, гл. 5. Книга VI, гл. 2. **Сѣченовъ**, Ученіе о несвободѣ воли. Вѣстникъ Европы, 1881, I. **Binding**, Normen. II. **Bruck**, Zur Lehre von der Zurechnungsfähigkeit. **Koestlin**: 1) Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts; 2) System des deutschen Strafrechts. **Berner**, Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre. **Janka**, Die Grundlagen der Strafschuld. **G. Glaser**, Zurechnungsfähigkeit, Willensfreiheit, Gewissen und Strafe. **Liszt**, die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit (Zeitschrift für die gesammte Strafrechtswissenschaft XVII).

Субъектомъ преступнаго дѣянія, то-есть лицомъ, дѣйствія котораго могутъ быть признаны преступными, а само оно подвергнуто отвѣтственности предъ уголовнымъ закономъ, является не всякое существо человѣческаго рода. Для того, чтобы быть преступникомъ въ юридическомъ значеніи этого слова, для того, чтобы получить наказаніе, какъ актъ государственной власти, основанный на опредѣленіи государственнаго закона, необходимо обладать извѣстными психическими свойствами или силами. Совокупность этихъ свойствъ носитъ, на языкѣ уголовнаго права, названіе *вмѣняемости*, способности ко вмѣненію, а также — уголовной дѣеспособности. Эта способность ко вмѣненію, очевидно, стоитъ въ непосредственной зависимости отъ природы уголовнаго закона, его задачъ и цѣлей. Съ измѣненіемъ этихъ послѣднихъ, неизбѣжно должно измѣняться и опредѣленіе тѣхъ условій въ лицѣ, при наличности которыхъ это лицо привлекается къ уголовной отвѣтственности. „Только сообразно съ воззрѣніемъ на характеръ и цѣль кары уголовной, говоритъ Таганцевъ, могутъ быть опредѣлены свойства дѣйствія, ее вызывающаго, а вмѣстѣ съ тѣмъ опредѣляются и тѣ качества лица, при которыхъ оно можетъ считаться способнымъ или неспособнымъ на совершеніе такихъ дѣйствій. На этомъ основаніи, воззрѣніе на вмѣняемость и ея элементы должно измѣняться въ различныхъ теоріяхъ карательнаго права“ (Таганцевъ, Курсъ I). Такъ, если уголовный законъ существуетъ и дѣйствуетъ исключительно въ цѣляхъ исправленія, то юридическое понятіе вмѣняемости должно совпадать со способностью къ исправленію; во всѣхъ же тѣхъ случаяхъ, гдѣ исправленіе невозможно, невозможно будетъ и примѣненіе наказаній, а останется лишь мѣсто для мѣропріятій полицейскихъ. Если законъ уголовный дѣйствуетъ во имя Божеской справедливости, какъ ея замѣститель на землѣ, — понятіе вмѣняемости должно слагаться изъ тѣхъ же свойствъ души человѣка, которыя даютъ основаніе Божескому возмездію (на этой почвѣ выросло требованіе свободной воли для вмѣняемости, см. ниже); люди, по своему душевному состоянію не подлежащіе отвѣтственности предъ судомъ Божіимъ, не будутъ субъектами преступныхъ дѣяній и по закону государственному. Если уголовный законъ дѣйствуетъ, какъ полагали старые нецессаріанцы и отчасти современная итальянская антропологическая школа, единственно ради истребленія и обезсиленія вредныхъ животныхъ человѣческой породы, — вмѣняемость должна распространяться на всѣхъ людей, безразлично къ ихъ психическому состоянію и т. д. Эта связь основныхъ задачъ карательной дѣятельности и условій вмѣняемости лица далеко не всегда сознавалась и сознается въ литературѣ; писатели, въ большинствѣ случаевъ, разсматриваютъ эти два вопроса совершенно отдѣльно, и нерѣдко впадаютъ поэтому въ противорѣчія.

1. Элементы способности ко вмѣненію.

Признавая основною, общею задачей карательной дѣятельности поддержаніе авторитета велѣній законодателя, мы послѣдовательно должны признать, что вмѣняемость распространяется на всѣхъ тѣхъ лицъ, къ которымъ законъ обращаетъ свои велѣнія и которыя могутъ повиноваться имъ. Другими словами, наказаніе, какъ институтъ, направленный къ поддержанію авторитета закона, должно примѣняться ко всѣмъ лицамъ, имѣющимъ уши, чтобы слышать законъ, и душевную силу, чтобы принимать заявленіе закона въ число мотивовъ или въ руководство своей дѣятельности. Для индивидовъ, неспособныхъ къ этому, законъ не писанъ; они не суть члены государственнаго союза, то-есть не входятъ въ кругъ тѣхъ лицъ, для которыхъ существуетъ законъ; поэтому они не подлежатъ и наказаніямъ. Это не есть какая-либо льгота; это есть величайшее ограниченіе въ гражданскихъ правахъ — исключеніе изъ союза, какъ субъектовъ негодныхъ и неспособныхъ къ гражданской жизни.

Способность принимать законъ въ руководство своей дѣятельности обусловливается наличностью извѣстныхъ элементарныхъ душевныхъ силъ или способностей, а именно: 1) способности сознавать совершаемое и его отношеніе къ окружающимъ предметамъ и явленіямъ; 2) способности предвидѣть послѣдствія совершаемаго; 3) способности уразумѣвать предписанія закона и сознавать отношеніе совершаемаго къ закону, то-есть запрещенность или дозволенность его по закону; 4) способности принимать вообще всякаго рода, въ словесной формѣ выра-

женныя, положенія или формулы, въ число реальныхъ мотивовъ своей дѣятельности. Эти элементарныя способности носятъ названіе элементовъ способности ко вмѣненію. Только люди, обладающіе ими, могутъ быть субъектами преступнаго дѣянія, то есть отвѣтственными предъ уголовнымъ закономъ за свои дѣйствія, такъ какъ только къ нимъ законъ направляетъ свои велѣнія и отъ нихъ только ждетъ и требуетъ повиновенія [1]).

[1]) Настоящая конструкція вмѣняемости примыкаетъ къ тому направленію въ наукѣ уголовнаго права, представителемъ котораго въ русской литературѣ является проф. Таганцевъ, подробно изложившій свое ученіе въ Курсѣ русскаго уголовнаго права, т. I. Данное нами въ текстѣ опредѣленіе вмѣняемости и ея элементовъ представляетъ собою, по нашему мнѣнію, не что иное какъ краткій обобщенный выводъ изъ ученія проф. Таганцева, которое построено на представленіи о закономѣрности человѣческихъ дѣйствій вообще, то-есть о подчиненіи человѣческой дѣятельности закону достаточной причины. Направленіе это обосновано еще Фейербахомъ, въ началѣ текущаго столѣтія. Въ своемъ учебникѣ, условіемъ отвѣтственности онъ признаетъ такое состояніе лица, при которомъ дѣйствующій „mit dem Verbrechen und deren bürgerlichen Strafbarkeit bekannt, in einem Zustande sich befunden hat, wo er seinen Willen dem Strafgesetze demäss bestimmen konnte“ (Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen peinlichen Rechts, § 85, по изданію 1847 года). Отсюда прямо вытекаетъ, что элементами вмѣняемости, какъ способности лица быть отвѣтственнымъ, Фейербахъ признаетъ: способность сознавать совершаемое преступное дѣяніе и его противозаконность и способность направлять свою волю (дѣятельность) согласно съ закономъ. (См. также о воззрѣніи Фейербаха: Mittermaier, въ примѣчаніяхъ къ учебнику Фейербаха; въ новѣйшей литературѣ—Druskowitch, Wie ist Verantwortung und Zurechnung ohne Annahme der Willensfreiheit möglich? G. Glaser, Zurechnungsfähigkeit, Willensfreiheit, Gewissen und Strafe). Ближайшая по времени къ великому юристу литература его отечества не воспользовалась, однако, выдвинутыми имъ началами; нѣмецкая наука продолжала и послѣ Фейербаха вращаться въ сферѣ тѣхъ же двухъ крайнихъ противоположеній, которыя сложились раньше Фейербаха и имѣли совершенно другія отправныя точки, именно, между теоріями свободной воли и теоріей детерминистической (см. объ этомъ ниже). Миттермайеръ отлично понялъ центръ тяжести ученія Фейербаха—устраненіе всего вопроса о свободной волѣ изъ ученія объ уголовной вмѣняемости—но высказался прямо противъ такого устраненія. Дѣйствительнымъ реформаторомъ ученія о вмѣняемости является Таганцевъ. Онъ первый, послѣ Фейербаха, сталъ на новую точку зрѣнія. Ученіе Фейербаха въ сущности заключало въ себѣ только намекъ или указаніе на новую конструкцію, но не точную ея формулировку, чѣмъ отчасти и объясняется безслѣдность его въ нѣмецкой литературѣ; Таганцевъ не только развилъ свое ученіе въ подробностяхъ, но и отчетливо противопоставилъ его другимъ теоріямъ, присоединивъ глубокую критику этихъ послѣднихъ, которой и мы слѣдуемъ въ дальнѣйшемъ изложеніи текста. Только послѣ Таганцева поднялась нѣмецкая литература и приняла то наслѣдіе, которое оставилъ ей Фейербахъ. Hrehorowicz, Janka, Merkel, Bünger (см. о нихъ Таганцевъ, Лекціи, II), G. Glaser, а въ наши дни и многіе другіе, становятся на сторону направленія Фейербаха-Таганцева и, сами того не зная, нерѣдко почти повторяютъ слова послѣдняго.

Всѣ писатели этого направленія отчетливо выдвигаютъ на первый планъ то основное положеніе, которое высказано нами въ текстѣ, именно, положеніе о зависимости круга лицъ вмѣняемыхъ (а слѣдовательно и элементовъ вмѣняемости) отъ задачъ и цѣлей наказанія. На этой почвѣ писатели расходятся между собою въ частностяхъ своихъ ученій; на этой же почвѣ они критикуютъ другъ друга. Такой спеціальной критикѣ поддаются, впрочемъ, ученія не всѣхъ писателей этого направленія, такъ какъ нѣкоторые изъ нихъ, высказавшись по вопросу о вмѣняемости, не выставляютъ, однако, законченныхъ ученій о задачахъ карательной дѣятельности.

Несомнѣнный историческій фактъ существованія закона и правопорядка внѣ всякихъ сомнѣній свидѣтельствуетъ о томъ, что большинство людей—всѣ люди за немногими исключеніями—обладаютъ указанными выше душевными способностями. Поэтому законъ, имѣя въ виду свои практическія цѣли, можетъ въ текстѣ своемъ вовсе не опредѣлять вмѣняемости по содержанію; онъ вполнѣ можетъ ограничиться одною отрицательною стороною, то-есть опредѣленіемъ тѣхъ случаевъ, когда вмѣняемость отсутствуетъ. Отсутствіе необходимыхъ для вмѣняемости способностей обусловливается различнаго рода состояніями организма, ближайшее изслѣдованіе которыхъ выходитъ за предѣлы науки уголовнаго правовѣдѣнія. Для юриста и закона эти состоянія, по ихъ значенію въ вопросѣ о вмѣненіи, распадаются на двѣ группы: одни изъ нихъ таковы, что устраняютъ вмѣняемость безусловно, такъ что наличность ихъ является формальнымъ (не подлежащимъ фактической оцѣнкѣ) доказательствомъ невмѣняемости; таковъ дѣтскій возрастъ въ предѣлахъ, не допускающихъ, по законамъ физіологическимъ и психологическимъ, развитія этихъ способностей. Другія, наоборотъ, не имѣютъ безусловнаго значенія, но могутъ, достигая извѣстной силы и размѣровъ, лишать человѣка, временно или навсегда, способности сознавать совершаемое, уразумѣвать законъ и принимать его въ руководство своей дѣятельности. Таковы: ослабленіе сознанія, слабоуміе, и глупость, наконецъ, психическое разстройство (душевныя болѣзни) разнаго рода. Здѣсь мы не можемъ вовсе сказать, что всякое, напримѣръ, слабоуміе или глупость или всякое психическое разстройство дѣлаютъ человѣка невмѣняемымъ.

Это послѣднее положеніе, не вызывающее никакихъ недоразумѣній, насколько оно касается слабоумія, нерѣдко забывается, когда рѣчь заходитъ о психозѣ: душевное разстройство отождествляется съ невмѣняемостью, какъ понятія по объему своему, будто бы, совпадающія. Между тѣмъ, въ дѣйствительности понятіе психическаго разстройства есть понятіе и весьма обширное, и весьма измѣнчивое въ психіатріи, доходящее даже до идеи о томъ, что всякій человѣкъ, духовно выдающійся, по исключительному развитію какой-либо своей способности или таланта, есть психически-нездоровый человѣкъ, что между психически-больнымъ и здоровымъ человѣкомъ нѣтъ грани. Мы не можемъ вовсе сказать, что всякій психически-больной есть уже и невмѣняемый человѣкъ; наоборотъ, мы всегда должны имѣть въ виду, что понятіе невмѣняемости, непосредственно связанное съ существомъ и задачами уголовнаго закона, ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть отождествляемо съ понятіями медицинскими и психіатрическими. Психозъ только тогда можетъ быть признанъ основаніемъ невмѣняемости, когда душевное разстройство достигаетъ такихъ размѣровъ, что дѣйствительно лишаетъ человѣка тѣхъ силъ и способностей, на которыхъ основывается въ современномъ

правѣ вмѣненіе. До этихъ предѣловъ психопатъ, какъ бы его ни называли—душевно-больнымъ, разстроеннымъ или прямо сумасшедшимъ — сохраняетъ способность руководствоваться велѣніями закона, а слѣдовательно, остается полноправнымъ членомъ правосоюза и подлежитъ наказанію. Въ обществѣ и отчасти даже въ литературѣ, въ особенности медицинской, существуетъ крѣпко держится указанное смѣшеніе понятій: душевно-больной отождествляется съ невмѣняемымъ; психическое разстройство съ невмѣняемостью. Смѣшеніе это, непростительное въ наше время для юриста, а равнымъ образомъ и для судебнаго врача, дающаго свое заключеніе въ судѣ, служитъ источникомъ весьма многихъ недоразумѣній и заблужденій, какъ въ наукѣ уголовнаго права, такъ и въ практикѣ. Повторяемъ, не всякій душевно-больной, или сумасшедшій въ широкомъ смыслѣ, точно такъ же, какъ и не всякій глупецъ, суть невмѣняемые люди; невмѣняемость наступаетъ для нихъ только тогда, когда глупость или сумасшествіе лишаютъ человѣка возможности принимать законъ въ число мотивовъ своей сознательной дѣятельности.

Сообразно сказанному, легко выясняется различное отношеніе уголовнаго законодателя къ установленнымъ выше двумъ группамъ причинъ невмѣняемости. По отношенію къ первой группѣ, уголовный законъ можетъ и, въ видахъ практическаго удобства, долженъ ограничиться однимъ указаніемъ того обстоятельства, которое, всегда и во всякомъ случаѣ, обусловливаетъ собою невмѣняемость, а именно, долженъ опредѣлить возрастъ безусловной невмѣняемости безъ всякихъ дальнѣйшихъ поясненій, такъ какъ констатированіе этого возраста безусловно пресѣкаетъ уголовное преслѣдованіе, и судъ не имѣетъ вовсе нужды обращаться къ разсмотрѣнію душевныхъ состояній обвиняемаго. Наоборотъ, относительно обстоятельствъ второй группы, законъ, не имѣя возможности установить подобный формальный признакъ, долженъ точно опредѣлить состояніе невмѣняемости по содержанію, указавъ, какихъ именно лицъ считаетъ онъ подлежащими уголовной отвѣтственности; другими словами, законъ долженъ формулировать *юридическій критерій* вмѣняемости, такъ какъ судъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ долженъ констатировать наличность или отсутствіе у подсудимаго тѣхъ душевныхъ силъ и способностей, которыя законъ, со своей точки зрѣнія, считаетъ необходимыми для вмѣненія. Что же касается до отдѣльныхъ причинъ, обусловливающихъ состояніе невмѣняемости—потери сознанія, слабоумія, психоза и т. д.,—то перечисленіе ихъ въ законѣ не имѣетъ никакого существеннаго значенія и можетъ быть совершенно опущено. Даже болѣе, перечисленіе ихъ въ законѣ весьма опасно, такъ какъ, въ случаѣ пропуска въ текстѣ закона одного какого-либо обстоятельства этого рода, при точномъ указаніи прочихъ, судъ поставленъ будетъ въ необходимость или приговаривать къ наказанію лицъ невмѣняемыхъ, или прибѣгать къ обходу закона, отвергая самый фактъ преступнаго дѣянія. Въ пользу перечисленія можетъ быть приведено только одно соображеніе: судья, обращаясь, при разрѣшеніи вопроса о вмѣняемости, съ соотвѣтствующими вопросами къ эксперту-медику, долженъ облекать эти вопросы въ точную и понятную для медика форму, притомъ такую, которая не давала бы эксперту возможности предрѣшать своимъ отвѣтомъ вопросъ о вмѣняемости несогласно съ установленнымъ въ законѣ юридическимъ критеріемъ. Дѣло эксперта заключается лишь въ констатированіи извѣстныхъ патологическихъ состояній и опредѣленія ихъ качества (силы, размѣровъ), но отнюдь не въ рѣшеніи вопроса о томъ, что такое есть вмѣняемость; послѣднее есть задача исключительно юридическая и разрѣшаемая, какъ сказано выше, уголовнымъ закономъ, согласно съ его существомъ и цѣлями. Поэтому желательно, чтобы судья имѣлъ въ своемъ распоряженіи указаніе, о чемъ именно долженъ онъ спрашивать эксперта, то-есть о какихъ душевныхъ состояніяхъ подсудимаго. Наиудобнѣйшимъ образомъ такое руководство можетъ быть дано въ формѣ общаго указанія въ законѣ соотвѣтствующихъ психическихъ состояній, которыя служатъ ближайшими причинами невмѣняемости (такъ наз. „психологическій критерій“), каковы: потеря сознанія, неразвитость умственныхъ способностей, разстройство душевной дѣятельности.

Не такъ, однако, ставился этотъ вопросъ въ законодательствѣ до нашего времени. Противоположеніе причинъ невмѣняемости, опредѣляемыхъ формальнымъ признакомъ, и причинъ, не имѣющихъ такого признака и нуждающихся потому въ общемъ юридическомъ критеріи, почти не сознавалось. Всѣ старыя законодательства шли въ этомъ вопросѣ путемъ перечневой системы. На этой почвѣ стоитъ до сихъ поръ наше Уложеніе. Оно опредѣляетъ слѣдующія состоянія, исключающія способность ко вмѣненію: малолѣтство, безуміе отъ рожденія, сумасшествіе, болѣзнь, доводящая до умоизступленія и безпамятства, одряхлѣніе, лунатизмъ, глухонѣмота. Очевидно, что, несмотря на это излишне подробное перечисленіе, законъ опускаетъ нѣкоторыя ненормальныя психическія состоянія, имѣющія въ дѣйствительности то же значеніе, напримѣръ, просонки, аффекты и т. п.; въ этихъ случаяхъ пропускъ закона можетъ быть пополненъ только судомъ при помощи искусственнаго отрицательнаго отвѣта на общій вопросъ о виновности. Самыя условія, при которыхъ всѣ эти состоянія исключаютъ отвѣтственность и которыя могутъ имѣть значеніе нѣкотораго подобія того, что мы выше назвали юридическимъ критеріемъ, также опредѣляются закономъ и различно, и не всегда удовлетворительно. Такъ, законъ говоритъ объ отсутствіи надлежащаго разумѣнія (ст. 97), понятія объ обязанностяхъ и законѣ (ст. 98), понятія о противозаконности и самыхъ свойствахъ своего дѣянія (ст. 95).

Образцовыми по настоящему вопросу представляются постановленія Уголовнаго Уложенія 22 марта 1903 года. Оно выдѣляетъ малолѣтство до десяти лѣтъ, какъ причину, опредѣляемую формальнымъ признакомъ, а затѣмъ даетъ общее опредѣленіе слѣдующаго содержанія:

„не вмѣняется въ вину преступное дѣяніе, учиненное лицомъ, которое во время его учиненія не могло *понимать свойства и значеніе имъ совершаемаго или руководить своими поступками* вслѣдствіе болѣзненнаго разстройства душевной дѣятельности, безсознательнаго состоянія или же умственнаго неразвитія, происшедшаго отъ тѣлеснаго недостатка или болѣзни". Фраза, напечатанная здѣсь курсивомъ, есть опредѣленіе юридическаго критерія вмѣняемости; послѣдняя часть—есть указаніе тѣхъ ближайшихъ причинъ, изъ которыхъ *можетъ* произойти невмѣняемость: умственное неразвитіе, болѣзненное разстройство душевной дѣятельности, безсознательное состояніе. Выраженіе „свойства" относится къ физической природѣ совершеннаго, а „значеніе"—къ его юридическому характеру, то-есть къ противорѣчію поступка требованіямъ закона и права. Такимъ образомъ, установленный въ Уголовномъ Уложеніи юридическій критерій вмѣняемости вполнѣ совпадаетъ съ выведеннымъ выше теоретическимъ опредѣленіемъ ея, хотя и расходится нѣсколько въ выраженіяхъ. Мы считаемъ нашу формулировку болѣе отчетливою; но и опредѣленіе Уложенія не заключаетъ въ себѣ никакой ошибки или неточности.

Финляндское Уложеніе не употребляетъ перечневаго пріема, но, уклоняясь вообще отъ формулъ, способныхъ вызвать какой-либо теоретическій споръ, не устанавливаетъ и юридическаго критерія. Опредѣливъ невмѣняемость малолѣтнихъ, финляндское уложеніе даетъ два слѣдующія общія правила (глава III, § 1): 1) „дѣяніе, совершенное умалишеннымъ или не владѣющимъ разсудкомъ вслѣдствіе старческой дряхлости или другой подобной причины, не наказуемо"; 2) „если кто случайно впадетъ въ такое умственное разстройство, которое лишаетъ его сознательности дѣйствій, то не вмѣняется въ вину дѣяніе, въ безсознательномъ состояніи имъ совершенное". Первое правило относится къ состояніямъ длящимся, постояннымъ; второе—къ преходящимъ, временнымъ.

Code pénal (art. 64) постановляетъ, что дѣяніе не считается преступнымъ, какъ скоро подсудимый находился въ состояніи помѣшательства (démence) во время его совершенія. Этотъ терминъ „démence" указываетъ на спеціальную форму умственнаго разстройства—помѣшательство, такъ что, даже и при распространительномъ толкованіи, по закону можетъ быть признано основаніемъ безнаказанности только какое-либо болѣзненное психическое состояніе, но не состояніе сна, опьяненія и т. п. Въ германскомъ уложеніи постановлено общее правило (§ 51), что дѣяніе не считается преступнымъ, если виновный, во время совершенія дѣянія, находился въ безсознательномъ состояніи, или же въ состояніи болѣзненнаго измѣненія душевной дѣятельности, въ силу котораго уничтожалось свободное опредѣленіе его воли. Затѣмъ, къ этому законъ добавляетъ еще спеціальныя правила о малолѣтнихъ (§ 55) и глухонѣмыхъ (§ 58). Германское уложеніе, такимъ образомъ, выдѣляетъ причины невмѣняемости, опредѣляемыя формальнымъ признакомъ, а для прочихъ даетъ общій юридическій критерій; но

нельзя не видѣть, что этотъ общій юридическій критерій—свободное опредѣленіе воли, freie Willensbestimmung — выраженъ не ясно и во всякомъ случаѣ неправильно.

2. Теоріи способности ко вмѣненію въ доктринѣ.

Далеко не всѣ ученія объ этомъ вопросѣ могутъ быть сведены въ стройныя, цѣльныя системы или теоріи; многія изъ нихъ представляются нестройными, отрывочными, недосказанными и даже непослѣдовательными, при чемъ ученіе о способности ко вмѣненію развивается очень часто какъ бы независимо и отдѣльно отъ ученія о причинахъ невмѣняемости. Всѣ ученія о свойствахъ человѣка, которыя даютъ ему качество субъекта преступнаго дѣянія, могутъ быть сведены къ двумъ широкимъ группамъ: а) теоріи свободной воли или индетерминистической, т.-е. теоріи, полагающія условіемъ вмѣняемости свободную волю человѣка; б) ученія, которыя не ставятъ свободную волю условіемъ вмѣняемости или даже прямо ее отрицаютъ. Ученія этой группы, не взирая на ихъ разнообразіе, именуются въ литературѣ, въ противоположеніе теоріямъ первой группы, детерминистическими. Сообразно основному воззрѣнію на свойства и порядокъ волевыхъ движеній человѣческой дѣятельности, съ одной стороны, и на задачи уголовнаго правосудія, съ другой—детерминистическія ученія распадаются на нѣсколько категорій. Къ нимъ принадлежитъ прежде всего изложенная нами выше, установленная Таганцевымъ, теорія, которая можетъ быть названа теоріей закономѣрности человѣческой дѣятельности; затѣмъ выдѣляются: простѣйшія теоріи нецессаріанизма и примыкающія къ нимъ теоріи антропологической школы; ученія писателей уголовно-соціологическаго направленія, признающихъ задачею уголовнаго правосудія обезпеченіе общества отъ преступниковъ въ формѣ общаго и спеціальнаго предупрежденія.

а) Теорія свободной воли.

Теорія свободной воли, болѣе или менѣе извѣстная всякому образованному человѣку и поддерживаемая по преимуществу во французской литературѣ, сводится къ слѣдующему: каждому нормально здоровому человѣку присуща особенная сила — свобода воли, дѣлающая его отвѣтственнымъ предъ закономъ, т.-е. вмѣняемымъ; человѣкъ, не имѣющій этой силы, невмѣняемъ, не есть субъектъ преступнаго дѣянія. Но что такое свобода воли; какая это сила; въ чемъ заключается ея содержаніе—на эти вопросы мы можемъ найти отвѣты у немногихъ психологовъ и философовъ, но почти ни у одного изъ криминалистовъ представителей разбираемаго ученія. Послѣдніе, признавая въ человѣкѣ существованіе свободной воли, не даютъ отвѣтовъ на вышеприведенные вопросы, и только дѣлая выводъ изъ ихъ ученій, мы мо-

жемъ опредѣлить, что подъ свободою воли разумѣется возможность для человѣка опредѣляться въ своей дѣятельности независимо отъ какихъ бы то ни было мотивовъ или впечатлѣній; возможность черпать направленіе и содержаніе своей дѣятельности исключительно въ самомъ себѣ [1]). При этомъ представители теоріи свободной воли считаютъ свое положеніе, что свобода воли обусловливаетъ вмѣняемость, или, что съ ихъ точки зрѣнія то же самое, вызываетъ отвѣтственность, аксіомою, не могущею возбуждать никакихъ сомнѣній, и потому ограничиваются общими, ничего не значущими фразами. „Виновность предполагаетъ умственное развитіе и свободу, говоритъ, напримѣръ, Гаусъ (Haus, Principes). При отсутствіи одного изъ этихъ условій, всякая виновность исчезаетъ; фактъ не можетъ быть вмѣненъ совершившему его и не можетъ поэтому повлечь никакой отвѣтственности“. „Для юриста, замѣчаетъ Будзинскій (Начала), вмѣстѣ съ свободою исчезло бы понятіе о законѣ и наказаніи; для юриста разумная свобода составляетъ основаніе уголовнаго права“.

Представители теорій свободной воли, признавая ее необходимымъ условіемъ вмѣняемости, должны были бы прежде всего представить доказательства существованія въ человѣкѣ свободы воли. Но, вмѣсто научныхъ доказательствъ, мы находимъ у криминалистовъ или рядъ чисто діалектическихъ построеній, или же ссылку на наше сознаніе, которое всегда будто бы свидѣтельствуетъ намъ,

[1]) Таганцевъ говоритъ: свобода воли, какъ ее понимаютъ защитники этой теоріи, есть „духъ человѣческій, проявляющійся въ его волѣ, который имѣетъ способность дать такое опредѣленіе своей дѣятельности, которое не зависитъ ни отъ какихъ предыдущихъ, или, какъ говорятъ гегельянцы, имѣетъ способность поставить содержаніе своей воли независимо отъ всѣхъ возможныхъ опредѣленій, представляющихся въ данномъ случаѣ,—способность дѣлать свободный выборъ между ними, такъ что, подпадая даже подъ господство страсти, увлеченія, духъ человѣческій подчиняется имъ самопроизвольно, въ силу свободной рѣшимости“ (Курсъ I). То же самое, въ короткихъ словахъ, мы находимъ у Іоха: свобода воли есть „способность дѣлать что-либо безъ всякихъ возбужденныхъ извнѣ представленій“ (Joch, Die Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen). Шольтенъ говоритъ: „подъ свободною волею разумѣютъ возможность въ данную опредѣленную минуту жизни хотѣть или не хотѣть чего-либо, что кажется возможнымъ нашему разумѣнію. Свободную волю понимаютъ въ томъ смыслѣ, что человѣкъ желаетъ чего-нибудь, не будучи къ тому опредѣляемъ какою бы то ни было причиною или мотивомъ; словомъ — желаетъ единственно потому, что онъ желаетъ. Рѣшимость хотѣть или не хотѣть чего-либо находитъ, такимъ образомъ, свое послѣднее основаніе въ волѣ“ (Scholten, Der freie Wille). Кантъ опредѣляетъ свободу воли, какъ „такую причинность, когда причина не бываетъ опредѣлена предшествующею по необходимымъ законамъ, то-есть, какъ безусловную самодѣятельность или возможность начинать собою рядъ явленій, въ дальнѣйшемъ своемъ теченіи совершающихся по законамъ природы“ (Критика чистаго разума, пер. Владиславлева). Сѣченовъ о свободѣ воли говоритъ: „выборъ направленія къ дѣйствію... приписывается волѣ какъ верховной инстанціи, стоящей внѣ арены борющихся побужденій и потому въ сущности свободной“ („Вѣстникъ Европы“, 1881, кн. I). Коркуновъ: свободная воля, „являясь причиной другихъ явленій, сама не имѣетъ причины“ (Лекціи).

что мы свободны. Образцомъ доказательствъ перваго рода можетъ служить ученіе Кестлина въ его System des Strafrechts. Что касается до ссылки на свидѣтельство нашего сознанія, то мы находимъ ее и въ нашей литературѣ: „если бы этой свободы не было—говоритъ, напримѣръ, Спасовичъ (Учебникъ)—то непонятно, какимъ образомъ могло бы у насъ образоваться и понятіе о ней, потому что оно, конечно, не можетъ быть заимствовано изъ міра чувственнаго“. Въ томъ же родѣ разсуждаетъ Будзинскій (Начала): „если бы человѣкъ не имѣлъ свободы воли, говоритъ онъ, то онъ не имѣлъ бы о ней внутренняго сознанія, не чувствовалъ бы угрызеній совѣсти, въ случаѣ содѣянія зла, не отвѣтствовалъ бы за свои дѣянія, не отличался бы отъ животнаго“.

Едва ли нужно говорить, что діалектическія построенія не могутъ считаться доказательствами. Ссылка на свидѣтельство нашего сознанія представляется не болѣе убѣдительною: положимъ, что собственное наше сознаніе подсказываетъ намъ, что мы свободны; но уже давно извѣстно, что свидѣтельство нашего сознанія не есть научное доказательство. Мы, напримѣръ, долго были убѣждены въ томъ, что солнце движется вокругъ земли; вѣра въ волшебниковъ и колдуновъ основывалась тоже на свидѣтельствѣ нашего сознанія и т. д. Далѣе, наше собственное сознаніе столь же сильно говоритъ и противъ нашей свободы: ежедневный опытъ убѣждаетъ насъ въ томъ, совершенно справедливо замѣчаетъ Таганцевъ (Курсъ I), что „зная человѣка, его характеръ, степень развитія, мы можемъ съ достаточною безошибочностью предсказать его дѣйствія; для насъ часто является даже оскорбительнымъ предположеніе людей, намъ близкихъ, о возможности совершенія нами того или другого поступка, и мы упрекаемъ ихъ въ поверхностномъ отношеніи къ намъ, въ маломъ знаніи нашего характера“. При томъ, нельзя не видѣть, что если сознаніе наше и говоритъ намъ о свободѣ, то только о свободѣ въ будущемъ, все же прошедшее для всякаго человѣка представляется непрерывною цѣпью причинъ и слѣдствій; всякій, если посмотритъ назадъ, принужденъ будетъ сознаться, что онъ долженъ былъ дѣствовать такъ, какъ онъ дѣйствовалъ, а не иначе.

Независимо отъ бездоказательности и произвольности всего индетерминистическаго ученія о свободной волѣ [1]), нельзя не обратить вниманія на то обстоя-

[1]) „Если бы воля, говоритъ по этому поводу Binding (Normen II), дѣйствительно стояла совершенно свободная и независимая отъ мотивовъ между представленіями дѣятельности въ одномъ направленіи, дѣятельности въ другомъ направленіи и недѣятельности, то она сама изъ себя не могла бы придти къ рѣшенію. Относительно этихъ представленій она должна была бы остаться безразличною; ничто не могло бы привлечь ее къ одному изъ нихъ и оттолкнуть отъ другого; все, что оказалось бы привлекающимъ или отталкивающимъ, имѣло бы, очевидно, значеніе мотива и, такимъ образомъ, уничтожало бы свободу воли. Свободная воля поэтому должна была бы всегда пребывать въ колебаніи между этими тремя представленіями. Человѣческая свобода совпадала бы при этомъ условіи съ нерѣшимостью, и вслѣдствіе этого, съ бездѣятельностью. Если же мы примемъ, что свободная воля, не взирая на свою неподчиненность мотивамъ, все-таки приходитъ къ рѣшеніямъ и къ дѣйствіямъ, то намъ останется признать единственную силу, которая можетъ направить волю къ тому или другому представленію: сила эта есть противоположность безусловной необходимости, именно безусловно независимое ни отъ какихъ причинъ, то-есть абсолютный случай. Такимъ образомъ, въ области дѣйствій и явленій абсолютная свобода и чистая случайность тождественны“. Справедливо поэтому называетъ Scholten (Der freie Wille) теорію свободной воли „ученіемъ о господствѣ случая въ этической области“. „Естественная картина свободной воли, говоритъ Schopenhauer (die Grundprobleme der Ethik), есть вѣсы безъ гирь; какъ коромысло вѣсовъ не можетъ придти само собою въ движеніе такъ

тельство, что всѣ новѣйшія открытія въ области наукъ историческихъ, естественныхъ и соціальныхъ несомнѣнно приводятъ къ заключенію о томъ, что дѣйствія и вся жизнь человѣка и человѣчества точно такъ же подчинены въ своемъ развитіи извѣстнымъ законамъ, какъ и явленія всей прочей природы. Очевидно, что такой фактъ закономѣрности не мирится съ предположеніемъ о свободной волѣ человѣка, въ установленномъ выше смыслѣ. Можно прямо сказать защитникамъ теоріи свободы воли, что нельзя ставить въ зависимость отъ такого свойства души человѣческой, самое существованіе котораго представляется по меньшей мѣрѣ спорнымъ, институтъ уголовнаго правосудія, существующій столько же вѣковъ, сколько и человѣчество. По нашему мнѣнію, понятіе свободы воли могло служить для уголовнаго права не болѣе, какъ чисто теоретическимъ построеніемъ—гипотезой для объясненія извѣстной стороны человѣческой дѣятельности. Признавъ свободу воли фактомъ, писатели сдѣлали несомнѣнную ошибку.

б) Теорія детерминизма.

Уже съ половины XVIII вѣка изложенная нами конструкція ученія о свободѣ воли, какъ условіи вмѣняемости, стала вызывать противъ себя возраженія. Первый по времени, рѣшительный ударъ этой теоріи, если не считать нѣкоторыхъ богословскихъ сочиненій, былъ нанесенъ такъ называемою школою *нецессаріанцевъ*, которая не только отвергла свободу воли и признала дѣятельность человѣка подчиненною началу закономѣрности, но утверждала, что силы, двигающія человѣкомъ въ его дѣятельности, равно какъ и порядокъ дѣйствія этихъ силъ, ничѣмъ не отличаются отъ силъ и порядка, дѣйствующихъ въ окружающей насъ внѣшней природѣ, одушевленной и неодушевленной.

Родоначальникомъ школы нецессаріанцевъ въ уголовномъ правѣ является Joch (Hommel) въ его сочиненіи „Die Belohnung und Strafe nach türkischen Gesetzen“, изданномъ въ 1771 году. Въ весьма простой и элементарной формѣ Гоммель отлично выражаетъ основы ученія всей школы: ни свободной воли въ установленномъ выше смыслѣ, ни иной подобной, самодвижущей, исключительно людямъ присущей силы въ человѣкѣ нѣтъ; всѣ его поступки и вся его дѣятельность управляются тѣми же силами, совершаются по тѣмъ же законамъ и въ томъ же порядкѣ, въ какомъ совершаются всѣ явленія природы одушевленной и неодушевленной. Такимъ образомъ, не свобода личнаго произвола опредѣляетъ поступки человѣка, а та же безусловная необходимость, съ какою совершаются, напримѣръ, космическія явленія. Сообразно такому взгляду на порядокъ человѣческой дѣятельности, нецессаріанцы должны были бы признать, что между отдѣльными поступками человѣка, сознательными и безсознательными, между поступками здороваго и больного человѣка нѣтъ разницы съ точки зрѣнія тѣхъ силъ, которыя въ нихъ дѣйствуютъ, и того порядка, по которому они совершаются; по ученію нецессаріанцевъ слѣдуетъ, что по однѣмъ и тѣмъ же причинамъ и подъ вліяніемъ однѣхъ и тѣхъ же силъ совершаются человѣческія дѣйствія и льется, напримѣръ, вода сверху внизъ, птицы вьютъ себѣ гнѣзда, хищные звѣри

точно и свободная воля не можетъ произвесть дѣйствіе изъ самой себя, такъ какъ изъ ничего и будетъ ничего—aus Nichts Nichts wird“.

пожираютъ другихъ животныхъ, происходятъ перелеты птицъ, вода при извѣстной температурѣ замерзаетъ и т. д. На вопросъ уголовно-юридическій: за какіе свои поступки человѣкъ отвѣтственъ и за какіе неотвѣтственъ—съ точки зрѣнія теоріи нецессаріанизма можетъ быть сдѣланъ одинъ отвѣтъ: человѣкъ или отвѣтственъ за всѣ свои поступки, или онъ неотвѣтственъ ни за какіе, ибо разницы между отдѣльными поступками нѣтъ. При такой точкѣ зрѣнія, наказанія послѣдовательно могутъ представляться лишь средствомъ борьбы съ вреднодѣйствующими силами природы неодушевленной и животными, въ томъ числѣ и съ человѣкомъ, какъ вреднымъ животнымъ. Мы должны поступать съ человѣкомъ точно такъ же, какъ мы поступаемъ, напримѣръ, съ собакою, пріучая ее воздерживаться отъ извѣстныхъ поступковъ. Іохъ говоритъ: мы бьемъ кошку, когда она прыгаетъ къ намъ на столъ во время обѣда и проситъ мяса; это научаетъ ее сидѣть смирно; подобный же образъ дѣйствій, говоритъ онъ, слѣдуетъ примѣнять и къ людямъ.

Сообразно этому, нецессаріанизмъ не устанавливаетъ никакихъ условій вмѣняемости и не ограничиваетъ уголовнаго правосудія сферою сознательныхъ поступковъ человѣка; нецессаріанизмъ признаетъ или, по крайней мѣрѣ, послѣдовательно долженъ признавать всѣхъ людей безъ изъятія объектами карательной дѣятельности, ибо люди, совершающіе вредныя дѣйствія, ничѣмъ не отличаются отъ вреднодѣйствующихъ силъ природы и, какъ необходима борьба съ этими послѣдними, такъ она необходима и съ ними.

Нецессаріанцы совершенно правильно исключили свободу воли изъ числа условій вмѣняемости и тѣмъ самымъ выдвинули начало закономѣрности человѣческой дѣятельности, то-есть подчиненіе ея закону достаточной причины. Однако, это послѣднее начало не было ими конструировано правильно, а отсюда возникли ошибки въ воззрѣніяхъ на вмѣняемость и ея условія.

Нецессаріанцы упустили изъ виду, что человѣкъ, составляя часть вещественнаго міра и подчиняясь общимъ законамъ, вмѣстѣ съ тѣмъ имѣетъ свои особыя силы и способности, развивающіяся въ зоологическомъ царствѣ постепенно, начиная отъ низшихъ видовъ до высшихъ. Силы эти суть: человѣческій разумъ и весь тотъ, связанный съ нимъ, запасъ психическихъ мотивовъ, который отличаетъ человѣка отъ животнаго. Съ точки зрѣнія нецессаріанцевъ, между проявленіями стихійныхъ силъ неодушевленной природы, дѣйствіями животнаго и дѣйствіями человѣка, сознательными и несознательными, нѣтъ никакой разницы: всѣ они производятся однѣми и тѣми же силами, по однимъ и тѣмъ же законамъ, въ одномъ и томъ же порядкѣ. Въ дѣйствительности же разница здѣсь громадная, именно, по предмету качества и количества дѣйствующихъ силъ: желѣзныя опилки летятъ къ магниту съ неудержимою силою; однако, если вы положите листъ бумаги между опилками и магнитомъ, то они пристанутъ къ бумагѣ и никакъ не догадаются, какимъ образомъ обойти препятствіе. Если же вы запрете собаку, то она постарается перепрыгнуть черезъ препятствіе, а если вы запрете человѣка, то онъ сверхъ того найдетъ еще и иные выходы—будетъ просить, уговаривать, грозить, предлагать выкупъ и т. д. Сообразно этому и отношеніе наше къ сознательнымъ дѣйствіямъ человѣка, съ одной стороны, и къ его дѣйствіямъ несознательнымъ, а равно и къ явленіямъ окружающей природы, съ другой — весьма различно, а именно: если мы вступаемъ въ борьбу съ послѣдними, то мы не можемъ измѣнить или уничтожить самихъ силъ, а мы можемъ только измѣнить условія, при которыхъ онѣ дѣйствуютъ, или воспрепятствовать ихъ проявленію, такъ, напримѣръ, при паденіи камня сверху внизъ, мы не можемъ уничтожить

въ немъ силы тяжести, а можемъ лишь воспрепятствовать ея проявленію — если мы поставимъ подпорку, то камень остановится въ своемъ паденіи. При борьбѣ же съ сознательными дѣйствіями человѣка мы имѣемъ возможность оказать вліяніе на самыя силы, именно, на сумму психическихъ мотивовъ. Велѣніе закона, правило нравственности, всякое иное правило жизни, получаемое человѣкомъ, напримѣръ, изъ наблюденія и изученія современной и древней жизни, скажемъ болѣе, впечатлѣніе всякой, вновь прочитанной книги—все это суть реальныя силы, дѣйствующія въ человѣкѣ, реальные мотивы его сознательныхъ дѣйствій. Въ этой сферѣ возможны положительныя воздѣйствія, то-есть созданіе новыхъ силъ, новыхъ мотивовъ, а не только борьба съ ихъ проявленіями. Это различіе отношеній къ сознательнымъ дѣйствіямъ человѣка и къ вреднымъ явленіямъ остальной природы, основанное на томъ, что у перваго есть такая сила, которой нѣтъ у второй, упустили изъ виду нецессаріанцы; замѣтивъ это различіе, они поняли бы, что относительно человѣческой дѣятельности, кромѣ физической борьбы, возможно и установленіе порядка посредствомъ велѣній закона; изъ этой послѣдней задачи вытекаетъ вся карательная дѣятельность. Уголовное правосудіе имѣетъ дѣло только съ сознательною дѣятельностью человѣка. Эта ошибка старыхъ нецессаріанцевъ нисколько не умаляетъ, однако, ихъ заслуги въ наукѣ уголовнаго права: они первые подвергли критикѣ теорію вмѣняемости, построенную на ученіи о свободной волѣ.

Аналогичное съ старыми нецессаріанцами построеніе представляютъ собою теоріи *антропологическія*, начиная отъ прежнихъ френологовъ, кефалометровъ, краніометровъ и т. д., съ ихъ представленіемъ объ естественномъ преступникѣ, и кончая современной уголовно-антропологической школой Ломброзо, завершившей это движеніе въ образѣ „прирожденнаго преступника“. Никакого различія между вмѣняемыми и невмѣняемыми съ точки зрѣнія этихъ теорій послѣдовательно проведено быть не можетъ—всѣ одинаковы, всѣ подлежатъ карательнымъ мѣропріятіямъ, причемъ задачи уголовнаго правосудія сливаются съ мѣрами полицейской борьбы, а особенности субъективныхъ свойствъ лицъ, совершившихъ преступное дѣяніе, служатъ лишь для выбора той или другой карательно-полицейской мѣры. Гарофало (Garofalo, Criminologie) и Ферри (Ferri, la sociologie criminelle) окончательно оформили антропологическую точку зрѣнія. Они прямо отвергаютъ всякое понятіе вмѣняемости и отказываются признавать какъ безотвѣтственность даже душевно-больныхъ, такъ и принципіальную разницу между лѣчебницей для душевно-больныхъ и тюрьмою. Объективная опасность лица для общественнаго порядка — вотъ, съ ихъ точки зрѣнія, единственное основаніе и мѣрило отвѣтственности.

Новѣйшія *теоріи обезпеченія или предупрежденія* относятъ, какъ мы видѣли выше, къ сущности наказанія разнообразныя спеціальныя цѣли: исправленіе, устрашеніе, обезвреживаніе, приспособленіе, отсѣченіе и даже лѣченіе. Сообразно этому, конечно, долженъ устанавливаться и соотвѣтственный кругъ лицъ, подлежащихъ дѣйствію уголовнаго закона, а вмѣстѣ съ тѣмъ, и соотвѣтственныя условія вмѣняемости. Однако, совершенно ясно, что столь широко поставленныя задачи наказанія, всѣ одинаково возводимыя къ сущности уголовнаго правосудія, не требуютъ и не вызываютъ никакого ограниченія круга лицъ отвѣтственныхъ: и нормальный человѣкъ и ненормальный, и разумный и идіотъ, и здоровый и душевно-больной, — всѣ на равныхъ правахъ могутъ найти себѣ мѣсто на лонѣ уголовнаго правосудія въ качествѣ предметовъ такой карательной дѣятельности. Другими словами—при послѣдовательномъ проведеніи, эти теоріи должны привести къ тѣмъ же выводамъ, къ какимъ пришли старые нецессаріанцы и за ними антропологи: понятіе вмѣняемости должно быть исключено изъ уголовнаго права. Разница между ними остается лишь въ постановкѣ вопроса: нецессаріанцы исходили изъ предположеннаго ими порядка человѣческой дѣятельности и пришли къ отрицанію понятія вмѣняемости и къ сліянію уголовнаго правосудія съ мѣрами полицейской борьбы, а представители теоріи обезпеченія начали съ построенія своей карательной системы и должны были кончить упраздненіемъ условій вмѣняемости.

Отъ такого рѣшительнаго вывода авторы разбираемыхъ теорій, однако, очень долго воздерживались, а многіе и нынѣ воздерживаются. Они ограничиваются отрицаніемъ свободы воли, воспроизводятъ нѣкоторыя положенія теоріи закономѣрности, разбираютъ постановленія положительнаго права о вмѣняемости и далѣе не идутъ. Но наиболѣе послѣдовательные, а въ томъ числѣ и глава школы, проф. Листъ, послѣ подобныхъ же колебаній, выступили съ рѣшительнымъ заявленіемъ: понятіе и условія вмѣняемости должны быть исключены изъ уголовнаго права.

Первоначально, къ своемъ учебникѣ, Листъ не отказывался отъ понятія вмѣняемости. Отвергнувъ терію свободной воли, онъ выдвинулъ довольно туманный признакъ „нормальной опредѣляемости“. Мы признаемъ человѣка вмѣняемымъ говоритъ онъ: „если онъ поддается вліянію представленій путемъ, извѣстнымъ намъ изъ опыта, если число и содержаніе его представленій, живость его ощущеній, сила воли достигаютъ средняго минимума, который мы встрѣчаемъ у людей нашего общества... Способность ко вмѣненію есть нормальная опредѣляемость. Способенъ ко вмѣненію, такимъ образомъ, всякій душевно-зрѣлый и душевно-здоровый человѣкъ, находящійся въ полномъ сознаніи. Нормальное содержаніе и нормально опредѣляющая сила представленій составляетъ сущность вмѣняемости“. Такого рода построеніе, конечно, не могло удовлетворить самого автора, отъ остраго взгляда котораго не могло укрыться несоотвѣтствіе приведенныхъ разсужденій, при всей ихъ растяжимости, съ его собственной теоріей наказанія. Поэтому, устраивая выходъ изъ затрудненія, Листъ воскрешаетъ схоластическое, совершенно искусственное, понятіе „уменьшенной вмѣняемости“, въ качествѣ дополнительной конструкціи, для тѣхъ случаевъ, когда наказаніе по его теоріи должно заключаться въ лѣченіи или мѣрахъ охраны. Въ 1896 году Листъ отказывается отъ высказаннаго ранѣе и, отбрасывая компромиссы, выступаетъ съ рѣшительнымъ словомъ, поразившимъ даже его ближайшихъ послѣдователей. Въ статьѣ „die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit“ (Zeitschrift f. d. gesam. Strafrechtswissenschaft XVII) онъ прямо говоритъ, что понятіе вмѣняемости и различіе вмѣняемыхъ отъ невмѣняемыхъ можетъ имѣть значеніе только до тѣхъ поръ, пока государство ограничивается исправленіемъ и устрашеніемъ; но „если въ наказаніи видѣть мѣру обезпеченія отъ преступниковъ, то самый вопросъ о вмѣняемости утрачиваетъ значеніе. Различіе между наказаніемъ неисправимыхъ

и мѣрами охраны общеопасныхъ душевно-больныхъ не только практически недостижимо, но и принципіально несостоятельно".

в) Посредствующія теоріи.

Мы не будемъ много останавливаться на этихъ теоріяхъ, которыя заключаютъ въ себѣ попытку соединить теорію свободной воли съ принципомъ законосообразности при помощи средняго понятія: условной свободы воли или относительной свободной воли.

Давно уже и многими замѣчено, что представленіе о какой-то небезусловной свободѣ, какъ среднемъ понятіи между свободной и несвободой, есть просто логическая несообразность (см., напримѣръ, Коркуновъ, Лекціи). Совершенно правильно говоритъ Шольтенъ (Scholten, der freie Wille, II), что „вопросъ о волѣ сводится къ двоякому рѣшенію: или воля человѣка не опредѣляется ничѣмъ, то-есть стоитъ выше всякаго опредѣляющаго вліянія, или, наоборотъ, она опредѣляется во всѣхъ случаяхъ своего проявленія. Средняго здѣсь ничего быть не можетъ. Между тѣмъ, нерѣдко мыслители, особенно изъ школы индетерминистовъ, забываютъ эту истину. Держась индетерминизма, они при первыхъ выводахъ его оставляютъ, хотя въ то же время не перестаютъ его утверждать; слѣдовательно, они въ одно и то же время и признаютъ, и отвергаютъ его".

Къ разряду посредствующихъ теорій принадлежатъ ученія Биндинга, Мейера, Вундта, Крафта-Эбинга (Binding, Normen II; Meyer, Lehrbuch; Wundt Physiologische Psychologie; Krafft-Ebing, Lehrbuch der gerichtlichen Psychopatologie) и другихъ. При этомъ необходимо обратить вниманіе на то обстоятельство, что въ литературѣ вопроса господствуетъ крайняя неточность въ отношеніи къ терминамъ: „свобода", „несвобода", „необходимость", „законосообразность". Иной писатель говоритъ о законосообразности и называетъ ее свободой; другой—выдвигаетъ слово „разумная свобода" или „свобода въ истинномъ значеніи этого слова", „дѣйствительная свобода", „человѣческо-нравственная свобода" и называетъ этими именами законосообразность, противополагая ихъ „философской свободѣ", „произволу", „индетерминизму"; или противополагаетъ „свободу человѣка" „свободной волѣ" и т. д. Какія бы названія мы ни употребляли, какъ бы ихъ ни комбинировали, останутся все-таки только два понятія: свобода воли и несвобода, изъ которыхъ послѣднее расчленяется на два представленія — закономѣрности и нецессаріанизма.

II. Невмѣняемость.

1. Причины, устраняющія способность ко вмѣненію.

Ближайшій, психологическій и физіологическій анализъ отдѣльныхъ состояній, обусловливающихъ собою невмѣняемость субъекта, выходитъ за предѣлы науки уголовнаго права. Наука уголовнаго права опредѣляетъ ихъ лишь въ отношеніи юридическомъ, то-есть настолько, насколько они служатъ или должны служить предметомъ законодательныхъ опредѣленій. Уложеніе о наказаніяхъ всѣ тѣ обстоятельства, которыя оно признаетъ причинами, устраняющими способность ко вмѣненію, перечисляетъ въ статьѣ 92; Уставъ о наказаніяхъ—въ статьѣ 10.

Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года не перечисляетъ отдѣльныхъ случаевъ невмѣняемости, а, выдѣливъ малолѣтство по формальному признаку, указываетъ, что ближайшими причинами невмѣняемости могутъ быть: болѣзненное разстройство душевной дѣятельности, безсознательное состояніе и умственное неразвитіе, происшедшее отъ тѣлеснаго недостатка или болѣзни (ст. 39). Эти выраженія настолько широки, что они не только заключаютъ въ себѣ всѣ отдѣльные случаи невмѣняемости, извѣстные Уложенію о наказаніяхъ, но идутъ несравненно дальше.

Опредѣляя невмѣняемость, законъ указываетъ вмѣстѣ съ тѣмъ тѣ мѣры охраны, которыя въ извѣстныхъ случаяхъ должны быть примѣняемы въ отношеніи лицъ невмѣняемыхъ: именно, оно опредѣляетъ, что въ случаѣ, когда оставленіе невмѣняемаго лица безъ особаго присмотра судъ признаетъ опаснымъ, онъ отдаетъ это лицо подъ отвѣтственный надзоръ родителямъ или другимъ лицамъ, пожелавшимъ принять его на свое попеченіе, или же помѣщаетъ его въ врачебное заведеніе.

а) Малолѣтство [1]).

Таганцевъ, Изслѣдованіе объ отвѣтственности малолѣтнихъ преступниковъ. Кистяковскій, О молодомъ возрастѣ по отношенію ко вмѣненію. Юридическій Вѣстникъ. 1881, VIII. Богдановскій, Молодые преступники.

Сознаніе себя самого, предметовъ окружающаго міра и общественныхъ отношеній, а равно способность сознательно руководить своими поступками, развивается въ ребенкѣ, какъ всѣмъ извѣстно, лишь постепенно. Поэтому въ первомъ періодѣ своей жизни всякій малолѣтній является невмѣняемымъ, это одинаково признается и закономъ, и теоріей. Но, съ одной стороны, граница этого періода не представляется неизмѣнною: сообразно индивидуальнымъ условіямъ, развитіе необходи-

[1]) Въ настоящемъ отдѣлѣ, посвященномъ вопросу о невмѣняемости, мы будемъ говорить о малолѣтнемъ возрастѣ лишь настолько, насколько дѣло касается невмѣняемости. Въ литературѣ обыкновенно ученіе о возрастѣ, какъ причинѣ невмѣняемости, излагается совмѣстно съ ученіемъ о смягченіи и замѣнѣ наказаній для малолѣтнихъ. Не находя правильнымъ такое соединеніе въ системѣ учебника, мы излагаемъ правила о смягченіи и замѣнѣ наказаній для малолѣтнихъ въ другихъ отдѣлахъ по принадлежности.

мыхъ для вмѣняемости умственныхъ силъ можетъ у отдѣльныхъ субъектовъ замедляться, у другихъ наступать ранѣе, а съ другой стороны обладая достаточнымъ развитіемъ по отношенію къ однимъ фактамъ, малолѣтній того или другого возраста можетъ не обладать имъ по отношенію къ другимъ. Въ виду такого разнообразія, казалось бы, вполнѣ послѣдовательно, не опредѣляя никакихъ особыхъ сроковъ въ законѣ, предоставить суду опредѣленіе вмѣняемости или невмѣняемости малолѣтнихъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Однако, вполнѣ понятныя практическія неудобства такого порядка побуждаютъ положительное право предпочитать иной путь, а именно, опредѣлять возрастные сроки въ законѣ. Большинствомъ новѣйшихъ законодательствъ установляются два періода: первый, въ которомъ невмѣняемость считается безусловно достовѣрною, и второй, въ которомъ невмѣняемость предполагается только вѣроятною, такъ что вопросъ о ней долженъ быть разрѣшенъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Первый изъ этихъ періодовъ носитъ названіе періода безусловной невмѣняемости; второй — періода условной вмѣняемости. Сверхъ того, нѣкоторыя законодательства (напримѣръ, наше право) выдѣляютъ третій, дальнѣйшій періодъ, въ которомъ несовершеннолѣтніе признаются безотвѣтственными по отношенію къ нѣкоторымъ извѣстнымъ дѣяніямъ. Выборъ соотвѣтствующихъ предѣловъ для указанныхъ періодовъ дѣлается законодательствомъ или на основаніи какой-либо предвзятой идеи, или, что очевидно является единственно правильнымъ, при помощи научныхъ данныхъ и указаній опыта.

Примѣръ дѣленія перваго рода представляетъ старинная система климатерическихъ періодовъ; построенная на томъ предположеніи, что черезъ каждыя семь лѣтъ какъ бы обновляется весь организмъ человѣческій, физическій и духовный. Сообразно съ этимъ, эпоха несовершеннолѣтія, по отношенію къ уголовной отвѣтственности, раздѣлялась на три періода: до 7 лѣтъ, отъ 7 до 14, отъ 14 до 21 года. Эту чисто-метафизическую конструкцію мы находимъ еще въ римскомъ правѣ (въ школѣ прокульянцевъ); она оказала вліяніе и на законодательства Европы, а въ особенности на наше Уложеніе, положившее ее въ основу своей системы.

Наше законодательство по вопросу о невмѣняемости малолѣтнихъ отличается чрезвычайной сложностью. Законъ 2 іюня 1897 года, измѣнившій существенно правила Уложенія о наказаніяхъ и Мирового Устава, не только не внесъ упрощенія въ систему, но еще болѣе осложнилъ ее и сверхъ того, самымъ текстомъ своимъ, вызываетъ нѣкоторыя недоразумѣнія. Въ главныхъ чертахъ дѣйствующія нынѣ правила о невмѣняемости малолѣтнихъ представляются въ слѣдующемъ видѣ:

1) Общее положеніе о невмѣняемости малолѣтнихъ выражено въ Уложеніи, въ статьѣ 92, пунктѣ 2; причиною, по коей содѣянное

не должно быть вмѣняемо въ вину, признается, въ числѣ прочихъ, „малолѣтство въ такомъ возрастѣ, когда подсудимый не могъ еще имѣть понятія о свойствѣ дѣянія“.

2) Возрастъ до 10 лѣтъ есть возрастъ безусловной невмѣняемости; дѣти этого возраста не подвергаются судебному преслѣдованію.

3) Возрастъ отъ 10 до 17 лѣтъ есть возрастъ условной вмѣняемости, каковая опредѣляется посредствомъ разрѣшенія судомъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ вопроса о томъ, дѣйствовалъ ли подсудимый *съ разумѣніемъ* или *безъ разумѣнія*.

4) По общему правилу несовершеннолѣтніе отъ 10 до 17 лѣтъ, признанные судомъ дѣйствовавшими безъ разумѣнія, отдаются подъ отвѣтственный надзоръ, по усмотрѣнію суда, или ихъ родителямъ, или лицамъ, на попеченіи коихъ они состоятъ, или другимъ благонадежнымъ лицамъ, изъявившимъ на то согласіе.

5) Изъ сего правила установляются слѣдующія изъятія: *а*) если учиненныя такими несовершеннолѣтними преступныя дѣянія облагаются наказаніемъ не ниже заключенія въ тюрьмѣ, то они могутъ быть обращаемы въ исправительные пріюты и колоніи, гдѣ таковые устроены; *б*) находящіеся въ возрастѣ отъ 14 до 17 лѣтъ, въ случаѣ учиненія ими дѣянія, обложеннаго по закону уголовнымъ наказаніемъ, не отдаются подъ отвѣтственный надзоръ, а обращаются въ исправительные пріюты или колоніи; за отсутствіемъ же сихъ заведеній или по недостатку мѣстъ въ оныхъ, заключаются на срокъ, опредѣляемый судомъ, но не долѣе какъ до 18-лѣтняго возраста, въ особо устроенныя для нихъ помѣщенія при тюрьмѣ или при арестныхъ домахъ, или же отдаются на исправленіе въ монастырь ихъ вѣроисповѣданія, буде таковой имѣется.

6) По уставу о наказаніяхъ, налагаемыхъ Мировыми Судьями, опредѣляются слѣдующія особыя правила: *а*) несовершеннолѣтніе отъ 10 до 14 лѣтъ отдаются подъ отвѣтственный надзоръ; *б*) если учиненное ими дѣяніе обложено въ законѣ наказаніемъ не ниже тюрьмы, а также если установлена будетъ преступная привычка или преступный промыселъ, они могутъ быть обращаемы въ исправительные пріюты или колоніи; *в*) несовершеннолѣтніе отъ 14 до 17 лѣтъ могутъ быть, по усмотрѣнію судьи, отдаваемы, вмѣсто наказанія, подъ отвѣтственный надзоръ; *г*) для несовершеннолѣтнихъ отъ 14 до 17 лѣтъ, коихъ судья найдетъ необходимымъ подвергнуть наказанію, тюремное заключеніе во всякомъ случаѣ замѣняется или помѣщеніемъ въ исправительные пріюты и колоніи, или заключеніемъ въ особо-устроенныхъ при тюрьмахъ и арестныхъ домахъ помѣщеніяхъ.

Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года равнымъ образомъ различаетъ періодъ безусловной невмѣняемости и періодъ вмѣняемости условной. Лица, учинившія преступное дѣяніе въ возрастѣ до 10 лѣтъ,

не подвергаются уголовной отвѣтственности вовсе (ст. 40); въ отношеніи лицъ въ возрастѣ отъ 10 до 17 лѣтъ вмѣняемость должна быть констатирована судомъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ; при этомъ Уложеніе не требуетъ постановки особаго вопроса о разумѣніи, а довольствуется постановкой общаго вопроса о наличности вмѣняемости, говоря, что не вмѣняется въ вину преступное дѣяніе, учиненное несовершеннолѣтнимъ отъ 10 до 17 лѣтъ, который „не могъ понимать свойства и значеніе имъ совершаемаго или руководить своими поступками“ (ст. 41). Мѣры охраны и воздѣйствія, которыя въ этомъ случаѣ опредѣляются въ Уголовномъ Уложеніи въ отношеніи несовершеннолѣтнихъ, соотвѣтствуютъ въ общемъ тѣмъ, которыя установляются въ дѣйствующемъ нашемъ законодательствѣ.

Финляндское уложеніе разрѣшаетъ вопросъ необыкновенно просто: оно опредѣляетъ одинъ только возрастъ невмѣняемости, именно, до 15 лѣтъ, при чемъ относительно дѣтей, достигшихъ семилѣтняго возраста, судъ можетъ постановить или отдачу въ воспитательное заведеніе или домашнее тѣлесное наказаніе, исполненіе котораго является обязательнымъ (глава III, § 1).

Система французская не знаетъ вовсе періода безусловной невмѣняемости и установляетъ только одну грань—16 лѣтъ, въ качествѣ періода условной вмѣняемости. Такимъ образомъ, по буквальному тексту закона, на скамьѣ подсудимыхъ можетъ появиться ребенокъ шести, пяти и даже менѣе лѣтъ. Случаи подобнаго рода, совершенно противные здравому смыслу, дѣйствительно бывали во Франціи. Такіе подсудимые, конечно, всегда признаются судомъ дѣйствовавшими безъ разумѣнія, а между тѣмъ вся судебная процедура можетъ оказывать на нихъ только самое вредное вліяніе. Германское Уложеніе (§§ 55—57) установляетъ періодъ безусловной невмѣняемости до 12 лѣтъ и періодъ условной вмѣняемости отъ 12 до 18 лѣтъ. Всѣ малолѣтніе до 16 лѣтъ, по французскому праву, и отъ 12 до 18 лѣтъ, по германскому, признанные дѣйствовавшими безъ разумѣнія, освобождаются отъ наказанія, но могутъ быть отсылаемы въ исправительныя заведенія для малолѣтнихъ преступниковъ.

б) Идіотство.

Полная слабость умственныхъ силъ, лишающая человѣка способности уразумѣвать законъ и сознавать свойство и значеніе совершаемаго, иначе говоря, состояніе идіотства, очевидно, точно также устраняетъ вмѣняемость, какъ и неразвитость умственныхъ способностей у субъектовъ малолѣтнихъ. Уложеніе, въ статьѣ 95, именно указываетъ безуміе, какъ причину невмѣняемости, но при этомъ вводитъ одинъ совершенно лишній признакъ — безуміе „отъ рожденія“ [1]). Что касается до опредѣленія понятія безумія по содержанію, то, на основа-

[1]) Статья 365 тома X св. зак. называетъ безумными не имѣющихъ здраваго разсудка съ самаго младенчества.

ніи п. 4 статьи 134,—которая въ числѣ обстоятельствъ, уменьшающихъ вину, упоминаетъ легкомысліе, слабоуміе, глупость и крайнее невѣжество,—мы должны придти къ заключенію, что подъ безуміемъ въ статьѣ 95 разумѣется высшая степень слабоумія, которая образуетъ понятіе идіота. Самое же опредѣленіе границъ между безуміемъ и состояніемъ, указаннымъ въ статьѣ 134, въ конкретныхъ случаяхъ должно быть дѣлаемо судомъ по признаку, указанному въ той же 95 статьѣ, а именно: невмѣняемость имѣетъ мѣсто лишь тогда, когда подсудимый „не могъ имѣть понятіе о противозаконности и о самомъ свойствѣ своего дѣянія“.

в) Глухонѣмота.

Въ числѣ обстоятельствъ, устраняющихъ вмѣняемость, Уложеніе о наказаніяхъ (ст. 98) упоминаетъ глухонѣмоту отъ рожденія или съ дѣтства, если глухонѣмой не получилъ, черезъ воспитаніе или черезъ обращеніе съ другими людьми, надлежащаго понятія объ обязанностяхъ и законѣ. Такое значеніе глухонѣмоты, какъ недостатка, несомнѣнно препятствующаго образованію правильныхъ представленій о законѣ и общественномъ порядкѣ, издавна признавалось и теоріей, и законодательствами. Можно сказать даже, что при отсутствіи особаго, спеціально для глухонѣмыхъ приспособленнаго воспитанія, глухонѣмота должна была бы признаваться всегда причиной, устраняющей вмѣняемость, такъ какъ представляется весьма сомнительнымъ, можетъ ли одно обращеніе съ другими людьми восполнить дефекты умственнаго развитія глухонѣмого.

г) Старческое одряхлѣніе.

Старческое одряхлѣніе нерѣдко влечетъ за собою полный упадокъ умственныхъ силъ, лишающій человѣка способности ко вмѣненію. Не опредѣляя возрастнаго срока, такъ какъ таковой вовсе не можетъ быть установленъ въ законѣ для случаевъ такого рода, Уложеніе въ статьѣ 97 говоритъ лишь, что постановленія о невмѣняемости распространяются и на потерявшихъ умственныя способности и разсудокъ отъ старости или дряхлости.

д) Болѣзненное безпамятство.

Болѣзненныя состоянія разнаго рода очень часто приводятъ человѣка въ состояніе потери сознанія. Вмѣстѣ съ тѣмъ очевидно утрачивается и вмѣняемость. Уложеніе въ статьѣ 96 именно говоритъ о невмѣненіи преступныхъ дѣяній, учиненныхъ „больнымъ въ точно дока-

занномъ припадкѣ умоизступленія или совершеннаго безпамятства". Нельзя при этомъ не замѣтить, что потеря сознанія — „умоизступленіе", „безпамятство" — могутъ возникать не только отъ болѣзней въ тѣсномъ смыслѣ, но и отъ другихъ причинъ, каковы: беременность, аффекты или страстныя возбужденія разнаго рода, достигнувшіе высшей степени, и т. д. Между тѣмъ, судъ, по буквѣ закона, можетъ признавать невмѣняемость лишь для больныхъ. Здѣсь, какъ и во многихъ другихъ случаяхъ, наше Уложеніе, вводя лишніе признаки—въ данномъ случаѣ слово „больнымъ"—придаетъ своимъ опредѣленіямъ слишкомъ тѣсный и неправильный смыслъ.

е) Душевныя болѣзни.

Выше мы говорили уже о значеніи душевныхъ болѣзней, какъ причины невмѣняемости. Уложеніе въ статьѣ 95 опредѣляетъ, что преступное дѣяніе, учиненное сумасшедшимъ, не вмѣняется ему въ вину, „когда нѣтъ сомнѣнія, что сумасшедшій, по состоянію своему въ то время, не могъ имѣть понятія о противозаконности и о самомъ свойствѣ своего дѣянія". Послѣдняя фраза этого опредѣленія, выражая собою то, что мы называемъ юридическимъ критеріемъ вмѣняемости, заключаетъ въ себѣ, вмѣстѣ съ тѣмъ, совершенно вѣрное положеніе, что не всякая душевная болѣзнь, не всякій психозъ обусловливаетъ собою невмѣняемость, и не всякій психопатъ есть уже невмѣняемый и неотвѣтственный за свои дѣянія человѣкъ. Нельзя не замѣтить, что даже юридическій критерій вмѣняемости установленъ въ этой статьѣ съ большею правильностью, чѣмъ въ другихъ разобранныхъ выше статьяхъ о невмѣняемости: два признака установлены правильно—способность понимать свойства дѣянія, то есть способность сознавать совершаемое и предвидѣть его послѣдствія, и способность понимать противозаконность дѣянія; опущенъ лишь третій признакъ — способность принимать велѣнія закона въ руководство своей дѣятельности.

Міровой Уставъ говоритъ о сумасшествіи въ 3 пунктѣ 10 статьи.

ж) Сонныя состоянія.

Состояніе сна является причиной невмѣняемости, какъ такое состояніе, которое опредѣляетъ собою потерю сознанія. При этомъ совершенно безразлично, будетъ ли то обыкновенный здоровый сонъ, въ которомъ человѣкъ тѣмъ не менѣе можетъ совершать нѣкоторыя движенія органами тѣла, способныя вызывать вредныя для другихъ людей послѣдствія; будетъ ли то состояніе сна болѣзненнаго, именуемаго лунатизмомъ, или, наконецъ, состояніе просонковъ, въ которомъ представленія о дѣйствительно существующихъ предметахъ смѣшиваются еще съ

грезами сновидѣній. Впрочемъ, Уложеніе въ статьѣ 97 говоритъ лишь о лунатизмѣ (или сонноходствѣ), какъ бы исходя изъ того предположенія, что въ состояніи сна обыкновеннаго человѣкъ не можетъ совершать никакихъ дѣйствій. Это предположеніе очевидно неправильно.

Весьма сходнымъ съ состояніемъ сна представляется состояніе опьяненія отъ спиртныхъ напитковъ: человѣкъ точно такъ же теряетъ сознаніе, но сохраняетъ способность совершать движеніе органами; точно такъ же представленія о дѣйствительно существующемъ смѣшиваются съ произведеніями собственнаго воображенія. Поэтому, опьяненіе полное, достигшее высшей степени до потери сознанія, должно, казалось бы, служить причиной невмѣняемости; однако положительное право такого значенія опьяненію не придаетъ, такъ какъ, съ точки зрѣнія практическихъ соображеній, не считаетъ возможнымъ признать чрезмѣрное употребленіе спиртныхъ напитковъ за основаніе безнаказанности поступковъ. И дѣйствительно, разсуждая серьезно, едва ли можно требовать отъ законодателя, чтобы онъ призналъ злоупотребленіе спиртными напитками—само по себѣ не только нежелательное, но и крайне вредное съ соціальной точки зрѣнія—за основаніе какой бы то ни было льготы, въ особенности же за основаніе безнаказанности поступковъ. Дѣло другое, если состояніе опьяненія было недобровольнымъ, напримѣръ, подъ вліяніемъ насилія, по ошибкѣ и т. п. Тогда, конечно, есть полное основаніе говорить о безнаказанности поступковъ, совершенныхъ лицомъ, находившимся въ состояніи полнаго опьяненія. Замѣтимъ при этомъ, что не одно только опьяненіе, отъ спиртныхъ или хмельныхъ напитковъ происходящее, но и всѣ подобныя состоянія, которыя являются результатомъ употребленія какихъ бы то ни было веществъ, затемняющихъ разумъ и волю человѣка, должны, по нашему мнѣнію, вызывать такое же отношеніе законодателя. Таково употребленіе опіума, гашиша, морфія и проч. До послѣдняго времени культурнымъ народамъ Европы были извѣстны лишь вино, спиртные и хмельные напитки; относительно опьяненій этого рода законодательство высказалось самымъ рѣшительнымъ образомъ: сколько намъ извѣстно, не было ни одного уложенія въ Европѣ, которое признавало бы спиртное опьяненіе основаніемъ невмѣненія. А если образъ выраженій закона давалъ поводъ сомнѣваться (напр. французское право), то и тогда практика судебная твердо установляла указанное начало. Нѣкоторыя колебанія по сему вопросу начались лишь въ новѣйшей литературѣ; колебанія эти отразились на нашемъ новомъ Уголовномъ Уложеніи 22 марта 1903 года, которое вовсе не упоминаетъ объ опьяненіи въ общей части, изъ текста же ст. 39 можно заключить, что состояніе полнаго опьяненія, хотя бы и намѣренное, должно служить причиной невмѣняемости.

Старое западноевропейское право разсматривало опьяненіе какъ обстоятельство, вину увеличивающее. Старое русское право, тоже не

признавая опьяненіе причиной невмѣняемости, относилось къ нему однако снисходительнѣе европейскаго: опьяненіе признавалось иногда обстоятельствомъ, вину уменьшающимъ. Уложеніе о наказаніяхъ по вопросу объ опьяненіи заключаетъ въ себѣ на первый взглядъ нѣкоторую двойственность: съ одной стороны 106 статья Уложенія говоритъ, что за преступное дѣяніе, „учиненное въ пьянствѣ, когда доказано, что виновный привелъ себя въ сіе состояніе именно съ намѣреніемъ совершить“ это преступное дѣяніе, опредѣляется высшая мѣра наказанія, за то дѣяніе въ законахъ положеннаго. Когда же напротивъ доказано, что подсудимый не имѣлъ сего намѣренія, то мѣра его наказанія назначается по другимъ сопровождавшимъ преступное дѣяніе обстоятельствамъ. Изъ текста статьи 106 слѣдуетъ во-первыхъ, что опьяненіе ни въ какомъ случаѣ не есть основаніе невмѣняемости; во-вторыхъ, что болѣзненныя состоянія, происходящія отъ пьянства и производящія умоизступленіе или безпамятство, могутъ служить основаніемъ невмѣняемости по силѣ 96 статьи; въ-третьихъ, что опьяненіе намѣренное—съ цѣлью совершить преступное дѣяніе—влечетъ возвышеніе наказанія, а опьяненіе ненамѣренное никакого вліянія на наказуемость не оказываетъ. Съ другой стороны, въ особенной части Уложенія опьяненіе является обстоятельствомъ вину уменьшающимъ при: богохуленіи и порицаніи вѣры (180), кощунствѣ (181), поврежденіи крестовъ и изображеній (217), прерваніи богослуженія (211), неуваженіи къ святынѣ (215), разрытіи могилъ (234), заочномъ оскорбленіи величества (246, 248), поврежденіи указовъ (276), неуваженіи присутственному мѣсту (282), оскорбленіи чиновниковъ (286). Однако, ближайшее разсмотрѣніе текста этихъ статей [1]), а въ особенности ихъ историческаго происхожденія, даетъ возможность заключить, что опьяненіе, здѣсь, какъ таковое, вовсе не принимается закономъ за основаніе къ смягченію отвѣтственности, а лишь указывается въ качествѣ наиболѣе часто встрѣчающагося въ жизни источника разныхъ легкомысленныхъ и неразумныхъ поступковъ.

Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года признаетъ опьяненіе обстоятельствомъ вину уменьшающимъ при нѣкоторыхъ религіозныхъ (ст. 73, 74, 76, 79) и политическихъ преступныхъ дѣяніяхъ (103, 106).

Финляндское Уложеніе не только не признаетъ опьяненія причиной невмѣняемости, но даетъ слѣдующее, ясное и точное опредѣленіе (глава III, § 4): „опьяненіе или другое подобное состояніе умственнаго разстройства, въ которое совершившій дѣяніе самъ привелъ себя, не можетъ служить само по себѣ поводомъ къ уменьшенію наказанія“.

[1]) Часть этихъ статей замѣнена нынѣ правилами новаго Уголовнаго Уложенія. См. продолженіе 1906 года.

2. Значеніе состояній преходящихъ.

Каждое состояніе невмѣняемости опредѣляетъ собою безотвѣтственность лица за всѣ тѣ поступки, которые совершены имъ въ этомъ состояніи; другими словами, для безнаказанности поступка на основаніи невмѣняемости необходимо совпаденіе его во времени съ состояніемъ невмѣняемости. Это положеніе о совпаденіи во времени преступнаго дѣянія и состоянія невмѣняемости выражается отчетливо въ Уложеніи о наказаніяхъ въ словахъ 95 статьи: „по состоянію своему въ то время“, а въ Уголовномъ Уложеніи 22 марта 1903 года въ словахъ статьи 39: „во время его учиненія“. Преступныя дѣянія совершаются во времени; между началомъ преступной дѣятельности и возникновеніемъ результатовъ, образующихъ собою составъ преступнаго дѣянія, можетъ пройти достаточное количество времени, въ теченіе котораго можетъ весьма измѣниться субъективное состояніе виновнаго. Очевидно, что вмѣняемость или невмѣняемость субъекта должна опредѣляться по тому состоянію, въ которомъ онъ находился во время совершенія тѣхъ своихъ дѣйствій, изъ которыхъ развился преступный результатъ; состояніе же виновнаго въ моментъ возникновенія самаго результата, буде этотъ результатъ отдѣляется во времени отъ его дѣятельности, никакого значенія имѣть не можетъ. Такъ, лицо, нанесшее другому смертельную рану, можетъ спать крѣпкимъ сномъ въ то время, когда наступаетъ смерть его жертвы; человѣкъ, пославшій по почтѣ оскорбительное письмо, можетъ находиться, напримѣръ, въ припадкѣ полнаго умоизступленія, устраняющаго вмѣняемость, въ то время, когда адресатъ получитъ его посланіе, и т. п. Все это, очевидно, не имѣетъ никакого значенія: вмѣняемость или невмѣняемость лица, повторяемъ, должна опредѣляться по тому состоянію его, въ которомъ оно находилось въ періодъ непосредственной дѣятельности, направленной къ воспроизведенію результата, до того момента, когда дѣятельность была окончена и дальнѣйшее развитіе результата получило самостоятельное теченіе, не нуждаясь болѣе въ приложеніи силъ преступника. Положеніе это, само по себѣ вполнѣ очевидное, можетъ тѣмъ не менѣе вызывать нѣкоторыя трудности въ практическомъ своемъ примѣненіи къ состояніямъ преходящимъ, то-есть такимъ состояніямъ невмѣняемости, въ которыхъ человѣкъ находится лишь временно — временно утрачиваетъ способность ко вмѣненію, а затѣмъ снова ее пріобрѣтаетъ по минованіи соотвѣтствующаго состоянія. Таковы: сонныя состоянія, потеря сознанія подъ вліяніемъ наркотическихъ веществъ и проч.

Указанныя трудности возбуждаются въ трехъ случаяхъ налич-

ности преходящихъ причинъ невмѣняемости. Во-первыхъ, когда самое состояніе невмѣняемости образуетъ собою составъ преступнаго дѣянія, какъ delictum sui generis, въ качествѣ состоянія запрещеннаго и обложеннаго наказаніемъ. Таково, напримѣръ, состояніе сна для воинскихъ чиновъ, во время пребыванія на часахъ. На первый взглядъ казалось бы, что наказуемость лицъ, находящихся въ состояніи сна, противорѣчитъ общему началу ненаказуемости лицъ невмѣняемыхъ. Однако при ближайшемъ разсмотрѣніи не трудно видѣть, что во всѣхъ случаяхъ этого рода не имѣется необходимаго для безнаказанности условія—совпаденія во времени состоянія невмѣняемости и преступной дѣятельности, въ установленномъ выше смыслѣ. А именно, сонное состояніе является здѣсь лишь результатомъ, преступная же дѣятельность относится ко времени предшествующему, до наступленія этого состоянія; преступная дѣятельность образуется здѣсь тѣми поступками, которые опредѣлили собою наступленіе соотвѣтствующаго результата—сна. Сообразно съ этимъ, вмѣняемость или невмѣняемость лица должна быть опредѣляема по состоянію его въ то время, а не во время воспрещеннаго закономъ сна. Если лицо утратило способность ко вмѣненію уже въ то время, — тогда только мы должны признать его невмѣняемымъ по отношенію къ этому состоянію delictum sui generis.

Во-вторыхъ, подобныя же состоянія лица могутъ являться непосредственными причинами преступныхъ опущеній. Напримѣръ, свидѣтель, вызванный въ судъ, проспитъ часъ явки. Это состояніе невмѣняемости точно такъ же не можетъ освободить его отъ отвѣтственности, потому что оно относится къ преступному результату, а не къ преступной дѣятельности въ тѣсномъ смыслѣ. Преступная дѣятельность здѣсь оканчивается уже въ то время, когда свидѣтель легъ спать и заснулъ и т. п. Неявка въ судъ есть, при этихъ условіяхъ, лишь результатъ, отдѣленный отъ преступной дѣятельности. Представимъ себѣ для поясненія, что вызванный въ судъ свидѣтель за полчаса до явки сѣлъ въ вагонъ желѣзной дороги и въ моментъ явки, очевидно, не имѣлъ уже фактической возможности исполнить требованіе закона — положеніе вещей здѣсь будетъ совершенно аналогичное: преступная дѣятельность оканчивается въ тотъ моментъ, когда субъектъ сѣлъ въ вагонъ; неявка его въ судъ будетъ лишь результатомъ.

Въ-третьихъ, наконецъ, состояніе невмѣняемости можетъ входить въ планъ преступной дѣятельности, задуманный лицомъ, какъ одинъ изъ способовъ или путей къ достиженію результата. Школьный примѣръ: слуга, обязанный каждый день вечеромъ запирать дверь квартиры своего господина, вступаетъ въ соглашеніе съ ворами и, вмѣсто того, чтобы запереть дверь, приводитъ себя въ состояніе потери сознанія за нѣсколько минутъ до срока; воры приходятъ и находятъ дверь открытою, а слугу лежащимъ въ безсознательномъ состояніи. Они

похищаютъ имущество, а слуга передъ судомъ приводитъ въ свое оправданіе именно то обстоятельство, что онъ находился въ состояніи потери сознанія, слѣдовательно, невмѣняемости (такъ называемыя actio libera in causa или actiones ad libertatem relatae). Практически подобнаго рода случаи могутъ быть весьма разнообразны. Рѣшеніе должно быть всегда одинаково: преступная дѣятельность должна считаться оконченною съ того момента, когда дѣйствующій совершилъ тѣ поступки, посредствомъ которыхъ онъ привелъ себя въ безсознательное состояніе, а вмѣняемость должна опредѣляться по состоянію его во время совершенія этихъ поступковъ. Слуга въ вышеприведенномъ примѣрѣ долженъ быть признанъ отвѣтственнымъ за соучастіе въ похищеніи имущества.

ГЛАВА II.

ОБЪЕКТЪ ПРЕСТУПНАГО ДѢЯНІЯ.

I. Понятіе объекта преступнаго дѣянія.

Таганцевъ, Преступленія противъ жизни. 1. Abegg, Misshandlungen von Thieren. Allg. Strafr. Zeitung 1869. Oppenheim, die Objecte des Verbrechens.

1. Предметъ преступнаго посягательства.

Всякое преступное дѣяніе, будучи, согласно сказанному выше, по юридической своей природѣ, нарушеніемъ нормъ положительнаго права, опредѣляющихъ юридическій строй общежитія, по содержанію своему, должно неизбѣжно заключать въ себѣ моментъ матеріальнаго или идеальнаго вреда отдѣльнымъ лицамъ или всему обществу. Отсюда ясно, что всякое преступное дѣяніе, являясь, по своей отвлеченной природѣ, нарушеніемъ нормъ закона и, слѣдовательно, посягательствомъ на интересъ всего общежитія или, какъ иногда говорятъ, правопорядка, заключающійся въ необходимости соблюденія установленныхъ закономъ правилъ жизни и дѣятельности,—въ конкретной своей формѣ всегда заключаетъ въ себѣ вредъ или опасность извѣстнымъ конкретнымъ благамъ или интересамъ. Такъ, каждая изъ нормъ закона, охраняющихъ неприкосновенность жизни человѣка, можетъ быть нарушена лишь въ формѣ дѣйствій, посягающихъ на жизнь извѣстнаго опредѣленнаго лица: норма, предписывающая тѣ или другія ограниченія охоты, въ видахъ сохраненія дичи, можетъ быть нарушена лишь въ формѣ пой-

манія или убіенія звѣря, птицы и т. д. Такимъ образомъ, возникаетъ какъ бы двойственность объекта преступныхъ дѣяній: во-первыхъ, въ качествѣ объекта представляется, ближайшимъ образомъ, непосредственный предметъ посягательства, а затѣмъ, во-вторыхъ, отвлеченный интересъ всего общежитія, нарушаемый неисполненіемъ соотвѣтствующаго предписанія закона. Только соединеніе обоихъ моментовъ образуетъ понятіе объекта и, вмѣстѣ съ тѣмъ, обосновываетъ собою составъ преступнаго дѣянія: нарушеніе нормы закона невозможно безъ посягательства на конкретные блага или интересы; одно же посягательство на эти послѣдніе, если за нимъ не стоитъ нарушеніе нормы закона, не будетъ преступнымъ.

2. Область противоправнаго посягательства.

Сообразно сказанному, подъ понятіе преступнаго дѣянія не могутъ быть подводимы тѣ дѣйствія человѣка, которыя направлены на такіе предметы, къ которымъ онъ не находится въ юридическихъ отношеніяхъ. Вся сфера дѣятельности человѣка распадается, съ этой точки зрѣнія, на четыре области: отношенія человѣка къ самому себѣ; отношенія къ существамъ міра сверхчувственнаго; отношенія къ внѣшней природѣ; отношенія къ ближнему и ближнимъ, то-есть къ обществу. Лишь въ послѣдней области отношенія будутъ имѣть характеръ юридическій, то есть подлежатъ регламентаціи закона.

Къ самому себѣ человѣкъ находится не въ правовыхъ, не въ юридическихъ отношеніяхъ. Мы прямо должны выставить то положеніе, что посягательство человѣка на свои собственныя блага можетъ быть дѣяніемъ безнравственнымъ, противорелигіознымъ; но объ юридическомъ значеніи его самого по себѣ и рѣчи быть не можетъ. Законодательства если и наказываютъ посягательства на свои собственныя блага, то только тогда, когда чрезъ это нарушаются интересы другихъ лицъ или государства. Лицо, причинившее себѣ увѣчье съ цѣлью уклониться отъ военной службы, наказывается, но только потому, что здѣсь имѣется нарушеніе государственныхъ интересовъ. Какъ остатокъ противоположнаго воззрѣнія, сохранилось въ Уложеніи о наказаніяхъ наказаніе самоубійцъ. Но наказаніе носитъ религіозный характеръ: самоубійца лишается христіанскаго погребенія, а при покушеніи на самоубійство предается церковному покаянію. ст. 1472 и сл.

На томъ же основаніи нѣтъ преступнаго дѣянія и въ поступкахъ, направленныхъ на предметы внѣшней природы, на вещи, res, потому что съ этими предметами, самими по себѣ, человѣкъ находится не въ юридическихъ отношеніяхъ. Посягательство на нихъ наказывается только тогда, когда оно заключаетъ въ себѣ вредъ или опасность

людямъ или обществу. Такъ, наказывается истребленіе чужихъ вещей, потому что оно есть посягательство на чужое имущество; сверхъ того, истребленіе вещей наказывается, когда оно заключаетъ въ себѣ моментъ общей опасности, когда, напримѣръ, истребленіе совершается посредствомъ огня; наказаніе, далѣе, можетъ имѣть мѣсто въ видахъ огражденія добрыхъ нравовъ, какъ интереса всего общества,—таково наказаніе жестокаго обращенія съ животными; наконецъ, посягательство на res наказывается иногда, какъ заключающее въ себѣ моментъ нарушенія авторитета власти, напримѣръ, изодраніе указовъ, сорваніе печатей. За этими предѣлами, посягательство на вещи, взятыя сами по себѣ, не можетъ имѣть юридическаго значенія, такъ какъ res не суть субъекты правъ, а лишь объекты ихъ.

На томъ же основаніи нѣтъ преступнаго дѣянія въ поступкахъ, направленныхъ противъ существъ и предметовъ міра сверхчувственнаго. Сюда относятся Богъ, ангелы, святые. Они стоятъ къ намъ внѣ юридическихъ отношеній; дѣянія, направленныя противъ нихъ, будутъ дѣянія безнравственныя, противорелигіозныя, но не правонарушенія. Въ уголовныхъ уложеніяхъ мы находимъ группу религіозныхъ преступленій или „преступленій противъ вѣры“; нерѣдко при этомъ текстъ закона редактированъ такъ, что преступное дѣяніе изображается, какъ посягательство на самое Божество. Но въ дѣйствительности, по своей юридической конструкціи, дѣянія этого рода заключаютъ въ себѣ лишь посягательство на блага людей—частью оскорбленіе религіознаго чувства вѣрующихъ, частью дѣянія, направленныя противъ религіознаго культа, какъ одного изъ высшихъ условій благосостоянія общества, или противъ церкви, какъ особой формы общенія гражданъ, охраняемой государствомъ. Указанная особенность въ редакціи текста законодательныхъ опредѣленій есть не болѣе какъ остатокъ старины, когда законодательство, подъ вліяніемъ различныхъ историческихъ причинъ, или пыталось брать на себя задачу регламентаціи внутреннихъ отношеній человѣка къ Богу, или, такъ сказать, низводя Божество на землю, разсматривало его, какъ непосредственнаго участника въ житейскихъ столкновеніяхъ съ людьми.

Такимъ образомъ, уголовное право выдѣляетъ три области, въ которыхъ не можетъ быть рѣчи о преступныхъ дѣяніяхъ, за отсутствіемъ юридическихъ отношеній съ предметомъ посягательства. Только въ отношеніяхъ человѣка къ другимъ людямъ и къ обществу возможны преступныя дѣянія, такъ какъ только въ этой области посягательство можетъ заключать въ себѣ нарушеніе правоотношеній. Однако и въ этой области, по крайней мѣрѣ для стараго права, существовало большое ограниченіе: юридическія отношенія гражданина создавались не ко всѣмъ людямъ, не ко всѣмъ ближнимъ. Такъ, рабъ, поставленный въ положеніе объекта имущественнаго обладанія, былъ для господина-

хозяина не болѣе, какъ res mea. Далѣе, люди, лишенные покровительства законовъ, представляли собою такіе предметы, посягательство на которые не могло составить собою правонарушенія.

II. Условія, опредѣляющія правомѣрность нарушенія отдѣльныхъ благъ и интересовъ.

Изъ сказаннаго выше о предметѣ преступнаго посягательства явствуетъ, что причиненіе вреда или совершеніе дѣйствій опасныхъ, хотя бы вообще и запрещенныхъ закономъ подъ страхомъ наказанія, не можетъ считаться преступнымъ, а слѣдовательно и наказуемымъ, если въ данномъ отдѣльномъ случаѣ неприкосновенность соотвѣтствующихъ благъ и интересовъ лишена законнаго утвержденія, если эти блага и интересы не охраняются болѣе нормою закона, поддерживаемой въ своемъ авторитетѣ уголовнымъ наказаніемъ. Такое положеніе вещей возникаетъ въ трехъ случаяхъ: во-первыхъ, когда самъ законъ повелѣваетъ тѣмъ или другимъ лицамъ совершить посягательство и нанести вредъ. Таково положеніе военно-служащихъ относительно непріятеля, исполнителя уголовнаго приговора относительно осужденнаго и всякаго должностного лица относительно тѣхъ гражданъ, блага и интересы которыхъ онъ, на основаніи закона, по обязанностямъ службы своей, долженъ подвергнуть стѣсненію. Во-вторыхъ, когда для осуществленія и пользованія признанными закономъ правами и благами необходимо причинить вредъ и стѣсненіе другому лицу. Это можетъ зависѣть или отъ самаго содержанія признанныхъ закономъ правъ, именно, если права эти таковы, что самое осуществленіе ихъ заключаетъ въ себѣ причиненіе вреда и стѣсненій ближнему, каково, напримѣръ, право дисциплинарной власти; или отъ практической необходимости прибѣгнуть къ причиненію вреда другому лицу при оборонѣ своего права отъ незаконнаго посягательства этого другого лица. Наконецъ, въ-третьихъ, большинство правъ и благъ, признаваемыхъ закономъ за гражданами, таковы, что посягательство на нихъ можетъ имѣть значеніе противоправнаго дѣянія лишь настолько, насколько оно совершается противъ воли ихъ субъектовъ или носителей; таковы, напримѣръ, права имущественныя, честь, свобода. Въ случаяхъ этого рода согласіе пострадавшаго, если онъ есть лицо дѣеспособное, очевидно, устраняетъ преступность дѣянія. Такимъ образомъ, устанавливаются четыре группы условій, опредѣляющихъ правомѣрность нарушенія отдѣльныхъ благъ и интересовъ: исполненіе закона и закономъ наложенной обязанности; осуществленіе правъ, данныхъ закономъ; необходимая оборона; согласіе пострадавшаго. Конструируя эти институты, наука уголовнаго права должна двигаться путемъ выводовъ и

отвлеченій отъ положеній права другихъ областей — гражданскаго, государственнаго, — опредѣляющихъ содержаніе правъ и благъ, установляемыхъ и признаваемыхъ государствомъ за гражданами.

Эти положенія укажутъ криминалисту максимальный предѣлъ права каждаго лица на безнаказанное причиненіе вреда и стѣсненія ближнему; они же укажутъ ему и на тѣ спеціальныя ограниченія, которыя должны быть установлены въ этомъ правѣ въ видахъ государственной пользы и интереса общаго. Такъ, статьи 164, 165 и 168 ч. I, т. X Св. Зак. установляютъ, въ извѣстныхъ предѣлахъ, право родителей подвергать дѣтей дисциплинарнымъ наказаніямъ, а соображенія нравственно-религіозныя вызвали нѣкоторое ограниченіе этого права, выразившееся въ статьѣ 1476 Уложенія. Законы гражданскіе признаютъ за каждымъ собственникомъ право безконтрольнаго распоряженія своимъ имуществомъ, хотя бы и во вредъ ближнему, а соображенія общей пользы, входящія въ сферу права государственнаго и полицейскаго, требуютъ и здѣсь многихъ ограниченій, съ одной стороны, напримѣръ, въ формѣ jura vicinitatis, а съ другой — хотя бы въ размѣрахъ статьи 1521 Уложенія, на основаніи которой можетъ быть подвергнутъ отвѣтственности всякій, кто, имѣя въ запасѣ кусокъ хлѣба, допуститъ своего ближняго умереть съ голоду. То же самое можно сказать о необходимой оборонѣ и о согласіи пострадавшаго. Опредѣляя содержаніе права собственности, какъ исключительнаго господства надъ вещью, по отношенію ко всѣмъ третьимъ лицамъ, право гражданское тѣмъ самымъ вполнѣ обосновываетъ какъ право обороны отъ посягательства незаконнаго, такъ и непреступность распоряженія чужимъ имуществомъ съ согласія собственника и т. д. Сообразно этому, уголовный законъ можетъ давать въ этой области самостоятельныя опредѣленія съ самостоятельнымъ содержаніемъ только тогда, когда является необходимость установить особые размѣры наказаній для отдѣльныхъ случаевъ; все прочее будетъ или повтореніемъ нормъ права другихъ областей, или восполненіемъ ихъ содержанія въ случаяхъ неполноты, неясности и пробѣловъ.

Такая несамостоятельность положеній объ условіяхъ правомѣрности вредоносныхъ дѣяній является причиною того, что уголовныя уложенія иногда умалчиваютъ вовсе о нѣкоторыхъ изъ этихъ условій, не усматривая никакой надобности въ особой формулировкѣ такихъ положеній, которыя и безъ нея, на основаніи другихъ законовъ, вполнѣ ясны и должны быть всѣмъ извѣстны. Такъ наше Уложеніе о наказаніяхъ не даетъ въ своей общей части никакихъ правилъ о безнаказанности дѣянія, совершеннаго во исполненіе закона и обязанности, закономъ наложенной, не говоритъ ни слова объ осуществленіи правъ, закономъ данныхъ. Не взирая, однако, на такое умолчаніе, очевидно никакому судьѣ не придетъ въ голову приговорить къ наказанію лицо, надлежащимъ образомъ исполнившее повелѣніе закона, или родителя, подвергнувшаго какому-либо стѣсненію своего ребенка, въ предѣлахъ дисциплинарной власти, установленной гражданскими законами.

1. Исполненіе закона или обязанности.

Законъ требуетъ, чтобы солдатъ убивалъ на войнѣ непріятеля, чтобы палачъ совершалъ казнь надъ приговореннымъ къ ней; законъ даетъ врачу въ извѣстныхъ случаяхъ право и возлагаетъ на него обязанность принимать стѣснительныя для больного мѣры помимо его желанія и т. д. Нарушенія благъ другихъ лицъ здѣсь несомнѣнно есть, но нѣтъ однако нарушенія нормъ, а посему нѣтъ и преступнаго дѣянія. Желательно только, чтобы законъ какъ можно точнѣе опредѣлилъ эти случаи вторженія въ сферу благъ другихъ лицъ. Общая формула о томъ, что „не вмѣняется въ вину дѣяніе, учиненное во исполненіе закона", можетъ отсутствовать въ Уложеніи, какъ замѣчено выше, безъ всякаго вреда для дѣла; но отдѣльные случаи такого законнаго вторженія должны быть указаны въ законахъ со всевозможною точностью, въ видахъ охраны гражданской свободы и неприкосновенности. И дѣйствительно, мы замѣчаемъ, что чѣмъ выше стоитъ государство въ культурно-политическомъ отношеніи, тѣмъ подробнѣе и точнѣе опредѣлены эти случаи; наоборотъ, чѣмъ ниже— тѣмъ менѣе законъ занимается этимъ вопросомъ и тѣмъ большій просторъ оставляетъ произволу органовъ власти. Въ нашемъ правѣ вопросъ этотъ поставленъ въ особенности неудовлетворительно. Законодательныя опредѣленія отличаются крайнею недостаточностью съ одной стороны и растяжимостью съ другой. Случаи законнаго вторженія въ сферу интересовъ отдѣльныхъ лицъ мы находимъ въ Уставахъ: уголовнаго судопроизводства, о содержащихся подъ стражею, воинскомъ, лѣсномъ, таможенномъ, о предупрежденіи и пресѣченіи преступленій и т. д. На эти постановленія дѣлается ссылка въ примѣчаніи 1 къ статьѣ 1 Устава Угол. Судопроизводства. Въ Уложеніи объ этомъ предметѣ говорятъ статьи 1471, 1495, 1540 и др. Недостаточность и малая опредѣленность этихъ постановленій обусловливаетъ существованіе 340 статьи Уложенія, которая предоставляетъ всѣмъ должностнымъ лицамъ принимать въ исключительныхъ случаяхъ чрезвычайныя мѣры, въ законѣ не установленныя.

Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года считаетъ нужнымъ внести въ самый свой текстъ общее указаніе на то, что не считается преступнымъ дѣяніе, учиненное во исполненіе закона (ст. 44), а въ статьѣ 637 воспроизводитъ содержаніе ст. 340 Уложенія о наказаніяхъ.

2. Осуществленіе права.

Осуществляя признанное за нимъ закономъ право и причиняя тѣмъ вредъ интересамъ другихъ субъектовъ, лицо, очевидно, не совершаетъ нарушенія нормы, а слѣдовательно и преступнаго дѣянія: qui jure suo utitur, neminі facit injuriam. Случаи такого рода въ жизни весьма разнообразны. Они могутъ быть сведены къ двумъ группамъ: къ осуществленію дисциплинарной власти и къ осуществленію имущественныхъ правъ.

1. *Дисциплинарную власть*, установленную частью закономъ, частью же обычнымъ правомъ, имѣютъ родители надъ дѣтьми (Св. Зак. т. X ч. 1, ст. 164, 165, 168; Уложеніе, ст. 1592); опекуны надъ опекаемыми, воспитатели надъ воспитанниками, начальствующіе надъ подчиненными, хозяева надъ прислугой и др. Всѣ они имѣютъ право подвергать домашнимъ наказаніямъ, дѣлать выговоры, замѣчанія, внушенія, имѣютъ право налагать различныя стѣсненія и ограниченія на подчиненныхъ ихъ власти лицъ и т. д. Вторженіе въ сферу чужихъ благъ и интересовъ, очевидно, во всѣхъ этихъ случаяхъ имѣется; но нѣтъ преступнаго дѣянія, такъ какъ родители, воспитатели и др. осуществляютъ свои дисциплинарныя права. На основаніи гражданскихъ законовъ дисциплинарная власть родителей надъ дѣтьми простирается до нанесенія тяжкихъ побоевъ, не грозящихъ однако опасностью жизни[1]; дисциплинарная власть начальствующихъ надъ подчиненными опредѣляется въ примѣчаніи къ статьѣ 69 Уложенія и въ спеціальныхъ уставахъ о службѣ.

2. Всѣ случаи, гдѣ при осуществленіи *имущественныхъ правъ* совершается вторженіе въ сферу правъ и благъ другихъ лицъ, можно раздѣлить на три группы. Во-первыхъ, когда чрезъ осуществленіе однимъ лицомъ своихъ имущественныхъ правъ причиняется другимъ лицамъ тоже имущественный вредъ. Сколь бы ни было вредно осуществленіе имущественнаго права для другихъ лицъ, оно не можетъ составить преступнаго дѣянія. Дѣло другое, если существуетъ спеціальное законодательное ограниченіе относительно того или другого осуществленія имущественнаго права: законъ, напримѣръ, запрещаетъ истреблять свое имущество огнемъ, такъ какъ это представляетъ опасность для имущества другихъ лицъ. Въ нашемъ правѣ система ограниченій имущественныхъ правъ одного лица въ пользу имущества другого не развита. Особо развитою она является въ правѣ римскомъ.

Во-вторыхъ, когда при осуществленіи имущественныхъ правъ, и именно при возстановленіи нарушеннаго имущественнаго права, совершается вторженіе въ сферу личныхъ или тоже имущественныхъ правъ другого лица. Напримѣръ, для возвращенія похищеннаго имущества

[1]) Какъ можно вывести изъ содержанія ст. 420 п. 1. угол. улож. 1903 г., съ точки зрѣнія послѣдняго, объемъ дисциплинарной власти родителей и другихъ лицъ, имѣющихъ надзоръ за несовершеннолѣтнимъ, ограниченъ правомъ причиненія легкихъ тѣлесныхъ поврежденій (ст. 469) и насилія надъ личностью (ст. 475), не переходящихъ однако въ жестокое обращеніе.

совершается насиліе надъ похитителемъ; для обезпеченія уплаты долга или вознагражденія за убытки, задерживается имущество должника и т. д. Вопросъ о томъ, насколько должны быть допускаемы въ качествѣ правомѣрныхъ подобныя самоуправныя дѣйствія, въ литературѣ спорный. Онъ и не можетъ быть разрѣшенъ абсолютно: его разрѣшеніе зависитъ отъ государственнаго строя той или другой страны, той или другой эпохи. Во всякомъ случаѣ представляется желательнымъ, чтобы объемъ и случаи дозволеннаго самоуправства были точнѣйшимъ образомъ опредѣлены въ законѣ. Въ нашемъ правѣ, съ одной стороны, всякое посягательство на чужое имущество, а равно и всякое насиліе, совершаемое ради возстановленія своихъ нарушенныхъ имущественныхъ правъ, по окончаніи нарушенія, то есть за предѣлами необходимой обороны, должны быть признаны по общему правилу незаконными, въ виду отсутствія соотвѣтствующей общей формулы; но съ другой стороны, вопервыхъ, нѣкоторые спеціальные законы (лѣсные и объ охраненіи отъ потравъ) установляютъ отдѣльные случаи законнаго самоуправства, а вовторыхъ, статья 142 Мир. Устава, опредѣляя наказаніе за самоуправство, употребляетъ лишь этотъ общій терминъ „самоуправство“, безъ ближайшаго описанія состава преступнаго дѣянія. Такимъ образомъ, вопросъ о границахъ правомѣрныхъ самоуправныхъ дѣйствій остается неразрѣшеннымъ съ точностью. Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 г. не знаетъ термина „самоуправство“; но самый вопросъ о границахъ правомѣрныхъ самоуправныхъ дѣйствій попрежнему остается неяснымъ.

Къ третьей группѣ относятся тѣ случаи, когда осуществленіе имущественныхъ правъ связывается непосредственно съ лишеніемъ жизни или съ поврежденіемъ здоровья другого лица. Я, напримѣръ, имѣю кусокъ хлѣба; ближній мой, умирая съ голоду, пытается имъ завладѣть—я не допускаю этого; въ морозную ночь я запираю дверь моего жилища передъ человѣкомъ, не имѣющимъ ни крова, ни теплой одежды, и онъ замерзаетъ. Отказывая въ кускѣ хлѣба умирающему съ голоду, не допуская безпріютнаго въ свое жилище, я, внѣ всякаго сомнѣнія, осуществляю свои имущественныя права. Очевидно, что спеціальныя законодательныя опредѣленія этого рода случаевъ безусловно необходимы; неограниченное проведеніе начала полнаго осуществленія имущественныхъ правъ можетъ дать въ результатѣ невозможное положеніе. Но, насколько такихъ ограниченій нѣтъ въ законѣ, мы должны признать подобныя дѣянія правомѣрными [1]). Система ограниченій этого

[1]) Во избѣжаніе недоразумѣній, необходимо замѣтить, что къ случаямъ этого рода не можетъ быть относимо употребленіе собственнаго имущества въ качествѣ средства или орудія для совершенія преступнаго дѣянія. Совершенно очевидно, что то обстоятельство, что убійца стрѣляетъ изъ своего собственнаго ружья, не имѣетъ никакого значенія, и т. п.

рода не развита въ современномъ правѣ, и съ точки зрѣнія дѣйствующихъ законодательствъ, мы не можемъ признать преступнымъ осуществленіе имущественныхъ правъ, хотя бы оно и вело за собою лишеніе жизни или поврежденіе здоровья другихъ лицъ. Единственныя ограниченія заключаются въ институтѣ крайней необходимости (см. ниже), въ постановленіяхъ объ оставленіи человѣка въ опасности и въ постановленіяхъ о неподаніи помощи погибающимъ.

3. *Необходимая оборона.*

Кони, Необходимая оборона. Московскія Университетскія Извѣстія. 1866. **Долопчевъ**, О правѣ необходимой обороны. Юридич. Вѣстн. 1874. Ноябрь, декабрь. **Фельдштейнъ**, О необходимой оборонѣ. Журн. Мин. Юст. 1899. 6. **Ihering**, Kampf um's Recht. **Geyer**, Die Lehre v. der Notwehr. **Wessely**, Nothstand und Nothwehr. **Janka**, Der strafrechtliche Nothstand. **Wahlberg**, der Rechtscharakter der Selbsthilfe. Cesam. Schrift. III.

Подъ именемъ необходимой обороны разумѣются тѣ случаи, когда лицо, защищаясь отъ противозаконнаго нападенія или посягательства на свои права и блага, нарушаетъ права и блага нападающаго.

а) Основаніе права обороны и ея условія.

Всякое право можетъ реально существовать только тогда, когда за нимъ стоитъ защита или оборона. Право собственности, напримѣръ, какъ право исключительнаго господства надъ вещью по отношенію ко всѣмъ третьимъ лицамъ, было бы мертвымъ звукомъ, если бы всѣ третьи лица имѣли открытую возможность распорядиться вещью совершенно такъ же, какъ ея собственникъ, и никто не имѣлъ бы права отразить ихъ посягательство. Законъ, признавая за гражданами тѣ или другія права, тѣмъ самымъ неизбѣжно признаетъ за ними и право защиты или обороны въ предѣлахъ необходимости. Выражаясь словами Іеринга, мы можемъ сказать, что въ самомъ понятіи права заключается идея борьбы за него и обороны его. На той же почвѣ стояли старые криминалисты, признававшіе необходимую оборону однимъ изъ „естественныхъ“ правъ человѣка. Поэтому, со стороны объективной, въ необходимой оборонѣ проявляется не неправо, не противозаконность, а наоборотъ — право. Лицо, защищая свои права и нарушая права и блага другихъ—нападающихъ,—не противорѣчитъ правовымъ нормамъ, а наоборотъ, совершаетъ это нарушеніе во имя правопорядка, ради его поддержанія. На томъ же основаніи мы должны признать столь же правомѣрнымъ и вредъ, причиненный нападающему при оборонѣ не себя самого, а другихъ лицъ.

Съ точки зрѣнія государственной, отраженіе всякаго незаконнаго нападенія всѣми силами должно быть признано основнымъ принципомъ твердости государственнаго строя. „Прямой интересъ нормально организованнаго государства, говоритъ Таганцевъ (Лекціи), заключается въ развитіи у гражданъ сознанія неприкосновенности ихъ правъ, готовности защищать ихъ всѣми своими силами". Только то общество сильно, только то общество можетъ не бояться злоупотребленій ни со стороны частныхъ лицъ, ни со стороны органовъ власти, граждане котораго всегда готовы стать лицомъ къ лицу съ опасностью и вступить въ борьбу за право. На этомъ основаніи защита своихъ правъ и благъ отъ противозаконныхъ нарушеній есть не только право, но вмѣстѣ съ тѣмъ какъ бы обязанность гражданъ. Іерингъ (Jhering, Kampf um's Recht) именно указываетъ на то, что неуклонная защита своихъ правъ отъ всякаго незаконнаго посягательства есть не что иное, какъ гражданская доблесть и мужество, вытекающія изъ стремленія поддерживать установленный закономъ порядокъ; уклоняться отъ защиты своего права, отступать передъ лицомъ незаконнаго посягателя—есть, съ этой точки зрѣнія, дѣяніе позорное. Оборона третьихъ лицъ точно такъ же охраняетъ порядокъ, закономъ установленный, и имѣетъ то же государственное значеніе, притомъ безъ всякаго личнаго, себялюбиваго мотива со стороны дѣйствующаго лица. Наконецъ, замѣтимъ въ дополненіе,—на томъ же основаніи должно быть признано правомѣрнымъ и противодѣйствіе совершенію преступныхъ дѣяній вообще, хотя бы и внѣ условій обороны личной или защиты правъ опредѣленныхъ третьихъ лицъ: вредъ, причиняемый преступнику въ этомъ случаѣ, будетъ имѣть то же юридическое значеніе, какъ и вредъ, причиняемый при необходимой оборонѣ. Онъ, по нашему мнѣнію, является правомѣрнымъ совершенно независимо отъ того, возлагаетъ ли законъ въ томъ или другомъ объемѣ на гражданъ обязанность препятствовать совершенію преступленій и санкціонируетъ ли онъ эту обязанность наказуемостью попустительства, или нѣтъ.

Сообразно изложеннымъ основаніямъ необходимой обороны, легко установляются тѣ ближайшія условія, при наличности которыхъ имѣетъ мѣсто право обороны. Условія эти сводятся къ двумъ моментамъ: къ нападенію и къ защитѣ.

Условія, относящіяся къ моменту нападенія, просты и ясны. А именно: первымъ условіемъ, безъ котораго нѣтъ права необходимой обороны, является противозаконность нападенія. Тамъ, гдѣ нападеніе или нарушеніе чужихъ правъ и благъ совершается на законномъ основаніи, правомѣрно, тамъ нѣтъ мѣста праву необходимой обороны. Вторымъ условіемъ является то, чтобы опасность, съ которою сопряжено нападеніе, была дѣйствительною, а не мнимою, и притомъ, чтобы она представлялась въ настоящемъ, какъ опасность наличная, а не только грозящая въ будущемъ. Нельзя сослаться на право необходимой обороны, когда существуетъ лишь предположеніе, что нападеніе можетъ воспослѣдовать, напримѣръ, завтра; нѣтъ мѣста праву необходимой обороны равнымъ образомъ и тогда, когда нападеніе уже окончено и соотвѣтствующія права уже нарушены. Но изъ понятія дѣйствительной и наличной опасности нельзя выводить того узкаго заключенія, что только тогда можно защищаться, когда причиненіе вреда при посягательствѣ уже началось фактически—когда нанесены удары, произошло

разрушеніе вещей или т. п.; наоборотъ, опасность должна считаться наличною съ того момента, когда совершаются такія дѣйствія, которыя, сообразно обстоятельствамъ факта, должны ближайшимъ образомъ повлечь за собою причиненіе вреда.

Что касается условій права обороны, относящихся къ моменту защиты, то прежде всего необходимо замѣтить, что всѣ права и блага человѣка, какъ личныя, такъ и имущественныя, могутъ подлежать защитѣ посредствомъ обороны. Никакихъ ограниченій современное право поставить здѣсь не можетъ. Этотъ вопросъ представлялся спорнымъ въ старомъ правѣ, но теперь уже потерялъ свое значеніе. Затѣмъ слѣдующее условіе права необходимой обороны по отношенію къ защитѣ сводится къ опредѣленію объема обороны, то есть объема того вреда, который можетъ быть причиненъ посягателю при оборонѣ отъ его посягательства. Опредѣленіе объема обороны можетъ быть сдѣлано съ двухъ точекъ зрѣнія: или по важности того права, которое подвергается посягательству — то есть право, нарушаемое при защитѣ, не должно быть важнѣе того, которому грозила опасность,—или съ точки зрѣнія силы нападенія. Не трудно видѣть, что опредѣленіе объема обороны по важности нарушаемаго права не можетъ быть принято. Законъ не имѣетъ основаній сказать гражданину, что свою честь онъ долженъ защищать менѣе, свободу болѣе и только жизнь всѣми силами и средствами. Всѣ права и блага каждый человѣкъ можетъ защищать всѣми своими силами въ предѣлахъ необходимости. Поэтому единственнымъ мѣриломъ для опредѣленія правомѣрнаго объема обороны можетъ служить сила нападенія, а именно: объемъ или сила обороны должны равняться силѣ (или энергіи) нападенія. Если для спасенія жизни достаточно одного толчка или одного удара, то государство не можетъ дозволить выходить изъ этихъ предѣловъ; все, что сдѣлано сверхъ того, не можетъ считаться правомѣрнымъ, такъ какъ оно для охраны права не нужно.

б) Опредѣленія положительнаго права.

Въ старомъ западно-европейскомъ правѣ, какъ и въ старой доктринѣ, замѣтно было общее стремленіе сузить право необходимой обороны. Всякая самодѣятельность лицъ, направленная къ охраненію ихъ правъ отъ преступныхъ посягательствъ, разсматривалась, какъ нѣчто узурпирующее права государственной власти. Государственная власть ревниво относилась ко всякому проявленію такой самодѣятельности, усматривая въ немъ остатокъ и возвращеніе стараго, враждебнаго ей порядка частной расправы и мести. На необходимую оборону смотрѣли, какъ на уступку со стороны государства, какъ на привилегію самому защищать свои права. Необходимая оборона нерѣдко различалась по

сословіямъ: высшее сословіе имѣло право необходимой обороны въ большемъ объемѣ; низшее — въ меньшемъ. Кромѣ того въ число условій обороны вводилась неотвратимость опасности другими средствами—призывомъ на помощь, бѣгствомъ—и условіе процессуальнаго характера: немедленное послѣ обороны сообщеніе властямъ о происшедшемъ. Всѣ эти ограниченія старому русскому праву, до начала непосредственныхъ западно-европейскихъ вліяній въ XVIII вѣкѣ, были чужды: не будучи регламентировано закономъ въ подробностяхъ, право необходимой обороны, тѣмъ не менѣе, признавалось въ широкомъ объемѣ и для всѣхъ лицъ.

Уложеніе о наказаніяхъ говоритъ о необходимой оборонѣ и въ общей (ст. 101—103), и въ особенной части (ст. 1467, 1471, 1493). Сводя воедино опредѣленія Уложенія, мы можемъ сдѣлать слѣдующіе выводы: 1) оборона допускается при посягательствахъ на жизнь, здоровье и свободу; при посягательствахъ съ насиліемъ на имущественное право, именно, „когда... нападеніе сдѣлано воромъ или разбойникомъ“ или когда насиліе впослѣдствіи присоединяется къ посягательству на имущественное право, „когда... преступникъ силою противился своему задержанію или прекращенію начатаго имъ похищенія или поврежденія“; равнымъ образомъ, при защитѣ жилища—когда „нападающій съ насиліемъ вторгнулся въ жительство“ (ст. 101). 2) Оборона чести допускается лишь для женщинъ (ст. 102), но не для мужчинъ,—ограниченіе, котораго, конечно, не имѣлъ въ виду законодатель и которое является лишь слѣдствіемъ неточной и въ то же время крайне казуистичной редакціи закона. 3) Средства обороны не ограничиваются; дозволяется употребленіе силы и какихъ бы то ни было мѣръ (ст. 101); но статья 1471, пунктъ 1, представляетъ этому явное противорѣчіе, ибо причиненіе смерти нападающему допускается лишь при посягательствѣ на жизнь или на честь и цѣломудріе женщины. Такимъ образомъ, наше Уложеніе смѣшиваетъ оба способа опредѣленія размѣровъ обороны; по важности правъ и благъ, подвергающихся нападенію, и по силѣ нападенія. 4) Для правомѣрности дѣйствій, совершаемыхъ при оборонѣ, необходимо, чтобы обороняющійся не имѣлъ возможности „прибѣгнуть къ защитѣ мѣстнаго или ближайшаго начальства“ (ст. 101). 5) Оборона третьихъ лицъ вполнѣ допускается (ст. 103). 6) Оборона противъ незаконныхъ дѣйствій органовъ государственной власти и другихъ лицъ, имѣющихъ дисциплинарную власть, если только въ дѣйствіяхъ ихъ заключается посягательство на права и блага, указанныя въ статьѣ 101 и 102, вполнѣ допускается. 7) На оборонявшагося налагается обязанность объявить „о всѣхъ обстоятельствахъ и послѣдствіяхъ своей необходимой обороны... сосѣднимъ жителямъ... и ближайшему начальству“. Неисполненіе этого правила однако не можетъ лишить законную оборону ея правомѣрности; оно не можетъ имѣть и

особаго значенія въ процессѣ, такъ какъ система формальныхъ доказательствъ уничтожена.

Мировой уставъ, статья 10, пунктъ 5, заключаетъ въ себѣ общее положеніе о томъ, что преступныя дѣянія не вмѣняются въ вину, когда они совершены по необходимой оборонѣ, безъ всякихъ ближайшихъ опредѣленій.

Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года говоритъ: „не почитается преступнымъ дѣяніе, учиненное при необходимой оборонѣ противъ незаконнаго посягательства на личныя или имущественныя блага защищавшаго себя или другихъ лицъ“ (ст. 45). Это краткое по формѣ, образцово редактированное опредѣленіе точно и ясно установляетъ условія и объемъ необходимой обороны во всей полнотѣ. Оборона допускается для защиты всѣхъ правъ и благъ, принадлежащихъ человѣку; противъ всякаго незаконнаго посягательства, отъ кого бы оно ни исходило—отъ частныхъ лицъ или отъ органовъ власти равнымъ образомъ, при защитѣ третьихъ лицъ; объемъ обороны, то есть размѣръ дозволеннаго вреда опредѣляется практическою необходимостью—соразмѣряется, слѣдовательно, не съ важностью блага, подвергавшагося нападенію, а съ силой и энергіей самаго нападенія.

Финляндское Уложеніе (глава III, §§ 6 и 7) даетъ слѣдующее, вполнѣ правильное по содержанію, опредѣленіе: „Если кто-либо для защиты своей или чужой личности или имущества отъ начавшагося или непосредственно грозившаго незаконнаго посягательства, совершилъ дѣяніе, которое хотя вообще и наказуемо, но для отраженія посягательства было необходимо, то онъ за такую необходимую оборону наказанію не подвергается. Необходимая оборона допускается также въ случаѣ самовольнаго вторженія въ чужое жилище, домъ, дворъ, или на чужое судно, и въ случаѣ сопротивленія тому, кто захочетъ на мѣстѣ преступленія отобрать свое имущество“.

Затѣмъ финляндское Уложеніе указываетъ (§ 8) и на примѣненіе правилъ необходимой обороны при борьбѣ съ нѣкоторыми преступленіями, не заключающими въ себѣ посягательства на чьи-либо личныя или имущественныя блага, а именно: въ случаяхъ побѣга арестованныхъ, сопротивленія при задержаніи и взятіи подъ стражу, а также въ случаяхъ нарушенія порядка арестантами въ въ тюрьмахъ или во время пересылки. Это указаніе финляндскаго Уложенія заслуживаетъ, согласно вышесказанному, величайшаго вниманія.

в) Превышеніе предѣловъ обороны и оборона мнимая.

Нерѣдко случается, что указанныя выше условія необходимой обороны существуютъ лишь субъективно, то есть въ представленіяхъ дѣйствующаго, но не реально; или они существуютъ субъективно и объективно, но дѣйствующій превышаетъ предѣлы необходимой обороны или во времени, или въ средствахъ. Условія необходимой обороны суще-

ствуютъ субъективно, но не объективно, когда дѣйствующій полагаетъ, что эти условія имѣются налицо, а между тѣмъ ихъ нѣтъ въ дѣйствительности; напримѣръ, лицо А, въ виду бѣгущаго за нимъ Б, принимаетъ его за посягателя на свою жизнь, оборачивается и наноситъ ему смертельный ударъ, между тѣмъ какъ Б и не думалъ посягать на жизнь А. Такіе случаи носятъ названіе обороны мнимой. Къ второй категоріи относятся тѣ случаи, когда дѣйствующій переходитъ законные предѣлы обороны или во времени, или въ средствахъ. Во времени—когда обороняющійся наноситъ вредъ посягателю до наступленія дѣйствительной опасности или послѣ того, какъ она уже миновала. Въ средствахъ — когда подвергающійся нападенію прибѣгаетъ для своей защиты къ средствамъ, далеко превосходящимъ силу нападенія: положимъ, на человѣка сильнаго нападаетъ человѣкъ слабый, котораго можно оттолкнуть отъ себя малѣйшимъ ударомъ, но обороняющійся наноситъ ему смертельный ударъ. Несомнѣнно, что всякій излишній вредъ, причиняемый при необходимой оборонѣ незаконному посягателю, не есть правомѣрный и долженъ подлежать наказанію. Такой излишній вредъ не можетъ разсматриваться, какъ средство необходимой обороны; но наказуемость его, въ виду субъективныхъ условій должна быть подчинена особымъ правиламъ; поэтому всѣ подобные случаи нуждаются въ ближайшихъ опредѣленіяхъ закона.

Случаи мнимой обороны разрѣшаются на общемъ основаніи, какъ такъ называемый error facti (см. ниже). Относительно же превышенія обороны, наше Уложеніе (ст. 101) опредѣляетъ, что наказаніе налагается по мѣрѣ причиненнаго вреда и по другимъ обстоятельствамъ дѣла (слѣдовательно по общимъ правиламъ); но причиненіе смерти, ранъ и увѣчья предусмотрѣны особо въ ст. 1467 и 1493.

По Уголовному Уложенію 22 марта 1903 года (ст. 45, 459, 473) „превышеніе предѣловъ обороны чрезмѣрностью или несвоевременностью защиты, наказывается только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ“, и именно, если при оборонѣ причинена смерть или тяжкое тѣлесное поврежденіе, буде сіе послѣдовало не для защиты отъ посягательства на жизнь или отъ изнасилованія [1]).

Заслуживаетъ наибольшаго одобренія постановленіе Финляндскаго Уложенія (глава III, § 9): превышеніе предѣловъ обороны, по общему правилу, влечетъ за собою пониженное наказаніе; но—говоритъ законъ—„если бѣда или опасность была такъ сильна, что виновный не

[1]) Преступнаго дѣянія подъ названіемъ „изнасилованіе“ въ Угол. Улож. 22 марта 1903 года не имѣется; поэтому употребленіе этого термина въ ст. 459 и 473, въ качествѣ notem juris, неправильно. Лишь руководствуясь прежней нашей терминологіей, мы можемъ умозаключить, что подъ „изнасилованіемъ“ разумѣются дѣянія, предусмотрѣнныя въ пунктахъ 3 и 4 третьей части ст. 516 и пунктахъ 2 и 3 ст. 522 Угол. Улож.

имѣлъ возможности обдумать своего поступка, то онъ къ наказанію не приговаривается“.

4. *Согласіе пострадавшаго.*

Розинъ, Къ вопросу о согласіи пострадавшаго. Вѣстникъ Права 1899. Ноябрь.
Kessler, die Einwilligung des Verletzten.

а) Значеніе согласія пострадавшаго.

Большинство правъ и благъ, признаваемыхъ закономъ за гражданами, таковы, что посягательство на нихъ можетъ имѣть значеніе противоправнаго дѣянія лишь настолько, насколько оно совершается противъ воли ихъ субъектовъ или носителей; совершаемое же по согласію субъекта, оно становится или дѣяніемъ правомѣрнымъ, или юридически безразличнымъ. Лишь по отношенію къ немногимъ правамъ или въ немногихъ отдѣльныхъ случаяхъ государство можетъ облагать наказаніями посягательства на права и блага гражданъ, совершаемыя по ихъ согласію. Конечно, сфера такихъ правъ, нарушеніе которыхъ наказывается, не взирая на наличность согласія пострадавшаго, можетъ быть въ государствахъ весьма различна; но для нашего времени, для государствъ современнаго намъ юридическаго строя, представляется внѣ сомнѣнія, что ни посягательства на имущество, ни на честь, ни на тѣлесную неприкосновенность не могутъ, по общему правилу, подлежать наказанію, если совершаются по согласію пострадавшаго. Это положеніе настолько ясно и очевидно, что не нуждается даже въ особой законодательной формулировкѣ: никакой судья, при полномъ умолчаніи закона о согласіи пострадавшаго, не признаетъ кражею взятіе чужого имущества, хотя бы и сдѣланное въ тайнѣ, по согласію собственника; никакой судья не признаетъ наказуемымъ оскорбленіемъ произнесеніе браннаго слова съ согласія того лица, котораго оно касается и т. д. Полная непреступность такихъ дѣйствій ясно вытекаетъ, какъ простой логическій выводъ, изъ существа правъ собственности, чести и проч. Если бы законодатель пожелалъ обложить какое-либо дѣяніе этого рода наказаніемъ, то тогда, и только тогда, онъ долженъ былъ бы дать соотвѣтствующее повелѣніе; признавая же ихъ непреступными, онъ можетъ молчать, какъ и дѣйствительно молчитъ объ этомъ современный законодатель, и отъ такого молчанія никакого недоразумѣнія произойти не можетъ и не происходитъ. Только посягательство на жизнь и тяжкое тѣлесное поврежденіе суть такія дѣянія, которыя могутъ разсматриваться, какъ дѣянія, подлежащія наказанію независимо отъ согласія или несогласія пострадавшаго;

жизнь и здоровье суть именно такія блага человѣка, нарушеніе которыхъ современное государство вполнѣ можетъ воспретить и обложить наказаніемъ, не взирая на наличность согласія пострадавшаго. Соціальное и этическое значеніе въ современномъ обществѣ самаго факта пролитія крови ближняго въ связи съ особою цѣнностью жизни и здоровья и невознаградимостью потери этихъ благъ, служитъ достаточнымъ основаніемъ къ признанію этихъ дѣяній наказуемыми безусловно, то есть независимо отъ личныхъ отношеній пострадавшаго къ своему благу—его соизволенія на нарушеніе или несоизволенія. Все, что можетъ, по нашему мнѣнію, сдѣлать здѣсь законодатель,—это установить смягченную наказуемость для тѣхъ случаевъ, когда убійство и тяжкое тѣлесное поврежденіе учинены не только по согласію, но и изъ состраданія; идти дальше этого и признать дозволеннымъ всякое убійство по согласію, даже когда оно совершается ради какихъ-либо личныхъ выгодъ или хотя бы для удовольствій кроваваго зрѣлища, мы считаемъ, въ интересахъ современнаго общества, рѣшительно невозможнымъ. Этимъ объясняется тотъ фактъ, что посягательство на жизнь и причиненіе тяжкаго тѣлеснаго поврежденія по согласію всегда признавались практикою наказуемыми и притомъ безъ особаго смягченія, если только въ законѣ не было спеціальныхъ указаній о безнаказанности или смягченной наказуемости случаевъ этого рода. Молчаніе закона здѣсь, такимъ образомъ, понималось въ смыслѣ признанія наказуемости. Такъ и понынѣ поступаетъ практика тѣхъ государствъ, уложенія которыхъ не даютъ о согласіи пострадавшаго никакихъ опредѣленій.

Затѣмъ, должно имѣть въ виду, что, независимо отъ указанныхъ выше посягательствъ на имущество, честь и тѣлесную неприкосновенность вообще, въ массѣ преступныхъ дѣяній, принадлежащихъ по роду своему къ нѣсколькимъ, весьма различнымъ между собою категоріямъ, разрѣшеніе вопроса о значеніи согласія пострадавшаго не вызываетъ никакихъ сомнѣній и не нуждается въ особыхъ опредѣленіяхъ закона. Таковы, во-первыхъ, всѣ преступныя дѣянія политическія, религіозныя, противъ порядка управленія, служебныя, нарушенія правилъ благоустройства и безопасности; въ нихъ нѣтъ субъекта, о согласіи котораго могла бы идти рѣчь, а по сему и самый вопросъ о значеніи согласія не можетъ возбуждаться. Во-вторыхъ, дѣянія, въ спеціальный составъ которыхъ входитъ фактъ нарушенія воли лица,—преступныя дѣянія противъ свободы, изнасилованіе; согласіе пострадавшаго устраняетъ здѣсь самое представленіе о нарушеніи какого бы то ни было блага. Въ-третьихъ, дѣянія, заключающія въ себѣ посягательство на права и блага лицъ недѣеспособныхъ—малолѣтнихъ, невмѣняемыхъ и проч.; согласіе, данное такимъ пострадавшимъ, не можетъ имѣть, очевидно, никакого значенія. Къ этой же категоріи относится умерщвленіе плода.

Наконецъ, во избѣжаніе недоразумѣній, необходимо замѣтить, что если въ дѣяніи, помимо вреда, причиняемаго отдѣльнымъ лицамъ, заключается еще и нарушеніе какихъ-либо правовыхъ отношеній ко всему обществу, то эти дѣянія останутся преступными, не взирая на согласіе непосредственно пострадавшаго частнаго лица; согласіе пострадавшаго можетъ вызвать лишь пониженіе наказанія, а иногда измѣненіе уголовно-юридической квалификаціи: вмѣсто изнасилованія съ кровосмѣшеніемъ останется одно кровосмѣшеніе; вмѣсто побоевъ—нарушеніе общественной тишины по 38 статьѣ Мироваго устава и т. д. Подобное положеніе вещей мы получаемъ и тогда, когда данное согласіе выходитъ за предѣлы законнаго господства лица, другими словами, когда самъ носитель права подчиненъ по закону какому-либо спеціальному ограниченію въ своихъ распоряженіяхъ. Такъ, согласіе, данное хозяиномъ на поджогъ принадлежащаго ему обитаемаго зданія, нимало не устранитъ наказуемости и проч.

б) Постановленія положительнаго права.

Сообразно сказанному выше о значеніи согласія пострадавшаго при различныхъ преступныхъ дѣяніяхъ, мы приходимъ къ выводу, что въ спеціальныхъ законодательныхъ опредѣленіяхъ нуждается, строго говоря, лишь убійство по согласію и причиненіе тяжкихъ тѣлесныхъ поврежденій. И дѣйствительно, общихъ опредѣленій о значеніи согласія пострадавшаго для юридической квалификаціи дѣянія, запрещеннаго подъ страхомъ наказанія, мы въ памятникахъ положительнаго права не находимъ: законодательства даютъ иногда указанія лишь относительно убійства по согласію, такъ какъ практически, какъ мы видѣли, настоящій вопросъ можетъ возникать почти только при убійствѣ. Дѣйствующее французское уложеніе не содержитъ никакихъ постановленій по этому предмету; но судебная практика постоянно признаетъ убійство по согласію тождественнымъ съ обыкновеннымъ убійствомъ. Въ нашемъ правѣ вопросъ ставится такъ же, какъ и во французскомъ; сверхъ того статья 1475 Уложенія о наказаніяхъ даетъ намъ прямое подтвержденіе такому взгляду: если участіе въ самоубійствѣ наказывается по статьѣ 1475, какъ участіе въ убійствѣ, то тѣмъ паче убійство по согласію, какъ нѣчто несомнѣнно большее, должно наказываться, какъ участіе въ убійствѣ, то есть какъ убійство обыкновенное. Другими словами, согласіе при убійствѣ не имѣетъ по нашему праву никакого значенія. Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года принимаетъ нѣмецкую систему: въ общей части ничего не говоритъ о согласіи пострадавшаго, но въ особенной облагаетъ меньшимъ наказаніемъ убійство, совершенное по настоянію убитаго и изъ состраданія къ нему (ст. 460). Финляндское Уложеніе точно такъ же:

въ общей части опредѣленій о согласіи пострадавшаго не даетъ, но въ особенной (глава XXI, § 3) опредѣляетъ смягченіе наказанія за убійство, когда оное учинено „по собственной, настоятельной просьбѣ убитаго".

ГЛАВА III.

ПРЕСТУПНОЕ ДѢЙСТВІЕ.

Условія преступности, лежащія въ дѣйствіи, могутъ заключаться, ближайшимъ образомъ, или въ его внутренней сторонѣ, то-есть въ тѣхъ субъективныхъ настроеніяхъ, которыя движутъ поступками человѣка, или въ его внѣшней сторонѣ, то-есть въ формахъ дѣйствія и въ объективномъ содержаніи совершеннаго.

Отдѣленіе первое. Внутренняя сторона.

Сергѣевскій, О значеніи причинной связи I. **Löffler**, Die Schuldformen des Strafrechts. **Gessler**, Ueber Begriff und Arten des Dolus. **Krug**, Dolus und Culpa. **Binding**, Die Normen und ihre Uebertretung II. **Lucas**, Die subjective Verschuldung. **Frank**, Vorstellung und Wille in der modernen Doluslehre. **Oettker**, Ueber den Einfluss des Rechtsirrthums im Strafrechte. **Bruck**, zur Lehre von der Fahrlässigkeit. **Wahlberg**, Die strafrechtliche Fahrlässigkeit. Gesam. Schriften. III. **Чубинскій**, Мотивъ и его значеніе въ уголовномъ правѣ.

Мы видѣли выше, что уголовная отвѣтственность можетъ быть возлагаема лишь на лицъ, обладающихъ способностью ко вмѣненію, то-есть способныхъ понимать свойства и значеніе совершаемаго и руководить своими поступками, принимая законъ въ число мотивовъ своей дѣятельности. Жизненный опытъ показываетъ намъ, что весьма нерѣдко обстоятельства слагаются такимъ образомъ, что лицо, вообще обладающее способностью ко вмѣненію, въ данномъ отдѣльномъ случаѣ поставляется въ невозможность примѣнить къ дѣлу эту способность; напримѣръ, не въ состояніи представить себѣ все значеніе своего поступка и предусмотрѣть его послѣдствія или не въ состояніи принять велѣнія закона въ руководство своей дѣятельности подъ давленіемъ безусловно-преобладающихъ впечатлѣній, хотя и сознаетъ эти велѣнія. Во всѣхъ случаяхъ этого рода теряется всякое основаніе уголовной отвѣтственности, такъ какъ людямъ, дѣйствующимъ при подобныхъ условіяхъ, законъ не можетъ предъявлять свои велѣнія—онъ для нихъ не писанъ въ этихъ случаяхъ точно такъ же, какъ онъ вообще

не писанъ для лицъ невмѣняемыхъ. Сообразно этому, вся сфера поступковъ лицъ вмѣняемыхъ распадается, съ точки зрѣнія уголовнаго права, на двѣ области: дѣянія, подлежащія вмѣненію, преступныя, и дѣйствія, вмѣненію не подлежащія, непреступныя.

I. Вмѣненіе.

1. Элементы субъективной виновности.

Область вмѣненія образуется совокупностью всѣхъ тѣхъ дѣяній, при совершеніи которыхъ лицо, обладающее вообще способностью ко вмѣненію, дѣйствительно понимало свойства совершаемаго, дѣйствительно предусматривало или предвидѣло послѣдствія, дѣйствительно сознавало запрещеніе закона и дѣйствительно имѣло возможность принять это запрещеніе въ руководство своей дѣятельности. Совокупность этихъ условій носитъ названіе субъективной виновности. Три первыя изъ нихъ сводятся къ отношеніямъ познавательной способности человѣка къ его дѣянію; послѣднее—дѣйствительная, практическая возможность руководствоваться закономъ—зависитъ отъ той обстановки, въ которой совершается поступокъ лица. Именно, въ обстановкѣ дѣянія могутъ заключаться такія препятствія, которыя не дозволятъ человѣку руководствоваться закономъ, хотя онъ и вполнѣ сознаетъ свое дѣяніе, предвидитъ его послѣдствія, понимаетъ его противозаконность. При наличности такихъ препятствій субъективная виновность и вмѣненіе дѣянія, сообразно вышесказанному, будутъ устраняться точно такъ же, какъ и при отсутствіи необходимыхъ для вмѣненія отношеній познавательной способности.

Въ числѣ условій, опредѣляющихъ собою необходимое для вмѣненія отношеніе познавательной способности къ дѣянію, особое практическое значеніе въ уголовномъ правѣ получаетъ условіе предвидѣнія послѣдствій. Будетъ ли въ произведеніи извѣстнаго явленія участвовать наша собственная дѣятельность или нѣтъ, мы одинаково можемъ предвидѣть явленіе только тогда, когда знаемъ соотвѣтствующую ему, какъ послѣдствію, комбинацію предыдущихъ силъ и фактовъ. Не зная этой комбинаціи, нѣтъ возможности предвидѣть явленіе точно такъ же, какъ, не сознавая своей дѣятельности, нельзя предвидѣть ея послѣдствій. Если мы говоримъ, что мы предвидимъ явленіе, то это значитъ, что мы знаемъ въ настоящемъ соотвѣтствующую этому явленію комбинацію, а посему и предвидимъ самое явленіе въ будущемъ, какъ результатъ или послѣдствіе ея. Внѣ такого предвидѣнія явленій существуетъ лишь вѣра или довѣріе, въ смыслѣ увѣренности въ правдивости того источника, изъ котораго черпаются наши свѣдѣнія, а затѣмъ слѣдуетъ область простыхъ желаній.

Какъ знаніе комбинаціи предыдущаго можетъ быть различно въ количественномъ отношеніи, такъ равно и предвидѣніе послѣдствій можетъ охватывать явленіе или въ его полномъ составѣ, со всѣми подробностями, или только нѣкоторыя его стороны, или, наконецъ, въ силу ошибки въ расчетѣ, предвидѣніе можетъ оказаться ложнымъ; въ этомъ послѣднемъ случаѣ мы говоримъ о несбывшихся ожиданіяхъ или объ оконченномъ, но неудавшемся покушеніи, если рѣчь идетъ о предвидѣніи того лица, которое стремилось собственною дѣятельностью произвести явленіе. Если мы говоримъ, что извѣстное лицо предвидѣло такое-то и такое-то явленіе, какъ послѣдствіе своихъ дѣйствій, то это значитъ, что это лицо сознавало соотвѣтствующую комбинацію предыдущаго, однимъ изъ членовъ которой служатъ его собственныя дѣйствія; при этомъ предвидѣніе можетъ распространяться какъ на всѣ признаки и на всѣ подробности явленія, такъ и на одну его какую-либо сторону. Человѣкъ, который даетъ ядъ другому, предвидитъ его смерть; но онъ весьма легко можетъ не предвидѣть срока смерти и другихъ обстоятельствъ, ее сопровождающихъ; онъ можетъ не предвидѣть потому, что онъ можетъ не знать въ точности силы и дѣйствія нѣкоторыхъ изъ элементовъ комбинаціи, отъ которыхъ зависятъ эти черты явленія, напримѣръ, состояніе желудка жертвы, вліяніе температуры и т. п. Уголовное право всегда имѣетъ дѣло не съ явленіемъ во всей его фактической полнотѣ, со всѣми его подробностями, а лишь съ одною или нѣкоторыми его сторонами, а посему въ каждомъ конкретномъ случаѣ остается цѣлая масса подробностей и признаковъ, безразличныхъ для уголовнаго права, предвидѣніе или непредвидѣніе которыхъ не имѣетъ никакого значенія для вмѣненія дѣянія въ томъ его составѣ, который опредѣленъ уголовнымъ закономъ. Поэтому, для предвидѣнія преступнаго результата, какъ послѣдствія своихъ дѣйствій, необходимо со стороны субъекта знаніе комбинаціи предыдущаго настолько, насколько самый результатъ опредѣляется въ уголовномъ законѣ въ качествѣ состава преступнаго дѣянія.

Признавая это правило, мы должны признать и его противоположеніе: если послѣдствіе, хотя бы и задуманное, производится такою комбинаціею, которую субъектъ не предусматривалъ, то это послѣдствіе не можетъ считаться предусмотрѣннымъ и, слѣдовательно, становится внѣ предѣловъ вмѣненія. Явленіе, вызванное дѣйствіемъ, по содержанію своему то же, но по значенію иное: оно произведено иною комбинаціею, инымъ путемъ, чѣмъ та комбинація, которая входила въ представленіе дѣятеля и на которую единственно можетъ простираться его субъективная виновность. Если человѣкъ, задумавъ отравить другого, даетъ ему ядъ въ пищѣ, но этотъ другой, по несчастному случаю, подавился первымъ кускомъ отравленной пищи и умеръ — предвидѣнія, а слѣдовательно и вмѣненія нѣтъ, потому что лицо сознавало одну комбинацію предыдущихъ силъ и фактовъ, смерть же произошла отъ другой, которая была для дѣйствующаго совершенно новой и неожиданной.

Однако, въ составъ предыдущаго каждаго послѣдствія входитъ масса такихъ силъ и фактовъ, которые вовсе не могутъ быть предусмотрѣны и познаны въ отдѣльности. Всякое дѣйствованіе требуетъ содѣйствія такихъ силъ природы, которыя существуютъ внѣ субъекта. Всякій, кто рѣшается произвести какое-либо измѣненіе въ области внѣшняго міра, рѣшается въ то же время привести въ движеніе многоразличныя силы природы; онъ не можетъ даже устранить ихъ отъ этого содѣйствія, онъ можетъ только тѣмъ или другимъ способомъ комбинировать ихъ дѣйствіе, ограничивать или измѣнять. Требовать для вмѣненія предусмотрѣнія или знанія этихъ содѣйствующихъ силъ невозможно уже потому, что тогда пришлось бы наказывать какъ убійцу только того, кто имѣетъ правильныя понятія о физіологическомъ значеніи тѣлесныхъ поврежденій и т. п. Въ дѣйствительности, каждый человѣкъ, предпринимая какое бы то ни было дѣйствіе съ задуманнымъ

послѣдствіемъ, всегда расчитываетъ на эти силы и, во всякомъ случаѣ, долженъ предвидѣть ихъ присоединеніе. Человѣкъ не имѣетъ даже возможности представить себѣ свое дѣйствіе изолированнымъ отъ окружающихъ силъ природы, такъ какъ при этомъ условіи никакое дѣйствіе не было бы возможно. Огонь, напримѣръ, подложенный къ строенію, можетъ произвести пожаръ только тогда, когда возможно движеніе и притокъ свѣжаго воздуха; поэтому всякій, задумавшій произвести пожаръ, расчитываетъ на всѣ тѣ силы, обстоятельства и факты, которые дѣлаютъ возможнымъ движеніе воздуха. Человѣкъ, наносящій рану ножемъ или посредствомъ выстрѣла, долженъ знать и знаетъ, что произведенная рана причинитъ кровотеченіе, откуда произойдетъ воспаленіе легкихъ или иной патологическій процессъ, который и окончится смертью. Вся эта масса содѣйствующихъ силъ никогда не сознается въ отдѣльности, а представляется каждымъ человѣкомъ лишь въ ихъ совокупности, какъ сумма условій или совпадающихъ силъ, которыя необходимы для того, чтобы дѣйствіе его могло имѣть значеніе, но предусмотрѣть которыя въ отдѣльности нѣтъ даже никакой возможности. Поэтому мы должны признать, что для предвидѣнія послѣдствія не нужно знанія этихъ совпадающихъ силъ въ отдѣльности, такъ какъ знаніе ихъ предполагается или, лучше сказать, заключается само собою въ предусмотрѣніи всякаго элемента комбинаціи предыдущихъ силъ и фактовъ. Вѣтеръ, раздувшій огонь, подложенный къ строенію; высокая температура, сдѣлавшая рану смертельною; страхъ, побудившій раненаго спасаться бѣгствомъ, вслѣдствіе чего усилилось кровотеченіе; дождь, усилившій напоръ воды на поврежденную злоумышленникомъ плотину и т. д. — все это будутъ различныя совпадающія силы, предусмотрѣніе которыхъ въ отдѣльности не необходимо и въ большинствѣ случаевъ невозможно.

Мы встрѣчаемъ нерѣдко въ литературѣ попытки опредѣлить, съ одной стороны, степень точности и подробности представленій, необходимую для установленія предвидѣнія послѣдствій, а съ другой — указать, какъ долженъ смотрѣть субъектъ преступнаго дѣянія на представляющіяся ему послѣдствія его дѣйствій—долженъ ли онъ считать ихъ неизбѣжными, несомнѣнными или только вѣроятными, возможными. Признавая предвидѣніе необходимымъ условіемъ вмѣненія человѣку послѣдствій его дѣятельности какъ преступныхъ дѣяній, мы можемъ и должны требовать предвидѣнія всѣхъ *тѣхъ* чертъ или сторонъ явленія, которыя входятъ въ составъ преступнаго дѣянія. Предвидѣніе другихъ чертъ, безразличныхъ для уголовнаго права, не имѣетъ для насъ значенія, такъ какъ мы всегда имѣемъ въ виду преступное дѣяніе, которое составляетъ совокупность лишь нѣкоторыхъ чертъ и сторонъ явленія. Что касается до попытокъ второй категоріи, то едва ли можемъ мы какое-либо послѣдствіе своихъ дѣяній предвидѣть, какъ безусловно неизбѣжное и несомнѣнно достовѣрное. Послѣдствія нашихъ дѣйствій представляются намъ всегда не болѣе, какъ вѣроятными: характеръ безусловной достовѣрности имѣютъ для насъ лишь факты будущаго въ области вѣры, а не въ области предвидѣнія, въ строгомъ значеніи этого слова. Нанося ударъ ножемъ въ сердце, стрѣляя изъ пистолета въ голову, убійца все-таки не можетъ представлять смерть своей жертвы, какъ безусловно неизбѣжную и абсолютно достовѣрную.

Съ другой стороны, выраженіе, что результаты должны представляться лишь какъ возможные, является столь же безсодержательнымъ. Отправляясь по желѣзной дорогѣ, всякій считаетъ возможнымъ крушеніе поѣзда; но говорить о предвидѣніи, по меньшей мѣрѣ, странно. Человѣкъ, когда онъ предвидитъ послѣдствіе своего дѣйствія, то всегда предвидитъ его, какъ возможное и какъ вѣроятное, не болѣе и не менѣе.

2. *Вмѣненіе умышленныхъ дѣяній.*

Установленное выше, необходимое для вмѣненія отношеніе познавательной способности человѣка къ его дѣянію, именно, сознаніе совершаемаго, предвидѣніе послѣдствій и сознаніе противозаконности дѣянія, издавна опредѣляется терминомъ *умыселъ*, dolus; самое дѣяніе, совершенное при наличности всѣхъ этихъ условій, именуется умышленнымъ. Умыселъ, dolus, является, такимъ образомъ, постояннымъ общимъ субъективнымъ условіемъ вмѣненія въ томъ смыслѣ, что вмѣненію подлежатъ всѣ умышленныя дѣянія, насколько дѣйствующій по условіямъ обстановки дѣянія не встрѣтилъ препятствій, сдѣлавшихъ для него невозможнымъ подчиненіе закону.

Кромѣ тѣхъ отношеній человѣка къ своему дѣянію, которыя образуютъ собою понятіе умысла и умышленной виновности, внутренняя сторона дѣятельности можетъ опредѣляться и окрашиваться цѣлымъ рядомъ другихъ психическихъ движеній, каковы: мотивы, цѣли, желанія. Всѣ эти моменты, съ ихъ разнообразнѣйшими оттѣнками, къ понятію умысла не принадлежатъ и не входятъ въ число общихъ условій преступности, въ дѣйствіи лежащихъ, но имѣютъ въ уголовномъ правѣ самостоятельное и весьма большое значеніе. Уголовный законъ признаетъ ихъ обстоятельствами вину увеличивающими и уменьшающими, вводитъ ихъ нерѣдко въ спеціальный составъ отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній, и т. д. Таковы, напримѣръ, цѣль ограбленія при убійствѣ, мотивъ состраданія, стыда, страха, религіознаго фанатизма. Въ частности вопросъ о значеніи мотивовъ дѣйствія выдвигается съ особою силою въ новѣйшей литературѣ; съ точки зрѣнія задачъ наказанія, поставляемыхъ теоріей спеціальнаго предупрежденія, мотивы дѣятельности, какъ опредѣляющіе собою существенную часть личности преступника, очевидно, должны получать руководящее значеніе не только по отношенію къ размѣрамъ наказанія, но и по отношенію къ самому роду его.

а) Элементы умысла.

Сообразно сказанному, теоретическое понятіе dolus слагается изъ слѣдующихъ элементовъ: сознаніе совершаемаго, предвидѣніе послѣдствій, сознаніе противозаконности. Изъ нихъ этотъ послѣдній элементъ въ положительномъ правѣ признается всегда присущимъ всякому лицу, обладающему способностью ко вмѣненію, по принципу, выраженному въ

статьѣ 95 нашихъ основныхъ законовъ—„никто не можетъ отговариваться невѣдѣніемъ закона“ — и издавна сложившемуся въ латинскій афоризмъ: „error juris semper nocet“. Такимъ образомъ, съ точки зрѣнія положительнаго права, умыселъ долженъ быть признаваемъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда два первые элемента его констатированы; третій же элементъ всегда предполагается въ наличности. Основанія такого пріема положительнаго права весьма понятны: оно не можетъ признавать незнанія закона основаніемъ къ освобожденію кого бы то ни было отъ отвѣтственности. Государство требуетъ отъ гражданъ знанія законовъ отечества и всякое незнаніе обращаетъ во вредъ незнающему. Не взирая на всѣ тѣ теоретическія соображенія, которыя могутъ быть приведены и дѣйствительно приводятся противъ такого пріема, а именно, что нельзя наказывать за нарушеніе правилъ, дѣятелю неизвѣстныхъ, что основаніе подчиненія закону лежитъ не въ фактѣ изданія закона, а въ сознаніи его,—не взирая на все это, государство не можетъ поступать иначе и неуклонно наказываетъ совершившаго противозаконное дѣяніе, хотя бы и безъ знанія о его противозаконности, какъ виновника умышленнаго. Другими словами, съ точки зрѣнія положительнаго права понятіе умысла исчерпывается сознаніемъ совершаемаго и предвидѣніемъ его послѣдствій, а затѣмъ, совершенно безразлично, сознавалъ или не сознавалъ дѣйствующій противозаконность своего поступка.

Все, что, по нашему мнѣнію, можетъ сдѣлать законъ для смягченія дѣйствительно суроваго формализма такого правила, это — опредѣлить, какъ поступаетъ французское право, извѣстный срокъ съ момента обнародованія закона, въ теченіе котораго презумпція знанія закона не установляется, и формула error juris semper nocet не примѣняется. Среднее мнѣніе, предлагающее, устранивъ наказуемость какъ за умышленное дѣяніе, ввести особую наказуемость какъ бы за незнаніе закона, а равно и другое мнѣніе той же категоріи, считающее возможнымъ замѣстить въ понятіи умысла признакъ знанія противозаконности дѣянія признакомъ знанія его вредоносности и, сообразно этому, въ случаяхъ error juris наказывать какъ за умышленное дѣяніе, но только тогда, когда лицо, не зная о противозаконности дѣянія, знало тѣмъ не менѣе о вредѣ, имъ причиняемомъ, — оба эти мнѣнія, какъ большинство среднихъ мнѣній, представляются лишенными ясныхъ основаній и не удовлетворяющими ни ту, ни другую сторону.

Уложеніе о наказаніяхъ не даетъ положительнаго опредѣленія умысла; но изъ словъ 1458 статьи „зная и предвидя“ непосредственно вытекаетъ тотъ выводъ, что знаніе или сознаніе (совершаемаго) и предвидѣніе (послѣдствій) именно образуютъ собою понятіе умысла. Необходимо имѣть въ виду, что съ практической точки зрѣнія виновность умышленная всегда выражается или въ допущеніи послѣдствій дѣянія, при ихъ предвидѣніи (такъ называемое преступное безразличіе), или въ ихъ желаемости (умыселъ въ тѣсномъ смыслѣ), при томъ же условіи. Признакъ желаемости выражается Уложеніемъ въ словѣ „намѣреніе“,

которому противополагается признакъ „безъ прямого намѣренія“, то-есть—съ предвидѣніемъ, но безъ желаемости (ср. статьи 4 и 1458). Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года тоже избираетъ эти два признака, опредѣляя ими понятіе умышленнаго дѣянія: „преступное дѣяніе почитается умышленнымъ не только, когда виновный желалъ его учиненія, но также, когда онъ сознательно допускалъ наступленіе послѣдствія, обусловливающаго преступность сего дѣянія“ (ст. 48).

б) Виды умысла.

Указанные практическіе признаки, соотвѣтствующіе содержанію понятія умысла, издавна служили къ раздѣленію умышленной виновности на два вида: умыселъ въ тѣсномъ смыслѣ—dolus—и преступное безразличіе—dolus eventualis. Новыя законодательства не проводятъ этого дѣленія умысла, потому что находятъ достаточнымъ тотъ просторъ, который предоставляется суду въ опредѣленіи наказаній при современныхъ относительно-опредѣленныхъ санкціяхъ. Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года, тѣмъ не менѣе, вноситъ это дѣленіе въ опредѣленіе понятія и объема наказуемаго покушенія (ст. 49, см. объ этомъ ниже).

Съ начала XIX вѣка теорія и законодательства выдвигаютъ другой признакъ для раздѣленія умысла на виды и соотвѣтствующаго соразмѣренія наказаній. Этотъ признакъ есть бо́льшая или меньшая интенсивность преступнаго настроенія лица. Такая интенсивность, по воззрѣніямъ законодательствъ, выражается или въ фактѣ зрѣлой обдуманности предстоящихъ послѣдствій, требующей протеченія извѣстнаго количества времени между возникновеніемъ предвидѣнія послѣдствій и совершеніемъ преступнаго дѣянія,—préméditation французскаго права и „заранѣе обдуманное намѣреніе“ нашего Уложенія; или въ фактѣ обдуманности самаго совершенія преступнаго дѣянія—Ueberlegung нѣмецкаго права. Съ другой стороны, интенсивность преступнаго настроенія весьма умаляется, если преступное настроеніе возникло и преступное дѣяніе совершено не только безъ этихъ условій обдуманности, но въ состояніи страстнаго возбужденія—„запальчивости и раздраженія“, какъ выражается наше Уложеніе. Такимъ образомъ слагается тройственное дѣленіе умысла: изъ родового понятія умысла выдѣляется въ одну сторону особо тяжкій видъ умысла, опредѣляемый обдуманностью, въ одномъ изъ двухъ указанныхъ ея представленій (préméditation, Ueberlegung), а въ другую—умыселъ въ запальчивости и раздраженіи, какъ низшій видъ умысла. Всѣ случаи, которые не подойдутъ подъ то или другое изъ этихъ двухъ понятій, образуютъ собою сферу умысла простого, какъ нормальнаго типа. Различно опредѣляя признакъ обдуманности, законодательства различно относятся также и къ моменту

страстнаго возбужденія: они или признаютъ, какъ наше Уложеніе, всякое страстное возбужденіе за признакъ низшаго вида умысла, или придаютъ такое значеніе страстному возбужденію только тогда, когда оно вызвано провокаціей, то есть извѣстными поступками самого пострадавшаго, направленными противъ виновнаго.

Наше Уложеніе о наказаніяхъ въ общей части, въ 4 статьѣ, различаетъ только преступныя дѣянія, совершенныя съ заранѣе обдуманнымъ намѣреніемъ и умысломъ, и дѣянія, совершенныя по внезапному побужденію, безъ предумышленія; страстнаго возбужденія въ общей части въ качествѣ особеннаго вида умысла нѣтъ. Въ статьяхъ же особенной части 1454, 1455 и нѣкоторыхъ другихъ установляется различіе всѣхъ трехъ видовъ умысла: предумышленія или заранѣе обдуманнаго намѣренія, простого умысла и умысла въ запальчивости и раздраженіи. Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года этого рода дѣленій умысла не устанавливаетъ, а ограничивается лишь тѣмъ, что въ ст. 458, 470 и 476, объ убійствѣ и тѣлесномъ поврежденіи, выдѣляетъ признакъ аффектированнаго состоянія или сильнаго душевнаго волненія. Финляндское Уложеніе въ общей части не даетъ опредѣленій объ умыслѣ, а въ особенной (Глава XXI) проводитъ указанное тройственное дѣленіе.

Въ старомъ западномъ правѣ и старой доктринѣ понятіе умысла подвергалось многочисленнымъ дѣленіямъ, которыя отличались крайней неустойчивостью и неопредѣленностью. Такъ по степени опредѣленности представленій, различались: dolus determinatus, когда умыселъ направлялся на результатъ точно опредѣленный, и dolus indeterminatus, когда результатъ въ представленіяхъ дѣйствующаго индивидуально не былъ опредѣленъ: напримѣръ, А умышленно наноситъ Б ударъ палкою, но не опредѣляетъ при этомъ, каковъ именно долженъ быть результатъ этого удара для Б — незначительная ли боль, или побои, или увѣчье. Dolus determinatus, въ свою очередь, дѣлился на простой dolus determinatus, когда намѣреніе дѣйствующаго направляется на одинъ опредѣленный результатъ, и dolus alternativus, когда дѣйствующій имѣетъ въ виду одинъ изъ нѣсколькихъ возможныхъ результатовъ, напримѣръ, или смерть, или тяжкое увѣчье. Другое дѣленіе различало dolus directus, когда дѣяніе совершено для того, чтобы наступило извѣстное послѣдствіе; dolus indirectus, когда преступный результатъ былъ непосредственнымъ и очевиднымъ послѣдствіемъ, хотя и неумышленнымъ, другого преступнаго дѣйствія, напримѣръ, умышленное нанесеніе раны, сопровождавшееся неумышленной смертью; dolus eventualis, когда лицо сознаетъ послѣдствіе и допускаетъ его, хотя прямо и не желаетъ, иначе говоря, когда дѣяніе предпринято, несмотря на то, что результатомъ его должно быть извѣстное преступное послѣдствіе. Всѣ эти дѣленія играли роль въ западномъ правѣ въ ту эпоху, когда и законъ, и доктрина считали возможнымъ и необходимымъ расчленять уголовно-юридическія понятія на возможно мелкія дѣленія для опредѣленія степени виновности; въ современномъ же правѣ они значеніе свое потеряли. Слѣды ихъ, впрочемъ, сохранялись въ нашемъ Уложеніи о наказаніяхъ.

14.

3. *Вмѣненіе неумышленныхъ дѣяній.*

Существуютъ двѣ сферы, въ которыхъ область вмѣненія расширяется положительнымъ уголовнымъ правомъ за предѣлы умышленной виновности: первую группу образуетъ собою, такъ называемое, объективное вмѣненіе; вторую—вмѣненіе неосторожныхъ дѣяній.

а) Объективное вмѣненіе.

Признавая по общему правилу умышленную виновность условіемъ всякаго вмѣненія, уголовный законъ допускаетъ въ извѣстномъ объемѣ такъ называемое объективное вмѣненіе, то-есть вмѣненіе фактовъ, обстоятельствъ и дѣйствій, стоящихъ внѣ сферы необходимыхъ отношеній сознанія и предвидѣнія; другими словами, уголовный законъ въ извѣстномъ объемѣ не отличаетъ вовсе умышленнаго совершенія отъ неумышленнаго.

Таково, прежде всего, вмѣненіе нѣкоторыхъ фактическихъ элементовъ преступнаго дѣянія, хотя бы неизвѣстныхъ дѣйствующему, напримѣръ, стоимости похищеннаго (свыше 300 руб.), увеличивающей наказуемость; точно также вмѣненіе нѣкоторыхъ послѣдствій дѣянія, дѣйствующимъ не предусматривавшихся (см., напримѣръ, Угол. Улож. 1903 года, ст. 148, 165, 467, 468, 469). Всѣ эти факты и послѣдствія вмѣняются дѣйствующему, вліяя на возвышеніе наказанія, совершенно безразлично къ тому, возводятся ли они къ его умышленной виновности, или нѣтъ.

Затѣмъ, порядокъ объективнаго вмѣненія распространяется на многія преступныя дѣянія въ цѣломъ ихъ составѣ. Уголовный законъ знаетъ множество такихъ преступныхъ дѣяній, большею частью незначительныхъ по своей тяжести, въ которыхъ не проводится вовсе различія между умышленнымъ, то есть сознательнымъ и желаемымъ нарушеніемъ закона, и нарушеніемъ его внѣ этихъ условій. Таковы, напримѣръ, охота въ недозволенное время, несоблюденіе различныхъ правилъ объ обращеніи съ огнемъ и взрывчатыми веществами, многіе случаи нарушеній карантинныхъ, уставовъ казенныхъ управленій и т. д.; нерѣдко въ случаяхъ этого рода законъ прямо указываетъ лицо, подлежащее отвѣтственности, независимо отъ того, кѣмъ именно совершено дѣйствіе—таковы правила объ отвѣтственности редакторовъ, книгопродавцевъ и проч. Конечно, во всѣхъ случаяхъ этого рода, въ дѣйствительности, вполнѣ возможны самые разнообразные оттѣнки субъективныхъ настроеній—сознанія, допущенія и желаемости; но практическое различіе ихъ почти невозможно, и положительное уголовное право считаетъ наиболѣе удобнымъ налагать здѣсь наказанія за всякое нарушеніе закона, не ограничиваясь случаями умышленнаго совершенія, если только совершитель есть лицо вмѣняемое, и если онъ не былъ поставленъ подъ давленіе преобладающихъ впечатлѣній, устраняющихъ возможность подчиненія закону, а вмѣстѣ съ тѣмъ и вмѣненіе дѣяній всякаго рода вообще (см. ниже vis absoluta, исполненіе приказа, крайняя необходимость). Въ западной практикѣ и литературѣ нерѣдко дѣло идетъ еще дальше и доходитъ до совершенно неправильнаго положенія, что для наказуемости подобныхъ дѣяній не требуется вовсе никакихъ условій, кромѣ наличности самаго факта, его объективнаго бытія; что наказуемость не устраняется ни одною изъ причинъ, устраняющихъ вмѣненіе вообще. Въ дѣйствительности, установлять такое расширеніе отвѣтственности не усматривается никакихъ основаній; особенности указанныхъ дѣяній могутъ обосновывать лишь уравненіе умышленнаго и неумышленнаго совершенія, но никакъ не болѣе.

Наше Уложеніе, какъ и финляндское, никакихъ общихъ правилъ по этому вопросу въ себѣ не заключаетъ; но изъ редакціи отдѣльныхъ статей можно сдѣлать именно такое заключеніе, и наша практика всегда придерживалась этого начала въ правильномъ его объемѣ, безъ излишнихъ расширеній; это поддерживается и Правительствующимъ Сенатомъ. Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года тоже не даетъ въ своей общей части опредѣленій объ объективномъ вмѣненіи, причемъ составители разсуждаютъ такъ: „случаи,—говоритъ Объясн. Зап.—при коихъ ставятся въ вину подсудимому извѣстныя объективныя условія, безотносительно къ сознанію или даже къ возможности сознанія ихъ виновнымъ... какъ составляющіе прямое отступленіе отъ принципа субъективной виновности, каждый разъ будутъ точно указаны въ законѣ, но дѣлать поэтому какія-либо особыя добавленія къ общей части не представляется необходимымъ“.

б) Неосторожность.

Вторая сфера, на которую расширяется уголовнымъ правомъ вмѣненіе, есть *неосторожность* или неосторожное причиненіе вреда, culpa: вмѣняются дѣянія, совершенныя внѣ дѣйствительнаго сознанія совершаемаго и предвидѣнія послѣдствій, но, какъ выражается законъ, при условіяхъ возможности такого сознанія и предвидѣнія.

Юридическая конструкція вмѣненія за неосторожность, господствующая въ литературѣ, такова: уголовный законъ, говоритъ communis opinio doctorum, можетъ облагать наказаніемъ не только сознательныя правонарушенія, но и такія, которыя совершались, хотя и безъ сознанія свойствъ и значенія совершаемаго и предвидѣнія его послѣдствій, но съ возможностью такого сознанія. Подлежатъ наказанію не

только люди, сознающіе свойство и значеніе своихъ поступковъ, но и люди, этого не сознающіе, но имѣвшіе возможность сознать несознанное и предусмотрѣть непредусмотрѣнное [1]). Сообразно этому установляются два самостоятельные вида субъективной виновности: умыселъ—dolus, въ указанномъ выше составѣ, и неосторожность—culpa, какъ такое настроеніе субъекта, въ которомъ онъ хотя не сознавалъ, но могъ и долженъ былъ сознавать свойства и значеніе совершаемаго и предвидѣть его послѣдствія (culpa въ тѣсномъ смыслѣ или небрежность), а равнымъ образомъ и такое настроеніе, когда онъ хотя и предвидѣлъ послѣдствія, но надѣялся ихъ избѣжать, то есть, собственно говоря, въ данномъ конкретномъ случаѣ тоже не предвидѣлъ (luxuria или преступная самонадѣянность). Эта доктринальная постановка вопроса оказала свое вліяніе и на законодательства: наряду съ общепонятными выраженіями—неосторожность, небрежность и т. д.—въ текстѣ закона, въ качествѣ ближайшаго признака кульпозныхъ послѣдствій, стали употребляться опредѣленія: „если онъ могъ ихъ предвидѣть“, „долженъ былъ предвидѣть“ и проч.

Нѣкоторые писатели нѣсколько измѣняютъ формулу кульпозной вины: вмѣсто „*могъ* предвидѣть“, они говорятъ „*можно было* предвидѣть“; вмѣсто возможности предвидѣнія in concreto, говорятъ о таковомъ же in abstracto. Другими словами, опредѣляютъ возможность предвидѣнія не съ субъективной точки зрѣнія дѣйствующаго лица, а съ объективной, устанавливаемой по критерію общежитейской опытности, свойственной благоразумнымъ людямъ вообще.

Мы позволяемъ себѣ кореннымъ образомъ разойтись въ этомъ вопросѣ съ господствующимъ воззрѣніемъ. Эта конструкція неосторожности основывается на неправильномъ представленіи, что человѣкъ можетъ находиться къ своей дѣятельности въ слѣдующихъ отношеніяхъ: имѣетъ возможность познать результаты своей дѣятельности, но тѣмъ не менѣе не познаетъ ихъ; имѣетъ возможность сознать противозаконность дѣянія, но тѣмъ не менѣе не дѣлаетъ этого. Можемъ ли мы, дѣйствительно, допустить такое состояніе?—Не должны ли мы, наоборотъ, признать, что если человѣкъ въ извѣстномъ данномъ случаѣ in concreto не предусматривалъ послѣдствія, то онъ въ этомъ случаѣ и не могъ его предусмотрѣть?—Мы, съ своей стороны, убѣждены въ послѣднемъ [2]).

[1]) Таганцевъ, Лекціи II: „виновный могъ предвидѣть, что изъ его дѣйствія произойдетъ вредъ правоохраненному интересу, но не оказалъ надлежащей заботливости; вредъ произошелъ, а потому онъ и отвѣчаетъ за него въ уголовномъ порядкѣ“. „Признакомъ неумышленныхъ, но вмѣняемыхъ дѣяній ставится возможность сознанія и возможность хотѣнія“ (субъективная). Bruck, Zur Lehre von Fahrlässigkeit: „Das Wollen bleibt ein fehlerhaftes und, falls der kulpos Handelnde seiner Kapacität nach die richtige Vorstellung und das Bewusstsein der Rechtswidrigkeit seines Verhaltens zu erzeugen im Stande war, ein schuldhaftes“. Такія же формулы мы находимъ у большинства писателей, старыхъ и новыхъ.

[2]) Вполнѣ соглашается съ нами и въ тѣхъ же самыхъ словахъ дѣлаетъ то же возраженіе противъ господствующей конструкціи Колоколовъ, Къ ученію о покушеніи.

Юридическая конструкція вмѣненія неосторожности, по нашему мнѣнію, установляется слѣдующимъ образомъ [1]): законъ, обращая свои запреты къ гражданамъ, повелѣваетъ имъ воздерживаться не только отъ поступковъ, наносящихъ наличный вредъ, но, какъ мы видѣли выше, и отъ дѣйствій, заключающихъ въ себѣ опасность вреда. Сообразно съ этимъ, въ каждомъ уголовномъ уложеніи существуетъ значительная группа преступныхъ дѣяній, имѣющихъ своимъ содержаніемъ не наличный вредъ, а лишь опасность его; таковы всѣ нарушенія правилъ, ограждающихъ личную и общественную безопасность, именовавшіяся въ Уложеніи 1845 года проступками. Однако, никакой законъ не въ состояніи былъ до сихъ поръ перечислить и опредѣлить составъ *всѣхъ* опасныхъ дѣйствій, воздержаніе отъ которыхъ желательно въ интересахъ общежитія и частной безопасности. Поэтому во всѣхъ законодательствахъ, сверхъ множества наказуемыхъ опасныхъ дѣйствій, описанныхъ въ уголовномъ законѣ по содержанію въ качествѣ состава преступныхъ дѣяній, установляется еще наказуемость такихъ дѣйствій, которыя безъ умысла со стороны дѣятеля повлекли за собою какой-либо запрещенный въ законѣ вредъ и тѣмъ доказали свою опасность. Такимъ образомъ, въ положительномъ правѣ возникаютъ двѣ группы преступныхъ дѣяній, имѣющихъ своимъ содержаніемъ опасность вреда: опасныя дѣянія, именно указанныя въ уголовномъ законѣ, и опасныя дѣянія, въ законѣ именно не указанныя, но доказавшія свою опасность своими результатами. Законъ, прибѣгая къ такому пріему, долженъ указать судьѣ, какой именно вредъ считаетъ онъ достаточнымъ доказательствомъ опасности дѣйствія для наказанія этого послѣдняго; другими словами, перечисляя въ особенной части уголовнаго уложенія преступныя дѣянія, подлежащія наказанію въ качествѣ умышленныхъ, законъ долженъ указать, какія изъ нихъ, воспроизведенныя безъ умысла, обосновываютъ собою, тѣмъ не менѣе, наказуемость лица, ихъ совершившаго.

Однако, опредѣливъ тотъ вредъ, который считается достаточнымъ доказательствомъ опасности дѣйствія для его наказанія, законъ не останавливается на этомъ: наказаніе всѣхъ дѣйствій, вызвавшихъ указанный въ законѣ вредъ, независимо отъ условій и обстановки ихъ совершенія, привело бы къ величайшему стѣсненію дѣятельности всѣхъ и каждаго. Извѣстныя ограниченія необходимы. Законъ вводитъ ихъ, облагая наказаніемъ не всякое такое дѣйствіе, а лишь тѣ изъ нихъ, которыя по свойству своему — по обстановкѣ, условіямъ и способамъ совершенія—заключали въ себѣ извѣстную вѣроятность наступленія вреднаго послѣдствія, опредѣляемую по даннымъ обще-житейскаго опыта; другими словами, облагаетъ наказаніемъ тѣ дѣйствія, которыя не только in concreto, въ данномъ спеціальномъ случаѣ, доказали свою опасность своими результатами, но и вообще, независимо отъ спеціальной обстановки этого отдѣльнаго случая, заключали въ себѣ опасность ихъ возникновенія [2]). Эта послѣдняя группа и есть неосторожность, culpa. Перенося указанный признакъ опасности дѣйствія на личность преступника, который не усмотрѣлъ въ своихъ дѣйствіяхъ того, что видѣлъ бы каж-

[1]) Эта конструкція вмѣненія за неосторожность, а равно и приведенныя выше возраженія противъ господствующей теоріи, были нами изложены еще въ 1880 году (Журналъ гр. и угол. права, 1880. 3, Замѣтки), затѣмъ повторены въ статьѣ „Общая часть уголовнаго Уложенія по Проекту редакціонной комиссіи“ (Журналъ гр. и угол. права. 1883. 9). Основы этого ученія принадлежатъ Штюбелю (Stübel, Ueber gefährliche Handlungen. N. Ar. d. crim. R, VIII. 1826); критика его, съ точки зрѣнія господствующей теоріи, см. Таганцевъ, Лекціи, II; Русск. угол. право, I.

[2]) См. по этому поводу прекрасный анализъ признака вѣроятности послѣдствій: v. Kries, Wahrscheinlichkeit und Möglichkeit im Strafrechte. Z. f. d. Gesamm. Strafrechtswiss. IX. (1889), 465.

дый внимательный и благоразумный человѣкъ, законъ выражаетъ его словами: „небрежность“, „неосторожность“, „Fahrlässigkeit“, „Unvorsichtigkeit“, „faute“, „imprudence“ и т. д. Такимъ образомъ, по внѣшности, рядомъ со вмѣненіемъ дѣяній умышленныхъ поставляется какъ бы вмѣненіе дѣяній неумышленныхъ; но въ дѣйствительности наказуются здѣсь не послѣдствія, вызванныя безъ умысла, но дѣйствія, ихъ причинившія, — дѣйствія сами по себѣ или умышленныя, или принадлежащія къ разряду такихъ, въ которыхъ законъ, какъ о томъ сказано выше, неумышленное совершеніе приравниваетъ къ умышленному.

Сообразно сказанному, вмѣненіе неосторожности является лишь дополненіемъ къ непосредственному вмѣненію дѣйствій опасныхъ; поэтому, центръ тяжести законодательныхъ опредѣленій долженъ лежать на этихъ послѣднихъ; законъ долженъ стремиться къ возможно полному перечисленію всѣхъ опасныхъ дѣйствій, обложенныхъ наказаніями, и къ указанію ихъ состава частью въ уложеніи— частью въ спеціальныхъ уставахъ (послѣднее должно отражаться въ уголовномъ уложеніи въ формѣ, такъ называемыхъ, бланкетныхъ законовъ), а затѣмъ прибѣгать къ установленію вмѣненія за culpa лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда интересы безопасности не могутъ быть достаточно ограждены наказуемостью опасныхъ дѣяній самихъ по себѣ. Принципъ возможнаго ограниченія области вмѣненія за culpa безусловно необходимъ, такъ какъ привлеченіе къ отвѣтственности за нежелаемые и несознаваемые результаты дѣйствій, въ законѣ не запрещенныхъ, неизбѣжно стѣсняетъ всякую дѣятельность и держитъ подъ постояннымъ страхомъ каждаго. Затѣмъ, критеріемъ, опредѣляющимъ размѣръ наказаній за culpa, долженъ служить не размѣръ дѣйствительно возникшаго вреда, а размѣръ вреда возможнаго отъ даннаго дѣянія, такъ какъ опасность дѣянія заключается и выражается въ этомъ послѣднемъ моментѣ. Такъ, неумышленное причиненіе смерти и неумышленное причиненіе вреда въ здоровьѣ, грозившаго опасностью для жизни, должны быть облагаемы, по нашему мнѣнію, приблизительно равными наказаніями.

Въ заключеніе замѣтимъ, что тѣ изъ представителей господствующей теоріи, которые замѣняютъ субъективное опредѣленіе возможности предвидѣнія объективнымъ (см. выше), практически весьма приближаются къ тому положенію, которое вытекаетъ изъ изложенной нами конструкціи.

Уложеніе о наказаніяхъ въ редакціи своихъ статей стоитъ вполнѣ на почвѣ господствующей доктрины, хотя не заключаетъ въ себѣ особаго опредѣленія понятія culpa, ограничиваясь чисто формальнымъ указаніемъ, что „преступленія и проступки суть умышленные и неумышленные“ (ст. 3). Въ отдѣльныхъ статьяхъ, опредѣляющихъ наказуемость въ случаяхъ этого рода, Уложеніе прямо выражаетъ господствующую въ наукѣ точку зрѣнія, причемъ безразлично употребляетъ то субъективное, то объективное опредѣленіе возможности предвидѣнія. Такова, напримѣръ, статья 110, по которой строгость опредѣленнаго въ законѣ, виновному наказанія за преступное дѣяніе, учиненное безъ намѣренія уменьшается, когда „вредныя онаго послѣдствія не могли быть *имъ* легко предвидѣны“; когда же неосторожность дѣянія оправдывается обстоятельствами, по коимъ „*нельзя было* ожидать и предполагать вредныхъ онаго послѣдствій, то виновному въ сей неосторожности дѣлается только приличное на счетъ оной внушеніе“. Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года опредѣляетъ: „преступное дѣяніе почитается

неосторожнымъ не только когда виновный его не предвидѣлъ, хотя могъ или долженъ былъ оное предвидѣть, но также, когда онъ, хотя и предвидѣлъ наступленіе послѣдствія, обусловливающаго преступность сего дѣянія, но легкомысленно предполагалъ такое послѣдствіе предотвратить“ (ст. 48).

Наказуемость неосторожности ограничивается въ дѣйствующемъ положительномъ правѣ (и нашемъ, и западномъ), собственно говоря, немногими группами преступныхъ дѣяній, а именно: убійство, нѣкоторыя посягательства на здоровье и тѣлесную неприкосновенность, общеопасное истребленіе и поврежденіе вещей — для этихъ случаевъ даются уложеніями отдѣльныя статьи въ особенной части, конечно, съ наказаніями меньшими, сравнительно съ наказуемостью умышленнаго совершенія. Затѣмъ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, въ которыхъ неумышленное совершеніе наказуется такъ же, какъ умышленное (см. выше, объективное вмѣненіе), очевидно, неосторожное совершеніе, culpa, будетъ тоже наказываться какъ одинъ изъ случаевъ неумышленнаго совершенія. Отъ этого порядка только нашъ Мировой Уставъ дѣлаетъ отступленіе: статья 9 говоритъ о неосторожномъ совершеніи всякаго дѣянія, предусмотрѣннаго въ уставѣ. Статья 9-я, впрочемъ, представляетъ собою простое недоразумѣніе.

Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года, не находя нужнымъ, какъ мы видѣли выше, давать въ общей части указаніе о случаяхъ объективнаго вмѣненія, признаетъ, однако, необходимымъ дать подобное опредѣленіе относительно неосторожности, при чемъ излагаетъ его примѣнительно къ тройственному дѣленію преступныхъ дѣяній. Статья 48 (ч. 3) говоритъ: „Тяжкія преступленія наказываются лишь при наличности вины умышленной. Преступленія наказываются при наличности вины умышленной, при наличности же вины неосторожной — только въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ. Проступки наказываются при наличности не только вины умышленной, но и неосторожной, за исключеніемъ случаевъ, особо закономъ указанныхъ“. Нельзя не замѣтить, что формула эта, по прямому своему тексту, вызываетъ прежде всего, въ особенности первая ея фраза, значительное недоумѣніе, которое можетъ быть устранено лишь посредствомъ особыхъ разъясненій; а затѣмъ неправильнымъ и нецѣлесообразнымъ представляется соединеніе въ одномъ мѣстѣ двухъ, совершенно различныхъ категорій случаевъ: тѣхъ, въ которыхъ неосторожное совершеніе наказывается наряду съ умышленнымъ, какъ отдѣльное преступное дѣяніе (убійство, тѣлесныя поврежденія, поджогъ), — и тѣхъ, въ коихъ неосторожное совершеніе сливается съ умышленнымъ, другими словами, въ коихъ законъ не отличаетъ умышленное совершеніе отъ неумышленнаго, въ порядкѣ объективнаго вмѣненія.

Необходимое къ тексту изложеннаго правила разъясненіе дается

составителями слѣдующее: „Уголовное Уложеніе приняло такую постановку вопроса, что тяжкія преступленія наказываются лишь при наличности вины умышленной, т.-е. дѣянія, учиненныя по неосторожности, ни въ какомъ случаѣ не могутъ быть тяжкими преступленіями и, слѣдовательно, наказываться смертною казнью, каторгою или поселеніемъ; преступленія также по общему правилу предполагаютъ наличность умысла; но могутъ быть, однако, и преступленія, въ силу особаго указанія закона представляющія проявленіе неосторожности, какъ, напр., неосторожное лишеніе жизни, поджогъ; наконецъ, всѣ проступки наказываются какъ при наличности умысла, такъ и при неосторожности, если только законъ не сдѣлалъ въ этомъ отношеніи какихъ-либо исключеній; тамъ, гдѣ одно общее постановленіе объемлетъ и умышленную, и неосторожную вину, различеніе ихъ по наказуемости будетъ вполнѣ зависѣть отъ усмотрѣнія судьи“ (Таганцевъ, Рус. Угол. право, I, стр. 623).

в) Виды неосторожности.

Согласно вышесказанному, виновность неосторожная является въ двухъ формахъ или видахъ: когда лицо, совершая извѣстное дѣйствіе, сознаетъ и предвидитъ возможность вредныхъ его послѣдствій, но не желаетъ ихъ и надѣется избѣжать — преступная самонадѣянность, luxuria; когда человѣкъ не сознаетъ совершаемаго или, сознавая совершаемое, не предвидитъ его послѣдствій, но по обстоятельствамъ можетъ это сдѣлать — неосторожность въ тѣсномъ смыслѣ или небрежность, culpa. Эта вторая форма неосторожности, по содержанію своему, можетъ относиться или къ дѣйствію и его послѣдствіямъ въ тѣсномъ смыслѣ—кто-либо стрѣляетъ изъ окна дома, не посмотрѣвъ, нѣтъ ли кого-нибудь подъ окномъ, и убиваетъ прохожаго; или къ знанію и оцѣнкѣ фактическихъ обстоятельствъ, отъ которыхъ зависитъ преступность дѣянія,—кто-либо женится на женщинѣ неизвѣстнаго ему происхожденія, которая оказывается его двоюродною сестрою; или къ знанію и оцѣнкѣ юридическаго свойства дѣйствія, то есть его противозаконности,—кто-либо вступаетъ въ бракъ завѣдомо съ своею двоюродною сестрою, не зная, что сіе воспрещено закономъ. Послѣдній случай положительное право относитъ къ умышленной виновности (см. выше, error juris).

Въ старомъ правѣ по вопросу о culpa мы встрѣчаемся съ такимъ же расчлененіемъ понятій, съ такимъ же дробленіемъ видовъ, какъ и относительно dolus, при чемъ за признакъ различія принималась большая или меньшая легкость предвидѣнія результатовъ.

Ставъ на ту точку зрѣнія, что вмѣненіе при culpa вытекаетъ изъ возможности предвидѣнія результатовъ, старая доктрина, а вслѣдъ за нею и старыя законодательства указывали, что судъ долженъ соразмѣрять наказанія со степенью большей или меньшей возможности, легкости или трудности предвидѣнія результатовъ. Такимъ образомъ, выставлялся исключительно количественный критерій, весьма способный къ безконечному дробленію степеней и видовъ. Изъ родового понятія, какъ нормальнаго типа, выдѣлились три вида culpa легчайшей, когда послѣдствія были болѣе или менѣе трудно предвидимы —culpa levis, levior, levissima — и три вида culpa тягчайшей или грубой, неизвинительной, когда послѣдствія были болѣе или менѣе легко предвидимы, или дѣйствующій обязанъ былъ по своему положенію къ особой осмотрительности — culpa lata, latior, latissima. Независимо отъ сего выдѣлялся, по тому же признаку, еще одинъ видъ — culpa dolo proxima, когда послѣдствія были весьма легко предвидимы и должны были произойти съ очевидною почти неизбѣжностью. Наконецъ, особо ставилась еще culpa dolo determinata, то есть такой случай, когда неумышленныя послѣдствія проистекали изъ умышленнаго преступнаго дѣянія.

Всѣ эти дѣленія, оставленныя новой наукой и новыми законодательствами, а равно и Уголовнымъ Уложеніемъ 22 марта 1903 года, были занесены въ наше право въ періодъ законодательныхъ работъ начала XIX вѣка и до сихъ поръ отражаются во многихъ статьяхъ нашего Уложенія о наказаніяхъ, дѣлая ихъ трудно понимаемыми и неприложимыми въ практикѣ. Такова статья 110, въ которой законодатель предписываетъ судьѣ соразмѣрять наказаніе съ различными степенями неосторожности, вполнѣ подобными вышеуказаннымъ, хотя и безъ соотвѣтствующихъ наименованій. Статья эта редактирована такъ, что нѣтъ возможности сдѣлать ясный выводъ о томъ, когда судья налагаетъ наказаніе въ средней мѣрѣ, другими словами, когда неосторожность должна быть признана простою.

II. Невмѣненіе.

Согласно изъясненнымъ выше и установляемымъ въ положительномъ правѣ двумъ видамъ субъективной виновности, умыслу и неосторожности [1]), область вмѣненія слагается, во-первыхъ, изъ всѣхъ указанныхъ въ особенной части уложенія преступныхъ дѣяній, совершенныхъ умышленно; во-вторыхъ, изъ сферы такъ называемаго объективнаго вмѣненія, то есть извѣстной группы дѣяній, совершенныхъ умышленно и неумышленно; въ-третьихъ, изъ преступныхъ дѣяній, совершенныхъ по неосторожности, въ случаяхъ, закономъ указанныхъ.

Область невмѣненія, сообразно этому, слагается изъ всѣхъ тѣхъ дѣйствій человѣка, которыя совершались при отсутствіи субъективныхъ

[1]) Въ виду учебныхъ цѣлей настоящаго изданія, и здѣсь, и во всемъ дальнѣйшемъ изложеніи, мы будемъ исходить отъ господствующей конструкціи culpa, принятой законодательствомъ, дабы не осложнить и не затруднить изученія ряда практическихъ вопросовъ внесеніемъ собственнаго ученія, хотя и считаемаго нами правильнымъ, но вовсе непризнаннаго еще въ литературѣ.

условій вмѣненія или, какъ нерѣдко выражаются, при отсутствіи субъективной виновности. Обстоятельства, опредѣляющія невмѣненіе, могутъ заключаться или въ отсутствіи необходимыхъ для вмѣненія отношеній познавательной способности къ дѣянію, то есть отношеній сознанія и предвидѣнія; или въ такомъ положеніи дѣйствующаго, когда онъ, не взирая на наличность этихъ отношеній сознанія и предвидѣнія, тѣмъ не менѣе, по обстановкѣ своей дѣятельности, лишенъ былъ возможности руководствоваться нормами закона и былъ принужденъ совершить дѣяніе, само по себѣ незаконное. Къ первой категоріи обстоятельствъ, опредѣляющихъ невмѣненіе, принадлежатъ: во-первыхъ, *случай* или casus, и во-вторыхъ, *фактическое заблужденіе* или error facti. Ко второй категоріи принадлежатъ: во-первыхъ, положеніе фактической невозможности — *принужденіе* или vis absoluta; во-вторыхъ, положеніе юридической невозможности, то есть установленной самимъ закономъ или имъ допускаемой и предполагаемой — *исполненіе обязательнаго приказа* и состояніе *крайней необходимости*.

Уложеніе о наказаніяхъ даетъ подробныя правила о сихъ обстоятельствахъ. Правила эти, отражая въ себѣ разныя направленія старой нѣмецкой доктрины, нерѣдко, какъ увидимъ ниже, противорѣчатъ другъ другу и могутъ служить источникомъ недоразумѣній въ практикѣ. Финляндское Уложеніе страдаетъ другою крайностью: оно даетъ опредѣленіе лишь о крайней необходимости, но умалчиваетъ объ обязательномъ приказѣ, error facti и vis absoluta; что же касается до casus, то правило о семъ предметѣ хотя и заключается въ Уложеніи, но представляется совершенно безсодержательнымъ, а именно: „если будетъ признано, что дѣяніе совершено скорѣе случайно, чѣмъ по неосторожности, то наказаніе не присуждается“ (гл. III, § 5). Опредѣленія Уголовнаго Уложенія 22 марта 1903 года отличаются въ настоящемъ вопросѣ наибольшею ясностью и законченностью.

1. *Случай* или *casus*.

Случай или casus есть такое стеченіе обстоятельствъ, при которомъ лицо не только не сознавало, но, съ точки зрѣнія господствующей конструкціи culpa, не могло или сознавать свойствъ совершаемаго, или предвидѣть его послѣдствія. Сообразно этимъ двумъ направленіямъ незнанія, casus можетъ быть подраздѣленъ на casus непосредственный и casus посредственный или casus въ послѣдствіяхъ. Практическаго значенія дѣленіе это не имѣетъ. Старая нѣмецкая доктрина выдѣляла еще понятіе casus mixtus по признакамъ основного дѣйствія, то есть того дѣянія, изъ котораго произошли случайныя послѣдствія: если основное дѣйствіе было само по себѣ преступно, то случайныя послѣдствія его образовывали собою casus mixtus и могли подлежать вмѣненію какъ culpa. Такъ, напримѣръ, смерть, возникшая непредвидимо для дѣйствующаго, слѣдовательно случайно, изъ причиненнаго имъ умышленнаго тѣлеснаго поврежденія, возводилась въ casus mixtus.

Уложеніе о наказаніяхъ даетъ въ статьѣ 5 отрицательное опредѣленіе casus'а, какъ вреда, причиненнаго „не только безъ намѣренія, но и безъ всякой со стороны учинившаго неосторожности“; другими словами, даетъ чисто практическое правило: все, что не заключаетъ въ себѣ условій dolus или culpa, принадлежитъ къ сферѣ casus'а. Въ статьѣ 92, пунктъ 1, и въ статьѣ 93 заключается сверхъ того положительное опредѣленіе: законъ говоритъ о послѣдствіяхъ „непредвидимыхъ“ и о вредѣ, причиненномъ „случайно и непредвидимо“. Понятіе вреда въ этихъ статьяхъ Уложенія выражается словомъ: „зло“. Что касается до положеній о невмѣненіи случайныхъ поступковъ, то въ этомъ отношеніи Уложеніе весьма непослѣдовательно. Общее, вполнѣ правильное, опредѣленіе о невмѣненіи заключается въ статьѣ 5 и повторено въ 1495 статьѣ. Затѣмъ идетъ цѣлый рядъ статей, отступающихъ отъ основныхъ общихъ опредѣленій. Таково опредѣленіе перваго пункта статьи 92, на которомъ отразилось ученіе о casus mixtus, а именно: по этому пункту для невмѣненія требуется „совершенная невинность того дѣянія, коего случайнымъ и непредвидимымъ послѣдствіемъ было сдѣланное зло“; этотъ пунктъ 92 статьи какъ бы прямо указываетъ на то, что casus mixtus вмѣняется въ вину. Далѣе по статьямъ 93 и 1470 назначается особенное наказаніе для casus — церковное покаяніе; наказаніе это установлено, какъ видно изъ мотива къ статьѣ 1470, въ видахъ примиренія невольнаго убійцы съ своею совѣстью (см. Проектъ Уложенія 1844 года). Наконецъ, въ статьѣ 110, въ концѣ ея, имѣется особое опредѣленіе о casus: „когда же неосторожность дѣянія, бывшаго причиною сдѣланнаго зла, оправдывается обстоятельствами, по коимъ никакъ нельзя было ожидать и предполагать вредныхъ онаго послѣдствій, то виновному въ сей неосторожности дѣлается только приличное на счетъ оной внушеніе“. По этой статьѣ, такимъ образомъ, послѣдствія, которыхъ никакъ нельзя было ожидать, считаются за culpa, а не за casus. Въ дѣйствительности составители Уложенія, давая судьѣ въ статьѣ 110 указанія о томъ, какъ соразмѣрять наказанія за culpa, хотѣли въ концѣ этой статьи дать опредѣленіе тому понятію, которое именовалось въ старой доктринѣ culpa levissima; но они, неточно понявъ этотъ терминъ, дали ему невѣрное опредѣленіе. Culpa levissima имѣется не при невозможности предвидѣнія послѣдствій, а при весьма большой трудности такого предвидѣнія. Въ вышеприведенное опредѣленіе нужно было бы прибавить слово „почти“, и тогда мы имѣли бы точное опредѣленіе culpa levissima; при теперешней же редакціи, послѣдняя часть 110 статьи предста-

вляетъ собою юридическую несообразность и полное противорѣчіе статьѣ 5 Уложенія—casus по 110 статьѣ оказывается подлежащимъ вмѣненію. Мировой Уставъ даетъ въ 1 пунктѣ статьи 10 опредѣленіе о casus, согласное со статьею 5 Уложенія.

Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года заключаетъ въ себѣ слѣдующую ясную и точную формулу: „не вмѣняется въ вину дѣяніе, коего учинившій не могъ предвидѣть или предотвратить“ (ст. 42).

2. *Фактическое заблужденіе* или *error facti*.

Error facti получается въ тѣхъ случаяхъ, когда лицо не сознавало и не могло сознать какихъ-либо фактическихъ обстоятельствъ, отъ которыхъ зависѣла преступность дѣянія или его квалификація. Примѣрами могутъ служить: похищеніе церковнаго имущества, которое виновный считалъ принадлежащимъ частному лицу; взятіе чужой вещи, которую лицо считало своею; вступленіе во второй бракъ въ предположеніи, что первый прекратился. Сюда же относятся тѣ случаи, когда лицо находится въ ошибочномъ убѣжденіи о наличности какихъ-либо основаній невмѣненія и, сообразно этому, дѣйствуетъ въ убѣжденіи, что дѣяніе его вмѣнено быть не можетъ; такъ, напримѣръ, ошибочно воображая себѣ нападеніе со стороны приближающагося къ нему субъекта, лицо наноситъ ему ударъ, какъ бы въ необходимой оборонѣ (defensio putativa) и т. п. Error facti есть основаніе невмѣненія, если ошибка неустранима; въ противномъ случаѣ онъ влечетъ за собою вмѣненіе, какъ за culpa.

Уложеніе даетъ опредѣленіе объ error facti въ статьѣ 99, по которой не вмѣняется въ вину противозаконное дѣяніе, учиненное „единственно по совершенному, отъ случайной ошибки или вслѣдствіе обмана происшедшему, невѣдѣнію тѣхъ обстоятельствъ, отъ коихъ именно дѣяніе обратилось въ противозаконное“.

Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года свое опредѣленіе объ error facti формулируетъ такимъ образомъ, что отчетливо оттѣняются, съ одной стороны, тѣ случаи, когда отъ несознанныхъ обстоятельствъ зависитъ преступность дѣянія вообще, а съ другой—тѣ случаи, когда эти обстоятельства лишь увеличиваютъ отвѣтственность: „Невѣдѣніе обстоятельства, коимъ обусловливается преступность дѣянія или которое усиливаетъ отвѣтственность, устраняетъ вмѣненіе въ вину самаго дѣянія или усиливающаго отвѣтственность обстоятельства. При неосторожныхъ дѣяніяхъ правило сіе не примѣняется, если самое невѣдѣніе было послѣдствіемъ небрежности виновнаго“ (ст. 43).

3. *Принужденіе* или *vis absoluta*.

Подъ именемъ vis absoluta разумѣются тѣ случаи, когда лицо подъ давленіемъ безусловно превосходящей силы принужденія не могло предотвратить извѣстнаго движенія своего или его послѣдствій. Человѣкъ, совершающій извѣстный фактъ, является здѣсь не болѣе, какъ простымъ орудіемъ. Лицо можетъ сознавать совершаемое, можетъ сознавать и предвидѣть послѣдствія, но не можетъ принять законъ въ руководство своей дѣятельности; оно поставлено въ необходимость поступать именно такъ, а не иначе. Необходимость эта можетъ проистекать или отъ другого человѣка, или отъ силъ природы.

Уложеніе не даетъ опредѣленія о vis absoluta. Хотя начало статьи 100-й какъ бы указываетъ именно на vis absoluta, но дальнѣйшее изложеніе статьи свидѣтельствуетъ, что рѣчь въ ней идетъ о другомъ условіи невмѣненія. Мировой Уставъ—въ 4 пунктѣ 10 статьи.

По Уголовному Уложенію 22 марта 1903 года vis absoluta охватывается вышеприведеннымъ опредѣленіемъ casus, именно словами „не могъ предотвратить“ (ст. 42).

4. *Исполненіе приказа*.

Законъ, устанавливая обязанность подчиненія служащихъ лицъ ихъ начальству, тѣмъ самымъ освобождаетъ отъ отвѣтственности всякаго, кто совершитъ вторженіе въ сферу правъ и благъ другого лица въ силу, обязательнаго для него по закону, приказа его начальства. Въ такое же положеніе подчиненности органамъ власти законъ можетъ ставить иногда, въ спеціальныхъ случаяхъ, не только служащихъ лицъ, но и всякаго иного гражданина — послѣдствія являются одинаковыя. Здѣсь самъ законъ обязываетъ лицо подчиняться одному извѣстному мотиву, именно приказанію начальника; поэтому, хотя обязательный приказъ и не уничтожаетъ еще противоправности самого дѣянія, но освобождаетъ отъ отвѣтственности исполнителя, чѣмъ вовсе не исключается отвѣтственность лица, давшаго приказъ. Такимъ образомъ, все дѣло сводится къ тому, въ какихъ размѣрахъ, въ какомъ объемѣ признаетъ законъ обязательность приказа для подчиненнаго. Принципъ слѣпого, безусловнаго и безотвѣтнаго подчиненія начальству давно потерялъ кредитъ въ наукѣ, да собственно никогда и не былъ послѣдовательно проводимъ на практикѣ. Но если бы мы представили себѣ, что законъ обязываетъ всякаго подчиняться безусловно приказаніямъ его начальства, то мы должны были бы признать, что приказъ начальства

всегда и во всякомъ случаѣ освобождаетъ отъ отвѣтственности исполнителя. Современное право не признаетъ такой безусловной обязательности приказовъ; но въ то же время, очевидно, оно не можетъ допустить безграничной критики приказовъ начальства со стороны подчиненныхъ. Оцѣнка приказаній начальства, съ точки зрѣнія цѣлесообразности этихъ приказаній и достаточности фактическихъ основаній къ принятію той или другой мѣры, вовсе не принадлежитъ подчиненнымъ; законъ можетъ допустить оцѣнку лишь съ точки зрѣнія формальной законности приказа. Такъ, современное право для обязательности приказа ставитъ слѣдующія условія: приказъ долженъ исходить отъ начальства компетентнаго, которому законъ именно предоставляетъ право давать такіе приказы; приказъ по содержанію своему долженъ быть законенъ, то есть предписываемое дѣйствіе не должно выходить изъ предѣловъ власти лица, дающаго приказъ; приказъ долженъ быть данъ въ законной формѣ, если таковая установлена и требуется закономъ. Исполненіе приказа при наличности этихъ условій обязательно; наоборотъ, исполненіе приказа, даннаго безъ соблюденія или съ нарушеніемъ этихъ условій, будетъ дѣяніемъ незаконнымъ и можетъ повлечь за собою наказаніе исполнителя. Такимъ образомъ, мы можемъ сказать, что оцѣнка приказовъ съ точки зрѣнія ихъ формальной законности не только допускается, но требуется современнымъ правомъ.

Нельзя не замѣтить, что законодательныя опредѣленія по этому вопросу далеко не такъ ясны, какъ это было бы желательно; но, во всякомъ случаѣ, не можетъ быть сомнѣнія, что нашъ законъ признаетъ вполнѣ выставленныя общія положенія. Статья 393 Уложенія о наказаніяхъ, подвергая отвѣтственности за явно оказанное начальству ослушаніе, прибавляетъ: „кромѣ лишь случая, если бы начальникъ потребовалъ чего-либо противозаконнаго“; статья 403, опредѣляя отвѣтственность начальника, приказавшаго подчиненному совершить какое-либо противозаконное дѣяніе, говоритъ: „подчиненный, исполнившій такое приказаніе или желаніе начальника, зная, что сіе противно законамъ, хотя и подвергается тому же наказанію, но въ меньшей мѣрѣ“. Если подъ словомъ „противозаконный“ въ этихъ статьяхъ понимать приказъ, не соотвѣтствующій указаннымъ выше тремъ условіямъ — а такое толкованіе вполнѣ допустимо и разумно — то приведенныя опредѣленія получаютъ совершенно надлежащій смыслъ.

Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года съ точностью и ясностью постановляетъ: „не почитается преступнымъ... дѣяніе, учиненное во исполненіе приказа по службѣ, даннаго подлежащею властью, въ предѣлахъ ея вѣдомства, соблюденіемъ установленныхъ правилъ, если приказъ не предписывалъ явно преступнаго“ (ст. 44).

5. *Крайняя необходимость.*

Розинъ, О крайней необходимости. Toller, Die Grenzgebiete zwischen Nothstand und Nothwehr.

Крайней необходимостью именуется такое стеченіе обстоятельствъ, при которомъ для человѣка возникаетъ неизбѣжная опасность потерпѣть вредъ въ своихъ правахъ и благахъ, если только для спасенія ихъ онъ не прибѣгаетъ къ причиненію вреда третьимъ, постороннимъ лицамъ или, вообще, къ совершенію дѣянія, запрещеннаго закономъ. Такая опасность можетъ происходить, какъ отъ силъ природы — напримѣръ, потопленіе, пожаръ, голодъ, нападеніе животныхъ — такъ и отъ злой воли человѣка. Опасность можетъ быть безусловная; напримѣръ, кто-либо бросается меня бить — я подставляю подъ удары другого или при необходимой оборонѣ нарушаю интересы не нападающаго, а посторонняго. Она можетъ быть условная — vis compulsiva въ тѣсномъ смыслѣ, то есть угроза причинить вредъ, если угрожаемый не совершитъ требуемаго преступнаго дѣйствія. Какъ видъ крайней необходимости, должна разсматриваться и оборона противъ нападенія лицъ, неспособныхъ ко вмѣненію, сопряженная съ нанесеніемъ вреда этимъ послѣднимъ.

Относительно случаевъ этого послѣдняго рода, въ литературѣ представляется спорнымъ вопросъ: относятся ли они къ крайней необходимости или къ необходимой оборонѣ? Съ внѣшней стороны, случаи этого рода, конечно, представляютъ собою оборону отъ нѣкотораго нападенія, но отъ необходимой обороны въ строгомъ смыслѣ они отличаются отсутствіемъ въ посягательствѣ признака противозаконности, въ смыслѣ нарушенія закона такимъ субъектомъ, къ которому законъ обращаетъ свои велѣнія, между тѣмъ на этомъ признакѣ покоится все объективное основаніе правомѣрности дѣйствій, совершаемыхъ въ необходимой оборонѣ. Относя эти случаи къ необходимой оборонѣ, мы должны будемъ послѣдовательно расширить объемъ обороны противъ нападенія, напримѣръ, семилѣтняго ребенка и т. п., до тѣхъ же размѣровъ, до которыхъ расширяется въ современномъ правѣ объемъ необходимой обороны вообще; наоборотъ, относя ихъ къ крайней необходимости, мы ставимъ вредъ, причиняемый ребенку при защитѣ отъ его посягательства, въ тѣ же тѣсные предѣлы, которые установляются закономъ для крайней необходимости. Думаемъ поэтому, что отнесеніе всѣхъ сихъ случаевъ къ крайней необходимости не только съ основной юридической точки зрѣнія, но и съ этической совершенно правильно. Нѣкоторые писатели относятъ къ необходимой оборонѣ не только защиту отъ нападенія лицъ невмѣняемыхъ, но и оборону отъ нападенія животныхъ. Объ этомъ послѣднемъ мы скажемъ ниже.

Вліяніе страха, необходимость жертвовать своимъ правомъ для того только, чтобы не совершить нарушенія закона, являются столь сильными стимулами для человѣка, что законъ считаетъ необходимымъ освобождать отъ наказанія лицо, поддавшееся вліянію такихъ преобла-

дающихъ воздѣйствій. Законъ не считаетъ возможнымъ предполагать въ каждомъ столь высокое гражданское мужество, чтобы онъ жертвовалъ своими благами для сохраненія правомѣрности своихъ дѣйствій. Законъ вынужденъ прощать дѣянія подобнаго рода, такъ какъ его предписанія разбиваются здѣсь мотивами сильнѣйшими, преобладающее вліяніе которыхъ надъ человѣкомъ вынужденъ признать самъ законодатель. Законъ прощаетъ такія дѣянія, хотя съ точки зрѣнія нравственной они, можетъ быть, и заслуживаютъ порицанія. Оставляя подобныя дѣянія безнаказанными, законъ, тѣмъ не менѣе, не можетъ признать ихъ правомѣрными. Наоборотъ, дѣяніе остается противоправнымъ, такъ какъ, спасая себя, дѣйствующій причиняетъ вредъ третьимъ лицамъ, вовсе не бывшимъ причиною опасности, и, слѣдовательно, не предупреждаетъ правонарушенія, какъ при необходимой оборонѣ, а только измѣняетъ направленіе зла и переноситъ противозаконный вредъ съ себя на другое лицо, столь же пользующееся государственной охраной.

Случаи крайней необходимости не должно смѣшивать или объединять, какъ это иногда дѣлается въ литературѣ, съ тѣми случаями коллизіи двухъ интересовъ, въ которыхъ самъ законъ установляетъ въ извѣстномъ объемѣ правомѣрность нарушеній одного интереса для сохраненія другого. Таковы, напримѣръ, ст. 427 и 434 Устава Торговаго (Томъ XI, ч. 2). Здѣсь мы имѣемъ спеціальное ограниченіе правъ одного субъекта соотвѣтственно особому субъективному праву другого (такъ называемое Nothrecht въ тѣсномъ смыслѣ). Несомнѣнно, что дѣянія этого послѣдняго рода будутъ правомѣрны,—именно потому, что они представляютъ собою не что иное, какъ осуществленіе даннаго законами права, и охватываются формулой: qui jure suo utitur nemini facit injuriam. Исходя отъ случаевъ этого рода, нѣкоторые писатели строятъ на признакѣ преимущественной важности одного изъ коллидирующихъ интересовъ передъ другимъ ученіе о *правомѣрности* вреда, причиненнаго для спасенія важнѣйшаго блага (теорія преобладающаго интереса).

Эта природа крайней необходимости, принципіально противоположная юридической природѣ необходимой обороны, опредѣляетъ собою отношеніе всего института къ государственной жизни: нельзя не видѣть, что объемъ крайней необходимости, какъ основанія безнаказанности, обратно пропорціоналенъ размѣрамъ гражданской доблести и мужества гражданъ. Чѣмъ слабѣе въ гражданахъ чувство долга, чѣмъ труднѣе имъ разставаться хотя бы съ частицами своихъ благъ для пользы общей или своего ближняго, тѣмъ чаще будутъ случаи преобладанія мотивовъ страха и себялюбія надъ мотивами законности, и тѣмъ шире долженъ будетъ признавать законъ (или судебная практика) безнаказанность крайней необходимости, и обратно. Поэтому, усматривая въ расширеніи необходимой обороны признакъ развитія и процвѣтанія гражданскихъ силъ въ обществѣ, въ расширеніи института крайней необходимости мы можемъ усмотрѣть, наоборотъ, лишь упадокъ духа и ослабленіе чувства законности въ гражданахъ. Не о расширеніи этого института за тѣ предѣлы, которые устанавливаются дѣйствительными потребностями

и характеромъ народнымъ, должно заботиться прогрессивное законодательство, а объ ограниченіи его, по возможности тѣми случаями, въ которыхъ граждане, по своему душевному слабосилію, не въ состояніи подчиняться велѣніямъ закона и воздерживаться отъ совершенія дѣяній противозаконныхъ; за этими предѣлами желательно лишь смягченіе наказаній, но никакъ не полная безотвѣтственность [1]).

Изъ такой природы института вытекаютъ непосредственно условія и объемъ безнаказанности дѣйствій, совершаемыхъ въ состояніи крайней необходимости. Условія опасности тѣ же, что и при необходимой оборонѣ; нѣтъ крайней необходимости, когда лицо должно было подвергнуться опасности въ силу закона; опасность должна быть не мнимая, а дѣйствительная; предметомъ охраны могутъ быть (мы не говоримъ: должны быть—здѣсь мѣсто разумнымъ ограниченіямъ) всѣ права и блага, какъ личныя, такъ и имущественныя. Наоборотъ, объемъ охраны совершенно иной, чѣмъ при необходимой оборонѣ. Съ точки зрѣнія интересовъ правопорядка, въ крайней необходимости имѣется лишь перенесеніе опасности съ одного лица на другое, слѣдовательно, оно можетъ быть лишь терпимо въ извѣстныхъ предѣлахъ, именно, пока не нарушаетъ общественныхъ интересовъ. Такъ, для многихъ вовсе не допускается ссылка на крайнюю необходимость—для военно-служащихъ (ст. 180 Воинскаго Устава), пожарныхъ, полицейскихъ. Далѣе, общество можетъ допустить ссылку на крайнюю необходимость лишь при коллизіи двухъ равныхъ правъ или высшаго съ низшимъ; общество не можетъ допустить, чтобы для спасенія низшаго блага приносилось въ жертву высшее, или, вообще, для спасенія себя отъ вреда незначительнаго причинялся другому лицу или обществу вредъ болѣе значительный. Такимъ образомъ, объемъ охраны соразмѣряется при крайней необходимости съ тѣмъ правомъ, которому грозитъ опасность.

Необходимо имѣть въ виду, что задача соразмѣренія двухъ благъ или интересовъ по ихъ сравнительной важности представляется въ высшей степени трудною. Даже при сопоставленіи между собою нарушеній двухъ однородныхъ благъ рѣшеніе вопроса не всегда представляется легкимъ. Такъ, напримѣръ, можемъ ли мы утверждать, что лишеніе имущества незначительнаго всегда важнѣе большихъ

[1]) Высказываясь, такимъ образомъ, за разумное, сообразно указанному моменту, ограниченіе крайней необходимости, какъ основанія безнаказанности, мы, конечно, вовсе не исходимъ отъ того представленія, что нравственная доблесть въ народѣ можетъ поддерживаться и укрѣпляться наказаніями (такой выводъ, однако, сдѣланъ въ литературѣ изъ нашихъ словъ: см. Таганцевъ, Лекціи, II). Наоборотъ, не подлежитъ никакому сомнѣнію, что эта сила народнаго духа созидается всею совокупностью условій народной и государственной жизни, а не карательными мѣропріятіями. Говоря объ отношеніяхъ крайней необходимости къ гражданской доблести населенія, мы имѣемъ въ виду лишь выяснить и установить необходимую зависимость института отъ этого этическаго момента.

денежныхъ убытковъ?—конечно, кусокъ хлѣба стоитъ самъ по себѣ очень немного, но утрата его можетъ повести къ послѣдствіямъ болѣе тяжкимъ, чѣмъ потеря нѣсколькихъ сотенъ и даже тысячъ рублей для человѣка богатаго. Кто и какъ рѣшитъ, что̀ важнѣе и тяжелѣе—побои или раны, если въ данную минуту они между собою не различаются съ точки зрѣнія опасности для жизни; можно ли утверждать, что при этомъ послѣднемъ условіи они всегда равны между собою, или что раны всегда тяжелѣе побоевъ?—Еще труднѣе рѣшается вопросъ при сравненіи благъ разнородныхъ: какъ сравнить благо свободы и тѣлесную неприкосновенность, во всей широтѣ этихъ благъ по ихъ содержанію; всегда ли физическая боль важнѣе ущерба имущественнаго—и даже не только простая боль, но и малое увѣчье, напримѣръ, потеря одного сустава на мизинцѣ; съ чѣмъ можно уравнять женскую честь и половую неприкосновенность; какъ соразмѣрить вредъ, причиняемый въ личныхъ благахъ, съ вредомъ общественнымъ? и т. п.

Намъ думается, что именно эта трудность соразмѣренія коллидирующихъ благъ и интересовъ привела, между прочимъ, и къ существующему въ литературѣ стремленію отнести защиту отъ нападенія лицъ невмѣняемыхъ къ необходимой оборонѣ. Если взять, напримѣръ, такой случай: женщина, защищаясь отъ изнасилованія со стороны сумасшедшаго, наноситъ ему увѣчье или убиваетъ его, то было бы противно и здравому смыслу, и нашей этикѣ признать безусловно наказуемость такого убійства. Между тѣмъ, легкимъ выходомъ изъ затрудненія является отнесеніе случаевъ этого рода къ необходимой оборонѣ. Однако нетрудно видѣть, что такой пріемъ не только заключаетъ въ себѣ догматическую ошибку въ юридической конструкціи, но и съ этической точки зрѣнія ведетъ слишкомъ далеко: примѣняя правила о необходимой оборонѣ, придется устранить условіе о невозможности спасенія себя другими средствами, бѣгствомъ, призывомъ на помощь и проч. Объ этомъ выводѣ писатели обыкновенно умалчиваютъ, но онъ ясенъ самъ собою.

Вполнѣ сознавая, согласно вышеизложенному, недостаточность одной лишь общей формулы о соразмѣреніи коллидирующихъ благъ по ихъ важности въ случаяхъ крайней необходимости, мы съ своей стороны полагаемъ, что затрудненіе должно быть разрѣшено не посредствомъ какихъ-либо искусственныхъ уклоненій въ юридической конструкціи института, а единственно на почвѣ тѣхъ пріемовъ, которые всегда служатъ средствомъ для примѣненія на практикѣ общихъ формулъ, устанавливающихъ расчлененіе понятій и противоположенія безъ отчетливыхъ формальныхъ признаковъ различія. Во всѣхъ подобныхъ случаяхъ, какъ извѣстно, законъ долженъ или самъ установить необходимыя правила для судьи—въ данномъ случаѣ указать признаки соразмѣренія (объективные или съ точки зрѣнія субъективной); или признать весь вопросъ за quaestio facti и предоставить его рѣшеніе свободному усмотрѣнію судьи. Послѣдній пріемъ, по нашему мнѣнію, наиболѣе цѣлесообразный, употребляется финляндскимъ Уложеніемъ; отдѣльныя указанія, соотвѣтствующія первому пріему, встрѣчаются въ другихъ законодательствахъ. Такъ, наше Уложеніе, хотя не по отношенію къ крайней необходимости, а въ составѣ правилъ о необходимой оборонѣ (см. выше), даетъ въ пунктѣ 1 статьи 1471 достаточно ясное указаніе на то, что честь и половая неприкосновенность женщины равняются жизни въ случаяхъ коллизіи.

Даже и въ этихъ предѣлахъ наука права должна требовать всевозможныхъ ограниченій: безнаказанность можетъ имѣть мѣсто тамъ, гдѣ не было никакихъ другихъ средствъ спасенія,—бѣгство, всякаго рода хитрость и уловки по отношенію къ лицу, отъ котораго истекаетъ опасность, должны быть выдвинуты здѣсь на первый планъ;

онѣ, конечно, менѣе позорны, чѣмъ спасеніе своихъ интересовъ на счетъ ближняго. Такъ, въ частности, въ случаяхъ защиты отъ нападенія лица невмѣняемаго, умалишеннаго, ребенка и проч., едва ли можетъ быть сомнѣніе, что государство можетъ простить причиненіе вреда такому нападающему только въ томъ случаѣ, когда ни обманомъ, ни ласкою, ни инымъ какимъ-либо способомъ нельзя было избѣжать опасности. Наконецъ, освобожденіе отъ наказанія въ силу крайней необходимости можетъ быть допускаемо въ случаяхъ спасенія интересовъ другихъ лицъ, подвергшихся опасности, а не себя самого, лишь настолько, насколько эти другія лица находятся къ дѣйствующему лицу въ такихъ отношеніяхъ, что опасность, имъ грозящая, дѣйствуетъ на него психически столь же сильно, какъ опасность ему самому грозящая.

Неограниченное распространеніе правилъ крайней необходимости на охрану третьихъ лицъ представляется, по нашему мнѣнію, безусловно несогласнымъ съ юридическимъ строемъ человѣческаго общежитія. Если законъ можетъ снисходительно относиться къ причиненію вреда ближнему ради спасенія самого себя отъ грозящей опасности, хотя это, какъ замѣчено выше, и можетъ считаться заслуживающимъ порицанія съ точки зрѣнія нравственной, то онъ безусловно не можетъ дозволить всѣмъ и каждому спасать блага и интересы однихъ гражданъ на счетъ другихъ. Религія и нравственность могутъ въ извѣстныхъ случаяхъ оправдать вторженіе съ этою цѣлью въ сферу правъ посторонняго лица, именно, если нѣтъ возможности оказать эту помощь на свой собственный счетъ; но законъ государственный признать общимъ правиломъ такое положеніе вещей не можетъ; это значило бы отдать права и блага гражданъ въ распоряженіе первому встрѣчному, который пожелалъ бы спасать другихъ отъ бѣды на чужой счетъ. Законъ государственный прощаетъ то, что̀ порицается нравственностью, именно, себялюбивое спасеніе себя самого на чужой счетъ, и можетъ воспретить то, что допускается нравственностью, именно, спасеніе отъ бѣды ближняго на чужой счетъ. Такое отношеніе права и нравственности мы встрѣчаемъ очень часто. Наибольшее, что можетъ сдѣлать законъ, это — допустить въ случаяхъ крайней необходимости охрану лицъ близкихъ, какъ то дѣлаютъ германское и венгерское Уложенія. Въ литературѣ нерѣдко раздаются голоса, противные нашему взгляду, требующіе неограниченнаго распространенія крайней необходимости на охрану всѣхъ третьихъ лицъ. Однако, въ большинствѣ случаевъ, какъ только дѣло доходитъ до доказательствъ и мотивировки, писатели этого направленія говорятъ о „самоотверженномъ“ спасеніи ближняго отъ опасности—что вовсе сюда не относится, такъ какъ споръ идетъ лишь о спасеніи ближняго посредствомъ причиненія вреда постороннему лицу, а вовсе не о „самоотверженномъ“ спасеніи — или приводятъ въ примѣръ конфискацію съѣстныхъ припасовъ у достаточной части населенія для раздачи го-

лодающей его части, что тоже къ вопросу не относится, такъ какъ совершается государственною властью, а не частными лицами.

Уложеніе опредѣляетъ крайнюю необходимость въ статьѣ 100. На основаніи этой статьи допускается только охрана своихъ правъ и только охрана жизни. Выставляя принципъ возможнаго ограниченія крайней необходимости, мы, тѣмъ не менѣе, никакъ не можемъ согласиться съ такою постановкою. Воспрещеніе охраны какихъ бы то ни было другихъ правъ, кромѣ жизни, является, по нашему мнѣнію, результатомъ простого недосмотра составителей. Въ Мировомъ Уставѣ 4 пунктъ 10 статьи, равнымъ образомъ, охватываетъ и vis absoluta, и крайнюю необходимость.

Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года значительно расширяетъ институтъ крайней необходимости, сравнительно съ Уложеніемъ о наказаніяхъ, но въ то же время подчиняетъ его нѣкоторымъ ограниченіямъ, сообразно съ указанными выше началамм. Уголовное Уложеніе, по нашему мнѣнію, дѣлаетъ одну весьма важную ошибку: оно распространяетъ крайнюю необходимость на спасеніе отъ опасности всѣхъ третьихъ лицъ, безъ всякихъ ограниченій, и при тѣхъ же условіяхъ, при которыхъ допускается спасеніе себя самого и своихъ интересовъ. Уголовное Уложеніе различаетъ два вида крайней необходимости: во-первыхъ, спасеніе жизни; во-вторыхъ, спасеніе всѣхъ прочихъ, личныхъ и имущественныхъ благъ. Въ первомъ случаѣ допускается посягательство на всѣ права и блага, въ томъ числѣ и на жизнь ближняго; во второмъ — лишь причиненіе такого вреда, который дѣйствующій „имѣлъ достаточное основаніе считать маловажнымъ сравнительно съ охраняемымъ благомъ“. Въ томъ и другомъ случаѣ одинаково допускается какъ спасеніе себя самого, такъ и третьихъ лицъ. Условіемъ безнаказанности поставляется неотвратимость опасности какими-либо иными средствами и отсутствіе законнаго запрещенія для даннаго случая или для даннаго лица уклоняться отъ опасности (ст. 46).

По вопросу о расширеніи крайней необходимости на охрану всѣхъ правъ и благъ, принадлежащихъ человѣку, а также на охрану правъ, принадлежащихъ третьимъ лицамъ, въ Объяснительной Запискѣ къ проекту Уголовнаго Уложенія стр. 133, приводятся слѣдующія соображенія: „нельзя же допустить, напримѣръ, говорятъ они, уголовную отвѣтственность за умышленное истребленіе имущества, когда оно совершено женщиною, уничтожившею чью-либо вещь при защитѣ себя отъ изнасилователя, или хозяиномъ, защищавшимъ свое имущество отъ пожара и при этомъ повредившимъ строеніе сосѣда и т. д. То же самое, конечно, должны мы сказать и относительно охраны третьихъ лицъ: убить чужую собаку, нападающую на ребенка, разломать заборъ дома, для спасенія отъ пожара чужого строенія, конечно, дозволительно и не должно быть облагаемо наказаніемъ“. Но не трудно видѣть, что все это касается лишь истребленія и поврежденія чужого имущества, а никакъ не присвоенія его себѣ или обращенія въ собственность третьяго лица,—распространеніе крайней необходимости на случаи этого послѣдняго рода невыносимо въ гражданскомъ обществѣ. Истребленіе и поврежденіе

чужого имущества, совершаемое безъ всякихъ корыстныхъ видовъ или иныхъ злыхъ намѣреній, стоитъ въ исключительномъ положеніи: оно, думается намъ, вообще, не должно подлежать наказанію, хотя бы оно совершалось внѣ условій крайней необходимости. Это начало ненаказуемости простого (неквалифицированнаго) поврежденія имущества, совершающагося внѣ мотивовъ корысти, злобы, мести и т. п. признавалось нѣкоторыми нѣмецкими законодательствами и до сихъ поръ живетъ въ правѣ англійскомъ. Оно свойственно было и нашему древнему праву, но, къ сожалѣнію, потерялось и забылось ко времени составленія Свода Законовъ. Кто убьетъ чужую кусающуюся собаку или иное животное спасая себя самого, свое имущество или третьихъ лицъ, тотъ, по нашему мнѣнію, не долженъ былъ бы подлежать отвѣтственности, совершенно независимо отъ примѣненія къ нему формулъ о крайней необходимости. Злонамѣренность, то есть наличность корыстныхъ цѣлей или намѣренія вредить, думается намъ, должна входить въ составъ наказуемаго истребленія чужого имущества. Если же законодатель не сочтетъ правильнымъ такого пріема, тогда возможна спеціальная оговорка въ законѣ для крайней необходимости въ смыслѣ полной безнаказанности истребленія чужого имущества для охраны своихъ или третьему лицу принадлежащихъ, важнѣйшихъ благъ.

Финляндское Уложеніе (гл. III, § 10) признаетъ охрану третьихъ лицъ, но рѣшеніе вопроса о безнаказанности дѣйствій, совершенныхъ въ крайней необходимости, предоставляетъ усмотрѣнію суда. Уложеніе говоритъ: „Если кто-либо, для спасенія своей или чужой личности, или имущества отъ неминуемой опасности, совершилъ наказуемое по закону дѣяніе, и если безъ этого спасеніе было невозможно, то судъ, смотря по обстоятельствамъ дѣла, опредѣляетъ, подлежитъ ли виновный освобожденію отъ наказанія за свой поступокъ или же подлежитъ наказанію въ полной мѣрѣ, или наказанію уменьшенному“.

16.

Отдѣленіе второе. Внѣшняя сторона.

Преступное дѣйствіе, по внѣшней своей сторонѣ, является или въ формѣ положительнаго дѣйствія въ тѣсномъ смыслѣ, delictum commissionis, или въ формѣ простого неисполненія, опущенія, delictum omissionis (см. выше). Независимо отъ этого различія, внѣшняя сторона преступнаго дѣйствія видоизмѣняется, смотря по тому, выполняется ли законный составъ преступнаго дѣянія исключительно самыми поступками лица и его недѣятельностью, опущеніемъ, или онъ требуетъ для своей полноты (то есть для окончанія преступнаго дѣянія) извѣстныхъ результатовъ, извѣстнаго измѣненія во внѣшнемъ мірѣ, отдѣльно отъ дѣятельности лица стоящаго, дѣйствіями этого лица причиненнаго или имъ не отклоненнаго. Далѣе, внѣшняя сторона преступнаго дѣйствія заключаетъ въ себѣ основанія къ расширенію наказуемости на сферу, такъ называемой, предварительной дѣятельности, то есть дѣятельности, направленной къ совершенію преступнаго дѣянія, но не достигшей своего результата. Наконецъ, условія внѣшней

стороны преступнаго дѣйствія опредѣляютъ собою отвѣтственность многихъ лицъ за одно послѣдствіе, воспроизведенное ихъ совмѣстною дѣятельностью.

III. Совершеніе преступнаго дѣянія.

1. Выполненіе преступнаго дѣянія.

Преступное дѣяніе, является ли оно въ формѣ delictum commissionis или delictum omissionis, одинаково требуетъ, для бытія своего, дѣйствительнаго, реальнаго воспроизведенія тѣхъ явленій во внѣшнемъ мірѣ, которыя указаны въ диспозитивной части соотвѣтствующаго уголовнаго закона. Явленія, реально не возникшія, а существующія лишь въ воображеніи дѣйствующаго лица, не могутъ образовать собою состава преступнаго дѣянія и не могутъ служить основаніемъ уголовной отвѣтственности, хотя бы дѣятельность лица сознательно къ нимъ направлялась. Такого рода дѣятельность лица носитъ названіе мнимаго преступнаго дѣянія, delictum putativum. Отсѣченіе головы animo necandi человѣку уже умершему, трупу; похищеніе собственной вещи, которую дѣйствующій считаетъ чужою—не будутъ ни убійствомъ, ни кражею. Равнымъ образомъ, убѣжденіе лица, что послѣдствія его дѣятельности возникли, когда они въ дѣйствительности не возникали, хотя вообще и могли бы возникнуть, точно такъ же не можетъ образовать собою состава соотвѣтствующаго преступнаго дѣянія. Такъ, убѣжденіе лица, что раненый имъ человѣкъ умеръ, когда онъ остался живъ, не можетъ придать его дѣятельности значенія убійства, какъ совершившагося преступнаго дѣянія. Теорія права ставитъ общее, не допускающее никакихъ изъятій, положеніе: преступное дѣяніе считается совершившимся только тогда, когда дѣйствительно возникли тѣ явленія, которыя образуютъ собою, опредѣленный въ уголовномъ законѣ, составъ преступнаго дѣянія, въ качествѣ элементовъ этого состава; другими словами—когда дѣйствительно выполнены всѣ элементы спеціальнаго состава извѣстнаго преступнаго дѣянія.

Это положеніе, строго говоря, не нуждается вовсе въ особомъ законодательномъ опредѣленіи; это есть общій выводъ изъ всѣхъ статей особенной части каждаго уголовнаго уложенія. Но, тѣмъ не менѣе, составители Свода Законовъ 1832 года сочли нужнымъ внести его въ текстъ закона; оттуда оно перешло въ Уложеніе и сохраняется понынѣ, хотя въ измѣненной редакціи. Какъ опредѣленія Свода, такъ и опредѣленія Уложенія касаются лишь умышленныхъ преступныхъ дѣяній.

Уложеніе въ статьѣ 10 говоритъ: „преступленіе почитается совершившимся, когда въ самомъ дѣлѣ послѣдовало преднамѣренное виновнымъ, или же иное отъ его дѣйствій зло“. Нельзя не обратить вниманія на крайнюю неточность такого опредѣленія: иное зло можетъ не имѣть никакой связи съ преднамѣреннымъ—напримѣръ, неосторожный поджогъ при попыткѣ совершить кражу. Сводъ Законовъ въ 10 статьѣ 1 части XV тома, замѣненной статьею 10 Уложенія, требовалъ, наоборотъ, полнаго тождества совершившагося съ задуманнымъ: „преступленіе почитается совершившимся, когда оное по предположенному замыслу, съ предположеннымъ вредомъ исполнено“. Это послѣднее опредѣленіе есть не что иное, какъ неудачное воспроизведеніе доктринальной формулы одной изъ школъ старой нѣмецкой литературы. Нынѣ дѣйствующее опредѣленіе вызвано лишь желаніемъ устранить этотъ признакъ тождества.

2. Связь послѣдствія съ дѣйствіемъ.

Сергѣевскій, О значеніи причинной связи. Легонинъ, Причиненіе смерти психическими средствами. Юрид. Вѣстн. 1879. I. Таганцевъ: 1) Преступленія противъ жизни, I; 2) Курсъ, II. Lammasch, Handlung und Erfolg. Grünhut's Zeitschrift. 1882. Horn, die Causalitätsbegriff in der Philosophie und im Strafrecht. Mayer, der Causalzusammenhang im Strafrecht. Rohland, die Strafbare Unterlssung.

а) Понятіе причиненія.

Кромѣ субъективной виновности въ установленномъ выше смыслѣ, вмѣненіе предполагаетъ наличность извѣстной объективной связи между явленіемъ, образующимъ собою нарушеніе нормы, и дѣятельностью лица, которому это нарушеніе вмѣняется, именно, связи причинной. Современное уголовное право не признаетъ человѣка отвѣтственнымъ за простое допущеніе извѣстнаго явленія; если законъ и устанавливаетъ иногда обязанность препятствовать возникновенію тѣхъ или другихъ явленій, то за неисполненіе этой обязанности онъ наказываетъ какъ за таковое, то есть какъ за delictum omissionis, преступное ощущеніе, а не какъ за причиненіе этого явленія.

Всякое явленіе въ области внѣшняго міра возникаетъ отъ дѣйствія силъ, заключающихся частью въ предметахъ неодушевленныхъ, частью принадлежащихъ живымъ существамъ исключительно. Очевидно, что соотвѣтствующая каждому явленію комбинація силъ и предметовъ составляетъ его необходимое предыдущее: исключивъ одну изъ силъ, удаливъ одинъ изъ предметовъ, мы не получимъ явленія или, иначе говоря, произойдетъ другое явленіе, отличное отъ перваго или по своему содержанію, или по условіямъ времени. Каждый элементъ предыдущаго является, такимъ образомъ, безусловно необходимымъ для

послѣдующаго; каждый изъ нихъ есть необходимое условіе послѣдующаго и можетъ разсматриваться, съ одинаковымъ основаніемъ, какъ причина его. Преступная дѣятельность человѣка, направляющаяся къ воспроизведенію извѣстнаго послѣдствія, точно такъ же никогда не дѣйствуетъ одна исключительно; преступный результатъ всегда вызывается совмѣстною дѣятельностью силъ человѣка и многообразныхъ силъ природы. Для того, чтобы совершить самомалѣйшее дѣйствіе, необходимо привести въ движеніе массу силъ природы, и внѣ этихъ послѣднихъ никакое дѣйствіе не произведетъ результата. Когда мы говоримъ, что человѣкъ причинилъ извѣстное преступное послѣдствіе, то этимъ мы утверждаемъ лишь одно, именно, что дѣятельность его является однимъ изъ условій этого послѣдствія.

Что касается до конкретнаго содержанія причиняющей дѣятельности, то очевидно, что значеніе предшествующаго факта, какъ условія послѣдующаго явленія, не зависитъ отъ способа дѣйствія силы; другими словами — какимъ бы путемъ ни проявлялась сила, какія бы средства ни были ея формою, значеніе ея, какъ условія, останется всегда одно и то же. Для предметовъ неодушевленной природы положеніе это не имѣетъ особаго значенія; иначе для человѣка. Въ дѣятельности послѣдняго, именно, въ его отношеніяхъ къ другимъ людямъ встрѣчаются такіе моменты, въ которыхъ воздѣйствіе на окружающихъ производится такими средствами, которыя, по крайней мѣрѣ въ наше время, весьма мало поддаются физическому измѣренію и оцѣнкѣ. Въ возможности производить такими нематеріальными, психическими средствами извѣстныя физическія явленія, то есть, въ возможности такихъ физическихъ явленій, въ причинной цѣпи которыхъ оказываются въ качествѣ условій психическія дѣйствія, никто сомнѣваться не можетъ — стоитъ только представить себѣ слезы или обморокъ, вызванные сообщеніемъ горестнаго извѣстія, паденіе при испугѣ и т. п. Вопросъ можетъ заключаться лишь въ томъ, можетъ ли послѣдствіе, вызванное этимъ путемъ, быть вмѣнено какъ преступное дѣяніе.

Вопросъ этотъ для болѣе полнаго разрѣшенія можетъ быть обобщенъ: всякія ли средства, послужившія къ воспроизведенію запрещеннаго результата, имѣютъ одинаковое значеніе; нѣтъ ли такого разряда средствъ, который дѣлалъ бы запрещенный закономъ результатъ ненаказуемымъ, непреступнымъ?—Нѣтъ сомнѣнія, что законодатель можетъ признать извѣстное послѣдствіе наказуемымъ только при употребленіи извѣстныхъ средствъ—этого, очевидно, отрицать нельзя, и мы можемъ найти этому нѣкоторые, хотя и необильные, примѣры. Для разрѣшенія поставленнаго вопроса важна другая сторона: можетъ ли существовать дѣленіе средствъ на преступныя и непреступныя вообще, помимо исключительныхъ опредѣленій законодателя? Иначе говоря:

возможно ли, при общей формулѣ законодательнаго запрета — не убей, не укради — безъ всякихъ изъ него исключеній по вопросу о средствахъ, выдѣлить извѣстный разрядъ средствъ, какъ вообще негодный къ совершенію преступныхъ дѣяній?

Приступая къ разрѣшенію этого вопроса, мы прямо и непосредственно усматриваемъ отсутствіе какихъ бы то ни было руководящихъ моментовъ для дѣленія средствъ: всѣ средства одинаковы, если они производятъ свое дѣйствіе; всѣ условія явленія равны между собою. У насъ нѣтъ никакой точки опоры для подобнаго дѣленія, и если законъ запрещаетъ извѣстное послѣдствіе, какъ таковое, безъ всякихъ оговорокъ, которыя касались бы средствъ, то мы должны признать всѣ средства одинаково годными: запрещаются не средства, а именно и исключительно послѣдствіе, какъ таковое. Если я объявлю кому либо, что, при первой попыткѣ его выйти изъ комнаты, я прострѣлю ему голову, и если подобное заявленіе состоялось при обстоятельствахъ, побуждающихъ вѣрить ему вполнѣ, то это будетъ точно такое же лишеніе свободы, какъ и то, которое достигается посредствомъ замка и веревокъ. Въ частности, относительно психическихъ средствъ, мы должны прямо признать, что „ни свойство измѣненій, производимыхъ въ организмѣ психическимъ воздѣйствіемъ, ни самый механизмъ образованія этихъ измѣненій не имѣютъ ничего такого, чѣмъ бы психическій способъ насилія выдѣлялся изъ группы всѣхъ другихъ способовъ насилія... Механизмъ смерти отъ психическихъ потрясеній тотъ же самый, который наблюдается нерѣдко при повѣшеніи, утопленіи и т. п. Психическій способъ ничѣмъ существеннымъ не отличается отъ механическихъ способовъ насилія; другими словами, всѣ способы насилія, если только они въ состояніи вызвать матеріальныя измѣненія въ организмѣ, сводятся къ одному и тому же началу, то есть механическому“ (Легонинъ, Юрид. Вѣстн. 1879. I).

Современныя уложенія, по общему правилу, не даютъ никакихъ прямыхъ опредѣленій по вопросу о средствахъ. Наоборотъ, кодексы старой эпохи заключаютъ въ себѣ нерѣдко самыя точныя предписанія судьѣ не дѣлать никакого различія относительно средствъ совершенія преступнаго дѣянія. Предписанія эти мы встрѣчаемъ, именно, при опредѣленіи тѣхъ преступныхъ дѣяній, относительно которыхъ преимущественно можетъ возникать вопросъ о средствахъ, — при вытравленіи плода и при убійствѣ. Такимъ образомъ, если въ законѣ прямо и опредѣлительно не установлено исключенія, то причиной, съ точки зрѣнія уголовнаго права, можетъ быть всякое дѣйствіе человѣка, въ какую бы форму оно ни облекалось.

Затѣмъ по содержанію своему, эти причиняющія дѣйствія могутъ быть двухъ родовъ. Во-первыхъ, человѣкъ своимъ дѣйствіемъ создаетъ положительныя условія для возникновенія послѣдствія, вызывая къ

дѣйствію новыя силы или усиливая наличныя силы, если онѣ существуютъ и дѣйствуютъ въ извѣстномъ направленіи, или наконецъ, создавая такую обстановку, которая влечетъ за собою присоединеніе постороннихъ силъ. Во-вторыхъ, онъ можетъ направить свою дѣятельность къ тому, чтобы дать возможность проявить свое дѣйствіе силамъ уже существующимъ, но нейтрализованнымъ въ своемъ стремленіи къ произведенію послѣдствія какими-либо противодѣйствующими силами; иначе говоря, онъ устраняетъ условія препятствующія или отрицательныя и тѣмъ даетъ возможность дѣйствовать существующимъ уже условіямъ положительнымъ.

Вопросъ о значеніи причинной связи возникъ первоначально въ примѣненіи къ преступнымъ дѣяніямъ противъ жизни и здоровья. Первоначальная теорія причинной связи, выработанная еще средневѣковыми итальянскими юристами, сводится къ слѣдующимъ положеніямъ: 1) Если рана сама по себѣ не смертельна, не такова, ut ex eo ictu certum esse moriturum, а получившій рану находился въ болѣзненномъ состояніи, то смерть его не вмѣняется нанесшему рану, и этотъ послѣдній отвѣчаетъ лишь за нанесеніе раны. 2) Равнымъ образомъ, если рана сама по себѣ была не смертельна, а смертельный исходъ обусловленъ былъ negligentia самаго раненаго или врача. 3) Причинная связь смерти съ тѣлеснымъ поврежденіемъ признавалась лишь тогда, когда смерть наступала до истеченія извѣстнаго опредѣленнаго срока, такъ называемыхъ „критическихъ“ дней; большинство признавало сорокъ дней, многіе—годъ со днемъ, другіе—двадцать дней и, наконецъ, нѣкоторые—семь дней. 4) Проводится различіе между поврежденіями безусловно смертельными, поврежденіями излѣчимыми и такими, которыя повлекли за собою смерть, лишь благодаря случайнымъ обстоятельствамъ.

Эти положенія принимаются въ западно-европейской доктринѣ и практикѣ и развиваются множествомъ дальнѣйшихъ дѣленій и подробностей, построенныхъ точно такъ же на различеніи поврежденій смертельныхъ вообще, или безусловно смертельныхъ, отъ такихъ, которыя повлекли за собою смерть, лишь благодаря особенностямъ даннаго случая или особенностямъ даннаго лица. Такой порядокъ продолжался до конца XVIII столѣтія. Для вмѣненія смертельнаго исхода требовалось, чтобы поврежденіе, взятое вообще, то-есть помимо индивидуальныхъ особенностей даннаго лица и даннаго случая, влекло за собою смерть съ необходимостью и безъ возможности излѣченія. Если поврежденіе, за которымъ послѣдовала смерть, не удовлетворяло этимъ условіямъ; если медицинская помощь могла отклонить роковое послѣдствіе; если оно возникло лишь благодаря какимъ-либо особенностямъ случая или болѣзненному состоянію пострадавшаго,—то смерть раненаго не могла быть вмѣнена лицу, нанесшему рану, и судья не могъ назначить ординарнаго за убійство наказанія. Равнымъ образомъ, сохраняла свою силу и теорія критическихъ дней.

Поворотъ въ исторіи вопроса произвели въ началѣ XIX столѣтія работы Штюбеля и Фейербаха (Stübel, Ueber den Thatbestand der Verbrechen, 1805. Feuerbach, Lehrbuch des gemeinen peinlichen Rechts). Первому изъ нихъ принадлежитъ глубокая и смѣлая критика старыхъ пріемовъ и самостоятельное установленіе основной идеи новой конструкціи; второму—ближайшая ея обработка и перенесеніе на практическую почву мыслей перваго. Всякое нарушеніе, говоритъ Фейербахъ, предполагаетъ существованіе извѣстнаго лица, какъ дѣйствующей причины (wirkende Ursache), и лицо, въ волѣ и дѣйствіи котораго заключается достаточная причина (hinreichende Ursache), произведшая преступное дѣяніе, какъ

свое послѣдствіе, называется виновникомъ (Urheber), auctor delicti. Подъ убійствомъ, напримѣръ, разумѣется противоправное дѣйствіе, которое есть достаточная причина воспослѣдовавшей смерти человѣка. При этомъ безразлично, было ли поврежденіе таково, что должно было во всѣхъ случаяхъ причинить смерть, или таково, что причинило смерть лишь въ настоящемъ случаѣ по исключенію; равнымъ образомъ безразлично, могъ ли быть смертельный исходъ отклоненъ помощью и лѣченіемъ, или поврежденіе было неизлѣчимо смертельнымъ; была ли смерть произведена самимъ поврежденіемъ непосредственно, или другими силами, которыя оно привело въ дѣйствіе. Такимъ образомъ, Фейербахъ самымъ рѣшительнымъ и опредѣленнымъ образомъ отбрасываетъ всѣ старыя дѣленія поврежденій и всѣ искусственныя ограниченія понятія причины въ уголовномъ правѣ. Затѣмъ, Кругъ и Глазеръ, дополняя отрицательно-критическія соображенія Штюбеля-Фейербаха положительной формулой, установляютъ общее, какъ для содѣянія, такъ и для преступнаго бездѣйствія, правило, что причиной извѣстнаго послѣдствія должно считаться такое дѣйствіе человѣка, которое является однимъ изъ условій его, въ томъ смыслѣ, какъ было установлено нами выше.

Казалось бы, на этомъ могла быть закончена литературная исторія вопроса о причинной связи, какъ объективномъ отношеніи послѣдствія къ дѣйствію; могла быть выставлена безспорная формула: все то подлежитъ вмѣненію, чего условіемъ-причиною являются дѣйствія человѣка, если имѣются необходимыя для вмѣненія элементы субъективной виновности—сознаніе совершаемаго, предвидѣніе послѣдствій. Такимъ образомъ, центръ тяжести всего вопроса объ объемѣ подлежащихъ вмѣненію послѣдствій дѣянія перенесенъ былъ бы, совершенно правильно, на анализъ этихъ элементовъ, а не полагался бы въ попыткахъ различенія самыхъ послѣдствій по ихъ отношеніямъ къ причиняющей дѣятельности, или различенія условій послѣдствія между собою по ихъ объективному значенію, какъ то дѣлала старая итальянская, до-Штюбелевская школа. Такъ именно и поступаемъ мы въ изложенныхъ выше ученіяхъ о причиненіи и объ элементахъ субъективной виновности. Къ сожалѣнію, литература нѣмецкая, а за нею и наша русская, пошла по другому направленію и создала изъ ученія о причинной связи одно изъ самыхъ осложненныхъ и запутанныхъ ученій общей части уголовнаго права (см., напримѣръ, сочиненія Buri). Весьма многіе писатели исходятъ отъ того положенія, что не всѣ условія, результатомъ которыхъ было наступленіе извѣстнаго явленія, по своему объективному значенію, одинаковы: одни изъ этихъ условій суть главныя и служатъ причиною явленія; другія же суть второстепенныя и могутъ считаться лишь поводомъ его. Если дѣйствіе человѣка есть главное условіе послѣдствія, то причинная связь между ними существуетъ и отвѣтственность возможна; если же оно есть условіе второстепенное и является лишь поводомъ его, то причинной связи между ними и наступившимъ явленіемъ съ точки зрѣнія уголовнаго права, а слѣдовательно и вмѣненія, нѣтъ. Вопросъ такимъ образомъ сводится къ тому, чтобы различить случаи, когда дѣйствіе человѣка является причиною произведеннаго имъ послѣдствія и когда только поводомъ.

Прежде всего для различія причины и повода выдвинуты были слѣдующія соображенія: если какое-либо условіе вызываетъ послѣдствіе непосредственно или вызываетъ другія силы, которыя производятъ послѣдствіе, или направляетъ ихъ, тогда, говорятъ, оно есть причина его; если же послѣдствіе возникло при содѣйствіи постороннихъ, самостоятельно дѣйствующихъ, невызванныхъ силъ, то оно есть поводъ; если, однако, послѣдствіе, хотя и вызвано самостоятельными, независимыми силами, но дѣйствія человѣка облегчили его возникновеніе на столько, что независимость этихъ силъ является не дѣйствительною, а лишь мнимою, то дѣйствія сохраняютъ значеніе причины и т. д. Напримѣръ, А отсѣкаетъ Б голову, здѣсь дѣйствіе А (отсѣченіе головы) непосредственно вызываетъ явленіе (смерть

Б) и есть, слѣдовательно, причина его. Наоборотъ, А причинилъ Б рану; раненый остался на улицѣ и замерзъ; дѣйствіе А есть лишь поводъ и не можетъ быть причиною явленія (смерти Б), потому что посторонняя сила (холодъ) вовсе имъ не вызвана и присоединилась совершенно самостоятельно. Раздѣляютъ, иначе выражаясь, дѣйствующія силы на agens—причины и accidens—поводъ. Допустимъ даже, что дѣйствіе имѣло характеръ только accidens; но если на этотъ ходъ развитія явленія именно расчитывали, то, очевидно, результатъ, тѣмъ не менѣе, долженъ подлежать вмѣненію; это признаютъ и сами представители разбираемой теоріи. А если такъ, то не трудно видѣть, что все различіе причины и повода, проводимое этими теоріями, не имѣетъ никакого реальнаго значенія: авторъ повода долженъ быть признанъ отвѣтственнымъ точно такъ же, какъ и авторъ причины, если только относительно его установлены будутъ всѣ условія субъективной виновности. Разница отъ изложеннаго нами выше ученія, въ дѣйствительности, заключается лишь въ томъ, что для отвѣтственности въ большинствѣ случаевъ приходится устанавливать фикцію—признавать поводъ равнозначительнымъ, съ точки зрѣнія уголовнаго права, съ причиною. Не трудно видѣть, что для ученія о вмѣненіи эти теоріи совершенно безполезны, хотя, можетъ быть, съ точки зрѣнія формально-діалектической онѣ и могутъ казаться стройными; всѣ старанія провести различіе между причиною и поводомъ оказываются ненужными, такъ какъ авторъ повода, при наличности предвидѣнія, точно такъ же признается отвѣтственнымъ за послѣдствіе, какъ и авторъ причины. Въ нашей литературѣ представителемъ этого направленія является Таганцевъ.

Другая группа теорій вводитъ для различенія причины и повода новый признакъ—*преступность средствъ*, утверждая, что причинная связь съ точки зрѣнія уголовнаго права существуетъ лишь въ томъ случаѣ, когда послѣдствіе вызвано преступными средствами. Очевидно, что если бы такое дѣленіе средствъ на преступныя и непреступныя было установлено въ законѣ (см. объ этомъ выше), тогда только оно могло бы имѣть значеніе для суда, какъ признакъ различія между причиной и поводомъ; безъ указанія же закона, оно является чисто произвольнымъ. Независимо отъ того, нельзя не замѣтить, что ни одна изъ теорій этого направленія не даетъ никакихъ опредѣленныхъ признаковъ для объективнаго различенія средствъ преступныхъ и непреступныхъ.

Въ нашемъ правѣ опредѣленія, касающіяся вопроса о причинной связи, появились впервые въ XVIII вѣкѣ, въ законодательствѣ Петра Великаго, и такъ же, какъ на западѣ, спеціально по отношенію къ убійству. Въ этихъ постановленіяхъ ученіе о причинной связи было построено по той же системѣ, какая господствовала и въ Западной Европѣ до Штюбеля, то-есть для вмѣненія требовалось, чтобы дѣйствія виновнаго были непосредственною причиною результата, чтобы не было присоединенія какихъ-либо иныхъ причинъ и проч. Эти положенія въ 1828 году были замѣнены наставленіями врачамъ при судебныхъ осмотрахъ и вскрытіяхъ тѣлъ, вошедшими въ XIII т. Св. Зак. (Уст. Судебной Медицины) и по содержанію своему имѣющими значеніе исключительно отрицательныхъ правилъ, совершенно аналогичное съ тѣми опредѣленіями въ западномъ правѣ, которыя возникли подъ вліяніемъ критическихъ изслѣдованій Штюбеля и Фейербаха. Никакихъ дальнѣйшихъ опредѣленій о причинной связи наше Уложеніе, равно какъ и всѣ новѣйшія законодательства Европы въ себѣ не заключаютъ. Пріемъ совершенно правильный, такъ какъ вопросъ о причинной связи дѣйствія съ послѣдствіемъ есть такой вопросъ, который въ спеціальныхъ законодательныхъ опредѣленіяхъ не нуждается.

б) Формы преступнаго дѣйствія.

Нерѣдко причиненіе скрывается подъ внѣшнимъ видомъ бездѣйствія, недѣятельности—обстоятельство, создававшее не мало затрудненій въ литературѣ по вопросу объ отграниченіи простого, ненаказуемаго по началамъ права, допущенія или неотклоненія послѣдствій отъ ихъ наказуемаго причиненія. Разсмотримъ эти формы преступнаго дѣйствія: причиненіе, облеченное въ форму бездѣйствія, — *преступное бездѣйствіе* (Таганцевъ называетъ: невмѣшательство), сравнительно съ причиненіемъ, облеченнымъ въ форму положительнаго дѣйствія, — *содѣяніе*.

Мы видѣли, что причиненіе заключается или въ поставленіи положительныхъ условій для послѣдствія, или въ уничтоженіи отрицательныхъ (препятствующихъ) условій въ тѣхъ случаяхъ, когда это послѣднее возможно. Какъ первый способъ — поставленіе положительныхъ условій—такъ и второй — уничтоженіе существующихъ отрицательныхъ—оба они представляютъ собою въ обыкновенныхъ случаяхъ простое положительное дѣйствіе, заключающееся въ приложеніи тѣхъ или другихъ силъ къ предметамъ внѣшней природы. Однако, не трудно видѣть, что причиняющая дѣятельность можетъ иногда весьма осложниться и распасться на нѣсколько актовъ. Такому осложненію подлежитъ именно второй способъ, такъ какъ онъ, какъ мы видѣли, имѣетъ мѣсто только тогда, когда обстоятельства сложились предварительно такимъ образомъ, что положительныя условія уже существуютъ, но нейтрализуются въ своемъ дѣйствіи тѣми или другими отрицательными условіями; напримѣръ, камень готовъ свалиться съ обрыва, но его задерживаетъ корень дерева. Дѣйствующій можетъ здѣсь перерубить корень, и соотвѣтствующее послѣдствіе произйдетъ точно такъ же, какъ если бы онъ собственными силами опрокинулъ камень. Когда такого рода предварительное распредѣленіе взаимно другъ друга нейтрализующихъ условій производится не самимъ дѣйствующимъ лицомъ, а другими лицами и силами природы, то внѣшній видъ его дѣятельности нисколько не измѣняется — она остается такимъ же простымъ положительнымъ дѣйствіемъ, содѣяніемъ, какъ и при первомъ способѣ причиненія. Но весьма нерѣдки случаи, въ которыхъ эта предварительная дѣятельность, вполнѣ или отчасти, принадлежитъ тому же лицу. Такъ, представимъ себѣ, во-первыхъ, что завѣдующій порохострѣльными работами на рудникѣ подготовляетъ взрывъ горной породы (положительное условіе) и, во избѣжаніе опасности для прохожихъ, выставляетъ предупреждающее объявленіе (отрицательное условіе), но затѣмъ, руководствуясь тѣми или другими соображеніями, снимаетъ объявленіе (уничтоженіе отрицательныхъ условій), и прохо-

жій погибаетъ (послѣдствіе) при взрывѣ. Здѣсь дѣятельность человѣка представляется уже въ трехъ актахъ, изъ которыхъ первый и второй другъ друга нейтрализуютъ, а третій, уничтожая дѣйствіе второго, возвращаетъ первому его активную силу.

Во-вторыхъ, представимъ себѣ, что, относительно какого-либо послѣдствія, обстоятельства или другіе люди устроили равновѣсіе положительныхъ и отрицательныхъ условій; напримѣръ, камень лежитъ на обрывѣ и задерживается отъ паденія корнемъ дерева. Кто-либо, для тѣхъ или другихъ цѣлей, уничтожаетъ существующее отрицательное условіе (подрубаетъ корень дерева), но замѣняетъ его другимъ—дѣлаетъ искусственную подставку и этимъ путемъ возстановляетъ прежнее равновѣсіе; затѣмъ онъ уничтожаетъ и это препятствіе. Здѣсь, какъ и въ вышеприведенномъ случаѣ, первый актъ нейтрализуется вторымъ, а третій уничтожаетъ дѣйствіе второго и возвращаетъ первому его значеніе простого уничтоженія отрицательныхъ условій. Наконецъ, въ третьихъ, предположимъ, что кто-либо находитъ положительныя условія извѣстнаго послѣдствія уже поставленными; пользуясь удобными обстоятельствами, онъ успѣваетъ поставить своевременно условія отрицательныя и, такимъ образомъ, нейтрализуетъ дѣйствіе первыхъ; затѣмъ настроеніе его измѣняется, и онъ уничтожаетъ сдѣланное. Напримѣръ, кто-либо тонетъ въ рѣкѣ (положительныя условія), другой бросаетъ ему веревку (отрицательныя условія), но затѣмъ, подъ вліяніемъ тѣхъ или другихъ чувствъ, отнимаетъ обратно (уничтоженіе отрицательныхъ условій), и тотъ утопаетъ (послѣдствіе). Въ этихъ случаяхъ дѣятельность лица распадается на два акта: поставленіе отрицательныхъ условій и уничтоженіе ихъ.

Во всѣхъ этихъ трехъ случаяхъ уничтожаемыя препятствующія условія могутъ образовываться или какими-либо фактами, силами и средствами, созданными дѣйствующимъ лицомъ, но тѣмъ не менѣе, существующими внѣ его личности, каковы, напримѣръ, внѣшнія орудія, задерживающія камень отъ паденія, условные знаки, выставляемые для предупрежденія прохожихъ, наконецъ, тотъ фактъ, что утопающій получилъ брошенную съ берега веревку; или отрицательныя условія могутъ образовываться дѣятельностью лица непосредственно — человѣкъ собственными руками задерживаетъ падающій камень, самъ караулитъ у опаснаго мѣста, плыветъ рядомъ съ утопающимъ и поддерживаетъ его своею рукою. При первомъ условіи человѣкъ, уничтожая имъ самимъ поставленныя отрицательныя условія, долженъ, напримѣръ, вынуть подставку, поддерживающую камень, снять выставленное имъ предупреждающее объявленіе, наконецъ, вырвать веревку изъ рукъ утопающаго; при послѣднемъ—перестать держать камень, пропустить безмолвно прохожаго за черту, отнять поддерживающую руку отъ утопающаго. Различіе сказывается весьма рѣзко: уничтоженіе чего-либо сдѣланнаго

есть всегда положительное дѣйствіе—содѣяніе; прекращеніе же своей личной дѣятельности есть замѣна дѣятельности недѣятельностью и представляетъ собою именно ту форму причиненія, которая имѣетъ внѣшній видъ бездѣйствія. Такъ, напримѣръ, кто-либо уговариваетъ другого плыть черезъ широкую рѣку, обѣщая свою помощь въ случаѣ необходимости; отправляются вмѣстѣ; нѣкоторое время онъ исполняетъ обѣщаніе и поддерживаетъ своего сотоварища, но затѣмъ измѣняетъ намѣреніе и прекращаетъ свою спасательную дѣятельность; тотъ погибаетъ. Приготовляя взрывъ горной породы, завѣдывающій работами выставляетъ объявленіе, воспрещающее постороннимъ лицамъ переходъ за черту;нѣкто снимаетъ объявленіе и становится самъ караулить, но въ критическую минуту, злоумышленно или по небрежности, пропускаетъ кого-либо за черту, и тотъ погибаетъ. Въ томъ и другомъ случаѣ поведеніе дѣйствующаго лица во время возникновеніи явленія представляетъ собою состояніе полной недѣятельности — то, что мы привыкли называть бездѣйствіемъ: плывущій по рѣкѣ бездѣйствуетъ и только не препятствуетъ тонуть своему товарищу; караульный у черты тоже только бездѣйствуетъ—онъ молчитъ, и проѣзжій самъ идетъ къ своей погибели. Съ другой стороны, и предшествующая дѣятельность этихъ лицъ не заключаетъ въ себѣ ничего такого, что, взятое въ отдѣльности, могло бы быть признано причиною преступнаго послѣдствія; одинъ берется помогать неумѣлому пловцу и дѣйствительно помогаетъ ему нѣкоторое время; другой караулитъ у опаснаго мѣста и предупреждаетъ проѣзжающихъ. Однако, первый и второй акты нейтрализуютъ другъ друга; третій возвращаетъ активную силу первому; этотъ же первый актъ есть въ первомъ примѣрѣ поставленіе положительныхъ условій, во второмъ — уничтоженіе отрицательныхъ; поэтому третій актъ—какова бы ни была его внѣшность, положительное дѣйствіе или бездѣйствіе—является, при такихъ обстоятельствахъ, всегда причиняющимъ дѣйствіемъ. Если онъ имѣетъ форму бездѣйствія, то это только потому, что роль отрицательныхъ условій исполняется здѣсь личною дѣятельностью человѣка, уничтоженіе которой заключается въ ея прекращеніи.

Затѣмъ, иногда внѣшній видъ бездѣйствія придается причиняющей дѣятельности особенностями субъективной стороны. Когда субъективныя условія вмѣненія возникаютъ во время самаго дѣйствованія, преступная дѣятельность лица представляетъ одно равномѣрно-развивающееся цѣлое, начиная съ того момента во времени, въ который возникаетъ субъективная виновность, и кончая возникновеніемъ самаго послѣдствія. Но когда субъективныя условія вмѣненія возникаютъ уже по окончаніи дѣйствованія, то первая стадія въ развитіи явленія представляетъ собою полную противоположность второй: первая состоитъ изъ активной дѣятельности, но лишена субъективной виновности; вторая состоитъ изъ

недѣятельности, но охвачена субъективной виновностью. Такимъ образомъ, весь фактъ представляется по внѣшности какъ бы состоящимъ изъ соединенія положительнаго дѣйствія и бездѣйствія, изъ которыхъ первое является непреступнымъ, а второе, наоборотъ, преступнымъ. Кто-либо случайно столкнулъ другого въ воду; онъ можетъ его вытащить, но сознательно не дѣлаетъ этого, такъ какъ этотъ другой есть его врагъ. Эти случаи образуютъ собою другую группу кажущагося бездѣйствія, за которымъ скрывается причиненіе; группа эта отличается отъ предыдущей тѣмъ, что тамъ бездѣйствіе является какъ необходимая форма прекращенія собственной дѣятельности, здѣсь же все дѣло заключается въ томъ, что характеръ преступности получается дѣяніемъ не во время положительнаго дѣйствованія, а тогда, когда дѣйствующему остается только ждать и не препятствовать — бездѣйствовать.

Таковы тѣ обстоятельства, подъ вліяніемъ которыхъ причиненіе принимаетъ внѣшній видъ бездѣйствія. Содѣяніе и преступное бездѣйствіе суть двѣ внѣшнія формы, въ которыхъ можетъ проявляться причиненіе; преступное бездѣйствіе есть, по содержанію своему, такая же причиняющая дѣятельность, какъ и содѣяніе.

Совершенно отдѣльно отъ теорій причинной связи, стояли до послѣдняго времени ученія о той формѣ причиненія, которую мы назвали выше преступнымъ бездѣйствіемъ. Въ старомъ правѣ тѣ случаи, которые мы называемъ нынѣ преступнымъ бездѣйствіемъ (или Таганцевъ—невмѣшательствомъ), не выдѣлялись отъ простого допущенія или невоспрепятствованія возникновенію вреда. Всякое же невоспрепятствованіе, говоря вообще, могло быть наказано по принципу канонического права — qui potuit hominem liberare morte et non liberavit, eum occidit. Съ этой точки зрѣнія всякое невоспрепятствованіе вреднымъ послѣдствіямъ приравнивалось къ попустительству (то-есть невоспрепятствованію дѣянію преступному), которое считалось видомъ соучастія. Въ такомъ положеніи мы находимъ вопросъ этотъ до XIX вѣка, хотя мы вовсе не имѣемъ указаній на то, въ какихъ именно размѣрахъ прилагалась судебной практикой наказуемость къ невоспрепятствованію, облагалось ли оно наказаніемъ всегда, или въ случаѣ нарушенія какихъ-либо юридическихъ или нравственныхъ обязанностей, или только въ тѣхъ случаяхъ, которые мы нынѣ подводимъ подъ понятіе преступнаго бездѣйствія въ тѣсномъ смыслѣ, какъ скрытой формы причиненія. Писатели этой эпохи довольствуются общими положеніями, что всякое невоспрепятствованіе можетъ разсматриваться, какъ попустительство, что всякое попустительство наказуемо и т. д. Впервые попытка дать философское обоснованіе такому расширенію уголовной отвѣтственности на всю область невоспрепятствованія была сдѣлана въ началѣ XIX вѣка Штюбелемъ; онъ возвелъ обязанность препятствовать всякимъ вреднымъ для другихъ послѣдствіямъ къ общегражданской обязанности помогать другъ другу, покоющейся на основномъ договорѣ человѣческаго единенія. На смѣну ей выдвинута была Фейербахомъ и Шпангербергомъ другая теорія, значительно сократившая область наказуемаго невоспрепятствованія. Общегражданской обязанности препятствовать вреднымъ для другихъ послѣдствіямъ, говоритъ эта теорія, не существуетъ; такая обязанность можетъ вытекать изъ спеціальныхъ правовыхъ основаній (Rechtsgrund)—повелѣнія закона, договора и естественныхъ

отношеній (напримѣръ, родителей къ дѣтямъ). Всякое лицо, на которомъ лежала подобная обязанность и которое ея не исполнило, подлежитъ уголовной отвѣтственности за неотклоненное имъ послѣдствіе, какъ за его причиненіе. Эта теорія отразилась, между прочимъ, въ статьяхъ 1519 и 1520 Уложенія о наказаніяхъ.

Однако и эта теорія просуществовала не долго; вскорѣ Люденъ выдвинулъ положеніе, что неисполненіе обязанности, само по себѣ взятое, можетъ быть наказуемо самостоятельно, въ качествѣ delictum omissionis, но не можетъ обосновывать отвѣтственности за неотклоненное послѣдствіе; что для отвѣтственности за послѣдствіе необходима наличность его причиненія. Послѣ Людена всѣ усилія криминалистовъ были направлены къ тому, чтобы установить моментъ причиненія въ томъ, что представляется намъ бездѣйствіемъ, и признать вмѣненіе послѣдствія только въ тѣхъ случаяхъ невоспрепятствованія, которые заключаютъ въ себѣ этотъ причинный моментъ. Первыя попытки на этомъ послѣднемъ пути направились на анализъ положительнаго дѣйствія, предшествующаго бездѣйствію или ему современнаго, при чемъ само бездѣйствіе продолжало попрежнему считаться чистою недѣятельностью, не имѣющею юридическаго значенія. Изслѣдованія, однако, нагляднѣйшимъ образомъ доказали неправильность такой постановки: показали необходимость перенести центръ тяжести на самое бездѣйствіе и въ немъ искать причиняющаго момента. На разрѣшеніе этой проблемы и направилъ свое изслѣдованіе Биндингъ, ученіе котораго положено въ основу изложенной нами выше конструкціи преступнаго бездѣйствія.

Въ послѣднее время, впрочемъ, замѣчается въ докринѣ поворотъ къ точкѣ зрѣнія Фейербаха-Шпангенберга. Нѣкоторые новѣйшіе криминалисты утверждаютъ, что въ случаяхъ преступнаго бездѣйствія наказаніе налагается не за причиненіе послѣдствія, а именно за невмѣшательство, за неотклоненіе. Самое неотклоненіе послѣдствій, говоритъ Листъ, приравнивается уголовнымъ правомъ, при наличности извѣстнаго предположенія, къ причиненію послѣдствій; такое предположеніе заключается въ существованіи *обязанности* дѣйствовать, неисполненіе которой превращаетъ неотклоненіе въ противоправное бездѣйствіе, приравниваемое къ причиненію. Эта обязанность можетъ возникать: а) изъ предписаній правопорядка, прямо или косвенно выраженныхъ въ законѣ уголовномъ или иной области права, — изъ обязанностей по службѣ, изъ договора и т. д.; б) изъ предшествовавшаго содѣянія, которое можетъ разсматриваться, какъ принятіе на себя обязанности дальнѣйшихъ дѣйствій; въ этомъ отношеніи въ особенности созданіе опаснаго положенія несомнѣнно возлагаетъ обязанность противодѣйствовать противоправнымъ его послѣдствіямъ. Такимъ образомъ, по словамъ Листа, нужно ставить вопросъ не о томъ, когда бездѣйствіе является причиняющимъ, а о томъ, когда оно является противоправнымъ и когда неотклоненіе послѣдствія приравнивается къ его причиненію (Liszt, Lehrbuch, 1903, § 30). Нетрудно видѣть всю искусственность подобнаго построенія: нигдѣ въ законахъ нѣтъ такого правила, по которому всякое неисполненіе обязанности отклонять послѣдствія равнялось бы или уравнивалось бы съ ихъ причиненіемъ въ случаѣ возникновенія; затѣмъ утвержденіе, что изъ всякаго созданія опаснаго положенія вытекаетъ юридическая обязанность отклоненія послѣдствій,—есть утвержденіе произвольное и ни на чемъ не основанное.

IV. Предварительная преступная дѣятельность.

Таганцевъ, Курсъ II. Колоколовъ, Къ ученію о покушеніи. Чебышевъ-Дмитріевъ, О покушеніи. Рудинскій, О покушеніи съ негодными средствами и надъ негоднымъ объектомъ. Юрид. Вѣстн. 1877. Zachariae, Die Lehre vom Versuche, I, II. Schwarze, Versuch und Vollendung. Holtzendorff's Handbuch. II. Lammasch, Der Moment der Gefährlichkeit in Begriffe des Versuchs. Cohn, Zur Lehre vom versuchten Verbrechen. Geyer, Ueber die sogen. untauglichen Versuchshandlungen. Z. f. d. gesam. Strafrechtswissenschaft. 1881. Chop, Die Grenze von Vorbereitung und Versuch. Bar, Zur Lehre vom Versuch und Theilnahme am Verbrechen. Baumgarten, Die Lehre vom Versuch des Verbrechens.

1. Наказуемость предварительной дѣятельности.

Запрещая подъ страхомъ наказанія извѣстныя дѣянія, законъ тѣмъ самымъ запрещаетъ всю дѣятельность человѣка, сознательно направляемую къ воспроизведенію этихъ дѣяній. Положительное право можетъ облагать и дѣйствительно облагаетъ такую предварительную дѣятельность наказаніями на тѣхъ же основаніяхъ, на которыхъ утверждается наказуемость дѣянія оконченнаго, выполняющаго весь законный составъ.

Воля, не только не осуществившаяся, но и не обнаружившаяся вовнѣ (сформированіе умысла), вовсе не входитъ въ область уголовнаго права. Въ дальнѣйшемъ своемъ развитіи преступная дѣятельность можетъ проходить слѣдующіе фазисы: а) совершаются поступки, въ которыхъ преступное намѣреніе обнаруживается, но еще не осуществляется; б) въ рядѣ послѣдовательныхъ актовъ дѣятельность направляется къ осуществленію намѣренія; в) дѣятельность эта субъектомъ закончена—онъ совершилъ все, что̀ считалъ нужнымъ. Соотвѣтственно этому, въ преступной дѣятельности лица могутъ быть различаемы: обнаруженіе умысла; дѣятельность, направленная къ осуществленію его (приготовленіе и покушеніе), и наконецъ, выполненіе, то есть оконченное преступное дѣяніе (ср. Улож. ст. 6).

Установляя наказуемость предварительной дѣятельности на тѣхъ же правовыхъ основаніяхъ, на которыхъ покоится наказуемость дѣянія оконченнаго, законъ долженъ подчинить предѣлы и размѣръ этой наказуемости началу сравнительнаго количественнаго измѣренія отдѣльныхъ ступеней предварительной дѣятельности между собою и съ дѣяніемъ оконченнымъ. Наказуемость предварительной дѣятельности, поэтому, въ отношеніи наказуемости оконченнаго дѣянія, должна быть уменьшенною или, какъ говорятъ, редуцированною—такъ называемая, *относительная* наказуемость. При этомъ, однако же, въ виду практической невозможности проводить въ этой области сложныя расчлененія, дробленіе ступеней должно быть въ законѣ, по возможности, ограниченное. По

тому же началу количественнаго измѣренія, руководствуясь правиломъ „pretor non curat minima“, законъ уголовный можетъ наказывать высшія ступени предварительной дѣятельности и оставлять безъ наказанія низшія; можетъ установлять наказуемость предварительной дѣятельности при тягчайшихъ преступныхъ дѣяніяхъ и оставлять ее ненаказуемою при менѣе важныхъ; можетъ при дѣяніяхъ извѣстныхъ категорій (напримѣръ, окрашенныхъ моментомъ общей опасности) или вообще при тягчайшихъ преступныхъ дѣяніяхъ облагать наказаніемъ такія низшія ступени предварительной дѣятельности, которыя при дѣяніяхъ менѣе важныхъ остаются безъ наказанія. Кромѣ того, добровольно оставленная дѣятельность должна быть освобождаема отъ всякихъ наказаній, такъ какъ за отсутствіемъ дѣйствительнаго вреда или опасности вреда и за прекращеніемъ преступнаго намѣренія, дѣятельность эта не можетъ уже считаться направляющеюся къ совершенію преступнаго дѣянія: она не является ни вредною, ни опасною для правопорядка.

Необходимо при этомъ имѣть въ виду, что поступки лица, образующіе собою какую-либо ступень предварительной дѣятельности и въ этомъ качествѣ подлежащіе наказанію какъ за начало совершенія преступнаго дѣянія (редуцированная или относительная наказуемость), могутъ представлять собою составъ отдѣльнаго преступнаго дѣянія и подлежать наказанію въ качествѣ delictum sui generis (абсолютная наказуемость). Напримѣръ, имѣя намѣреніе совершить убійство, лицо пріобрѣтаетъ оружіе или ядъ; но представимъ себѣ, что въ данной странѣ запрещено частнымъ лицамъ храненіе у себя оружія или яда. Въ такомъ случаѣ эти предварительныя дѣйствія лица—пріобрѣтеніе оружія или яда—образуютъ собою, вмѣстѣ съ тѣмъ, составъ спеціальнаго самостоятельнаго преступнаго дѣянія, опредѣляемаго въ диспозитивной части подлежащихъ статей уголовнаго закона. Возможно при этомъ, что извѣстныя дѣйствія, представляющія собою предварительную дѣятельность, окажутся ненаказуемыми въ порядкѣ редуцированной отвѣтственности, напримѣръ въ силу принятаго въ законѣ правила о безнаказанности низшихъ ступеней; но онѣ могутъ быть вмѣнены и наказаны какъ delictum sui generis, если онѣ признаны таковыми въ особенной части уложенія.

2. Обнаруженіе умысла.

Элементы обнаруженія умысла суть: субъективный — наличность сформированнаго умысла—и объективный—заявленіе объ умыслѣ вовнѣ. Средствами обнаруженія умысла, другими словами, признаками умысла могутъ быть: „угрозы, похвальбы и предложеніе сдѣлать какое-либо зло“, и вообще всякая форма, въ которой можетъ заключаться доказательство наличности умысла (Улож. наказ. ст. 7). Въ вопросѣ о

наказуемости обнаруженія умысла, согласно вышесказанному, необходимо различать, съ одной стороны, наказуемость за умыселъ, направленный на извѣстный результатъ (то есть какъ одну изъ ступеней предварительной дѣятельности), и съ другой—наказуемость за самый фактъ выраженія умысла, независимо отъ того преступнаго дѣянія, къ которому умыселъ направленъ, то-есть когда обнаруженіе умысла составляетъ delictum sui generis.

По отношенію къ первой категоріи наука уголовнаго права направлена къ установленію полной безотвѣтственности простой nuda cogitatio, то есть умысла, хотя и обнаружившагося, но не находящагося въ стадіи осуществленія, по правилу „cogitationis poenam nemo patitur“. То же положеніе признаетъ и положительное право: Уложеніе о наказаніяхъ въ статьѣ 111 говоритъ, что „случаи, въ коихъ за умыселъ, смотря по роду и важности преднамѣреннаго преступленія, назначается наказаніе, именно означены въ законахъ“. Другими словами—признаетъ возможнымъ наказывать за обнаруженіе умысла, какъ за предварительную къ преступному дѣянію дѣятельность, лишь въ исключительныхъ, именно въ законѣ указанныхъ, случаяхъ; такъ, при высшихъ государственныхъ преступныхъ дѣяніяхъ иногда наказывается простое обнаруженіе умысла. Финляндское Уложеніе, а равно Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года въ общей части объ обнаруженіи умысла не упоминаютъ вовсе. По отношенію ко второй категоріи, наука права вполнѣ можетъ допустить наказуемость обнаруженія умысла, какъ самостоятельнаго преступнаго дѣянія, въ самомъ себѣ уже заключающаго вредъ: напримѣръ, подметныя письма съ угрозой поджога могутъ вызвать всеобщую панику, застой торговли и т. п. Подъ именемъ угрозъ такіе случаи наказуемости обнаруженія умысла, какъ delictum sui generis, опредѣляются, напримѣръ, въ статьяхъ 139—141 Мир. Устава.

3. Приготовленіе и покушеніе.

а) Приготовительныя дѣйствія и покушеніе.

Въ старомъ нѣмецкомъ и русскомъ правѣ приготовительныя дѣйствія не были отдѣляемы формальными признаками отъ дальнѣйшихъ ступеней предварительной дѣятельности и сливались съ ними въ общемъ понятіи покушенія, Versuch (entfernter Versuch); впервые отличеніе это установлено было французскимъ правомъ и признается нынѣ цѣлесообразнымъ, какъ въ наукѣ, такъ и въ законодательствахъ. Объемъ и содержаніе приготовительныхъ дѣйствій въ настоящее время весьма подробно опредѣляются и въ законѣ, и въ теоріи. Можно установить

слѣдующіе виды ихъ: запасъ матеріаловъ и средствъ; приспособленіе этихъ матеріаловъ и средствъ къ употребленію для предположенной цѣли; собираніе необходимыхъ свѣдѣній о времени и мѣстѣ, удобныхъ для совершенія преступнаго дѣянія; устраненіе препятствій, которыя могутъ явиться; поставленіе себя самого въ надлежащее положеніе для начала дѣйствій. Кромѣ того, сюда же могутъ быть отнесены: приготовленіе средствъ для избѣжанія наказанія; принятіе мѣръ, которыя дали бы возможность воспользоваться плодами преступнаго дѣянія.

Уложеніе о наказаніяхъ въ статьѣ 8 опредѣляетъ составъ приготовительныхъ дѣйствій, какъ пріисканіе или пріобрѣтеніе средствъ для совершенія преступнаго дѣянія. Такимъ образомъ, нашимъ закономъ, по буквальному его смыслу, предусматривается только одинъ разрядъ приготовительныхъ дѣйствій, именно „средства“. Для полноты этого понятія необходимо принять, что въ него входитъ и представленіе о приспособленіи различныхъ предметовъ для того, чтобы они могли служить „средствомъ“. Согласно сему, Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года съ точностью опредѣляетъ, что приготовленіемъ почитается „пріобрѣтеніе или приспособленіе средства для приведенія въ исполненіе умышленнаго преступнаго дѣянія“ (ст. 50). Наказуемость приготовленія, по общему правилу, не устанавливается и допускается лишь по исключенію въ особыхъ, именно означенныхъ случаяхъ, при тяжкихъ преступныхъ дѣяніяхъ, каковы: убійство, поджогъ; основаніемъ къ тому служитъ отсутствіе объективнаго вреда и малозначительность проявившейся субъективной виновности. Этотъ порядокъ принимается всѣми законодательствами, кои проводятъ формальное дѣленіе приготовленія и покушенія, въ томъ числѣ Уложеніемъ о наказаніяхъ (ст. 112), Уголовнымъ Уложеніемъ 22 марта 1903 года (ст. 50) и финляндскимъ Уложеніемъ (Глава IV, § 3).

Покушеніе есть дѣятельность, направленная къ осуществленію преступнаго намѣренія, но не приведшая къ возникновенію результата. Отсюда элементы покушенія суть: наличность умысла; наличность дѣйствія, въ которомъ умыселъ осуществляется; отсутствіе результата, выполняющаго собою законный составъ преступнаго дѣянія.

Французское право, а за нимъ и новое законодательство Европы опредѣляютъ покушеніе, какъ начало исполненія — commencement d'exécution. Такъ по Уложенію о наказаніяхъ, статья 9, покушеніемъ на преступное дѣяніе признается „всякое дѣйствіе, коимъ начинается или продолжается приведеніе злого намѣренія въ исполненіе“. По Уголовному Уложенію 1903 года покушеніемъ признается такое „дѣйствіе, коимъ начинается приведеніе въ исполненіе преступнаго дѣянія, учиненія коего желалъ виновный“ (ст. 49).

Очевидна, однако, неопредѣленность такихъ формулъ, ибо за ними необходимо слѣдуетъ вопросъ: какія же именно свойства должно

имѣть данное дѣйствіе, чтобы его можно было разсматривать, какъ начало исполненія преступнаго дѣянія? Гдѣ будетъ начало „приведенія въ исполненіе“, напримѣръ, при кражѣ, какъ тайномъ похищеніи чужой вещи?—Между тѣмъ, существованіе въ законѣ подобнаго описательнаго опредѣленія покушенія, какъ особой ступени предварительной дѣятельности, которая противополагается другой ступени этой дѣятельности, приготовленію, создаетъ потребность въ проведеніи точныхъ границъ между этими двумя частями предварительной дѣятельности — между покушеніемъ и приготовленіемъ, — которыя относятся между собою не какъ видъ къ роду, а какъ двѣ самостоятельныя части, два вида, на которые распадается вся предварительная дѣятельность, лежащая за предѣлами простого обнаруженія умысла. Задача эта до сихъ поръ не разрѣшена ни законодательствами, ни доктриною. Нельзя не сознаться, что вопросъ о началѣ покушенія, то-есть о томъ моментѣ, гдѣ кончается приготовленіе и начинается покушеніе, вовсе не поддается общему теоретическому разрѣшенію, хотя законъ своими опредѣленіями какъ бы возлагаетъ на науку обязанность дать такое разрѣшеніе. Выполняя эту обязанность, мы, съ своей стороны, можемъ только сказать, что при разрѣшеніи этого вопроса должны быть принимаемы въ разсчетъ, насколько законъ не даетъ особыхъ прямыхъ указаній въ ту или другую сторону, какъ субъективные, такъ и объективные моменты, то-есть какъ степень опредѣленности преступнаго умысла, выразившаяся въ дѣйствіи, такъ и объективный размѣръ самаго дѣйствія, то-есть количественный объемъ совершеннаго и опасность совершеннаго.

Въ дѣйствительности, однако, такое дѣленіе предварительной дѣятельности на двѣ части—приготовленіе и покушеніе—по нашему мнѣнію, невозможно: предварительная дѣятельность столь разнообразна по содержанію, что не можетъ быть уложена въ два какіе-либо типа съ опредѣленнымъ, въ законѣ описаннымъ, содержаніемъ. Какъ бы мы ни опредѣляли приготовленіе и покушеніе, всегда останутся въ конкретныхъ случаяхъ такія формы, которыя не подойдутъ ни подъ то, ни подъ другое опредѣленіе, или, наоборотъ, одинаково будутъ приближаться и къ тому, и другому опредѣленію. Этимъ только объясняется тотъ фактъ, что нѣкоторые новѣйшіе писатели, хотя и не отказываются въ принципѣ отъ формальнаго дѣленія приготовленія и покушенія въ своихъ разсужденіяхъ, однако, вмѣсто установленія общихъ признаковъ, ограничиваются однимъ лишь приведеніемъ примѣровъ. Мы думаемъ, что пріемъ стараго права, не отдѣлявшаго приготовленіе отъ покушенія формальными признаками и разсматривавшаго всю предварительную дѣятельность, какъ одно цѣлое, заслуживаетъ предпочтенія предъ нынѣ господствующимъ. Законъ, вмѣсто того, чтобы опредѣлять наказаніе именно за покушеніе, какъ за особую ступень предварительной дѣятельности, можетъ установить редуцированное наказаніе за предварительную дѣятельность вообще и затѣмъ или предоставить суду право освобождать отъ наказанія субъектовъ такой дѣятельности, буде она остановилась на ступеняхъ отдаленныхъ отъ конечнаго ея момента (entfernter Versuch); или изъ всей совокупности предварительной дѣятельности выдѣлить описательно извѣстныя категоріи дѣйствій (напримѣръ, пріобрѣтеніе средствъ) въ качествѣ ненаказуемаго приготовленія,—все же прочее, совершаемое въ намѣреніи осуществить, признать наказуемымъ покушеніемъ. При такой конструкціи закона, покушеніе явится какъ бы родовымъ понятіемъ, а приготовленіе какъ бы изъятіемъ изъ него; описательное опредѣленіе покушенія въ законѣ сдѣлается излишнимъ. Первый изъ этихъ двухъ пріемовъ представляется намъ болѣе удобнымъ для практики и болѣе соотвѣтствующимъ началу индивидуальной оцѣнки дѣяній, чѣмъ второй, такъ какъ этотъ послѣдній все-таки ограничиваетъ формальнымъ признакомъ ненаказуемую часть предварительной дѣятельности [1]).

Существующія въ наукѣ теоріи по вопросу объ опредѣленіи границъ покушенія отъ приготовленія сводятся къ двумъ группамъ: теоріи субъективной и объективной.

Теорія субъективная находитъ признакъ, опредѣляющій покушеніе, въ распознаваемости преступной воли въ дѣйствіи. Несостоятельность этой теоріи очевидна въ виду того, что распознаваемость воли возможна и при приготовленіи, и при обнаруженіи умысла; что опредѣлить a priori признаки распознаваемости преступной воли ни законъ, ни теорія не въ состояніи; наконецъ, въ виду того, что въ одномъ случаѣ самое приготовленіе будетъ заключать въ себѣ достаточно признаковъ для распознаваемости воли, напримѣръ, при поддѣлкѣ ассигнацій, а въ другомъ—и покушеніе не дастъ такихъ признаковъ, когда, напримѣръ, пистолетъ изъ ружья сдѣланъ для шутки, съ цѣлью попугать и т. п.

Наиболѣе типичная изъ теорій объективныхъ утверждаетъ, наоборотъ, что покушеніе начинается тамъ, гдѣ начинаются дѣйствія, направленныя къ воспроизведенію одного изъ элементовъ состава преступнаго дѣянія. Дѣйствительно, это опредѣленіе въ большинствѣ преступныхъ дѣяній пригодно: взломъ есть покушеніе на кражу со взломомъ; попытка взятія вещи—на простую кражу и т. д. Но существуетъ множество преступныхъ дѣяній, въ которыхъ эта теорія не приложима; таково убійство изъ засады. По этой теоріи всякій ушедшій въ засаду совершаетъ уже покушеніе на убійство. Наоборотъ, связать человѣка съ цѣлью ввести насильственно ядъ въ организмъ будетъ, несомнѣнно, покушеніемъ (т.-е·

[1]) Такой взглядъ на взаимныя отношенія приготовленія и покушенія, высказанный нами въ 1883 году (Общ. ч. уголов. Улож. по Проекту), хотя и вызвалъ возраженіе въ русской литературѣ, а именно со стороны Таганцева, Лекціи, II (впрочемъ, связь приводимыхъ имъ примѣровъ съ нашей конструкціей представляется намъ неясной), но нашелъ поддержку въ литературѣ нѣмецкой. Liszt, Lehrbuch, изд. 1884, измѣняя свой прежній взглядъ на этотъ вопросъ, отказывается отъ раздѣленія предварительной дѣятельности (или покушенія въ обширномъ смыслѣ) на двѣ части, приготовленіе и покушеніе. Онъ говоритъ: „признавая отдаленное покушеніе (die entfernteren Versuchshandlungen) ненаказуемымъ, мы можемъ, ради простоты терминологіи, назвать его приготовленіемъ и, въ качествѣ ненаказуемаго, противопоставить наказуемому, ближайшему покушенію въ тѣсномъ смыслѣ. Однако, законодательство, вмѣсто того, чтобы предоставить суду подведеніе обсуждаемыхъ конкретныхъ дѣйствій подъ ту или другую категорію, что было бы наиболѣе цѣлесообразнымъ, взяло на себя проведеніе этой границы разъ навсегда, по примѣру французскаго права. Въ результатѣ мы получили воображаемое (scheinbare) опредѣленіе покушенія... какъ „начало исполненія“, commencement d'exécution. „Aber dieser Begriff“, заключаетъ Листъ, selbst ist ein relativer, welcher juristischer Fassung spottet“. Нельзя не замѣтить сверхъ того, что сопоставленіе и послѣдовательное проведеніе положеній, высказываемыхъ многими представителями субъективной теоріи (см. далѣе), приводитъ въ сущности, въ концѣ концовъ, не къ чему иному, какъ къ такому же отрицанію всякихъ опредѣленныхъ границъ между покушеніемъ и приготовленіемъ.

началомъ исполненія), хотя само по себѣ дѣйствіе это и не направлено къ воспроизведенію элементовъ состава отравленія. Впрочемъ, новѣйшіе представители объективной теоріи формулируютъ ее нѣсколько иначе: для признанія покушенія, говорятъ они, необходима наличность дѣятельности, направленной къ выполненію одного изъ элементовъ состава; но не всякое дѣйствіе, выполняющее одинъ изъ элементовъ состава, будетъ уже покушеніемъ. Такимъ образомъ, въ этой формулировкѣ объективная теорія получаетъ значеніе ограничительнаго признака по преимуществу. Дальнѣйшій, самъ собою возбуждающійся вопросъ—какія же дѣйствія, выполняющія одинъ изъ элементовъ состава, будутъ обосновывать собою покушеніе—разрѣшается писателями этого направленія различно. Одни выдвигаютъ признакъ объективной опасности дѣйствій или способности ихъ опредѣлить собою возможность возникновенія самого результата; другіе (Таганцевъ, Лекціи, II) излагаютъ рядъ весьма сложныхъ и многочисленныхъ правилъ, видоизмѣняющихся въ примѣненіи къ преступнымъ дѣяніямъ различныхъ категорій. Въ этой послѣдней постановкѣ вся конструкція весьма приближается къ пріему тѣхъ писателей, которые, какъ указано было выше, вмѣсто общихъ признаковъ по настоящему вопросу, даютъ рядъ примѣровъ.

Финляндское Уложеніе, хотя и употребляетъ отдѣльные термины—„покушеніе“ и „приготовленіе“,—но въ дѣйствительности никакого разграниченія этихъ частей предварительной дѣятельности по содержанію не проводитъ: оно не даетъ опредѣленія ни покушенію, ни приготовленію, ограничиваясь лишь правиломъ, что какъ то, такъ и другое наказываются въ случаяхъ, закономъ (т.-е. въ особенной части) указанныхъ, и оставляются безъ наказанія, когда „совершитель дѣянія по собственному побужденію воздержался отъ окончанія преступленія“ (гл. IV, §§ 1—3). Въ особенной части о наказуемости покушенія даются послѣдовательно указанія подъ соотвѣтствующими статьями, но по содержанію своему покушеніе и здѣсь нигдѣ не опредѣляется. Что же касается до случаевъ приготовленія, то они являются въ особенной части всегда съ отдѣльными описательными диспозиціями, какъ delictum sui generis. Такимъ образомъ, финляндское Уложеніе занимаетъ какъ бы среднее мѣсто: съ одной стороны, формально признаетъ дѣленіе приготовленія и покушенія, съ другой—никакого значенія этому дѣленію не придаетъ.

Наказуемость покушенія опредѣляется въ положительномъ правѣ различными системами. По нашему Уложенію наказываются въ порядкѣ редуцированной наказуемости покушенія ко всѣмъ преступнымъ дѣяніямъ: по финляндскому Уложенію (см. выше) и по Мировому Уставу—лишь въ случаяхъ, закономъ указанныхъ. Особая система введена французскимъ Code pénal и нынѣ принимается многими законодательствами: покушенія на высшія преступныя дѣянія (crime, Verbrechen) наказываются всегда; покушенія на преступныя дѣянія средней тяжести (délit, Vergehen) наказываются въ случаяхъ, именно указанныхъ въ законѣ; покушенія на маловажныя преступныя дѣянія (contravention, Uebertretung) не наказываются. Эта же система принята и Уголовнымъ Уложеніемъ 22 марта 1903 года: покушеніе на тяжкія преступленія, а въ случаяхъ, особо въ законѣ указанныхъ, и на преступленія, наказуемо; покушеніе на проступки ненаказуемо (ст. 49).

Въ большинствѣ законодательствъ покушеніе признается, въ указанномъ объемѣ, наказуемымъ безъ ограниченія этой наказуемости тѣмъ или другимъ видомъ умысла. Отступленіе отъ этого дѣлаетъ Уголовное Уложеніе 1903 года: въ приведенномъ выше опредѣленіи понятія покушенія въ 49 статьѣ, покушеніе ограничивается случаями, когда виновный „*желалъ*“ учиненія дѣянія. Такимъ образомъ, соотвѣтственно принятому Уложеніемъ въ 48 статьѣ дѣленію умысла на два вида—прямой и эвентуальный—покушеніе должно будетъ оставаться ненаказуемымъ во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда умыселъ, т.-е. сознаніе и предвидѣніе будутъ на лицо, но лишь *желаемость* послѣдствія не будетъ доказана. Практическіе результаты такого положенія вещей очевидны: выстрѣлъ, умышленно произведенный въ человѣка, не будетъ признанъ покушеніемъ на убійство, если не будетъ доказано желаніе причинить именно смерть. Но какое же значеніе будетъ имѣть такой выстрѣлъ—покушеніе на тѣлесное поврежденіе? Какое—тяжкое или легкое? Какой судъ въ состояніи это рѣшить? Невозможно же признать, что такой выстрѣлъ долженъ наказываться лишь какъ delictum sui generis, т.-е. въ тѣхъ только случаяхъ, когда онъ произведенъ въ такомъ мѣстѣ, гдѣ стрѣльба запрещена по закону. Заслуживаетъ примѣчанія, что, поставивъ желаемость условіемъ наказуемости покушенія, Уголовное Уложеніе въ понятіе приготовленія (ст. 50) этого признака не вводитъ.

б) Виды покушенія.

1) Покушеніе *оконченное* и *неоконченное* (délit manqué, tentative; beendigter, nicht beendigter Versuch) различаются положительнымъ правомъ въ видахъ соразмѣренія наказаній. Оконченнымъ считается покушеніе тогда, когда виновнымъ сдѣлано все, что было потребно для того, чтобы совершить преступное дѣяніе, но результатъ этотъ не возникъ. Оцѣнка дѣйствій, образующихъ собою оконченное покушеніе, можетъ быть двояка: или субъективная, т.-е. съ точки зрѣнія самого дѣйствующаго лица; или объективная, то-есть съ точки зрѣнія третьихъ лицъ, именно суда, произносящаго приговоръ. Уложеніе 1845 года принимало объективную оцѣнку и, сообразно этому, признавало оконченное покушеніе въ томъ случаѣ, когда виновный сдѣлалъ все, что онъ „могъ считать“ нужнымъ для приведенія своего намѣренія въ исполненіе; законъ 1864 года замѣнилъ слова, „что онъ могъ считать нужнымъ“, словами, „что онъ считалъ нужнымъ“. Такимъ образомъ, по дѣйствующему праву (Улож. ст. 115) принимается субъективная оцѣнка, и покушеніе является оконченнымъ, когда подсудимымъ сдѣлано все,

что онъ считалъ нужнымъ для совершенія преступнаго дѣянія, и когда преступное дѣяніе не совершилось только по непредвидѣннымъ обстоятельствамъ или вслѣдствіе неудовлетворительности употребленныхъ имъ средствъ. Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года не говоритъ особо объ оконченномъ и неоконченномъ покушеніи, давая общее опредѣленіе понятія покушенія, обнимающее оба эти вида.

2) Покушеніе, *прерванное* обстоятельствами, отъ воли дѣйствующаго независѣвшими, и покушеніе, *добровольно оставленное*, различаются положительнымъ правомъ въ томъ смыслѣ, что покушеніе, добровольно оставленное, по приведеннымъ выше основаніямъ, наказаніемъ не облагается. Мотивы добровольной остановки для уголовнаго права безразличны.

Положеніе о безнаказанности добровольно оставленнаго покушенія признаетъ Уложеніе о наказаніяхъ въ статьѣ 113, по которой наказаніе назначается лишь въ томъ случаѣ, когда „содѣянное имъ (покусившимся на преступное дѣяніе) есть само по себѣ преступленіе“, то-есть когда оно можетъ разсматриваться какъ delictum sui generis. То же начало принято Уголовнымъ Уложеніемъ 22 марта 1903 (ст. 49) и финляндскимъ Уложеніемъ (см. выше, гл. IV, § 2).

3) Дѣленіе покушенія *по степени близости* къ выполненію имѣло значеніе въ то время, когда приготовленіе не выдѣлялось отъ покушенія, нынѣ же оставлено, такъ какъ при выдѣленіи покушенія, какъ особой ступени предварительной дѣятельности, оно не можетъ имѣть значенія въ вопросѣ о наказумости, ибо между близкимъ и отдаленнымъ покушеніемъ, съ точки зрѣнія господствующей конструкціи, не можетъ быть проведено такого различія, которое могло бы оказать существенное вліяніе на размѣръ наказанія.

Въ Уложеніи о наказаніяхъ дѣленіе это отразилось въ статьѣ 114, которая прямо предписываетъ судьѣ опредѣлять мѣру наказанія за покушеніе „по бо́льшей или меньшей близости его къ совершенію“ преступнаго дѣянія.

4) Покушеніе *съ негодными средствами*. Кромѣ покушенія, добровольно оставленнаго, столь же безвредными и безопасными, къ совершенію преступнаго дѣянія въ дѣйствительности не направляющимися, должны быть признаны нѣкоторые случаи покушеній изъ группы, носящей въ литературѣ названіе покушеній съ негодными средствами и покушеній надъ негоднымъ объектомъ.

Нерѣдко, преступный результатъ не достигается, и дѣятельность остается въ стадіи покушенія потому, что средства, избранныя субъектомъ, оказываются неудовлетворяющими своему назначенію: вмѣсто мышьяка для отравы онъ взялъ по ошибкѣ сахаръ, вмѣсто длинной лѣстницы для проникновенія въ жилище—короткую и т. д.; составилъ планъ лишить своего недруга жизни посредствомъ волхвованій, чародѣйственною силою; думалъ, что того же результата можно достигнуть молитвою къ Богу. Не трудно видѣть, что случаи этого рода рѣзко распадаются на двѣ группы: съ одной стороны, выдвигаются тѣ случаи, когда субъектъ составилъ планъ дѣйствія вполнѣ удовлетворительный и пригодный къ дѣлу—отравить мышьякомъ, взлѣсть по лѣстницѣ въ окно для кражи, застрѣлить изъ ружья—результатъ же не былъ достигнутъ только вслѣдствіе того, что при выполненіи плана сдѣлана была ошибка, или заключавшаяся въ случайной замѣнѣ одного предмета другимъ, или основанная на незнаніи нѣкоторыхъ фактическихъ обстоятельствъ, а именно: сахаръ былъ принятъ за мышьякъ, высота окна расчитана невѣрно, огнестрѣльное оружіе предполагалось дальнобойнымъ, когда въ дѣйствительности оно не имѣло этого свойства и т. п. Съ другой стороны, выдѣляются тѣ случаи, когда въ самомъ планѣ коренится ошибка, дѣлающая его вполнѣ безплоднымъ, сколь бы точно и сообразно съ замысломъ онъ ни былъ выполненъ,—сверхъестественныя силы не убьютъ человѣка, никакая молитва къ этому не приведетъ. Только случаи первой группы даютъ основаніе для наказуемости; случаи же второй группы могутъ разсматриваться лишь какъ выраженіе простыхъ желаній, несложившихся въ форму намѣренія, способнаго къ осуществленію. Уголовный законъ, облагая наказаніями преступные результаты и направленную къ ихъ воспроизведенію предварительную дѣятельность, долженъ оставить покушеніе этой второй группы (если только его можно называть покушеніемъ) ненаказуемымъ, такъ какъ оно не представляетъ собою вовсе дѣятельности, направляющейся къ воспроизведенію преступнаго результата.

Такой взглядъ на покушеніе съ негодными средствами и на различіе ошибки въ планѣ отъ ошибки въ выполненіи (или, какъ иногда выражаются, ошибки въ волѣ отъ ошибки въ знаніи) развивается нынѣ многими писателями. Но нѣкоторые изъ нихъ идутъ еще дальше и, исходя отъ того соображенія, что выборъ негодныхъ средствъ при составленіи самаго плана всегда вытекаетъ изъ невѣжества или суевѣрія дѣйствующаго лица, вносятъ этотъ признакъ невѣжества и суевѣрія, какъ мотива, обусловившаго собою выборъ средствъ, въ общее опредѣленіе ненаказуемаго покушенія этого вида (см. Таганцевъ, Курсъ II). Съ практической точки зрѣнія такая постановка вопроса представляетъ большія удобства, такъ какъ признакъ дается вполнѣ реальный и общепонятный; но нельзя не замѣтить, что признакъ этотъ не всегда рѣшаетъ дѣло: возможны случаи, когда и ошибка въ выполненіи плана, а не въ самомъ планѣ, вытекаетъ изъ невѣжества; напримѣръ, кто-либо стрѣляетъ въ свою жертву на слишкомъ большомъ для своего ружья разстояніи, причемъ ошибка въ выполненіи плана, самого по себѣ годнаго вполнѣ, происходитъ не отъ невѣрнаго расчета разстояній, а отъ крайняго невѣжества субъекта, полагавшаго, что всѣ ружья

суть одинаково дальнобойныя. Согласно приведенной конструкціи, такой субъектъ долженъ быть освобожденъ отъ наказанія; между тѣмъ это будетъ совершенно неправильно.

Независимо отъ изложенной, въ доктринѣ уголовнаго права существуютъ другія теоріи по этому вопросу. Съ точки зрѣнія теорій субъективныхъ, опредѣляющихъ наказуемость всякаго дѣянія по критерію субъективной виновности исключительно, негодность употребленныхъ средствъ нисколько не измѣняетъ наказуемости покушенія. Однако, сами защитники этого взгляда отъ послѣдовательнаго его проведенія отказываются и допускаютъ рядъ случаевъ, гдѣ покушеніе съ негодными средствами признается, по различнымъ основаніямъ, ненаказуемымъ; напримѣръ, въ случаяхъ употребленія негодныхъ средствъ по невѣжеству и суевѣрію субъекта, установляютъ презумпцію его невмѣняемости и проч.

Теоріи объективныя, наоборотъ, придаютъ исключительное значеніе моменту объективной опасности и вредности дѣянія. Покушеніе съ негодными средствами разсматривается какъ ненаказуемое покушеніе, такъ какъ оно въ данномъ случаѣ не можетъ произвести дѣйствія, входящаго въ составъ преступнаго дѣянія, и вообще объективнаго значенія не имѣетъ. Фейербахъ говоритъ (Lehrbuch, § 42, Anm. 3): „кто преступнымъ дѣяніемъ считаетъ дачу мнимаго яда, покушеніе на убійство трупа и т. п., тотъ смѣшиваетъ область нравственности съ правомъ, начала полиціи безопасности съ правомъ наказанія; онъ долженъ будетъ также признать виновнымъ въ наказуемомъ покушеніи на убійство того баварца, который отправился на богомолье съ цѣлью молитвою достигнуть смерти (todtbeten) своего сосѣда“.

Наиболѣе распространенная, посредствующая теорія степени годности средствъ вводитъ дѣленіе средствъ на абсолютно негодныя и относительно негодныя; въ первомъ случаѣ покушеніе ненаказуемо, во второмъ — наказуемо. Несостоятельность этой теоріи давно указана въ литературѣ: всякое средство, негодное въ одномъ случаѣ, можетъ оказаться годнымъ въ другомъ — напримѣръ, стаканъ холодной воды для больного. Даже такія средства, какъ волхованіе, нашептываніе и т. п., могутъ оказаться вполнѣ годными, если избираются съ цѣлью подѣйствовать на жертву не чародѣйственною ихъ силою, а естественнымъ психическимъ вліяніемъ, расчитаннымъ на особую нервность и суевѣріе лица и вполнѣ способнымъ, какъ доказываетъ намъ физіологія, причинить, напримѣръ, смерть отъ испуга или отъ длящагося впечатлѣнія страха, связаннаго съ неизбѣжнымъ нервнымъ разстройствомъ.

Наконецъ, разобранная выше теорія дѣленія средствъ на преступныя и непреступныя признаетъ наказуемымъ только покушеніе со средствами перваго рода и оставляетъ безнаказаннымъ покушеніе съ непреступными средствами. Теорія эта, какъ сказано было въ своемъ мѣстѣ, могла бы имѣть значеніе только при двухъ условіяхъ: если бы вообще существовала какая-нибудь разница въ средствахъ въ дѣлѣ причиненія явленій, какъ послѣдствій, или если бы законъ устанавливалъ такое дѣленіе средствъ на преступныя и непреступныя. Ни того, ни другого условія не существуетъ: средства въ дѣлѣ причиненія вовсе не различаются; никакихъ признаковъ дѣленія средствъ на преступныя и непреступныя мы не находимъ въ законѣ.

Уложеніе о наказаніяхъ, въ примѣчаніи къ статьѣ 115, опредѣляетъ безнаказанность покушенія съ негодными средствами, приравнивая его къ простому обнаруженію умысла, въ тѣхъ случаяхъ, когда

„подсудимымъ, по крайнему невѣжеству или суевѣрію, употреблены были только средства вполнѣ и очевидно недѣйствительныя для совершенія преступленія“. Такимъ образомъ, Уложеніе стоитъ на почвѣ правильной конструкціи въ той ея обрисовкѣ, которая выдвигаетъ признакъ невѣжества и суевѣрія. Равнымъ образомъ Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 г. говоритъ, что „покушеніе учинить преступное дѣяніе очевидно негоднымъ средствомъ, выбраннымъ по крайнему невѣжеству или суевѣрію, ненаказуемо“ (ст. 49).

5. Подъ именемъ покушенія надъ *негоднымъ объектомъ* разумѣются тѣ случаи, когда задуманный результатъ не возникъ потому, что непосредственный предметъ посягательства оказался такимъ или въ такомъ положеніи, что преступное дѣяніе по отношенію къ нему не могло быть приведено въ исполненіе. Напримѣръ, ударъ наносится человѣку уже умершему; ударъ кинжаломъ направляется въ человѣка, покрытаго кольчугой, о которую разбивается клинокъ; выстрѣлъ направляется въ одну комнату въ то время, когда предполагаемая жертва находится въ другой; достаточный для отравленія обыкновеннаго человѣка пріемъ мышьяка дается субъекту, привыкшему къ его употребленію, и т. д.

Сравнивая между собою всѣ случаи этого рода, мы должны придти къ выводу, что негодность объекта опредѣляется въ нихъ тремя различными моментами: или объектъ не существуетъ вовсе (выстрѣлъ въ мертваго, вытравленіе плода у небеременной и т. п.), или онъ, хотя и существуетъ, но не обладаетъ тѣми свойствами, отъ которыхъ зависитъ преступность дѣянія (кто-нибудь уноситъ свои собственныя вещи, считая ихъ чужими); или, наконецъ, объектъ самъ по себѣ вполнѣ пригоденъ, но онъ находится въ такихъ внѣшнихъ условіяхъ, которыя не допускаютъ возникновенія результата (кольчуга на тѣлѣ человѣка, потерпѣвшаго ударъ; привычка къ употребленію мышьяка, спасающая отъ отравленія). Наличность двухъ первыхъ моментовъ превращаетъ всю дѣятельность лица въ совершенно безплодную и безусловно неопасную; она никогда не могла бы привести къ совершенію преступнаго дѣянія, а посему и должна признаваться ненаказуемою въ качествѣ delictum putativum (см. выше). Наличность послѣдняго момента, не трудно видѣть, опредѣляетъ собою не негодность объекта, а лишь негодность, недостаточность избранныхъ субъектомъ средствъ; поэтому случаи этого послѣдняго рода должны разрѣшаться по общимъ правиламъ о покушеніи съ негодными средствами. Такимъ образомъ, уголовное уложеніе по вопросу о покушеніи надъ негоднымъ объектомъ можетъ лишь указать признакъ покушенія ненаказуемаго и не упоминать вовсе объ остальныхъ, сходныхъ по внѣшности случаяхъ, которые сами собой отходятъ къ покушенію съ негодными средствами. Уложеніе о наказаніяхъ не говоритъ объ этомъ вовсе ничего; практика должна признавать ненаказуемость въ указанномъ выше объемѣ. Уголовное

Уложеніе 22 марта 1903 года установляетъ слѣдующее правило: „не почитается преступнымъ дѣяніе, направленное на предметъ несуществующій или очевидно негодный для учиненія того рода преступнаго дѣянія, которое замышлено“ (ст. 47).

V. Соучастіе.

Таганцевъ, Курсъ III. Сергѣевскій, О значеніи причинной связи. Колоколовъ, О соучастіи въ преступленіи. Фойницкій, Уголовно-правовая доктрина о соучастіи. Юрид. Вѣстникъ, 1891. Жиряевъ, О стеченіи нѣсколькихъ преступниковъ. Шайкевичъ, О подстрекателяхъ. Журн. М. Ю. 1865. Ноябрь. Buri, Zur Lehre von der Theilnahme an dem Verbrechen. Langenbeck, Die Lehre von der Theilnahme. Schütze, Die nothwendige Theilnahme am Verbrechen. Gretener, Begünstigung und Hehlerei. Glaser, Ueber Thäterschaft und Beihilfe. Klein. Schrift.

1. Присоединеніе къ преступной дѣятельности одного лица дѣйствій другого.

Присоединеніе человѣческой дѣятельности къ развитію извѣстнаго явленія, первоначально обоснованнаго дѣйствіями другого лица, происходитъ столь же часто, какъ и присоединеніе силъ природы. Роль и значеніе такой присоединяющейся человѣческой дѣятельности въ произведеніи явленія совершенно тѣ же, какъ и силъ природы: А подкладываетъ огонь къ строенію—его раздуваетъ вѣтеръ; но то же самое можетъ сдѣлать и другой человѣкъ Б, если онъ откроетъ окно и произведетъ такимъ путемъ сквозной вѣтеръ. Рана, нанесенная кому-либо, принимаетъ смертельный исходъ подъ вліяніемъ температуры; но то же самое можетъ произойти и отъ того, что люди, несшіе раненаго, шли слишкомъ скоро и неровно и т. д. Мы не имѣемъ никакихъ основаній устанавливать для случаевъ присоединенія человѣческой дѣятельности какія-либо особыя правила: общіе принципы вмѣненія остаются одни и тѣ же; сознаніе совершаемаго и предвидѣніе послѣдствій въ установленномъ выше смыслѣ, то-есть знаніе комбинаціи предыдущихъ силъ и фактовъ, въ составъ которыхъ входитъ здѣсь дѣятельность другого человѣка, — вмѣстѣ съ причинной связью, остаются всегда единственными рѣшающими моментами. Человѣкъ, посылающій оскорбительное письмо по почтѣ, расчитываетъ, что это письмо будетъ принесено почтальономъ; докторъ, дающій нѣсколько сходныхъ по внѣшности лѣкарствъ въ распоряженіе неграмотному, знаетъ, что неграмотный можетъ ихъ легко перемѣшать и т. д. При этомъ вмѣненіе послѣдствія второму дѣятелю нисколько не исключаетъ возможности вмѣненія его и первому. Какъ относительно одного, такъ и относительно другого вопросъ о вмѣненіи обсуждается и разрѣшается по общимъ правиламъ. Разсмотримъ въ частности случаи присоединенія дѣятельности самого пострадавшаго и случаи присоединенія дѣятельности другихъ лицъ.

Случаи перваго рода, когда возникновеніе послѣдствія поставляется въ зависимость отъ дѣятельности самого пострадавшаго, направленной сознательно или несознательно къ тому же послѣдствію—такъ сказать, отъ встрѣчной дѣятельности самого пострадавшаго—въ дѣйствительной жизни весьма многочисленны и разнообразны: кто-либо приготовляетъ ядъ и вливаетъ его въ графинъ съ водою, изъ котораго пьетъ извѣстное лицо; это лицо пьетъ воду и отравляется. Аптекарь выставляетъ на открытомъ мѣстѣ ядовитые составы, приходитъ ребенокъ и отравляется. Злоумышленники подпиливаютъ устои моста, и проѣзжій, въѣхавъ на мостъ, проваливается въ оврагъ. Затѣмъ, сюда же можетъ быть отнесенъ еще цѣлый разрядъ своеобразныхъ случаевъ, тоже довольно обыкновенныхъ: это—поврежденія, наносимыя людямъ посредствомъ приспособленій, предназначенныхъ для ловли или истребленія звѣрей: капкановъ, западней, самострѣльныхъ ружей и т. д. Здѣсь точно также, кромѣ первоначальной дѣятельности — устройства приспособленія—требуется дѣятельность встрѣчная самого пострадавшаго—неосторожное обращеніе, случайное прикосновеніе къ скрытому механизму и т. п.

Для причинной связи и вмѣненія такое присоединеніе дѣятельности самого пострадавшаго не можетъ имѣть никакого особаго значенія—то, что сказано о значеніи присоединяющей человѣческой дѣятельности вообще, сохраняетъ свою полную силу и здѣсь. Присоединеніе дѣйствій самого пострадавшаго, когда эти дѣйствія совершаются съ сознаніемъ послѣдствій, лишь измѣняетъ юридическую квалификацію дѣянія и во многихъ случаяхъ дѣлаетъ его непреступнымъ: изъ убійства, напримѣръ, дѣлаетъ пособничество къ самоубійству или убійство по согласію, изъ кражи—дозволенное пользованіе чужой вещью и т. п. Вообще, юридическая квалификація здѣсь безконечно разнообразна, соотвѣтственно спеціальному составу каждаго отдѣльнаго преступнаго дѣянія.

Въ ряду упомянутыхъ выше приспособленій выдѣляется одна форма, которая особенностями своими привлекаетъ къ себѣ вниманіе криминалиста и возбуждаетъ или, по крайней мѣрѣ, можетъ возбуждать нѣкоторыя недоразумѣнія. Повсемѣстная практика выработала особый способъ охраненія своего имущества и личности отъ противоправныхъ посягательствъ, именно, охраненіе посредствомъ особыхъ приспособленій, направленныхъ къ нанесенію вреда посягателю. Таковы самострѣльныя ружья въ дверяхъ, западни, гвозди на деревянныхъ заборахъ и т. д Такого рода охранительныя приспособленія, весьма разнообразныя по своему устройству, могутъ доходить до сложныхъ сооруженій, но всегда имѣютъ одно и

то же назначеніе: нанести соотвѣтствующій вредъ тому лицу, которое сдѣлаетъ покушеніе на охраняемый предметъ. Здѣсь, какъ и вообще, разрѣшеніе вопроса объ отвѣтственности за возникшій вредъ зависитъ, во-первыхъ, отъ разрѣшенія вопроса о причинной связи и затѣмъ, во-вторыхъ, отъ разрѣшенія вопроса о вмѣненіи или объ условіяхъ невмѣненія, а въ частности, въ данномъ случаѣ, отъ разрѣшенія вопроса о правѣ необходимой обороны.

Наличность объективной причинной связи здѣсь не подлежитъ сомнѣнію и констатируется весьма легко по общимъ правиламъ: если бы хозяинъ кладовой не устроилъ приспособленія, то воръ не былъ бы убитъ и т. д. Что касается до предвидѣнія послѣдствій, то охранительныя приспособленія отличаются именно тѣмъ, что эта черта составляетъ ихъ существенное свойство: хозяинъ приспособленія, первоначально дѣйствующій, всегда предвидитъ послѣдствіе, такъ какъ самое приспособленіе устраивается именно съ цѣлью нанесенія вреда; хозяинъ приспособленія знаетъ здѣсь самымъ точнымъ образомъ комбинацію предыдущаго. Онъ можетъ не знать только времени, когда должно возникнуть послѣдствіе, но это для состава преступнаго дѣянія не имѣетъ значенія. Впрочемъ, на первый взглядъ можетъ показаться, что субъектъ встрѣчной дѣятельности не извѣстенъ и не опредѣленъ. Однако, не трудно видѣть, что это есть лишь кажущееся недоразумѣніе: въ дѣйствительности, субъектъ встрѣчной дѣятельности есть для хозяина приспособленія въ полномъ смыслѣ слова persona certissima—именно, онъ есть тотъ человѣкъ, который прикоснется къ механизму и приведетъ его въ движеніе или, вообще, станетъ къ нему въ надлежащее отношеніе. Личность, такимъ образомъ, опредѣляется вполнѣ; неизвѣстно только ея имя. Это вполнѣ достаточно не только для вмѣненія вообще, но и для вмѣненія за dolus.

Затѣмъ, для разрѣшенія вопроса о необходимой оборонѣ должно приложить общія правила, предположивъ, что вредъ, причиняемый посредствомъ приспособленія, наносится хозяиномъ послѣдняго непосредственно. Напримѣръ, воръ пробирается въ кладовую — хозяинъ въ него стрѣляетъ; воръ лѣзетъ черезъ заборъ — хозяинъ колетъ его острымъ орудіемъ и наноситъ раны, подобные тѣмъ, которыя могутъ быть причинены гвоздями, и т. д. Если мы признаемъ здѣсь право обороны, то должны признать то же самое и въ соотвѣтствующихъ случаяхъ причиненія вреда посредствомъ приспособленія; если же, наоборотъ, дѣянія эти будутъ признаны неподходящими подъ условія необходимой обороны или, по крайней мѣрѣ, заключающими въ себѣ превышеніе ея предѣловъ, то и вредъ, наносимый охранительными приспособленіями, долженъ имѣть то же значеніе.

2. Соучастіе преступниковъ.

а) Понятіе соучастія.

Преступное дѣяніе, какъ мы знаемъ, совершается нерѣдко совмѣстною дѣятельностью многихъ лицъ, а не одного преступника, такимъ образомъ, что преступный результатъ находится въ причинной зависимости отъ дѣйствій всѣхъ этихъ дѣйствующихъ лицъ.

Если такая совмѣстная дѣятельность совершается однимъ изъ дѣйствующихъ лицъ при наличности субъективныхъ условій вмѣненія (dolus или culpa), а прочими внѣ этихъ условій, то такое положеніе вещей не вызываетъ никакихъ затрудненій: присоединеніе къ дѣйствіямъ преступника человѣческой дѣятельности, совершаемой внѣ субъективныхъ условій вмѣненія, какъ мы уже видѣли, имѣетъ то же значеніе, какъ и присоединеніе силъ внѣшней природы. Наоборотъ, если два или болѣе совмѣстныхъ дѣятеля дѣйствуютъ каждый при наличности субъективныхъ условій вмѣненія такъ, что присоединеніе преступной дѣятельности одного не исключаетъ сознанія и предвидѣнія результатовъ со стороны другого и обратно, то возникаетъ необходимость опредѣлить спеціальными правилами порядокъ вмѣненія въ законѣ. Для разрѣшенія случаевъ этого рода уголовное право строитъ институтъ *соучастія*, concursus delinquentium, или, какъ иначе называютъ, совокупности преступниковъ. Такъ какъ для вмѣненія послѣдствія необходимо предвидѣніе его, предвидѣніе же заключаетъ въ себѣ знаніе комбинаціи предыдущихъ силъ и фактовъ, то въ случаяхъ соучастія необходимымъ условіемъ вмѣненія послѣдствія каждому изъ соучастниковъ является знаніе его о присоединяющейся дѣятельности другихъ соучастниковъ, какъ одного изъ элементовъ въ комбинаціи предыдущихъ силъ и фактовъ. Выражая это послѣднее положеніе посредствомъ общепринятой юридической терминологіи, мы можемъ сказать, что юридическое понятіе соучастія опредѣляется знаніемъ каждаго изъ соучастниковъ о присоединяющейся дѣятельности другихъ соучастниковъ. Цѣлью относящихся до соучастія правоположеній является, такимъ образомъ, примѣненіе къ отдѣльнымъ соучастникамъ общаго начала уголовной отвѣтственности, которое, простѣйшимъ образомъ, выражается такъ: всякому субъекту вмѣняется все, что онъ совершилъ при наличности субъективныхъ условій вмѣненія.

Это начало, въ примѣненіи къ случаямъ соучастія, прежде всего, выражается въ томъ положеніи, что возникшее преступное дѣяніе должно быть вмѣнено полностію всѣмъ соучастникамъ, безъ всякаго распредѣленія отвѣтственности между ними по частямъ и независимо отъ того, много или мало сдѣлалъ каждый въ отдѣльности для воспроизведенія преступнаго результата, — хотя бы одинъ ограничился пріобрѣтеніемъ и приспособленіемъ средствъ, а другой взялъ на себя самое осуществленіе преступнаго намѣренія; хотя бы одинъ составилъ планъ и склонилъ къ нему другихъ, а другой только содѣйствовалъ совѣтами и одобреніями; хотя бы, наконецъ, одинъ ограничился интеллектуальною дѣятельностью, составленіемъ плана и совѣтами, а другой взялъ на себя все физическое выполненіе. Дѣятельность каждаго изъ нихъ есть одинаково причина возникшаго результата, и каждый изъ нихъ находится по отношенію къ результату въ одинаковыхъ субъективныхъ условіяхъ вмѣненія; фактъ присоединенія къ преступной дѣятельности одного лица дѣйствій другого не можетъ оказывать никакого вліянія на вмѣненіе результатовъ первому, если присоединившаяся дѣятельность не устранила въ немъ субъективныхъ условій вмѣненія.

Признавая принципъ вмѣненія результата полностью всѣмъ соучастникамъ, уголовное право, вмѣстѣ съ тѣмъ, по началу индивидуальной оцѣнки дѣянія, должно сообразовать размѣръ наказаній отдѣльныхъ лицъ съ особенностями ихъ субъективныхъ настроеній и съ объективнымъ составомъ ихъ дѣятельностей. Здѣсь причиняющая дѣятельность распредѣляется между многими лицами; одни выполняютъ физическую сторону—наносятъ удары, раскладываютъ огонь и т. д.; другіе, наоборотъ, интеллектуальную—составляютъ планъ, даютъ указанія, совѣты, уговариваютъ, приказываютъ и т. д.; одни выполняютъ первоначальные акты дѣятельности; другіе — послѣдующіе; одни выполняютъ такое дѣйствіе, которое, взятое отдѣльно, образуютъ собою составъ преступнаго дѣянія, напримѣръ, взятіе вещи при кражѣ; другіе—дѣйствія, такого значенія не имѣющія, напримѣръ, взломъ хранилища при кражѣ, парализованіе обороны при изнасилованіи. Мало того, субъективная виновность соучастниковъ, то-есть характеръ и степень интенсивности преступнаго настроенія, могутъ быть весьма различны: одинъ дѣйствуетъ съ заранѣе обдуманнымъ намѣреніемъ, другой—подъ вліяніемъ простого умысла; одинъ преслѣдуетъ въ преступномъ дѣяніи собственныя цѣли, другой—лишь помогаетъ ему, не имѣя собственнаго интереса въ преступномъ дѣяніи. Очевидно, что всѣ эти различія получаютъ большое значеніе въ соучастіи: признавая каждаго изъ соучастниковъ отвѣтственнымъ за послѣдствіе, мы вмѣстѣ съ тѣмъ должны, по общимъ правиламъ наказуемости, поставить мѣру отвѣтственности въ зависимость отъ субъективной и объективной стороны его виновности. Можетъ казаться съ перваго взгляда, что объективная сторона совершеннаго не можетъ вліять на размѣръ отвѣтственности, такъ какъ всякое условіе послѣдствія имѣетъ для него одинаковое значеніе и можетъ разсматриваться какъ его причина; однако, это не такъ: равнозначительность всѣхъ условій для послѣдствія нисколько не исключаетъ возможности давать различнымъ актамъ дѣятельности различную оцѣнку съ точки зрѣнія ихъ значенія для уголовнаго права, ихъ преступности — это ясно доказывается, напримѣръ, различеніемъ отдѣльныхъ ступеней предварительной дѣятельности. Въ самомъ дѣлѣ, не трудно видѣть, что взломъ хранилища при кражѣ имѣетъ съ объективной стороны меньшее значеніе, чѣмъ взятіе вещи, между тѣмъ для послѣдствія оба дѣйствія имѣютъ одинаковое необходимое значеніе, какъ условія или причины. Во многихъ случаяхъ объективнаго различія мы не найдемъ, напримѣръ, при нанесеніи ранъ, отъ которыхъ послѣдовала смерть; но въ другихъ, какъ въ вышеприведенномъ, это различіе сказывается вполнѣ отчетливо.

На основаніи этихъ соображеній, мы должны разсмотрѣть различные виды сооучастниковъ, различныя формы соучастія; наконецъ, установить критеріи, опредѣляющіе различіе ихъ наказуемости.

б) Виды соучастниковъ.

По своему содержанію и значенію, дѣятельность каждаго соучастника можетъ быть равна дѣятельности всѣхъ прочихъ соучастниковъ; преступная дѣятельность можетъ распредѣляться между отдѣльными соучастниками такимъ образомъ, что одни дѣйствуютъ физически, а другіе лишь интеллектуально; наконецъ, возможно, что дѣятельность однихъ сооучастниковъ, по общей ея субъективной и объективной оцѣнкѣ, будетъ представляться имѣющею большее значеніе, чѣмъ дѣятельность прочихъ. Сообразно этому можетъ быть установлено троякое различіе видовъ соучастниковъ.

Во-первыхъ, простѣйшій случай представляетъ собою такъ называемое *совиновничество*, когда всѣ соучастники равны между собою, то-есть дѣятельность одного изъ нихъ, по совокупной оцѣнкѣ субъективной и объективной ея стороны, равняется дѣятельности каждаго изъ остальныхъ. Всѣ совиновники, съ точки зрѣнія отвѣтственности, равны передъ уголовнымъ закономъ. Каждый изъ совиновниковъ, по общему правилу, долженъ удовлетворять условіямъ, которыя необходимы для понятія единичнаго виновника — способность ко вмѣненію, элементы умысла или неосторожности — и въ то же время долженъ находиться въ такихъ отношеніяхъ къ прочимъ виновникамъ, чтобы ихъ дѣятельности не устраняли условій, необходимыхъ для вмѣненія ему послѣдствія.

Во-вторыхъ, выдвигается различіе виновниковъ *физическихъ* и *интеллектуальныхъ*. Въ то время когда единичный виновникъ сосредоточиваетъ въ себѣ всю дѣятельность и умственную, и физическую—и составленіе плана, и приведеніе его въ исполненіе — въ соучастіи возможно слѣдующее распредѣленіе: одни изъ соучастниковъ берутъ на себѣ составленіе плановъ, уговариванье другихъ соучастниковъ, совѣты, указанія; остальные приводятъ эти планы въ исполненіе. Отсюда различіе виновниковъ физическихъ и виновниковъ интеллектуальныхъ, обыкновенно называемыхъ *подстрекателями* или подговорщиками Интеллектуальная дѣятельность подстрекателей, внѣ всякаго сомнѣнія, находится въ причинной связи съ послѣдствіемъ точно такъ же, какъ и дѣятельность физическая; такая интеллектуальная дѣятельность вмѣстѣ съ тѣмъ, какъ по субъективной, такъ и объективной ея сторонѣ, можетъ имѣть совершенно равное значеніе съ дѣятельностью физической, и мы должны признать, что интеллектуальные виновники, по общему правилу, подлежатъ одинаковой съ физическими виновниками отвѣтственности.

Въ-третьихъ, какъ физическіе, такъ и интеллектуальные виновники могутъ распредѣлять между собою причиняющую дѣятельность

неравномѣрно; отсюда различіе виновниковъ *главныхъ* и *второстепенныхъ* — физическихъ *виновниковъ* и *пособниковъ*, подстрекателей и интеллектуальныхъ пособниковъ. Неравномѣрность дѣятельности, какъ было уже указано, опредѣляется неравномѣрностью субъективной и объективной стороны. Съ субъективной стороны, лицо можетъ дѣйствовать или въ собственномъ интересѣ, ради достиженія собственной цѣли, или можетъ имѣть въ виду лишь оказать содѣйствіе другому въ совершеніи преступнаго дѣянія; можетъ само желать наступленія преступнаго послѣдствія или можетъ само желать только сдѣлать угодное другому, а къ послѣдствію относится безразлично; можетъ имѣть самостоятельный умыселъ или можетъ имѣть умыселъ условный, производный, то-есть можетъ желать послѣдствія только въ томъ случаѣ, когда его желаетъ другое лицо. Съ объективной стороны, различіе можетъ выражаться въ томъ, что физическій виновникъ можетъ взять на себя лишь пріисканіе, пріобрѣтеніе и приспособленіе средствъ, или можетъ взять на себя приведеніе преступнаго умысла въ исполненіе; можетъ совершить только такія дѣйствія, которыя сами по себѣ преступнаго значенія не имѣютъ, или можетъ совершить такія, которыя непосредственно образуютъ собою составъ преступнаго дѣянія; можетъ только помогать другому или дѣйствовать самостоятельно. Интеллектуальный виновникъ можетъ создать планъ самостоятельно и внушить его другимъ; или же можетъ только подтвердить и одобрить чужой планъ; можетъ давать совѣтъ и указанія, касающіеся самаго совершенія преступнаго дѣянія или только пріобрѣтенія средствъ; можетъ уговаривать другого совершить преступное дѣяніе или можетъ только обѣщать ему свою помощь, содѣйствіе, сокрытіе слѣдовъ преступнаго дѣянія и т. д. По совокупной оцѣнкѣ объективной и субъективной стороны, одни изъ виновниковъ являются главными виновниками физическими или интеллектуальными (подстрекателями), другіе — пособниками, тоже физическими или интеллектуальными. Какъ главные виновники, такъ и пособники наказываются за все послѣдствіе; но наказуемость пособниковъ должна быть уменьшена въ размѣрахъ.

Вопросъ о томъ, кто изъ соучастниковъ есть главный виновникъ и кто пособникъ, есть quaestio facti и долженъ быть разрѣшенъ судомъ, по соображенію и оцѣнкѣ объективной и субъективной стороны дѣятельности каждаго соучастника въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, точно такъ же, какъ онъ опредѣляетъ конкретные размѣры наказанія, въ предѣлахъ относительной санкціи закона, въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, какъ онъ признаетъ подсудимаго заслуживающимъ снисхожденія и т. п. Наука, по нашему мнѣнію, не можетъ дать напередъ исчерпывающихъ опредѣленій, а можетъ предложить въ руководство судьѣ лишь положенія, имѣющія значеніе примѣровъ, — таковы вышеприведенныя соображенія о различныхъ модификаціяхъ субъективной и объективной стороны дѣятельности. Никакихъ апріорныхъ, исчерпывающихъ правилъ дать, по нашему мнѣнію, нельзя, кромѣ развѣ такихъ общихъ выраженій, какъ, напримѣръ, слѣдующія: пособникъ есть лицо, дѣйствующее не самостоятельно; пособникъ занимаетъ второстепенную роль; пособникъ не совершаетъ преступнаго дѣянія, а лишь помогаетъ совершенію и т. д. — выраженій, которыя будутъ совершенно правильны, но вмѣстѣ съ тѣмъ и безсодержательны. Намъ думается, можно выставить только три общихъ правила, не имѣющихъ однако исчерпывающаго значенія: во-первыхъ, въ тѣхъ случаяхъ, когда причиняющая дѣятельность заключаетъ въ себѣ такое дѣйствіе, которое, само по себѣ взятое, выполняетъ составъ преступнаго дѣянія (ударъ при нанесеніи побоевъ, взятіе вещи при кражѣ и т. п.), лицо, совершившее такое дѣйствіе сознательно, т.-е. зная о таковомъ его свойствѣ, не можетъ быть признано пособникомъ, а является всегда главнымъ виновникомъ; во-вторыхъ, лицо, умыслившее преступное дѣяніе и склонившее къ нему другого просьбой, подкупомъ, угрозой и т. п., есть всегда подстрекатель, а не интеллектуальный пособникъ; въ-третьихъ, лица, ограничившія свое участіе доставленіемъ средствъ или устраненіемъ препятствій, или обѣщаніемъ не препятствовать или скрыть, суть пособники, а не главные виновники.

в) Формы соучастія.

Независимо отъ указанныхъ различій видовъ соучастниковъ, опредѣляющихъ собою индивидуализацію отвѣтственности, нѣкоторыя особенности въ отношеніяхъ соучастниковъ между собою и къ ихъ общей дѣятельности получаютъ самостоятельное юридическое значеніе, вызывая спеціальныя опредѣленія уголовнаго закона объ отвѣтственности соучастниковъ. Съ этой точки зрѣнія, будемъ ли мы имѣть совокупность однихъ главныхъ физическихъ виновниковъ, или соучастіе главныхъ виновниковъ и пособниковъ, или физическихъ и интеллектуальныхъ, одинаково различаются три формы соучастія: соучастіе безъ предварительнаго соглашенія, соучастіе по предварительному соглашенію, соучастіе неосторожное.

1. *Соучастіе безъ предварительнаго соглашенія* обнимаетъ собою два случая: одинъ, издавна получившій въ нашемъ правѣ названіе скопа, когда необходимыя для общей отвѣтственности условія (то есть знаніе каждаго изъ соучастниковъ о присоединяющейся дѣятельности другихъ соучастниковъ) установляются въ моментъ самаго дѣйствія, хотя бы даже consensu tacito. Напримѣръ, А, Б и В, всѣ трое независимо другъ отъ друга, вознамѣреваются убить Г; безъ всякаго предварительнаго соглашенія они сходятся на мѣстѣ преступнаго дѣянія, сознаютъ общность намѣренія и дѣйствуютъ вмѣстѣ — наносятъ

раны, сбрасываютъ въ воду и т. д. Другой случай—когда эти условія устанавливаются безъ всякаго обмѣна мыслей, молчаливаго или выраженнаго въ словесной формѣ: А въ откровенную минуту признается Б, что онъ отравилъ бы свою жену, если бы могъ достать ядъ безъ опасности для себя; Б достаетъ ядъ и доставляетъ его въ распоряженіе А; послѣдній отравляетъ жену. А подстрекаетъ Б и В, каждаго въ отдѣльности, совершить убійство, при чемъ каждому изъ нихъ указываетъ лишь одну часть дѣятельности, предваряя, что другая будетъ выполнена другимъ дѣятелемъ, знать котораго нѣтъ надобности.

2. *Соучастіе по предварительному соглашенію,* когда соучастники дѣйствуютъ по предварительному соглашенію, условливаются относительно мѣста, времени и способа совершенія преступнаго дѣянія, распредѣляютъ между собою роли и т. д.

3. *Соучастіе неосторожное,* когда соучастники находятся къ послѣдствію въ отношеніяхъ culpa, то есть, согласно господствующей конструкціи culpa, не предвидятъ послѣдствія, но могутъ и должны его предвидѣть. Напримѣръ, плотники работаютъ на крышѣ дома; старшій безъ достаточныхъ предосторожностей приказываетъ сбросить бревно со стѣны; одинъ изъ плотниковъ исполняетъ приказаніе, пригласивъ себѣ на помощь другого, который подаетъ ему рычагъ, веревку и т. п. Бревно падаетъ и убиваетъ человѣка. Первый есть подстрекатель въ неосторожномъ соучастіи; второй—главный физическій виновникъ; третій—физическій пособникъ.

Различіе этихъ формъ соучастія имѣетъ весьма большое значеніе. Соучастіе по предварительному соглашенію представляетъ собою не только большую степень субъективной виновности соучастниковъ, но является и болѣе опаснымъ съ объективной стороны: организованное общество преступниковъ, какимъ является соучастіе по предварительному соглашенію, очевидно представляетъ большую опасность для порядка въ государствѣ. Поэтому, самое вступленіе въ такое соучастіе можетъ быть наказываемо какъ delictum sui generis. Практика жизни выработала два вида; а) *заговоръ* (Complot, conspiratio), когда соучастники имѣютъ въ виду совершеніе одного преступнаго дѣянія; б) *шайка* (Bande), когда соучастники составляютъ сообщество для совершенія многихъ преступныхъ дѣяній однородныхъ или разнородныхъ, которыя въ отдѣльности могутъ быть еще и не опредѣлены. Такимъ образомъ, въ шайкѣ какъ бы соединяются заговоръ и соучастіе безъ предварительнаго соглашенія (относительно отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній возможно совершеніе безъ предварительнаго уговора). Шайка представляетъ наибольшую опасность: вопервыхъ, организація дѣлаетъ изъ нея какъ бы враждебную государству армію; вовторыхъ, въ шайкѣ почти всегда преступное дѣяніе является ремесломъ. Въ заговорѣ въ средѣ главныхъ виновниковъ выдѣляются *зачинщики* или

заводчики; въ шайкѣ—*атаманъ* (Hauptmann). Соучастіе по предварительному соглашенію, сверхъ того, представляетъ собою такую форму соучастія, въ которой, при опредѣленіи значенія дѣятельности отдѣльныхъ соучастниковъ, имѣетъ значеніе по преимуществу субъективная сторона; въ самомъ дѣлѣ если роли предварительно распредѣляются, каждый изъ соучастниковъ знаетъ въ точности, что именно будутъ дѣлать остальные, то различіе объективной стороны ихъ дѣятельности теряетъ значеніе. Изъ этого однако не слѣдуетъ чтобы всѣ участвовавшіе въ предварительныхъ переговорахъ о предстоящей преступной дѣятельности должны были непремѣнно считаться главными виновниками: лицо, которое отговаривало, напримѣръ, другихъ соучастниковъ отъ ихъ намѣренія и приняло участіе въ выполненіи чужого плана лишь подъ вліяніемъ какихъ-либо постороннихъ преступному дѣянію мотивовъ (напримѣръ, дружбы), есть пособникъ; лицо, участіе котораго въ предварительномъ соглашеніи ограничилось лишь обѣщаніемъ помощи въ сокрытіи слѣдовъ преступнаго дѣянія, есть тоже пособникъ и т. д.

г) Отвѣтственность соучастниковъ.

Изъ взаимнаго отношенія между собою соучастниковъ и изъ значенія ихъ дѣятельности, какъ частей одной причиняющей дѣятельности, слѣдуетъ: 1) что отвѣтственность подстрекателей и пособниковъ опредѣляется отвѣтственностью главныхъ физическихъ виновниковъ. Если главные физическіе виновники отвѣтствуютъ за выполненіе, то и подстрекатели съ пособниками отвѣтствуютъ тоже за выполненіе; если главные физическіе виновники отвѣтствуютъ за покушеніе, то и прочіе тоже за покушеніе и т. д. 2) Подстрекательство, оставшееся безуспѣшнымъ, представляетъ собою дѣятельность, соотвѣтствующую низшимъ степенямъ предварительной дѣятельности, именно, обнаруженію умысла; оно не можетъ быть даже подводимо подъ приготовленіе, какъ его опредѣляетъ 8 статья Уложенія (такъ какъ не заключаетъ въ себѣ „пріисканія“ средствъ, а одну лишь попытку пріисканія). Поэтому большинство писателей признаетъ такое подстрекательство ненаказуемымъ, по общимъ правиламъ о ненаказуемости обнаруженія умысла. Въ виду того, однако, что подстрекательство, само по себѣ взятое, какъ попытка склонить другого къ совершенію преступнаго дѣянія, имѣетъ весьма важное значеніе съ точки зрѣнія интересовъ правопорядка, мы должны признать, что законодатель имѣетъ полное основаніе обложить его наказаніемъ, если не какъ предварительную дѣятельность, то какъ delictum sui generis, притомъ не только подстрекательство, оставшееся безуспѣшнымъ, но и подстрекательство, оказавшееся ненужнымъ или излишнимъ въ виду того, что физическій виновникъ, независимо отъ подстрекательства, совершилъ свое дѣяніе по

собственнымъ самостоятельнымъ побужденіямъ (случаи такъ называемые alias facturus). Это положеніе принято нынѣ нѣкоторыми законодательствами (Германія, Бельгія) и вѣроятно получитъ дальнѣйшее признаніе. 3) Соучастники, измѣнившіе свое преступное настроеніе, не освобождаются отъ отвѣтственности, если прочіе виновники выполнили преступное дѣяніе; для того, чтобы снять съ себя отвѣтственность, они должны воспрепятствовать и не допустить совершенія преступнаго дѣянія или, по крайней мѣрѣ, принять всѣ, возможныя для нихъ, къ тому мѣры. 4) Обстоятельства, вліяющія на размѣръ отвѣтственности, объективныя — взломъ, ночное время, отрава и т. п. — примѣняются ко всѣмъ соучастникамъ, въ сознаніе которыхъ они входили, безразлично, кто бы именно изъ нихъ ни выполнялъ ихъ въ дѣйствительности; субъективныя, то есть заключающіяся въ личныхъ свойствахъ и отношеніяхъ каждаго отдѣльнаго соучастника — повтореніе, совокупность преступныхъ дѣяній, родственныя отношенія къ жертвѣ — имѣютъ значеніе только для него. Равнымъ образомъ, субъективныя обстоятельства процессуальнаго характера (примиреніе, возбужденіе дѣла по частной жалобѣ при семейной кражѣ и т. п.) имѣютъ значеніе только по отношенію къ тому соучастнику, котораго они касаются.

19.

3. Соучастіе въ доктринѣ и въ законодательствахъ.

а) Теоріи въ наукѣ.

Существующія въ наукѣ воззрѣнія на соучастіе не отличаются особенной ясностью; причина этого — отсутствіе въ господствующей литературѣ опредѣленнаго принципа или начала, на которомъ можно было бы построить ученіе объ отвѣтственности многихъ лицъ за одинъ преступный результатъ. Вопросъ о значеніи причинной связи долгое время не былъ выясненъ, и соучастіе представлялось, по выраженію Ортмана, чѣмъ-то въ родѣ юридическаго лица или корпораціи, существующихъ лишь мысленно, а не въ дѣйствительности. Вмѣсто послѣдовательно развитаго ученія, находимъ мы въ литературѣ соучастія нерѣдко рядъ сравненій, фикцій, недоказанныхъ предположеній. Отвѣтственность соучастниковъ, говорится, опредѣляется на началѣ круговой поруки; общая виновность обосновываетъ общую отвѣтственность; всѣ соучастники должны разсматриваться, какъ одинъ сложный субъектъ преступнаго дѣянія и т. д. Неясность представленій о соучастіи доходитъ до того, что ученіе о совокупности преступниковъ, какъ иногда называется соучастіе, излагается въ системахъ уголовнаго права нерѣдко рядомъ съ ученіемъ о совокупности преступныхъ дѣяній, а Кистяковскій въ своемъ Учебникѣ соединяетъ соучастіе, совокупность преступныхъ дѣяній и повтореніе преступныхъ дѣяній въ одну главу подъ именемъ формъ сложной виновности. Не взирая на громадную литературу, общее ученіе о соучастіи, которое охватывало бы собою всѣ возможные въ дѣйствительной жизни случаи, развито весьма мало; наоборотъ, отдѣльные вопросы, отдѣльныя стороны и черты соучастія разработаны — правильно или неправильно — въ такой подробности и казуистичности, до которой достигли немногіе отдѣлы науки уголовнаго права.

Обобщая существующія въ доктринѣ, а за нею и въ законодательствахъ, воззрѣнія на конструкцію соучастія, мы можемъ свести ихъ къ четыремъ направленіямъ.

Простѣйшее и на нашъ взглядъ совершенно вѣрное, котораго придерживались мы выше въ построеніи ученія о соучастіи, есть слѣдующее: соучастники, то-есть отвѣтствующіе за весь результатъ, суть всѣ тѣ лица, которыя причинили результатъ и находятся къ нему въ отношеніяхъ субъективной виновности, именно dolus или culpa, какова бы ни была дѣятельность этихъ лицъ по содержанію (интеллектуальная или физическая). Съ этой точки зрѣнія соучастіе есть не болѣе, какъ одинъ изъ случаевъ присоединенія къ преступной дѣятельности одного лица дѣятельности другого лица, именно, такой случай, когда эта вторая дѣятельность есть тоже преступная и когда обѣ онѣ совершаются при наличности всѣхъ условій субъективной виновности по отношенію къ результату. Задача всей конструкціи (теоретической и законодательной) соучастія заключается, сообразно этому взгляду, въ примѣненіи къ отдѣльнымъ соучастникамъ общаго начала уголовной отвѣтственности: всякому субъекту вмѣняется все то, что онъ причинилъ при наличности субъективныхъ условій вмѣненія.

Второе направленіе — направленіе большинства (см. Таганцевъ, Курсъ III) — находитъ, что понятіе соучастія прилагается лишь къ умышленной виновности и что для понятія соучастія, а слѣдовательно для отвѣтственности многихъ лицъ въ качествѣ соучастниковъ, недостаточно объективной причинной связи и общихъ условій субъективной виновности, но требуется еще нѣчто, напримѣръ, соглашеніе, особое единство воли и т. п. Всѣ, не вошедшіе въ кругъ лицъ, охваченныхъ такимъ спеціальнымъ моментомъ, должны оставаться внѣ отвѣтственности, хотя бы относительно ихъ и имѣлись условія причинной связи и субъективной виновности по отношенію къ результату. Задачею ученія о соучастіи, съ точки зрѣнія этого направленія, является установленіе и анализъ именно этого спеціальнаго момента, который обосновываетъ понятіе соучастія и общую отвѣтственность.

Сообразно различію спеціальныхъ моментовъ обосновывающихъ понятіе соучастія, всѣ ученія этого направленія могутъ быть сведены къ четыремъ группамъ: а) теорія соглашенія, которое признается единственнымъ основаніемъ общей отвѣтственности всѣхъ, согласившихся между собою соучастниковъ за все послѣдствіе; б) теорія, построенная на фикціи общей воли или единства воли, связующей преступную дѣятельность въ нераздѣльное цѣлое; в) теорія взаимнаго подстрекательства (Feuerbach и другіе старые криминалисты, изъ новыхъ Schütze); г) соединительная теорія, принимающая фикцію воли и подкрѣпляющая ее фикціей взаимнаго подстрекательства. Въ частности относительно теоріи соглашенія замѣтимъ, что если подъ соглашеніемъ мы будемъ разумѣть не то, что выражаетъ это слово, то-есть не взаимный обмѣнъ мыслей, на словахъ или посредствомъ конклюдентныхъ дѣйствій, но вообще знаніе одного лица о дѣятельности прочихъ, направляющейся къ тому же результату (ср. Таганцевъ, Лекціи II), то эта теорія почти сольется, въ практическомъ ея примѣненіи, съ изложеннымъ нами выше ученіемъ, исключая лишь того, что она не признаетъ соучастія неосторожнаго. Если же мы будемъ разумѣть подъ соглашеніемъ именно взаимный обмѣнъ мыслей, то эта теорія приведетъ, очевидно, къ совершенно произвольному ограниченію понятія соучастія, а слѣдовательно, и наказуемости. Въ поясненіе приведемъ слѣдующіе примѣры: А подстрекаетъ Б на совершеніе убійства; Б молчитъ, не отвѣчаетъ ни слова, ничѣмъ не выражаетъ своего согласія, но тѣмъ не менѣе, подвигнутый внушеніями А, совершаетъ преступное дѣяніе. А по этой теоріи ненаказуемъ, такъ какъ здѣсь нѣтъ соглашенія, и дѣятельность А, отдѣльно взятая, есть лишь обнаруженіе умысла. Представимъ себѣ, что А, не обращаясь ни къ кому въ частности, сдѣлалъ объявленіе во всеобщее свѣдѣніе, что за убій-

ство Б онъ даетъ такую-то сумму. Охотникъ нашелся; Б убитъ, и награда выдана. Неужели А можетъ остаться внѣ отвѣтственности?

Третье направленіе сводится къ слѣдующему положенію: отвѣтственность отдѣльныхъ соучастниковъ, различаемыхъ по содержанію ихъ дѣятельности — интеллектуальныхъ, физическихъ—должна обосновываться и опредѣляться внѣ отношеній одного соучастника къ дѣятельности прочихъ соучастниковъ, въ качествѣ самостоятельной формы виновности. Это направленіе, имѣющее своихъ представителей въ старой литературѣ, возрождается нынѣ, притомъ внѣ связи съ конструкціями старинныхъ писателей, въ одной изъ новѣйшихъ школъ, именно, на почвѣ ученія о борьбѣ съ личными факторами преступности, какъ единственной задачѣ уголовнаго правосудія. Съ точки зрѣнія этого ученія, совершенное однимъ изъ соучастниковъ не должно оказывать вліянія на отвѣтственность другого, и вообще объективная оцѣнка преступнаго дѣянія не должна имѣть рѣшающаго значенія при опредѣленіи отвѣтственности. Эта точка зрѣнія защищается проф. Фойницкимъ, который нападаетъ на схоластичность господствующей доктрины о соучастіи, исходящей изъ положенія о томъ, „что вина каждаго становится виной всѣхъ въ отдѣльности“, и допускающей то, что „каждый отвѣчаетъ не только за себя, но и за другихъ, не за свою только вину, но и за чужую, отвѣчаетъ за все учиненное совмѣстной дѣятельностью въ полной мѣрѣ“; по его словамъ, „общность вины соучастниковъ... оказывается простымъ предположеніемъ, голымъ и недоказаннымъ, построеннымъ схоластическимъ путемъ и составляющимъ одинъ изъ остатковъ тѣхъ многочисленныхъ презумпцій, которыми была такъ богата старая уголовноправовая доктрина“. Существенный недостатокъ этой доктрины въ томъ что при ней приходится вмѣсто твердаго начала причинности установлять соглашеніе, какъ презумпцію причинности; напротивъ, самъ проф. Фойницкій, исходя изъ того, что предметъ государственной карательной власти есть не дѣяніе, а дѣятель, заявляетъ, что „не можетъ быть рѣчи объ уголовно-отвѣтственномъ участіи въ чужой винѣ, вина каждаго самостоятельна и отдѣльна, какъ при единичной, такъ и при совмѣстной дѣятельности. Въ обоихъ случаяхъ для уголовно-юридической оцѣнки вины каждаго единственно пригодными должны быть признаваемы одни и тѣ же общія начала причинности, причемъ не только при единичной, но и при совмѣстной дѣятельности отсутствіе внутренней и внѣшней причинной связи каждаго даннаго дѣятеля съ явленіемъ устраняетъ возможность вмѣнить ему это явленіе въ вину“ (Уголовно-правовая доктрина о соучастіи).

Четвертое направленіе—новонѣмецкое, представляемое въ литературѣ Листомъ. Это направленіе исходитъ отъ того взгляда, что никакихъ особыхъ правилъ нѣтъ надобности установлять для тѣхъ изъ совмѣстныхъ дѣятелей, дѣятельность которыхъ, сама по себѣ взятая, достаточна для того, чтобы вмѣнить каждому изъ нихъ совершенное дѣяніе полностью, какъ самостоятельному виновнику,—безразлично: окажется ли въ качествѣ таковаго одно лицо (Alleinthäter), или ихъ будетъ нѣсколько (Mitthäterschaft и Nebenthäterschaft—первое при наличности у дѣятелей знанія о ихъ совмѣстной дѣятельности; второе при отсутствіи такого знанія); совершаетъ ли такой виновникъ все необходимое своими руками и силами, или пользуется для того силами и дѣятельностью другаго, какъ орудіемъ (mittelbare Thäterschaft) въ случаяхъ, когда этотъ другой невмѣняемъ, дѣйствуетъ по принужденію или не сознаетъ совершаемаго. Поэтому и относить такихъ дѣятелей къ понятію соучастія въ строгомъ смыслѣ (Theilnahme) нѣтъ основаній; это можетъ лишь осложнять и запутывать вопросъ. Къ понятію соучастія, по мнѣнію этого направленія, должны быть относимы лишь тѣ случаи, когда дѣйствительно возбуждается вопросъ объ отвѣтственности лица за то, что совершено другимъ; иначе говоря, когда дѣятельность лица не образуетъ собою его собственнаго самостоятельнаго

виновничества, а представляется лишь участіемъ въ дѣяніи начатомъ и выполненномъ другими. Таковыми могутъ быть признаны лишь подстрекатели и пособники; для нихъ только необходимы въ законѣ правила о наказуемости соучастниковъ и только къ нимъ можетъ примѣняться понятіе соучастія. По поводу этой конструкціи, заключающей въ себѣ совершенно правильную основную точку зрѣнія, нельзя не замѣтить, что она можетъ имѣть значеніе лишь настолько, насколько положительное право устанавливаетъ или, по крайней мѣрѣ, даетъ возможность установить такія расчлененія. Это дѣйствительно имѣетъ мѣсто въ Германскомъ Уголовномъ Уложеніи; но большинство законодательствъ охватываетъ своими постановленіями о соучастіи всю массу совмѣстныхъ дѣятелей, и игнорировать этого теорія уголовнаго права не можетъ.

Практическое значеніе указанныхъ четырехъ направленій выражается весьма существенно въ различіи слѣдующихъ моментовъ. Во-первыхъ, въ объемѣ той области, въ которой должны примѣняться положенія закона объ отвѣтственности многихъ соучастниковъ за одно послѣдствіе. Такъ, согласно первому направленію, правила о соучастіи примѣняются во всѣхъ случаяхъ, когда имѣется объективная причинная связь и общія условія субъективной виновности—предвидѣніе послѣдствій или возможность такого предвидѣнія, dolus или culpa; согласно второму направленію, правила о соучастіи прилагаются къ случаямъ умышленной дѣятельности, охваченной извѣстнымъ спеціальнымъ признакомъ, напримѣръ, соглашеніемъ. Во-вторыхъ, различіе выражается въ опредѣленіи того момента, съ котораго наступаетъ отвѣтственность каждаго отдѣльнаго соучастника. Такъ, съ точки зрѣнія перваго, второго и четвертаго направленія, отвѣтственность всѣхъ соучастниковъ опредѣляется отвѣтственностью главныхъ физическихъ виновниковъ и наступаетъ одновременно съ отвѣтственностью этихъ послѣднихъ, то есть когда они совершатъ нѣчто, подлежащее наказанію; наоборотъ, съ точки зрѣнія третьяго направленія отвѣтственность каждаго соучастника должна наступать совершенно независимо отъ того, что̀ совершили и приступили ли вообще къ дѣятельности другіе соучастники. Наконецъ, въ-третьихъ, дѣленіе соучастниковъ на виды, ради индивидуализированія отвѣтственности, точно такъ же находится въ зависимости отъ отправной точки всей конструкціи соучастія. Такъ, напримѣръ, съ точки зрѣнія третьяго направленія нѣтъ возможности, не нарушая послѣдовательности, дѣлить совмѣстныхъ дѣятелей на главныхъ и второстепенныхъ, а есть возможность лишь различать ихъ по содержанію дѣятельности и по мотивамъ (факторамъ) дѣятельности каждаго изъ нихъ въ отдѣльности.

Независимо отъ различія указанныхъ четырехъ направленій въ доктринѣ, подробной литературной обработкѣ подверглись: вопросъ о подстрекательствѣ; вопросъ о видахъ соучастниковъ по степени ихъ участія—главныхъ второстепенныхъ, пособникахъ, сообщникахъ и т. д.; вопросъ о формахъ соучастія, основанныхъ на соглашеніи—о заговорѣ, шайкѣ.

Подстрекательство почти всѣми писателями приравнивается къ физическому виновничеству по общему правилу. Спорными однако являются вопросы: должны ли подстрекатели наказываться въ высшей мѣрѣ, сравнительно съ физическими виновниками, или въ низшей, или рѣшеніе этого вопроса должно быть признано за quaestio facti; какъ долженъ быть квалифицированъ случай alias facturus; какое значеніе имѣетъ отказъ подстрекателя и взятіе назадъ своихъ уговоровъ; какъ разрѣшается тотъ случай, когда измѣнившій намѣреніе подстрекатель употребилъ свои усилія для воспрепятствованія совершенію преступнаго дѣянія, но не успѣлъ въ этомъ? и т. д. Отвѣты на эти частные вопросы у писателей весьма разнообразны; еще разнообразнѣе мотивировка. Какъ всегда бываетъ при отсутствіи въ извѣстномъ ученіи одной общей руководящей идеи, рядомъ съ немногими мѣткими, вѣрными и дѣльными соображеніями выдвигается масса сообра-

женій, не имѣющихъ никакой связи съ содержаніемъ вопроса; выдвигаются сравненія вмѣсто доказательствъ и т. д.

Виды соучастниковъ, по степени ихъ участія, доведены были въ старой литературѣ до весьма большого числа: зачинщики, подговорщики, сообщники, главные, второстепенные и т. д. Въ литературѣ болѣе новой виды соучастниковъ сводятся къ двумъ: главные виновники и пособники. Что касается до того критерія, который долженъ служить для различенія главныхъ виновниковъ отъ второстепенныхъ, то въ этомъ вопросѣ всѣ теоріи распадаются, главнѣйшимъ образомъ, на двѣ группы: объективныя теоріи, по времени старѣйшія, и субъективныя, господствующія въ новой литературѣ. Объективныя теоріи основываются на объективной оцѣнкѣ дѣйствій, именно: онѣ различаютъ въ общемъ составѣ преступной дѣятельности дѣйствія главныя и второстепенныя—Haupthandlung и Nebenhandlung. Совершившіе главное дѣйствіе признаются главными виновниками; совершившіе второстепенное — второстепенными. Не трудно видѣть, что критерій этотъ недостаточенъ и одностороненъ—въ цѣломъ рядѣ случаевъ главное дѣйствіе вовсе не выдѣляется, напримѣръ, при нанесеніи ранъ, слѣдствіемъ совокупности которыхъ была смерть, при мошенничествѣ, при присвоеніи и растратѣ и т. д. Съ другой стороны, даже въ тѣхъ случаяхъ, когда главное дѣйствіе выдѣляется (соотвѣтственно составу преступнаго дѣянія), признакъ этотъ оказывается недостаточнымъ: если мы можемъ сказать, что совершившій сознательно главное дѣйствіе всегда долженъ быть признанъ главнымъ виновникомъ, то мы не можемъ сказать, что совершившій второстепенное дѣйствіе долженъ быть всегда второстепеннымъ виновникомъ—наоборотъ, этотъ послѣдній очень часто можетъ быть главнымъ виновникомъ. Напримѣръ, зачинщикъ, распоряжавшійся дѣйствіями другихъ, или вообще такой соучастникъ, въ интересахъ котораго совершается преступное дѣяніе, должны считаться главными виновниками, хотя бы дѣятельность ихъ и ограничилась какимъ-либо второстепеннымъ дѣйствіемъ; наоборотъ, лицо, совершившее главное дѣйствіе, не сознавая его значенія и признавая его за второстепенное, должно считаться, по нашему мнѣнію, второстепеннымъ виновникомъ.

Субъективныя теоріи, наоборотъ, выдвинули субъективный критерій: animus auctoris и animus socii. Лицо, дѣйствовавшее подъ вліяніемъ animus auctoris, есть главный виновникъ; дѣйствовавшее подъ вліяніемъ animus socii—второстепенный, пособникъ. Элементы animus auctoris суть: самостоятельность умысла и собственный интересъ въ совершеніи преступнаго дѣянія. Элементы animus socii: несамостоятельность (условность) желанія и отсутствіе собственнаго интереса. Не трудно видѣть, что эта теорія въ исключительномъ ея проведеніи не даетъ удовлетворительныхъ результатовъ. Легко говорить общими положеніями: главный виновникъ хочетъ для себя, пособникъ для другого; главный виновникъ относится къ преступному дѣянію какъ къ своему дѣлу, пособникъ лишь помогаетъ чужому предпріятію; главный виновникъ стремится къ преступному дѣянію безусловно, пособникъ—подъ условіемъ, что того хочетъ главный виновникъ и т. д. Но очень трудно, даже невозможно приложить эти положенія къ конкретнымъ случаямъ. Здѣсь, какъ и во многихъ другихъ случаяхъ, каждая изъ созданныхъ доктриною теорій заключаетъ въ себѣ частицу правды, нѣсколько вѣрныхъ и мѣткихъ мыслей; но ни одна не можетъ быть принята въ ея послѣдовательномъ проведеніи.

Въ вопросѣ о формахъ соучастія доктрина останавливалась почти исключительно на тѣхъ формахъ, которыя основываются на соглашеніи (предварительномъ или въ моментъ совершенія), именно—скопъ, заговоръ, шайка. Здѣсь communis opinio doctorum сводится къ тому, что всѣ, принимавшіе участіе въ соглашеніи, признаются главными виновниками, какъ бы мала ни была ихъ роль въ выполненіи общаго плана. Въ особенности рѣзко высказывается это положеніе относительно заговора (Complot); относительно скопа или такъ называемаго случайнаго совиновничества (zufällige Mitурheberschaft) вопросъ очень часто обходится и оставляется неразрѣшеннымъ, хотя ясно для всякаго, что соглашеніе можетъ существовать и въ скопѣ (только не предварительное) и что, слѣдовательно, все, что говорится по поводу соглашенія о заговорѣ, должно прилагаться и къ скопу.

Что касается до соучастія неосторожнаго, то взглядъ большинства писателей не считаетъ возможнымъ прилагать понятіе соучастія къ дѣяніямъ неосторожнымъ. Замѣтимъ, что это не есть вопросъ схоластичный, лишенный практическаго значенія; наоборотъ, если мы признаемъ понятіе соучастія неприложимымъ къ неосторожности, то должны будемъ, при господствующей конструкціи culpa, оставить безъ наказанія цѣлую массу случаевъ — такъ, въ приведенномъ выше примѣрѣ о плотникахъ, работающихъ на крышѣ дома, лицо, признанное нами за подстрекателя въ неосторожномъ дѣяніи, останется безъ наказанія и т. п. [1]).

Къ элементамъ соучастія въ преступномъ дѣяніи старая доктрина и законодательство относили, такъ называемую, *прикосновенность*, Begünstigung—дѣятельность лицъ, возникшую по поводу преступнаго

[1]) Литературная судьба вопроса о неосторожномъ соучастіи въ высшей степени интересна: старые криминалисты (см. указанія у Köstlin, System, также Сергѣевскій, о знач. прич. связи, I) находили возможнымъ прилагать понятіе соучастія къ дѣяніямъ неосторожнымъ. Затѣмъ communis opinio, руководствуясь во взглядѣ на соучастіе фикціей общей воли, признаетъ единогласно, что понятіе соучастія къ culpa не прилагается. Въ новѣйшее время, съ развитіемъ ученія о причинной связи, опять выдвигается мнѣніе, что понятіе соучастія одинаково прилагается къ обѣимъ формамъ виновности, dolus и culpa. Такъ, Langenbeck, Lehre v. d. Theilnahme, устанавливаетъ и разсматриваетъ случаи неосторожнаго соучастія. Wächter, die Busse bei Beleidigungen und Körperverletzungen, признаетъ неосторожное соучастіе безъ всякихъ ограниченій. Ortman, Ueber die Fictionen der Ursachlichkeit (Gerichtssaal. 1876. XXVII), прилагаетъ понятіе соучастія къ области luxuria. Schütze, Nothwendige Theilnahme, называетъ то положеніе доктрины, которое не допускаетъ и рѣчи о соучастіи въ примѣненіи къ неосторожнымъ дѣяніямъ, „den ebenso kahlen, wie kalten Satz“. Впрочемъ, Schütze и всю литературу соучастія до послѣдняго времени сравниваетъ съ Авгіевыми конюшнями. Meyer, Hälschner, Liszt точно такъ же признаютъ неосторожное соучастіе, указывая только, что по германскому уложенію правила о соучастіи къ неосторожному совершенію не прилагаются; въ нашей литературѣ — Колоколовъ, Соучастіе. Contra—Таганцевъ, Лекція II. По поводу возраженій Таганцева замѣтимъ, что никто изъ представителей ученія о неосторожномъ соучастіи не предлагаетъ наказывать неосторожнаго соучастника какъ за умышленное совершеніе въ тѣхъ случаяхъ, когда другой соучастникъ дѣйствуетъ умышленно; наоборотъ, всѣ писатели этого направленія придерживаются того правила, что авторъ неосторожной дѣятельности и отвѣтствуетъ за неосторожность, а авторъ умышленной дѣятельности за умышленное выполненіе. Совершенно другой вопросъ — когда фактически возможно такое соучастіе, то-есть такое отношеніе одного лица къ дѣятельности другого, которое обосновывало бы собою соучастіе, сложенное изъ неосторожной и умышленной дѣятельности? Этотъ вопросъ есть чисто практическій и можетъ быть разрѣшенъ на почвѣ анализа условій, опредѣляющихъ предвидѣніе однимъ лицомъ преступной дѣятельности другого или возможность такого предвидѣнія. См. по этому поводу: Сергѣевскій, о значеніи прич. связи, I, стр. 76 сл. Ср. Таганцевъ, стр. 871, примѣчаніе.

дѣянія уже по совершеніи его, и въ причинномъ отношеніи къ содѣянному не стоящую, а также неисполненіе обязанностей, закономъ наложенныхъ, по воспрепятствованію преступнымъ дѣяніямъ и по раскрытію оныхъ. Сообразно этому, прикосновенность распадается на слѣдующіе виды: *укрывательство*, *попустительство* (или невоспрепятствованіе) и *недоносительство* о совершившемся преступномъ дѣяніи. Въ укрывательствѣ могутъ быть различаемы: укрывательство самаго преступника; укрывательство слѣдовъ преступнаго дѣянія; укрывательство вещей, добытыхъ преступнымъ дѣяніемъ. Мотивы укрывательства могутъ быть личные или корыстные. Попустительство выражается: въ невоспрепятствованіи самому совершенію преступнаго дѣянія; въ неизвѣщеніи лица, которому грозила опасность; въ недонесеніи властямъ о готовящемся преступномъ дѣяніи. По старому взгляду теоріи и положительныхъ законодательствъ за прикосновенность къ преступному дѣянію устанавливалась высокая наказуемость, часто равная съ наказуемостью виновничества; древнѣйшее право, руководствуясь практическими соображеніями и не вдаваясь въ подробности, облагало почти равными наказаніями всѣхъ, такъ или иначе содѣйствовавшихъ нарушенію закона, въ томъ числѣ и лицъ прикосновенныхъ, по правилу: der Hehler ist gleich dem Stehler, или: не тотъ лишь воръ, кто крадетъ, а и тотъ, кто краденое принимаетъ, и т. д.

Современный взглядъ въ наукѣ совершенно иной: прикосновенность, какъ самостоятельная преступная дѣятельность, не стоящая въ причинной связи съ послѣдствіемъ, должна быть облагаема наказаніемъ не по правиламъ о наказуемости соучастниковъ въ томъ преступномъ дѣяніи, а какъ delictum sui generis, составъ котораго долженъ опредѣляться по принадлежности въ соотвѣтствующихъ раздѣлахъ особенной части уложенія. По отношенію къ укрывательству должно замѣтить, что выдѣляются, какъ особо наказуемыя формы, укрывательство по ремеслу и укрывательство вещей. По отношенію къ попустительству и недоносительству допускается ненаказуемость, что обусловливается, съ одной стороны, строемъ современнаго государства, которое по общему правилу не налагаетъ на гражданъ обязанности помогать своимъ ближнимъ и спасать ихъ отъ опасностей, а ограничивается лишь запрещеніями вредить имъ; съ другой стороны—взглядомъ современнаго общества на доносы, въ особенности о совершившемся преступномъ дѣяніи. Наказуемость попустительства и недоносительства вполнѣ признается въ тѣхъ случаяхъ, когда это было нарушеніемъ спеціальныхъ обязанностей и когда отъ недоносительства страдаетъ невинный; наказуемость недоносительства обоихъ видовъ не признается при наличности нѣкоторыхъ особыхъ отношеній къ преступнику, напримѣръ, родственныхъ отношеній, супружескихъ, отношеній опекуна къ опекаемому.

б) Постановленія русскаго права о соучастіи.

Уложеніе въ статьѣ 11 различаетъ, „учинено ли преступленіе по предварительному всѣхъ или нѣкоторыхъ виновныхъ на то согласію, или безъ онаго“. Такимъ образомъ, Уложеніе различаетъ соучастіе безъ предварительнаго соглашенія и соучастіе по предварительному соглашенію.

Соучастіе безъ предварительнаго соглашенія, такъ называемый скопъ, опредѣляется въ статьѣ 12. Соучастіе по предварительному соглашенію раздѣляется на два вида: заговоръ, опредѣленный въ статьѣ 13, и шайка. Заговоръ есть простое соучастіе, основанное на предварительномъ соглашеніи; шайка есть соглашеніе, направленное къ совершенію цѣлаго ряда преступныхъ дѣяній, которыя въ отдѣльности могутъ быть еще и не установлены. Нашъ законъ нигдѣ не даетъ опредѣленія шайкѣ; указанное ея значеніе слѣдуетъ, какъ выводъ изъ содержанія статей 922—930. Самое образованіе шайки считается преступнымъ дѣяніемъ и наказывается какъ delictum sui generis, при чемъ законъ различаетъ: составителей шайки, вступившихъ въ шайку, знавшихъ о составленіи шайки. Наказуемость за дѣйствительное совершеніе преступнаго дѣянія шайкою опредѣляется въ статьѣ 927. Въ соучастіи безъ предварительнаго соглашенія различаются *главные виновники* и *участники*. Въ заговорѣ по статьѣ 13 различаются: *зачинщики*, *сообщники*, *подговорщики* или *подстрекатели*, *пособники*. Участники въ свою очередь различаются на участниковъ болѣе важныхъ и менѣе важныхъ; пособники—на пособниковъ необходимыхъ и не необходимыхъ (ст. 121).

Затѣмъ наше право знаетъ прикосновенность двоякаго рода: какъ элементъ или форму соучастія и какъ delictum sui generis. Прикосновенность, какъ элементъ соучастія, опредѣляется въ статьяхъ 14 и 15, которыя признаютъ отвѣтственными въ качествѣ прикосновенныхъ лицъ: *попустителей*, *укрывателей* (преступника, слѣдовъ преступнаго дѣянія, вещей, добытыхъ преступнымъ дѣяніемъ) и *недоносителей*. Что касается до наказуемости прикосновенности, какъ delictum sui generis, то мы находимъ ее значительно развитою въ нашемъ правѣ, а именно, такая наказуемость установляется въ статьяхъ 931, 1662 Уложенія, въ 159, 180 Мир. Уст. и въ др. Такая двойственность опредѣленій о прикосновенности неизбѣжно вызываетъ рядъ вопросовъ о разграниченіи случаевъ прикосновенности, наказуемыхъ какъ форма соучастія по опредѣленіямъ общей части, отъ случаевъ прикосновенности, наказуемыхъ какъ delictum sui generis по отдѣльнымъ статьямъ особенной части. Напримѣръ—о разграниченіи покупки и принятія въ закладъ завѣдомо краденаго или добытаго черезъ

обманъ имущества, по 180 статьѣ Устава, отъ укрывательства вещей вообще, по 14 статьѣ Уложенія, наказуемаго по правиламъ 124 статьи Уложенія. Текстъ закона не даетъ прямыхъ указаній. Кассаціонная практика Сената установила признакъ знанія или незнанія со стороны укрывателя о томъ преступномъ дѣяніи, посредствомъ котораго вещи добыты: если укрывателю извѣстно, посредствомъ какого именно преступнаго дѣянія и кѣмъ добыты вещи, то примѣняются опредѣленія общей части Уложенія; если же ему извѣстно лишь то, что вещи добыты преступнымъ путемъ, то примѣняется статья 180 Мирового Устава.

Наконецъ, Уложеніе знаетъ особую форму какъ бы неосторожнаго соучастія, именно, неумышленное убійство и нанесеніе ранъ въ дракѣ, по статьямъ 1465 и 1485. Ближайшій анализъ этихъ опредѣленій принадлежитъ особенной части уголовнаго права.

Въ Мировомъ Уставѣ законъ ограничивается относительно соучастія въ преступномъ дѣяніи однимъ общимъ опредѣленіемъ въ статьѣ 15, по которой „тѣ изъ виновныхъ, которые сами его совершили. или подговаривали къ тому другихъ, наказываются строже, нежели ихъ соучастники". О прикосновенности въ общей части Устава не упоминается, а потому случаи прикосновенности къ дѣяніямъ, предусмотрѣннымъ въ Уставѣ, наказываются лишь настолько, насколько они предусмотрѣны въ отдѣльныхъ статьяхъ Устава, въ качествѣ delictum sui generis.

Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года даетъ сравнительно простыя и несложныя правила о соучастіи. Прикосновенность не присоединяется къ соучастію, и отдѣльные ея виды образуютъ собою delicta sui generis въ особенной части Уложенія. Соучастіе опредѣляется какъ учиненіе дѣянія „нѣсколькими лицами, согласившимися на его совершеніе или дѣйствовавшими завѣдомо сообща". „Соучастниками признаются тѣ, которые: 1) непосредственно учинили преступное дѣяніе или участвовали въ его выполненіи; 2) подстрекнули другого къ соучастію въ преступномъ дѣяніи; 3) были пособниками, доставлявшими средства или устранявшими препятствія, или оказавшими помощь учиненію преступнаго дѣянія совѣтомъ, указаніемъ или обѣщаніемъ не препятствовать его учиненію или скрыть оное". Такимъ образомъ установляется три вида соучастниковъ: непосредственно учинившіе и участвовавшіе; подстрекатели; пособники. Наказаніе тѣмъ пособникамъ, коихъ помощь была несущественна, назначается смягченное, а всѣмъ прочимъ соучастникамъ — то, которое въ законѣ за данное преступное дѣяніе положено. Достойно примѣчанія, что при совершеніи проступковъ ни пособники, ни подстрекатели по общему правилу не наказываются, а лишь въ случаяхъ, особо закономъ указанныхъ. Соучастникъ, отказавшійся отъ участія и принявшій

мѣры къ предотвращенію преступнаго дѣянія, освобождается отъ наказанія (ст. 51).

Къ этимъ правиламъ о соучастіи Уголовное Уложеніе считаетъ нужнымъ присоединить положеніе о согласившихся принять участіе, но не принимавшихъ его въ дѣйствительности, то есть о лицахъ, которыя съ точки зрѣнія Уложенія къ составу соучастія не должны принадлежать. Уложеніе опредѣляетъ: согласившійся принять участіе въ сообществѣ для учиненія преступнаго дѣянія, но не бывшій соучастникомъ, хотя и не отказавшійся, наказывается лишь въ особо указанныхъ закономъ случаяхъ за участіе въ сообществѣ или въ шайкѣ (ст. 52)—слѣдовательно наказывается не по правиламъ о соучастіи, а за delictum sui generis.

Финляндское Уложеніе, не упоминая вовсе въ общей части о прикосновенности, даетъ по вопросу о соучастіи („участіе") слѣдующія, несложныя и ясныя правила: 1) Если преступленіе совершено двумя или нѣсколькими лицами сообща, то каждое изъ нихъ наказывается, какъ совершитель дѣянія. 2) Кто подговариваетъ, подкупаетъ, принуждаетъ или инымъ образомъ умышленно склоняетъ или совращаетъ другого къ преступленію, тотъ подвергается за подстрекательство тому же наказанію, какъ и совершитель дѣянія, смотря по тому, совершено ли послѣднимъ оконченное преступленіе или сдѣлано наказуемое покушеніе на оное. 3) Кто, во время или до совершенія кѣмъ либо преступленія, умышленно способствовалъ учиненію сего дѣянія совѣтомъ, дѣломъ или поощреніемъ, тотъ, въ случаѣ совершенія преступленія (или покушенія на оное, когда за покушеніе и совершеніе положено одинаковое наказаніе), приговаривается къ наказанію за пособничество по статьѣ, которую должно бы примѣнить, если бы онъ самъ былъ совершителемъ дѣянія, но наказаніе однако уменьшается согласно правиламъ, установленнымъ въ § 2 главы III-й. Если преступленіе было остановлено на наказуемомъ покушеніи, то пособникъ приговаривается къ наказанію не свыше половины того, какое могло бы быть ему назначено, въ случаѣ учиненія совершителемъ дѣянія оконченнаго преступленія. Подстрекательство къ наказуемому пособничеству карается, какъ пособничество. 4) Когда личныя отношенія исключаютъ, уменьшаютъ или увеличиваютъ наказуемость извѣстнаго дѣянія, то сіе имѣетъ силу только для того совершителя дѣянія, подстрекателя или пособника, который состоитъ въ упомянутыхъ отношеніяхъ (глава V, §§ 1—4).

VI. Единство дѣйствія какъ условіе вмѣненія.

Сергѣевскій, О значеніи причинной связи. 1. Höpfner, Einheit und Mehrheit der Verbrechen.

1. Единство дѣйствія.

Очень часто дѣятельность человѣка, направленная къ одной цѣли, слагается такимъ образомъ, что представляетъ собою не одинъ, а два или болѣе актовъ, изъ которыхъ каждый, взятый въ отдѣльности, можетъ имѣть особую юридическую квалификацію, то есть заключать въ себѣ всѣ элементы состава особаго преступнаго дѣянія. Не менѣе часто встрѣчается и обратное явленіе, именно, что совершенно отдѣльныя дѣйствія человѣка при ихъ искусственномъ соединеніи образуютъ собою составъ одного преступнаго дѣянія. Разбой, напримѣръ, заключаетъ въ себѣ нападеніе на личность и отнятіе имущества. Оба акта, взятые какъ единое дѣяніе, образуютъ собою составъ разбоя; разбитые на двѣ части—представляютъ два преступныхъ дѣянія: нанесеніе побоевъ и похищеніе имущества (грабежъ). Обратно, представимъ себѣ, что слесарь, по порученію хозяина, взломалъ замокъ у денежнаго сундука; черезъ нѣкоторое время онъ, зная о томъ, что сундукъ не запертъ, приходитъ и похищаетъ деньги изъ сундука. Въ такомъ видѣ дѣятельность слесаря представляетъ собою, вопервыхъ, дѣйствіе уголовно-безразличное—вскрытіе сундука по порученію хозяина—и, вовторыхъ, составъ простой кражи; соединимъ эти два акта вмѣстѣ, то есть станемъ разсматривать ихъ какъ единое дѣяніе, и мы получимъ кражу со взломомъ. Крестьянинъ ѣдетъ въ поле за сѣномъ; онъ хочетъ привезти свою копну, но намѣренъ вмѣстѣ съ тѣмъ похитить копну своего сосѣда. На дѣлѣ происходитъ маленькая ошибка: будучи увѣренъ, что беретъ чужую копну, онъ въ дѣйствительности забираетъ свою собственную, а затѣмъ, думая взять свою, беретъ чужую. Ясно, что этотъ фактъ можетъ получить двоякую квалификацію: если мы будемъ разсматривать его, какъ два отдѣльныя дѣйствія, то должны будемъ признать, вопервыхъ, такъ называемое покушеніе надъ негоднымъ объектомъ, вовторыхъ, неосторожное присвоеніе чужого имущества; если же мы соединимъ оба акта въ одно дѣйствіе, то должны будемъ признать просто кражу.

Очевидно, что такое раздѣленіе одного дѣянія на два акта и на два состава или соединеніе двухъ поступковъ въ одно дѣяніе и въ одинъ составъ не можетъ зависѣть отъ субъективнаго произвола лица, постановляющаго рѣшеніе, а установляется самымъ дѣйствіемъ:

если крестьянинъ сегодня отправился воровать чужое сѣно и привезъ по ошибкѣ свое, а затѣмъ черезъ нѣсколько дней поѣхалъ за своимъ и, опять по ошибкѣ, навьючилъ на телѣгу чужое, то эти два акта будутъ составлять два самостоятельныхъ, отдѣльныхъ дѣянія; если же наоборотъ, оба акта сливаются вмѣстѣ фактически, если крестьянинъ совершилъ ихъ въ непосредственной связи, какъ выполненіе одного плана (одна часть котораго въ данномъ случаѣ преступна, а другая нѣтъ), то и дѣлить ихъ мы не имѣемъ никакой возможности — они будутъ составлять одно единое дѣяніе и, какъ таковое, будутъ представлять собою кражу.

Общимъ правиломъ при вмѣненіи человѣку его поступковъ, какъ преступныхъ дѣяній, должно быть признано то положеніе, что дѣйствія отдѣльныя не могутъ быть соединяемы въ одно для вмѣненія и, обратно, рядъ актовъ, составляющихъ одно единое дѣйствіе, не можетъ быть разбиваемъ на отдѣльныя части и, слѣдовательно, отдѣльные составы, хотя бы внѣшнимъ образомъ къ тому и представлялась возможность. Тотъ признакъ, та черта, которая связываетъ отдѣльные акты въ единое дѣйствіе и, обратно, полагаетъ границу между отдѣльными дѣйствіями, не допуская соединенія ихъ въ одно цѣлое, не могутъ быть установлены посредствомъ формальныхъ теоретическихъ признаковъ in abstracto; вопросъ о томъ, представляетъ ли извѣстная дѣятельность человѣка одно единое дѣйствіе или рядъ самостоятельныхъ дѣйствій, есть quaestio facti, и разрѣшеніе его должно быть производимо практическимъ путемъ въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ in concreto. Теорія можетъ выставить лишь самыя общія опредѣленія, притомъ болѣе отрицательнаго, чѣмъ положительнаго характера. Три момента являются здѣсь рѣшающими: во-первыхъ, время, но не въ томъ смыслѣ, однако, чтобы два акта, раздѣленные во времени, всегда представляли собою два отдѣльныя дѣйствія; во-вторыхъ, связь между человѣкомъ и тѣмъ, что имъ сдѣлано; въ-третьихъ, взаимное отношеніе субъективнаго настроенія въ отдѣльныхъ актахъ. По отношенію къ первому моменту этотъ послѣдній имѣетъ парализирующее значеніе, именно: сколь бы ни были отдѣлены другъ отъ друга по времени отдѣльные акты, они связываются воедино, если они проникнуты однимъ субъективнымъ настроеніемъ и составляютъ осуществленіе одного плана.

Для поясненія представимъ слѣдующіе примѣры: А ударяетъ Б; Б отвѣчаетъ на ударъ ударомъ и опрокидываетъ А на землю, затѣмъ наноситъ еще ударъ, который причиняетъ смерть А. Такая дѣятельность Б, сообразно вышесказанному, можетъ подлежать слѣдующимъ различнымъ квалификаціямъ: предположимъ, что А нападаетъ и ударяетъ Б; Б въ необходимой оборонѣ опрокидываетъ А на землю, затѣмъ хочетъ наказать его за дерзкое нападеніе и наноситъ ударъ палкой, но по неосторожности причиняетъ смерть. Здѣсь дѣятельность Б распадается на два самостоятельныя дѣянія: необходимая оборона и тѣлесное поврежденіе со смертнымъ исходомъ. Предположимъ, что Б дѣйствовалъ въ азартѣ,

не соображая того, что опасность для него миновала, какъ только онъ опрокинулъ А на землю—простое превышеніе предѣловъ обороны. Предположимъ, что Б совершаетъ провоцирующія оскорбительныя дѣйствія противъ А для того, чтобы, подъ видомъ необходимой обороны, нанести ему смертельный ударъ—провокація и ударъ должны разсматриваться, какъ одно дѣяніе, такъ какъ два эти акта соединены субъективнымъ моментомъ; поэтому мы имѣемъ здѣсь не болѣе, какъ своеобразный планъ дѣйствія, не имѣющій особаго уголовно-юридическаго значенія, и Б долженъ быть признанъ виновнымъ въ умышленномъ убійствѣ. Еслибы мы, наоборотъ, признали провокацію и ударъ самостоятельными дѣйствіями (что въ данномъ случаѣ было бы неправильно), то мы должны были бы опредѣлить дѣятельность Б, вопервыхъ, какъ оскорбленіе, и затѣмъ, вовторыхъ, какъ необходимую оборону и ея превышеніе. Другой примѣръ: А нападаетъ на Б, бьетъ его, наноситъ раны и отнимаетъ имущество—разбой, какъ одно дѣяніе. А нападаетъ на Б, наноситъ раны, затѣмъ чрезъ нѣсколько дней приходитъ и похищаетъ его имущество, пользуясь его слабостью,—два дѣйствія и, сообразно тому, два преступныхъ дѣянія: нанесеніе тѣлеснаго поврежденія и грабежъ или кража. Соединимъ эти дѣйствія субъективнымъ моментомъ, то-есть представимъ себѣ, что они составляютъ осуществленіе одного плана, и мы опять будемъ имѣть одно дѣйствіе и одно преступное дѣяніе—разбой.

Являясь общимъ правиломъ всякаго вмѣненія, то-есть правиломъ, которымъ неукоснительно долженъ руководствоваться судъ при квалификаціи дѣйствій человѣка, какъ преступныхъ дѣяній, — это условіе единства выдвигается съ особою отчетливостью въ нижеслѣдующихъ трехъ группахъ случаевъ, которые могутъ возбуждать и, дѣйствительно, возбуждали съ этой точки зрѣнія нѣкоторыя недоразумѣнія.

2. *Преступныя дѣянія длящіяся и продолжаемыя.*

Фонъ-Резонъ, О продолжаемомъ преступленіи. Журн. Гражд. и Угол. Права 1875, I.

На основаніи вышеустановленнаго закона единства разрѣшается вопросъ о такъ называемыхъ *длящихся* преступныхъ дѣяніяхъ. Цѣлый рядъ актовъ, изъ которыхъ каждый, взятый въ отдѣльности, заключаетъ въ себѣ полный составъ преступнаго дѣянія и можетъ, слѣдовательно, разсматриваться, какъ оконченное дѣйствіе, признается, тѣмъ не менѣе, однимъ преступнымъ дѣяніемъ и вмѣняется какъ таковое, а не какъ совокупность преступныхъ дѣяній, на томъ именно основаніи, что рядъ актовъ, составляющихъ выполненіе одного плана, не можетъ быть разбиваемъ на отдѣльныя части въ качествѣ отдѣльныхъ дѣяній. Кто-либо, вознамѣрившись похитить, напримѣръ, книги, хранящіяся въ шкафу, каждый день уноситъ по одной книгѣ. Будучи застигнутъ послѣ похищенія первой книги, онъ будетъ виновенъ въ оконченной кражѣ; но и похитивъ постепенно всѣ книги, онъ будетъ виновенъ тоже только въ одной кражѣ. Наоборотъ, сколь бы ни были

сходны между собою отдѣльныя преступныя дѣянія, совершенныя однимъ и тѣмъ же лицомъ, они не могутъ быть соединены въ одно для вмѣненія, если не имѣется тѣхъ условій, которыя обосновываютъ собою объединеніе отдѣльныхъ актовъ въ преступныхъ дѣяніяхъ длящихся. Три кражи, совершенныя однимъ и тѣмъ же лицомъ, у одного и того же лица, въ одинъ и тотъ же день, и на одну и ту же сумму, могутъ при всемъ томъ оставаться отдѣльными преступными дѣяніями; между тѣмъ какъ сотни похищеній, произведенныхъ въ теченіе десятка лѣтъ, при весьма различныхъ условіяхъ, какимъ-либо смотрителемъ казеннаго магазина, могутъ представлять собою одно длящееся дѣяніе.

То же самое положеніе вещей находимъ мы и въ такъ называемыхъ преступныхъ дѣяніяхъ *продолжаемыхъ*: извѣстное преступное состояніе, напримѣръ, сожительство въ незаконномъ бракѣ, присвоеніе непринадлежащаго титула или званія и т. д., сколь бы долго оно ни продолжалось, во сколькихъ бы актахъ оно ни выражалось, представляетъ собою всегда одно преступное дѣяніе.

3. *Идеальная совокупность.*

Нерѣдко дѣйствіе человѣка можетъ быть мысленно расчленено на двѣ отдѣльныя части, изъ которыхъ каждая заключаетъ въ себѣ элементы состава какого-либо преступнаго дѣйствія, такъ что въ одномъ дѣйствіи представляется какъ бы одновременное нарушеніе двухъ запретовъ и, сообразно этому, два преступныхъ дѣянія. Такъ, напримѣръ, лишеніе жизни человѣка посредствомъ нанесенія ранъ холоднымъ оружіемъ можетъ быть мысленно расчленено на два состава: нанесеніе ранъ и убійство; убійство посредствомъ поджога—на поджогъ и убійство и т. д. Случаи этого рода носятъ названіе *идеальной совокупности*. Вмѣненію здѣсь всегда подлежитъ лишь одинъ составъ, именно тотъ, который представляется высшимъ по наказуемости. Судъ не можетъ признать человѣка, умышленно причинившаго смерть другому посредствомъ нанесенія ранъ, виновнымъ въ двухъ преступныхъ дѣяніяхъ: въ нанесеніи ранъ и въ убійствѣ. Такой человѣкъ, очевидно, подлежитъ лишь отвѣтственности за одно убійство. Иногда законъ такую осложненность состава признаетъ за обстоятельство, вину увеличивающее, и, не нарушая правила о единствѣ дѣйствія и вмѣненія, конструируетъ особое квалифицированное преступное дѣяніе, принявъ за основаніе квалификаціи ту именно черту, которая образуетъ собою второй мысленный составъ. Такъ, напримѣръ, убійство посредствомъ поджога будетъ по нашему закону не простымъ убійствомъ, а квалифицированнымъ по 1 пункту 1453 статьи Уложенія.

Такихъ квалифицированныхъ преступныхъ дѣяній, которыя образуются въ законѣ, подобно убійству посредствомъ поджога, изъ признаковъ дѣйствія, одновременно нарушающихъ два запрета и дающаго поэтому содержаніе двумъ составамъ, весьма много въ каждомъ уложеніи; но если законъ такого квалифицирующаго значенія за извѣстнымъ признакомъ не устанавливаетъ, то этотъ послѣдній, привходя въ содержаніи одного дѣйствія къ другому составу, высшему по наказуемости, не оказываетъ никакого вліянія на отвѣтственность—по общему правилу, какъ сказано выше, въ случаяхъ идеальной совокупности вмѣненіе и наказуемость опредѣляются только по одному, именно, высшему составу.

Положеніе это, съ отчетливостью выраженное въ § 73 Германскаго Уложенія, должно служить руководствомъ судебной практикѣ во всѣхъ тѣхъ безъ изъятія случаяхъ, когда одно дѣяніе заключаетъ въ себѣ элементы двухъ или болѣе составовъ. Практически случаи эти могутъ быть весьма разнообразны, а именно: 1) идеальная совокупность двухъ однородныхъ составовъ, напримѣръ—умышленное лишеніе жизни однимъ дѣйствіемъ или при выполненіи одного плана нѣсколькихъ человѣкъ; оскорбленіе, при тѣхъ же условіяхъ, нѣсколькихъ лицъ; 2) идеальная совокупность двухъ составовъ, относящихся между собою, какъ часть къ цѣлому; напримѣръ, убійство заключаетъ въ себѣ нанесеніе ранъ; убійство посредствомъ поджога заключаетъ въ себѣ истребленіе имущества; 3) идеальная совокупность различныхъ послѣдствій одного дѣянія; напримѣръ, дѣйствіе производитъ рану и въ то же время пожаръ; удары причиняютъ физическую боль (побои) и производятъ оскорбленіе чести; 4) идеальная совокупность двухъ разнородныхъ составовъ, когда, напримѣръ, однимъ дѣяніемъ нарушаются блага частныхъ лицъ и интересы общественные; таково—тѣлесное поврежденіе при сопротивленіи власти.

Что касается до нашего Уложенія о наказаніяхъ, то въ статьяхъ 109 и 116, по буквальному ихъ смыслу, оно какъ бы совершенно отрицаетъ понятіе идеальной совокупности и предписываетъ судьѣ исходить въ относящихся сюда случаяхъ отъ представленія объ отдѣльныхъ составахъ, не взирая на единство дѣянія. Впрочемъ, практическое значеніе сихъ статей весьма сомнительно.

Уголовное Уложеніе 1903 года не содержитъ правилъ объ идеальной совокупности; это нужно понимать въ томъ смыслѣ, что идеальная совокупность должна разсматриваться какъ единичное преступное дѣяніе, такъ, чтобы отвѣтственность въ этихъ случаяхъ опредѣлялась по наивысшему изъ заключающихся въ этомъ дѣяніи преступныхъ моментовъ, а если эта наивысшая наказуемость не можетъ быть осуществлена, то и по другимъ моментамъ, входящимъ въ данное дѣяніе. Случаи подобнаго рода могутъ имѣть мѣсто тогда, когда преслѣдованіе по наиболѣе тяжкому преступному дѣянію не могло быть возбуждено по формальнымъ основаніямъ, а также тогда, когда обвиненіе въ наивысшемъ изъ преступныхъ дѣяній оказалось недоказаннымъ на судѣ (Объясн. Зап. I, стр. 563).

4. *Aberratio ictus* и *Error in objecto*.

Подъ этимъ названіемъ извѣстны въ литературѣ два особые спеціальные случая, въ которыхъ примѣняются правила идеальной совокупности. Осуществляя свое преступное намѣреніе, дѣйствующій выполняетъ его не надъ предполагаемымъ объектомъ, а надъ другимъ или благодаря случайной ошибкѣ, или благодаря смѣшенію объектовъ. Aberratio ictus есть случайная замѣна одного объекта другимъ, происшедшая отъ воздѣйствія постороннихъ силъ; напримѣръ, убійца промахнулся (потому ли, что его подтолкнули, или онъ поскользнулся) и нанесъ ударъ вмѣсто одного другому, близъ стоящему лицу. Error in objecto есть замѣна одного объекта другимъ, вслѣдствіе фактической ошибки самого дѣйствующаго; напримѣръ, А убилъ С, думая, что это лицо есть В, котораго онъ хотѣлъ убить.

Какъ въ случаяхъ error in objecto, такъ и въ случаяхъ aberratio ictus относительно того объекта, на который дѣйствующій имѣлъ въ виду направить свою дѣятельность, одинаково имѣется одна изъ предварительныхъ ступеней осуществленія воли въ дѣйствіи—обнаруженіе умысла, приготовленіе или покушеніе. Сообразно конкретной обстановкѣ случаевъ того и другого рода, обнаруженіе умысла и приготовленіе мы будемъ имѣть при error in objecto; покушеніе, притомъ въ большинствѣ случаевъ покушеніе оконченное, при aberratio ictus. Что же касается до квалификаціи дѣйствія, совершившагося надъ вторымъ объектомъ, то здѣсь error in objecto и aberratio ictus принципіально должны быть между собою различаемы. При error in objecto вредъ, дѣйствительно причиненный второму объекту, долженъ быть признанъ умышленнымъ преступнымъ дѣяніемъ, такъ какъ хотя дѣйствующій и принималъ этотъ объектъ за другой, но тѣмъ не менѣе имѣлъ намѣреніе причинить вредъ именно тому объекту, который предъ нимъ находился и на который его дѣйствіе направлялось. Къ умыслу не могутъ быть возведены лишь такія индивидуальныя черты этого объекта, которыя не были извѣстны дѣйствующему, напримѣръ, родственныя отношенія. Иначе ставится вопросъ при aberratio ictus. Здѣсь возникшій результатъ не можетъ быть возведенъ къ умыслу, такъ какъ дѣйствующій не находился къ нему въ отношеніяхъ предвидѣнія. Здѣсь вредъ, причиненный второму объекту, является неумышленнымъ и, сообразно этому, или можетъ подлежать

вмѣненію за culpa, или представляетъ собою casus. Такимъ образомъ, error in objecto представляетъ собою обнаруженіе умысла или приготовленіе, относительно перваго объекта, и оконченное умышленное преступное дѣяніе, относительно второго, а aberratio ictus покушеніе относительно перваго объекта и неосторожное оконченное преступное дѣяніе относительно другого—въ томъ и другомъ случаѣ въ идеальной совокупности, такъ какъ дѣятельность лица, являясь выполненіемъ одного намѣренія, образуетъ собою одно дѣяніе, а не два.

Уложеніе о наказаніяхъ даетъ спеціальныя постановленія по данному вопросу въ статьѣ 1456 относительно убійства. Рѣшеніе для обоихъ случаевъ дается одинаковое, построенное на безусловномъ преобладаніи субъективнаго момента: вмѣняется, въ качествѣ умышленнаго убійства, лишеніе жизни не того лица, которое дѣйствительно убито, а того, которое убійца намѣревался убить.

5. Такъ наз. *dolus generalis*.

Приложеніе того же закона единства должно служить руководствомъ при разрѣшеніи тѣхъ случаевъ, которые получили въ литературѣ спеціальное названіе dolus generalis, то-есть такихъ случаевъ, въ которыхъ задуманное послѣдствіе достигается не тѣмъ дѣйствіемъ, которое для того предназначалось, а другимъ, позднѣйшимъ, которое предпринимается именно въ томъ предположеніи, что задуманное послѣдствіе уже достигнуто. Школьный примѣръ: А, бьетъ Б animo necandi, вслѣдствіе чего Б падаетъ безъ движенія; А считаетъ его за мертваго и сбрасываетъ въ воду animo occultandi—Б погибаетъ отъ утопленія. Представляется вопросъ, долженъ ли А быть признанъ виновнымъ въ оконченномъ умышленномъ убійствѣ Б, или только въ покушеніи на убійство Б въ соединеніи съ неосторожнымъ лишеніемъ его жизни. Рѣшеніе вопроса должно быть производимо на основаніи вышеизложенныхъ положеній о единствѣ дѣйствія: если оба акта фактически сливаются воедино, какъ двѣ части одного, единаго дѣйствія, то и вмѣненію они должны подлежать, какъ одно дѣяніе, то-есть какъ оконченное умышленное причиненіе; если, наоборотъ, дѣйствія эти являются самостоятельными, несоединенными, то и вмѣненію подлежатъ они, какъ два дѣянія, то-есть какъ покушеніе и неосторожное причиненіе.

Сообразно содержанію случаевъ dolus generalis, законъ единства можетъ быть проведенъ по нимъ вполнѣ опредѣленно и ясно: 1) Если въ основѣ второго дѣйствія лежитъ не только animus occultandi или тому подобное намѣреніе, но и animus necandi въ формѣ dolus eventualis или желаніе обезпечить успѣхъ, то оба дѣйствія должны

разсматриваться какъ одно дѣяніе. 2) Точно такъ же, если дѣйствующимъ съ самаго начала руководили совмѣстно два намѣренія: animus necandi и animus occultandi; animus necandi и намѣреніе надругательства надъ трупомъ и т. д. 3) Время, протекшее между первымъ и вторымъ дѣйствіемъ, раздѣляетъ ихъ на двѣ самостоятельныя части, если онѣ не связаны субъективнымъ моментомъ, именно слитностью намѣреній. 4) Прерывающимъ условіемъ является новое дѣйствіе, вступающее между первымъ и вторымъ, когда оно основывается на самостоятельномъ animus, не имѣющемъ съ первымъ ничего общаго. Таковы дѣйствія, вызываемыя раскаяніемъ и направленныя къ исправленію сдѣланнаго,—такъ называемое „bethätigende Reue“, напримѣръ, попытки возвратить къ жизни мнимо-умершаго. 5) Связь между дѣйствіями прерывается, когда второе дѣйствіе основывается на намѣреніи, противоположномъ намѣренію перваго дѣйствія, напримѣръ, когда дѣйствія, причинившія смерть мнимо-умершаго, предприняты были съ цѣлью возвращенія его къ жизни; или когда второе дѣйствіе совершено безъ всякаго отношенія къ первому, то-есть не имѣетъ его своимъ предположеніемъ. Напримѣръ, поджигатель оставилъ уже то мѣсто, гдѣ онъ подложилъ огонь, и на пути выколотилъ свою трубку; вѣтеръ занесъ искры на крышу, вслѣдствіе чего произошелъ пожаръ, между тѣмъ какъ первоначально подложенный горючій матеріалъ погасъ, не причинивъ поджога.

Такимъ образомъ, мы приходимъ къ выводу, что случаи, носящіе названіе dolus generalis, не имѣютъ и не должны имѣть однообразнаго рѣшенія въ практикѣ. Сообразно обстановкѣ отдѣльныхъ случаевъ, они должны быть квалифицируемы или какъ одно умышленное оконченное дѣяніе, или какъ два дѣянія—покушеніе и неосторожное выполненіе; въ этомъ послѣднемъ случаѣ наказаніе должно опредѣляться по правиламъ о реальной совокупности преступныхъ дѣяній.

Существующія въ литературѣ нашей науки ученія по этому вопросу стремятся дать для случаевъ dolus generalis одно общее рѣшеніе, при чемъ, однако, по содержанію этого рѣшенія, всѣ ученія распадаются на двѣ, взаимно другъ другу противоположныя группы. Писатели одного направленія, представителемъ котораго является Бернеръ, видятъ въ случаяхъ dolus generalis всегда два дѣянія — покушеніе и неосторожное выполненіе. Отсюда названіе этой теоріи: Trennungstheorie или теорія совокупности (реальной) преступныхъ дѣяній. Писатели другого направленія случаи dolus generalis разрѣшаютъ въ смыслѣ признанія всегда одного умышленнаго оконченнаго дѣянія. Сообразно различію мотивировокъ такого рѣшенія, это послѣднее направленіе разбивается въ свою очередь на нѣсколько теорій: 1) древнѣйшею по происхожденію является теорія общаго умысла (Weber), предполагавшая слитность двухъ намѣреній animus necandi и occultandi, въ одномъ общемъ преступномъ настроеніи, откуда и произошло названіе dolus generalis. 2) Теорія продолжаемости перваго преступнаго намѣренія, построенная исключительно на той фикціи, что первое намѣреніе, animus necandi, продолжаетъ будто бы существовать даже и тогда, когда лицо

полагаетъ его уже достигнутымъ, выполненнымъ. 3) Теорія отождествленія второго намѣренія съ первымъ, построенная на слѣдующихъ соображеніяхъ: второе намѣреніе возникло изъ перваго, имъ, такъ сказать, вызвано и причинено, а посему все, что совершено подъ господствомъ второго намѣренія, можетъ быть возводимо къ первому, какъ къ источнику.

ОТДѢЛЪ IV.

ПРИЛОЖЕНІЕ НАКАЗАНІЯ КЪ ПРЕСТУПНОМУ ДѢЯНІЮ.

5 бил.

ГЛАВА I.

ПРИМѢНЕНІЕ УГОЛОВНАГО ЗАКОНА КЪ ДѢЯНІЮ.

Коркуновъ, Опытъ конструкціи международнаго уголовнаго права. Журн. Граж. и Угол. Права. 1889, 1. **Градовскій**, О судебномъ толкованіи законовъ. Журн. Граж. и Угол. Права. 1873. 4. **Merkel**, in Holtzendorffs Handbuch, Analogie und Auslegung des Gesetzes. **Berner**, Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen. **Renault**, Les crimes politiques en matière d'extradition. **Bar**, Das internationale Privat- und Strafrecht. **Robert Mohl**, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik. **Rohland**, Das internationale Strafrecht. **Liszt**, Grundsätze des internationalen Strafrechts. Z. f. d. gesammte Strafrechtswissenschaft. 1882. I.

Общія условія, опредѣляющія назначеніе, полагаемыхъ въ законѣ за отдѣльныя преступныя дѣянія, наказаній и установленіе размѣровъ ихъ заключаются, во-первыхъ, въ предѣлахъ примѣненія уголовнаго закона; во-вторыхъ, въ томъ вліяніи на размѣръ наказаній, которое признается закономъ за различными обстоятельствами, частью входящими въ составъ судимаго дѣянія, въ качествѣ особенностей субъекта, объекта и преступнаго дѣйствія, частью же къ составу его не принадлежащими.

1. Дѣйствіе уголовнаго закона во времени.

Всякій законъ, слѣдовательно, и уголовный, является дѣйствующимъ, то-есть долженъ быть исполняемъ и примѣняемъ всѣми лицами и учрежденіями, къ тому обязанными, съ момента вступленія его въ силу и до момента его отмѣны.

а) Вступленіе закона въ силу и его отмѣна.

Условія вступленія закона въ силу опредѣляются въ нашемъ правѣ статьею 93 Законовъ Основныхъ, а именно: „По обнародованіи, законъ получаетъ обязательную силу со времени назначеннаго для того въ самомъ законѣ срока, при неустановленіи же таковаго срока — со дня полученія на мѣстѣ листа сенатскаго изданія, въ коемъ законъ напечатанъ. Въ самомъ издаваемомъ законѣ можетъ быть указано на обращеніе его, до обнародованія, къ исполненію по телеграфу или посредствомъ нарочныхъ". Въ настоящее время законы обнародовываются посредствомъ припечатанія въ Собраніи Узаконеній и Распоряженій правительства.

Установленіе особаго срока для вступленія въ силу утвержденнаго и обнародованнаго закона носитъ названіе vacatio legis и практикуется какъ у насъ, такъ и на Западѣ, съ той цѣлью, чтобы дать гражданамъ время познакомиться съ содержаніемъ новаго закона. Такъ, Уложеніе о наказаніяхъ, обнародованное 15 августа 1845 года, вступило въ силу съ 1 мая 1846 года; Судебные Уставы, обнародованные 20 ноября 1864 года, введены были въ дѣйствіе съ 1 мая 1866 года—и сначала, какъ извѣстно, только въ немногихъ мѣстностяхъ; точно такъ же въ Германіи нынѣ дѣйствующіе Уставы Судоустройства и Уголовнаго Судопроизводства, обнародованные въ 1877 году, силу дѣйствующаго закона получили только съ 1 октября 1879 года. Наиболѣе явкій примѣръ представляетъ собою наше Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года—оно до сихъ поръ не введено въ дѣйствіе въ полномъ своемъ составѣ.

Дѣйствіе закона, какъ сказано выше, прекращается съ отмѣною его. Отмѣна закона всегда должна исходить отъ законодательной власти: „законъ не можетъ быть отмѣненъ иначе, какъ только силою закона" (ст. 94 Зак. Основн.). Отмѣна закона производится тремя способами: прекращеніе дѣйствія закона съ наступленіемъ извѣстнаго срока; непосредственная отмѣна закона; посредственная отмѣна закона. Когда законъ издается на время, на извѣстный срокъ, то по наступленіи этого срока, законъ eo ipso теряетъ свою силу. Прямая или непосредственная отмѣна имѣетъ мѣсто тогда, когда въ новомъ законѣ точно выражено, что онъ отмѣняетъ такой-то прежній законъ—весь или часть его. Этотъ способъ отмѣны закона имѣетъ то преимущество предъ другими, что онъ не оставляетъ мѣста никакимъ сомнѣніямъ или недоразумѣніямъ; всегда безошибочно можно сказать, какія именно статьи прежняго закона перестали дѣйствовать и какія еще остаются въ силѣ. Далеко не такъ ясно и точно рѣшается вопросъ этотъ при

третьемъ способѣ отмѣны, именно, при такъ называемой посредственной или косвенной отмѣнѣ. Подъ нею мы разумѣемъ тотъ случай, когда старый и новый законы, хотя и относятся къ одному и тому же предмету, но въ новомъ законѣ не указано прямо, какія именно статьи стараго закона отмѣняются, и какія должны сохранять свою силу, несмотря на изданіе новаго закона. Очевидно, что всѣ тѣ статьи и опредѣленія, которыя противорѣчатъ новому закону, должны считаться отмѣненными; но статьи, не находящіяся въ прямомъ противорѣчіи съ новымъ закономъ, не могутъ считаться отмѣненными безъ особаго спеціальнаго указанія закона.

Отъ изложенныхъ способовъ отмѣны закона слѣдуетъ отличать судебное непримѣненіе его, то-есть тотъ случай, когда законъ выходитъ изъ употребленія, когда онъ теряетъ свое значеніе исключительно подъ вліяніемъ судебнаго обычая. Несомнѣнно, въ данномъ случаѣ законъ нельзя считать отмѣненнымъ, и хотя онъ de facto какъ бы не существуетъ, но de jure сохраняетъ свою силу и всегда можетъ быть примѣненъ судьею.

б) Дѣйствіе уголовнаго закона во времени.

Общее правило о томъ, что всякій уголовный законъ дѣйствуетъ, то-есть примѣняется въ качествѣ нормы положительнаго права, во время его существованія, опредѣляемое періодомъ отъ вступленія его въ силу до момента его отмѣны, съ практической точки зрѣнія можетъ быть выражено въ слѣдующей формулѣ: всякое дѣйствіе квалифицируется и всякій актъ государственной власти нормируется тѣми законами, которые существуютъ во время ихъ совершенія.

Это общее правило не допускаетъ, съ одной стороны *примѣненія законовъ, уже отмѣненныхъ*, а съ другой —устраняетъ, такъ называемое, *обратное дѣйствіе закона*, то-есть возможность лишать силы, на основаніи вновь издаваемыхъ законовъ, рѣшенія, состоявшіяся на точномъ основаніи старыхъ законовъ, имъ современныхъ, или вообще измѣнять при тѣхъ же условіяхъ юридическую квалификацію дѣйствій прошлаго времени.

Это начало не терпитъ изъятій и никакихъ исключеній; однако, послѣдовательное примѣненіе его на практикѣ иногда становится нѣсколько затруднительнымъ и вызываетъ нѣкоторыя сомнѣнія. Происходитъ это, главнымъ образомъ, въ силу того обстоятельства, что между совершеніемъ преступнаго дѣянія и наложеніемъ наказанія на преступника нерѣдко проходитъ довольно значительный промежутокъ времени. Въ этотъ промежутокъ времени могутъ произойти измѣненія въ законодательствѣ, а именно: легко можетъ случиться, что преступное дѣяніе, совершенное при дѣйствіи одного закона, разсматривается судомъ

при дѣйствіи другого закона, или даже третьяго, или четвертаго, послѣдовательно смѣнявшихъ другъ друга. При такомъ положеніи вещей неизбѣжно возникаетъ вопросъ о томъ, которымъ изъ этихъ законовъ долженъ руководствоваться судья при разсмотрѣніи дѣла и при опредѣленіи наказанія. Положимъ, напримѣръ, что извѣстное преступное дѣяніе, въ моментъ его совершенія, по закону карается шестилѣтней каторгой; но въ моментъ его судебнаго разсмотрѣнія уже дѣйствуетъ законъ, полагающій за это преступное дѣяніе десятилѣтнюю каторгу или, наоборотъ, замѣняющій каторжныя работы тюремнымъ заключеніемъ—спрашивается, какое именно наказаніе долженъ назначить судъ въ данномъ случаѣ?

Для правильнаго рѣшенія всѣхъ подобныхъ вопросовъ, съ одной стороны, намъ совершенно достаточно общаго правила о томъ, что всякій актъ нормируется тѣмъ закономъ, при дѣйствіи или подъ господствомъ котораго онъ совершается, и что никакой законъ обратнаго дѣйствія не имѣетъ; съ другой же стороны, мы не должны упускать изъ виду, что преступное дѣяніе и наказаніе суть два отдѣльные момента, два совершенно самостоятельные факта. Поэтому мы должны признать общимъ правиломъ, что вопросъ о томъ, преступно ли дѣяніе, или, выражаясь болѣе общимъ образомъ, вопросъ о юридическомъ свойствѣ дѣйствія долженъ быть разрѣшаемъ на основаніи того закона, который дѣйствуетъ въ моментъ его совершенія, а вопросъ о томъ, какому наказанію подлежитъ преступникъ — на основаніи того закона, который дѣйствуетъ въ моментъ постановленія приговора.

Разсмотримъ всѣ могущіе при этомъ быть частные случаи. 1) Положимъ, извѣстное дѣяніе прежде не считалось преступнымъ (не облагалось наказаніемъ), а затѣмъ издается законъ, облагающій его наказаніемъ; очевидно, ко всѣмъ дѣяніямъ, совершеннымъ до изданія этого новаго закона, онъ не прилагается, ибо, въ моментъ совершенія ихъ, дѣйствовалъ другой законъ, и они не считались тогда преступными. 2) Если дѣяніе въ моментъ его совершенія признавалось преступнымъ и наказуемымъ, а затѣмъ, до его судебнаго разсмотрѣнія, выходитъ законъ, отмѣняющій наказаніе, то при опредѣленіи наказуемости примѣняется новый законъ, то есть дѣяніе не облагается наказаніемъ, хотя и остается противоправнымъ. 3) Если дѣяніе въ моментъ его совершенія считалось преступнымъ и облагалось извѣстнымъ наказаніемъ, а затѣмъ до судебнаго разсмотрѣнія выходитъ новый законъ или смягчающій наказаніе, или усиливающій его, или, наконецъ, просто замѣняющій одно наказаніе другимъ, равнозначительнымъ, то, конечно, долженъ быть примѣненъ новый законъ, ибо этотъ законъ дѣйствуетъ въ моментъ опредѣленія наказанія. 4) Наконецъ, предположимъ, что между совершеніемъ преступнаго дѣянія и назначеніемъ наказанія законы измѣнялись не одинъ, а нѣсколько разъ;

очевидно, здѣсь могутъ быть приняты въ расчетъ только два крайніе закона: первый, при дѣйствіи котораго совершено дѣяніе, опредѣляетъ преступность его; второй, который дѣйствуетъ въ моментъ суда, опредѣляетъ наказуемость дѣянія; промежуточные законы не должны имѣть никакого значенія.

Относительно судопроизводственныхъ законовъ должно сказать то же самое, что сказано по отношенію къ законамъ матеріальнымъ, а именно: всякій процессуальный актъ нормируется тѣмъ закономъ, при дѣйствіи котораго онъ совершается; никакой законъ обратнаго дѣйствія не имѣетъ, и никакой законъ отмѣненный не можетъ быть прилагаемъ судомъ къ производству дѣлъ по преступленіямъ, хотя и совершеннымъ при его существованіи. Въ самомъ дѣлѣ, положимъ, совершено преступное дѣяніе, и начался процессъ; затѣмъ, во время теченія этого процесса, издается новый судопроизводственный законъ, измѣняющій порядокъ производства уголовныхъ дѣлъ вообще или въ частности дѣлъ той категоріи, къ которой принадлежитъ судимое дѣяніе. Руководствуясь общими правилами, мы говоримъ, что новый судопроизводственный законъ долженъ быть немедленно приложенъ къ дѣлу, ибо веденіе процесса и есть тотъ актъ, который совершается при господствѣ новаго закона, слѣдовательно, имъ онъ и нормируется. Въ тѣхъ случаяхъ, когда немедленный переходъ отъ стараго порядка къ новому можетъ вызвать практическія затрудненія, издаются обыкновенно временныя, переходныя правила; эти правила, очевидно, образуютъ собою тоже новый, такъ называемый провизорный, законъ, который и является единственно дѣйствующимъ, впредь до истеченія его срока.

Въ литературѣ, однако, до послѣдняго времени развивается иная постановка вопроса и иная конструкція ученія, а именно: въ литературѣ мы находимъ, такъ называемую, *теорію обратной силы* законовъ смягчающихъ и процессуальныхъ, построенную на томъ предположеніи, что, будто бы, по общему правилу, всякое дѣяніе должно не только квалифицироваться, но и судиться и наказываться по законамъ времени его совершенія, и что такимъ образомъ, всякое примѣненіе новыхъ законовъ къ суду и наказанію прежде совершенныхъ дѣяній будетъ уже случаемъ обратной силы законовъ. Писатели этого направленія (Hälschner, Bekker) говорятъ, что при коллизіи двухъ уголовныхъ законовъ преимущество отдается всегда старому, который дѣйствовалъ въ тотъ моментъ, когда совершилось преступное дѣяніе: этимъ закономъ опредѣляется и преступность, и наказуемость дѣянія. Но изъ этого общаго правила допускаются исключенія: новый судопроизводственный законъ всегда примѣняется ко всѣмъ дѣламъ, не получившимъ еще судебнаго разрѣшенія, а матеріальный — въ томъ случаѣ, если онъ мягче стараго, то-есть снисходительнѣе по отношенію къ преступнику. Несостоятельность этой конструкціи вызвала другую теорію, ей противоположную (Berner, Wächter), которая выходитъ изъ того предположенія, что по общему правилу, во всякомъ случаѣ, дѣйствуетъ новый законъ; по исключенію, допускается примѣненіе стараго, если онъ мягче. Такимъ образомъ, говоря практически, обѣ теоріи сводятся къ примѣненію всегда мягчайшихъ законовъ; различ-

ными представляются только мнѣнія о томъ, имѣютъ ли эти законы преимущество по праву или по милости. Не мало разногласія явилось также при опредѣленіи того, какой изъ двухъ законовъ считать болѣе мягкимъ, какой болѣе строгимъ; вопросъ значительно осложнялся еще въ томъ случаѣ, когда дѣло касалось не двухъ, а большаго числа законовъ, то-есть, когда, кромѣ закона времени совершенія и закона времени суда и наказанія, существовали еще, такъ сказать, промежуточныя законоположенія о томъ же предметѣ.

Теорія примѣненія къ суду и наказанію законовъ времени совершенія дѣянія основывалась главнымъ образомъ на теоріи психическаго принужденія Фейербаха, по которой цѣлью карательной дѣятельности признавалось, какъ мы знаемъ, устрашеніе угрозой наказанія; отсюда съ логической послѣдовательностью выводилось предположеніе, что преступникъ знаетъ, какое его именно ожидаетъ наказаніе за совершенное имъ преступное дѣяніе, и имѣетъ право требовать, чтобы къ нему было примѣнено именно то и никакое иное наказаніе, въ особенности, болѣе строгое. Съ паденіемъ этого ученія объ основаніи наказанія, потеряла почву и вышеизложенная теорія обратной силы уголовныхъ законовъ смягчающихъ.

Что касается до нашего дѣйствующаго права, то прежде всего необходимо замѣтить, что общее вышеустановленное правило—никакой законъ обратнаго дѣйствія не имѣетъ — вполнѣ признается нашимъ законодательствомъ и выражено въ статьѣ 89 Законовъ Основныхъ: „Законъ имѣетъ силу только на будущее время, кромѣ тѣхъ случаевъ, когда въ самомъ законѣ постановлено, что сила его распространяется и на время предшествующее, или что онъ есть только подтвержденіе и изъясненіе смысла закона прежняго“. Не трудно видѣть, что послѣдній случай не составляетъ исключенія, потому что здѣсь идетъ рѣчь вовсе не объ изданіи новаго закона, а лишь о разъясненіи прежняго, раньше уже изданнаго; равнымъ образомъ, не составляетъ исключенія и первый случай, ибо здѣсь предусматривается спеціальное повелѣніе законодателя, основанное исключительно на его безграничной власти.

Затѣмъ, кромѣ этой 89 статьи Основныхъ Законовъ, никакихъ общихъ опредѣленій о дѣйствіи закона во времени нѣтъ ни въ Уложеніи о наказаніяхъ, ни въ другихъ томахъ Свода Законовъ. Но обращаясь къ сепаратнымъ законамъ, не вошедшимъ въ Сводъ, мы найдемъ цѣлый рядъ указаній на то, что нашъ законодатель придерживается издавна правила о томъ, что всякое дѣйствіе квалифицируется и всякій актъ нормируется тѣмъ закономъ, при господствѣ котораго совершается. Отступленіе отъ этого правила дѣлается по исключенію лишь для тѣхъ случаевъ, когда наказаніе въ отмѣненномъ законѣ полагалось мягчайшее. Такимъ образомъ, установляется въ извѣстныхъ случаяхъ какъ бы переживаніе отмѣненныхъ законовъ, когда они служатъ въ пользу подсудимаго.

Такъ, законъ 27 марта 1845 года, о введеніи въ дѣйствіе Уложенія, повелѣваетъ „съ 1 мая 1846 года постановленія новаго Уложенія прилагать ко всѣмъ дѣламъ, не получившимъ до того числа окончательнаго рѣшенія.... не распространяя сего лишь на тѣ немногіе случаи, гдѣ опредѣленныя уложеніемъ наказанія строже назначаемыхъ дѣйствовавшими доселѣ законами. Въ сихъ случаяхъ постановлять рѣшенія на основаніи узаконеній, существовавшихъ во время учиненія преступленія или проступка“. Для устраненія затрудненій, возникавшихъ при опредѣленіи относительной мягкости закона, въ томъ же году изданы были на сей предметъ правила. Далѣе, точно также законъ 18 мая 1854 года о введеніи въ дѣйствіе новой редакціи Уставовъ о содержащихся подъ стражею и ссыльныхъ сохраняетъ силу прежней редакціи этихъ Уставовъ лишь въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ постановленія ея мягче, и т. д.

Такое переживаніе старыхъ законовъ, выражающееся въ формѣ смягченія болѣе строгихъ наказаній, назначаемыхъ новыми законами (но не въ формѣ примѣненія отмѣненныхъ законовъ), кромѣ соображеній гуманности и снисхожденія къ преступнику, имѣетъ основаніе болѣе прочное: возвышеніе наказаній за извѣстныя преступныя дѣянія вызывается въ наше время почти всегда какими-либо временными, преходящими условіями общественной жизни; дѣяніе, учиненное до изданія новаго закона, предполагается совершившимся внѣ этихъ условій, а потому и не требующимъ наказанія свыше прежней мѣры.

Въ Уголовномъ Уложеніи 1903 года вопросъ о дѣйствіи уголовнаго закона во времени въ точности разрѣшается въ статьѣ 14: вновь изданный законъ уголовный примѣняется судомъ, постановляющимъ приговоръ, и къ тѣмъ учиненнымъ до дня вступленія въ силу этого закона дѣяніямъ, которыя были воспрещены подъ страхомъ наказанія, во время учиненія ихъ. Въ случаѣ же, если закономъ, дѣйствовавшимъ во время учиненія преступнаго дѣянія, наказаніе за него было установлено менѣе строгое, чѣмъ по закону новому, то наказаніе, опредѣляемое по вновь изданному закону, смягчается на общихъ основаніяхъ ст. 53. Такимъ образомъ, не можетъ быть рѣчи о дѣйствіи стараго отмѣненнаго закона. Единственное изъятіе въ этомъ отношеніи устанавливается только по вопросу о срокѣ давности, именно—срокъ давности, устраняющій наказуемость преступнаго дѣянія, исчисляется по закону дѣйствовавшему во время учиненія сего дѣянія или постановленія по оному приговора, если закономъ этимъ установленъ срокъ болѣе краткій, чѣмъ по закону новому.

6. 2. *Дѣйствіе уголовнаго закона въ пространствѣ.*

Въ предѣлахъ дѣйствія уголовнаго закона во времени, положенія, въ немъ заключающіяся, примѣняются къ суду и наказанію не

всѣхъ преступныхъ дѣяній, гдѣ и кѣмъ бы то ни было совершенныхъ, а лишь къ извѣстному кругу ихъ и въ опредѣленномъ объемѣ. Такое пространство дѣйствія уголовнаго закона опредѣляется, съ одной стороны, мѣстомъ совершенія преступнаго дѣянія, а съ другой—мѣстомъ суда и наказанія. Этотъ послѣдній признакъ получаетъ свое содержаніе сообразно тому объему власти, который принадлежитъ судамъ даннаго государства по сужденію и наказанію преступныхъ дѣяній.

а) Дѣйствіе уголовнаго закона по мѣсту.

Всякій законъ, а слѣдовательно, и уголовный, имѣетъ обязательную силу въ тѣхъ предѣлахъ, въ которыхъ признается господство государственной власти, то есть въ предѣлахъ территоріи каждаго государства (ст. 85 Зак. Основн.) съ тѣми расширеніями понятія территоріи, которыя установляются международнымъ правомъ. Сообразно сказанному выше, такое дѣйствіе закона выражается въ томъ, что всякое дѣяніе квалифицируется, и всякій актъ органовъ власти нормируется по законамъ того государства, къ территоріи котораго принадлежитъ мѣсто совершенія дѣяній и мѣсто выполненія актовъ. Законъ уголовный заключаетъ въ себѣ: во-первыхъ, положенія, опредѣляющія преступность дѣяній; во-вторыхъ, правила о порядкѣ суда надъ ними; въ-третьихъ, положенія о наказуемости ихъ и о родѣ и размѣрѣ наказаній. Положенія первой категоріи суть нормы, опредѣляющія квалификацію дѣяній; посему эта часть уголовнаго закона должна быть примѣняема ко всѣмъ дѣяніямъ, совершеннымъ на территоріи государства, исключительно; другими словами: преступность дѣянія опредѣляется исключительно по законамъ мѣста его совершенія, въ томъ смыслѣ, что преступнымъ дѣяніе можетъ быть признано только тогда, когда оно является таковымъ по законамъ мѣста совершенія, гдѣ бы ни производился судъ надъ нимъ. Такое положеніе прямо вытекаетъ изъ того несомнѣннаго правила, что всякая дѣятельность человѣка должна подчиняться законамъ того государства, гдѣ она происходитъ, и нѣтъ никакихъ основаній (по крайней мѣрѣ по общему правилу) одному государству вторгаться въ порядокъ дѣятельности и жизни людей въ предѣлахъ другого государства, подвергая уголовнымъ карамъ человѣка за учиненіе того, что мѣстными законами дозволено. Мы скажемъ болѣе, въ наше время такое вторженіе въ сколько-нибудь большомъ объемѣ даже невозможно, такъ какъ, создавая одновременно подчиненіе одного и того же лица двумъ, нерѣдко противоположнымъ, порядкамъ, оно устранило бы возможность международнаго общенія. „Ни одно государство—говоритъ Коркуновъ (Опытъ констр. междун. угол. права. Жур. граж. и угол. права. 1889)—не можетъ установлять законовъ для чужой территоріи“.

Другой вопросъ—по какому признаку будемъ мы опредѣлять мѣсто совершенія дѣянія: по мѣсту ли физическаго нахожденія субъекта, по мѣсту ли нахожденія пострадавшаго, или по мѣсту возникновенія тѣхъ явленій во внѣшнемъ мірѣ, въ которыхъ проявляется преступная дѣятельность лица, и которыя этою дѣятельностью вызываются. Мы думаемъ, что рѣшающее значеніе имѣетъ послѣдній моментъ; два же первые, нахожденіе субъекта и нахожденіе пострадавшаго, сами по себѣ взятые, существеннаго значенія не имѣютъ. Законъ установляетъ порядокъ въ государствѣ, въ смыслѣ порядка дѣятельности, совершенно независимо отъ того, гдѣ находится субъектъ дѣятельности, въ моментъ проявленія послѣдней; для государства важны поступки людей съ ихъ результатами, а не мѣсто нахожденія дѣятелей. Такъ, нарушеніе порядка, производимое неявкою свидѣтеля въ судъ, совершается не тамъ, гдѣ находится субъектъ, а тамъ, гдѣ произошла неявка; преступленія печати совершаются равнымъ образомъ не тамъ, гдѣ проживаетъ авторъ произведенія, а тамъ, гдѣ совершается печатаніе и гдѣ происходитъ распространеніе и т. д. Конечно, въ большинствѣ случаевъ эти признаки совпадаютъ: дѣятельность совершается тамъ, гдѣ находится субъектъ, тамъ же возникаютъ и послѣдствія, тамъ же находится и пострадавшій; но въ тѣхъ случаяхъ, когда эти моменты раздвигаются въ пространствѣ, рѣшающимъ должно служить, какъ сказано выше, мѣсто возникновенія тѣхъ явленій во внѣшнемъ мірѣ, въ которыхъ проявляется или которыя вызываются дѣятельностью лица,—преступное дѣяніе должно считаться совершившимся тамъ и во всѣхъ тѣхъ мѣстахъ, гдѣ имъ дѣйствительно нарушенъ порядокъ, установленный нормами закона.

Затѣмъ, положенія уголовнаго закона второй и третьей изъ указанныхъ выше категорій, то есть относящіяся къ порядку суда и къ наказанію дѣянія, суть нормы, опредѣляющія дѣятельность органовъ власти по осуществленію карательной государственной функціи; посему они примѣняются къ суду и наказанію всѣхъ тѣхъ дѣяній, которыя судятся и наказываются судами даннаго государства, независимо отъ того, гдѣ бы они ни были совершены, такъ какъ судъ каждаго государства можетъ дѣйствовать только на точномъ основаніи своихъ законовъ и имъ только подчиняется; всѣ его акты нормируются исключительно законами своего государства. Такимъ образомъ, пространство дѣйствія законовъ процессуальныхъ, а равно опредѣляющихъ наказаніе, совпадаетъ, по признаку мѣста производства суда, съ объемомъ власти судовъ даннаго государства по сужденію и наказанію преступныхъ дѣяній. Поэтому дѣяніе, преступное по законамъ мѣста совершенія, но ненаказумое по законамъ мѣста суда, останется безъ наказанія, хотя и можетъ сохранить прочія послѣдствія своей противозаконности (гражданскія); весь порядокъ судопроизводства опредѣляется законами мѣста суда, родъ и размѣръ наказанія—также.

Эти, изложенныя нами, правила о пространствѣ дѣйствія уголовныхъ законовъ разнаго рода могутъ терпѣть нижеслѣдующія ограниченія. 1) Законодатель, пользуясь своей безграничной властью и игнорируя интересы международнаго общенія, можетъ возложить на своихъ подданныхъ, подъ страхомъ наказанія, извѣстныя ограниченія, не вытекающія изъ законовъ того мѣста, гдѣ совершается ихъ дѣятельность. Тогда, въ виду прямого закона, соотвѣтствующіе поступки лица получатъ двойственную квалификацію: и по законамъ мѣста совершенія (въ качествѣ дозволенныхъ), и по законамъ его отечества (въ качествѣ преступныхъ); законъ отечественный, опредѣляющій преступность дѣянія, получитъ пространство дѣйствія, свойственное процессуальнымъ законамъ, то есть совпадающее съ объемомъ власти уголовныхъ судовъ государства. 2) Въ тѣхъ случаяхъ, когда по законамъ мѣста совершенія, условія наказуемости и размѣръ наказанія суть мягчайшія, сравнительно съ законами мѣста производства суда и наказанія, законодатель можетъ установить смягченіе наказаній (но не примѣненіе наказаній другого государства) въ виду того, что степень виновности, выражающаяся въ размѣрахъ полагаемаго по закону наказанія, зависитъ отъ конкретныхъ условій мѣста и времени. Тяжесть одного и того же преступнаго дѣянія, совершаемаго въ различныхъ государствахъ, можетъ представляться по условіямъ мѣста весьма различною, и карательная власть государства не имѣетъ интереса налагать наказанія свыше мѣры содѣяннаго.

б) Объемъ власти суда уголовнаго.

Объемъ власти суда уголовнаго, опредѣляющій собою, какъ мы видѣли, пространство дѣйствія законовъ процессуальныхъ и о наказаніи, распадается на двѣ сферы: одна изъ нихъ постоянная, во всѣхъ государствахъ неизмѣнная; другая — измѣняющаяся сообразно свойствамъ международнаго общенія и большему или меньшему сознанію общаго интереса въ дѣлѣ охраны порядка во всѣхъ государствахъ.

Первая сфера охватываетъ собою всѣ дѣянія, совершаемыя лицами, находящимися на территоріи государства, за исключеніемъ изъятій, установляемыхъ по началамъ внѣземельности, а равно и всѣ тѣ дѣянія, мѣстомъ совершенія которыхъ должна считаться, сообразно установленному выше признаку, территорія государства въ тѣхъ немногихъ случаяхъ, когда мѣсто совершенія не совпадаетъ съ мѣстомъ нахожденія преступника. Такой объемъ судебной власти каждаго государства, такъ наз. *принципъ территоріальной* подсудности, прямо вытекаетъ изъ необходимости подчиненія всѣхъ лицъ, проживающихъ на территоріи и на ней дѣйствующихъ, мѣстной государственной власти во всѣхъ отрасляхъ управленія.

Вторая сфера есть расширеніе карательной власти за предѣлы границъ государственной территоріи, то есть сужденіе и наказаніе преступныхъ дѣяній, учиненныхъ за границею лицами, тамъ проживающими. Вопросъ о предѣлахъ этой сферы есть вопросъ чисто историческій, не поддающійся общему принципіальному рѣшенію и разрѣшаемый положительнымъ правомъ каждой эпохи сообразно свойству международныхъ отношеній. Обобщая тѣ критеріи, которыми руководствуется въ этой области или можетъ руководствоваться положительное право, мы приходимъ къ слѣдующимъ формуламъ: расширеніе судебной власти даннаго государства за предѣлы его территоріи можетъ опредѣляться принципомъ *субъективной національности*, по которому власть судовъ государства распространяется на всѣ дѣянія, совершенныя подданными его, гдѣ бы то ни было; принципомъ *объективной національности*, или *реальнымъ*, по которому судебная власть государства распространяется на всѣ дѣянія, совершенныя гдѣ бы и кѣмъ бы то ни было, если только они направляются противъ его интересовъ или правъ его подданныхъ; наконецъ принципомъ *универсальнымъ* или *космополитическимъ*, по которому судебная власть каждаго государства распространяется на всѣ преступныя дѣянія, гдѣ бы, кѣмъ бы и противъ кого бы то ни было совершенныя.

Это послѣднее начало, выдвигающееся въ новѣйшее время, поглощаетъ всѣ остальныя. Не трудно видѣть, что съ точки зрѣнія современныхъ тѣснѣйшихъ международныхъ отношеній, даже совокупное дѣйствіе двухъ первыхъ принциповъ, національнаго и реальнаго, можетъ оказаться недостаточнымъ. Предположимъ, что германскій подданный убилъ своего соотечественника и потомъ переселился въ Россію. Ни одинъ изъ двухъ первыхъ принциповъ не даетъ русскому правительству права подвергнуть его суду и наказанію. Съ точки зрѣнія настоящаго времени, когда международныя отношенія становятся все тѣснѣе, государство не можетъ терпѣть того, чтобы бѣжавшій въ его предѣлы преступникъ остался безнаказаннымъ. Прежняя разобщенность государствъ и національностей въ настоящее время отжила свой вѣкъ, и стремленіе новой жизни направляется къ тому, чтобы замѣнить ее идеей общественнаго интереса, направленной къ охраненію общаго порядка общими силами. Въ этомъ направленіи дѣйствуютъ усиленно правительства отдѣльныхъ государствъ, заключая между собою трактаты и конвенціи въ видахъ развитія и охраненія взаимныхъ интересовъ. Исходя отъ представленія о такой общности интересовъ всѣхъ народовъ по охраненію порядка, теорія права можетъ выставить принципъ универсальной подсудности, содержаніе котораго выражается афоризмомъ: всякое преступное дѣяніе, гдѣ бы и кѣмъ бы оно совершено ни было, можетъ быть судимо каждымъ государствомъ, во власти котораго окажется преступникъ.

Законодатель, принимая тотъ или другой изъ этихъ принциповъ, можетъ вводить, и дѣйствительно вводитъ, по отношенію къ преступнымъ дѣяніямъ, учиненнымъ за границею, различнаго рода ограниченія, сообразно существу международныхъ отношеній. Такъ, онъ можетъ не распространять карательной власти своихъ судовъ на преступныя дѣянія извѣстнаго рода, напримѣръ, религіозныя, политическія; можетъ ограничить объемъ судебной власти важнѣйшими преступленіями, не расширяя его на дѣянія маловажныя; можетъ ввести процессуальныя ограниченія—требовать жалобы пострадавшаго или соотвѣтствующаго заявленія со стороны государства, на территоріи котораго преступное дѣяніе учинено, и т. д.

в) Выдача преступниковъ.

Признавая иногда, сообразно вышеизложеннымъ началамъ, компетенцію судебной власти нѣсколькихъ государствъ по отношенію къ одному и тому же преступному дѣянію, уголовное право, по соображеніямъ практическаго судопроизводственнаго удобства, отдаетъ преимущество компетенціи суда того мѣста, гдѣ дѣяніе учинено. На почвѣ этихъ соображеній выработался въ международныхъ отношеніяхъ современныхъ государствъ институтъ *выдачи преступниковъ* для сужденія и наказанія ихъ въ мѣстѣ совершенія преступнаго дѣянія, если судъ надъ ними и наказаніе не были уже произведены въ томъ государствѣ, въ которомъ они находятся. Этотъ институтъ вмѣстѣ съ тѣмъ, впредь до общаго признанія принципа универсальной подсудности, служитъ единственнымъ средствомъ устранить безнаказанность преступника, совершившаго преступное дѣяніе въ одномъ государствѣ и скрывшагося въ другое, подданнымъ котораго онъ не состоитъ и на права подданныхъ котораго онъ своимъ дѣяніемъ не посягалъ.

Не взирая, однако, на такую несомнѣнную важность и полезность института выдачи, положительное право не можетъ признавать его неограниченнаго примѣненія. Выдача, во-первыхъ, не должна быть допускаема въ тѣхъ случаяхъ, когда преступное дѣяніе, будучи весьма вреднымъ и опаснымъ для одного государства, не представляется вовсе таковымъ для другого, а преступникъ можемъ оказаться въ своемъ новомъ отечествѣ вполнѣ добропорядочнымъ и полезнымъ гражданиномъ; таковы преступныя дѣянія политическія въ тѣсномъ смыслѣ и многія преступныя дѣянія религіозныя. Во-вторыхъ, выдача не должна быть допускаема во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда правительство того государства, въ которомъ преступникъ ищетъ убѣжища или задержанъ имѣетъ основаніе предполагать, что судъ надъ нимъ въ государствѣ, требующемъ выдачи, не будетъ произведенъ правильно; что судъ будетъ произведенъ подъ давленіемъ политическихъ страстей и раздра-

женія господствующей партіи, или что преступникъ подвергнется насилію внѣ суда и закона. Такое положеніе вещей можетъ возникать преимущественно при такъ называемыхъ смѣшанныхъ политическихъ дѣяніяхъ, т. е. когда преступныя дѣянія общаго состава — убійства, разбои, поджоги и проч.—совершаются ради политическихъ цѣлей или подъ ихъ прикрытіемъ; кромѣ того, оно можетъ возникать и во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда лицо, имѣющее въ своемъ прошломъ тяжкое политическое преступленіе, обвиняется въ какомъ-либо общемъ преступномъ дѣяніи и требуется къ выдачѣ по этому послѣднему обвиненію. Ясно, что во всѣхъ подобныхъ случаяхъ, правительству государства, въ которомъ находится преступникъ, должно быть предоставлено право выдавать или не выдавать его по своему усмотрѣнію, по соображеніи всѣхъ обстоятельствъ дѣла и вышеуказанныхъ условій. Правительство должно выдать преступника, если считаетъ его заслуживающимъ наказанія, и если оно убѣждено, что онъ будетъ наказанъ по закону и по мѣрѣ вины; наоборотъ, не должно выдавать преступника, если этихъ условій не имѣется.

Это второе ограниченіе выдачи, именно, невыдача лицъ, виновныхъ въ дѣяніяхъ смѣшанныхъ, не признается, впрочемъ, въ господствующей литературѣ; наоборотъ, большинство писателей, руководствуясь стремленіемъ устранить возможность безнаказанности такихъ лицъ, которыя, подъ прикрытіемъ политическихъ цѣлей, совершаютъ преступныя дѣянія общія, требуютъ выдачи всѣхъ виновныхъ въ преступныхъ дѣяніяхъ смѣшанныхъ, при чемъ подчиняютъ эту выдачу началу взаимности между государствами и ограничиваютъ ее условіемъ суда и наказанія выданнаго преступника лишь за преступное дѣяніе общаго состава, безъ вмѣненія политическаго его элемента. При такой постановкѣ дѣла самъ собою возникаетъ неразрѣшимый или, по крайней мѣрѣ, неразрѣшенный до сихъ поръ вопросъ: гдѣ предѣлъ между политическимъ преступнымъ дѣяніемъ чистаго вида, не допускающимъ выдачи, и преступнымъ дѣяніемъ смѣшаннымъ, допускающимъ ее.

г) Опредѣленія положительнаго права.

Обращаясь къ нашему дѣйствующему праву, замѣтимъ прежде всего, что законъ сливаетъ въ своихъ опредѣленіяхъ по сему предмету положеніе о пространствѣ дѣйствія законовъ, опредѣляющихъ преступность дѣянія, съ правилами объ объемѣ власти или предѣлахъ подсудности русскихъ уголовныхъ судовъ. Уложеніе исходитъ отъ того представленія, что объемъ власти судовъ совпадаетъ въ принципѣ съ пространствомъ дѣйствія закона вообще. Смѣшеніе это, впрочемъ, было до послѣдняго времени господствующимъ и въ литературѣ [1]).

[1]) Это смѣшеніе указано и соотвѣтствующее расчлененіе понятій—о пространствѣ

Примѣненіе уголовнаго закона къ преступнымъ дѣяніямъ, учиненнымъ на территоріи, опредѣляется статьями 168 и 170 Уложенія. Изъ общаго правила о территоріальномъ дѣйствіи уголовнаго закона установляются изъятія по статьѣ 171 Уложенія и по примѣчаніямъ къ статьѣ 175.

Объемъ власти русскихъ судовъ по отношенію къ дѣяніямъ, учиненнымъ за границею, опредѣляется совмѣстнымъ примѣненіемъ принциповъ субъективной національности и объективной національности. Въ силу принципа субъективной національности власть русскихъ судовъ распространяется на русскихъ подданныхъ, учинившихъ преступленіе за границею, по статьямъ 173 и 174 Уложенія. Въ статьѣ 173 выражена одна часть принципа — когда русскій за границей совершаетъ преступное дѣяніе противъ своего отечества или подданныхъ его; въ статьѣ 174 другая — когда онъ совершаетъ преступное дѣяніе противъ правъ Верховной власти иностраннаго государства или противъ правъ подданныхъ его. Принципъ объективной національности, устанавливающій отвѣтственность иностранцевъ за преступное дѣяніе противъ правъ русскаго государства и русскихъ подданныхъ, опредѣленъ въ статьѣ 172. Наконецъ, примѣчаніе 1 къ статьѣ 172 вноситъ начало принципа универсальности: установляется, по силѣ „заключенныхъ съ иностранными государствами международныхъ договоровъ“, отвѣтственность иностранцевъ за преступныя дѣянія, учиненныя ими за границею противъ иностранцевъ же. Сверхъ того, необходимо указать статью 175 съ примѣчаніями 2 и 4, въ которыхъ территоріальное дѣйствіе законовъ Китая, Турціи, Персіи и Кореи подвергается ограниченіямъ, въ смыслѣ исключительнаго примѣненія русскихъ законовъ къ русскимъ подданнымъ, примѣчаніе 5 къ статьѣ 175 и примѣчаніе 2 къ статьѣ 172, въ которыхъ указываются особыя правила относительно русскихъ подданныхъ и иностранцевъ, находящихся въ Бухарѣ.

Законодательства западной Европы, признавая принципъ субъективной національности, ограничиваютъ примѣненіе принципа объективной національности тѣмъ, что наказываютъ иностранца только тогда, когда преступное дѣяніе направлялось противъ государства, а не противъ частныхъ лицъ (франц. и германск. право). Кромѣ того, примѣненіе закона по принципу субъективной національности нашимъ уложеніемъ опредѣляется категорически — русскій подданный „подлежитъ“ суду; въ иностранныхъ же законодательствахъ лишь факультативно — „можетъ быть судимъ“.

Что касается до выдачи преступниковъ, то вопросъ сей, какъ

дѣйствія закона и объ объемѣ судебной власти — сдѣлано Коркуновымъ, Опытъ конструкціи международнаго уголовнаго права. Журн. гр. и уг. права. 1889, I.

принадлежащій по существу своему къ области международнаго права, мало разработанъ въ положительномъ уголовномъ правѣ; онъ разрѣшается отдѣльными конвенціями, построенными на началѣ взаимности. Въ наши дни возникаетъ стремленіе дать ему точное опредѣленіе въ уголовныхъ уложеніяхъ.

Уголовное Уложеніе 1903 года стоитъ на почвѣ принципа универсальности (космополитическаго). Оно подробно регулируетъ въ статьяхъ 6—11 всѣ относящіеся сюда вопросы; но редакція названныхъ статей такова, что основное начало универсальности нигдѣ не выражено въ цѣльномъ и законченномъ видѣ. Съ точки зрѣнія практическихъ задачъ законодательства это не можетъ быть признано большимъ недостаткомъ или дефектомъ, но обращаетъ на себя вниманіе потому, что въ другихъ случаяхъ Уголовное Уложеніе, какъ мы видѣли выше, очень часто даетъ формулировки общихъ принциповъ, для практическихъ цѣлей значенія не имѣющія. Сводя правила Уложенія въ систему, соотвѣтствующую основному началу универсальности, мы приходимъ къ слѣдующимъ положеніямъ: власть судовъ уголовныхъ и дѣйствіе Уголовнаго Уложенія распространяется на всѣ преступныя дѣянія, предусмотрѣнныя Уложеніемъ (гдѣ бы, кѣмъ бы и противъ кого бы они ни были совершены), за исключеніемъ: преступныхъ дѣяній, совершенныхъ иностранцами, пользующимися правомъ внѣземельности; проступковъ, совершенныхъ внѣ предѣловъ Россіи, если о наказуемости таковыхъ нѣтъ особыхъ договоровъ; преступленій (не тяжкихъ), совершенныхъ иностранцами внѣ предѣловъ Россіи и не посягающихъ на права россійскихъ подданныхъ или имущество и доходы россійской казны, если и въ этомъ случаѣ о наказуемости сихъ дѣяній нѣтъ договоровъ.

Примѣненіе Уголовнаго Уложенія къ преступнымъ дѣяніямъ, учиненнымъ въ предѣлахъ Россіи, ограничивается правилами, опредѣляющими сферу дѣйствія: спеціальныхъ уголовныхъ законовъ—воинскаго и военно-морскаго устава о наказаніяхъ, устава о ссыльныхъ и проч.; финляндскаго Уголовнаго Уложенія; обычаевъ инородческихъ племенъ (ст. 5 пп. 1, 2, 3).

О выдачѣ преступниковъ Уголовное Уложеніе даетъ слѣдующія ближайшія постановленія: 1) выдачѣ подлежатъ только иностранцы; 2) если ими учинено внѣ предѣловъ Россіи тяжкое преступленіе или преступленіе, хотя бы вызванное политическими побужденіями или совершенное совмѣстно съ преступнымъ дѣяніемъ, именуемымъ въ международныхъ договорахъ политическимъ, или по поводу такого дѣянія, или же преступное дѣяніе, которое составляетъ посягательство на жизнь, здоровье или свободу главы иностраннаго государства или членовъ его семьи; 3) если они не были въ Россіи за учиненное ими дѣяніе осуждены, оправданы или освобождены отъ наказанія въ установлен-

номъ порядкѣ; 4) выдача производится согласно договору, заключенному съ государствомъ, требующимъ выдачи обвиняемаго, или установившейся въ этомъ отношеніи съ даннымъ государствомъ взаимности (ст. 13 и § I, п. 1 Высоч. Утв. мнѣнія Гос. Сов. 32 марта 1903 года).

3. Интерпретація закона.

Текстъ закона или слова его есть оболочка мысли законодателя, есть способъ или орудіе, посредствомъ котораго законодательная норма точнѣйшимъ образомъ заявляетъ о своемъ существованіи. Поэтому, примѣняя уголовный законъ, мы, очевидно, примѣняемъ не слова его, но выраженную въ нихъ мысль законодателя, которая и образуетъ дѣйствительное содержаніе обязательныхъ для насъ предписаній закона; поэтому примѣненіе закона прежде всего вызываетъ необходимость раскрыть мысль законодателя, выраженную въ словахъ закона. Дѣятельность, къ сему направленную, называютъ разъясненіемъ, интерпретаціей или толкованіемъ закона.

а) Правила толкованія.

Для разъясненія закона должны существовать извѣстныя общія правила и пріемы. Теорія уголовнаго права даетъ ихъ въ слѣдующихъ руководящихъ афоризмахъ: 1) Не слова закона даютъ предписаніе, а мысль, выраженная въ словахъ. 2) Что не высказано въ законѣ, чего нѣтъ въ немъ, того нельзя искать путемъ какихъ-либо искусственныхъ наведеній. 3) Законодатель не можетъ желать и мыслить логической безсмыслицы; поэтому, какія бы ни встрѣтились въ словахъ закона противорѣчія или неясности всегда въ нихъ должно искать разумныхъ опредѣленій, всегда должно исходить отъ предположенія, что законодатель строитъ свою мысль логически правильно. 4) Всѣ отдѣльныя части закона составляютъ одно цѣлое, то есть подчиняются одной общей идеѣ.

Первымъ средствомъ толкованія или разъясненія закона служатъ, конечно, правила грамматики: прочитавъ какую-нибудь статью, мы должны принимать подлежащее за подлежащее, сказуемое за сказуемое; прилагательное мы должны относить къ тому существительному, къ которому оно относится по правиламъ согласованія прилагательныхъ съ существительными и т. д.; вообще, понимать рѣчь законодателя по правиламъ грамматики. Вторымъ средствомъ толкованія и разъясненія закона служатъ законы логики: если законодатель выставляетъ какое-либо положеніе и дѣлаетъ изъ него выводы, то и намъ необходимо различать здѣсь посылки и заключеніе. Это суть общія средства толкованія, которыя одинаково имѣютъ значеніе, идетъ ли рѣчь о толкованіи закона или о толкованіи чего бы то ни было, облеченнаго въ письменную форму.

Спеціальныхъ средствъ толкованія уголовнаго закона два: система законодательства и исторія текста дѣйствующаго закона. Значеніе системы въ дѣлѣ толкованія просто и понятно: во-первыхъ, если законодатель разбиваетъ преступныя дѣянія на группы и кодексъ на отдѣлы, то и всѣ статьи, помѣщенныя въ томъ или другомъ отдѣлѣ, должны носить на себѣ одинъ общій характеръ; во-вторыхъ, мѣсто, занимаемое извѣстною статьею въ ряду другихъ статей, опредѣляетъ область ея примѣненія. Такъ, въ нашемъ Уложеніи о наказаніяхъ многія преступныя дѣянія, опредѣленныя статьями 571—578, по внѣшнему своему виду суть извѣстнаго рода мошенничество, то-есть обманное посягательство на чужое имущество; между тѣмъ, они помѣщены въ раздѣлѣ „о преступленіяхъ и проступкахъ противъ имущества и доходовъ казны“, въ главѣ „о нарушеніи Уставовъ монетныхъ“, въ отдѣленіи „о поддѣлкѣ государственныхъ кредитныхъ бумагъ“. Поэтому для окончанія преступныхъ дѣяній этого рода вовсе не требуется того результата, который необходимъ для выполненія состава мошенничества, именно присвоеніе чужого имущества. Преступныя дѣянія, въ статьяхъ 571—578 предусмотрѣнныя, должны считаться оконченными, хотя бы никакого имущественнаго вреда никому не произошло. Точно такъ же, хотя въ статьѣ 1461 употребляется выраженіе „изгнаніе плода“, но статья эта находится въ главѣ „о смертоубійствѣ“, а посему подъ изгнаніемъ мы должны разумѣть умерщвленіе. При этомъ однако необходимо имѣть въ виду, что такое систематическое толкованіе представляетъ собою далеко не всегда надежный способъ къ правильному выясненію мысли законодателя. Во-первыхъ, система новѣйшихъ уложеній создается обыкновенно (и совершенно правильно) по соображеніямъ практическаго удобства пріисканія статей судьею и не являетъ собою вовсе картины законченной схемы съ дѣленіями и подраздѣленіями и т. д. съ особыми заглавіями, которыя могли бы имѣть рѣшающее значеніе. Что же касается до уложеній старыхъ, то ихъ сложный схематизмъ, всегда искусственный и схоластическій, несравненно чаще при систематическомъ толкованіи приведетъ къ искаженію мысли законодателя, чѣмъ въ ея выясненію. Во-вторыхъ, опредѣленіе состава преступныхъ дѣяній должно быть сдѣлано законченнымъ образомъ въ диспозиціяхъ отдѣльныхъ статей, и никакой выводъ систематическаго толкованія не можетъ равняться по своему значенію съ этими опредѣленіями диспозицій.

Что касается исторіи текста закона, какъ средства толкованія, то примѣненіе его заключается въ сопоставленіи дѣйствующаго текста, во-первыхъ, съ текстомъ закона предшествующаго, имъ отмѣненнаго,

а во-вторыхъ, въ сопоставленіи съ текстомъ проекта закона. Съ другой стороны, историческое толкованіе заключается въ выясненіи мысли законодателя на основаніи мотивовъ или соображеній, приведенныхъ составителями закона при его составленіи.

б) Виды толкованія.

Сообразно различнымъ отношеніямъ слова и мысли законодателя, могутъ быть различаемы слѣдующіе виды: 1) *толкованіе распространительное* [1]), когда мысль законодателя шире, чѣмъ слова, въ которыхъ она выражена; 2) *толкованіе стѣснительное*, когда слова закона шире мысли законодателя [2]).

Сообразно своему практическому значенію, по степени обязательности, различаются: 3) *толкованіе аутентическое*, исходящее отъ самой законодательной власти и имѣющее поэтому безусловно обязательное значеніе. Въ 89 статьѣ Осн. Зак. указывается на этотъ видъ толкованія: тамъ говорится, какъ мы уже видѣли, о такомъ новомъ законѣ, который есть только подтвержденіе или изъясненіе закона прежняго. Въ старое время аутентическое толкованіе было въ большомъ употребленіи въ Западной Европѣ; уже при самомъ изданіи новыхъ кодексовъ законодательная власть, на случай какихъ-либо могущихъ возникнуть недоразумѣній, нерѣдко издавала толкованія въ видѣ постатейныхъ примѣчаній. Таково, напримѣръ, баварское уложеніе 1813 года. Въ настоящее время этотъ видъ толкованія мало-помалу теряетъ свое прежнее значеніе по мѣрѣ того, какъ развивается искусство составленія законовъ, имѣющее цѣлью ясную и точную ихъ редакцію, а также и вслѣдствіе юридическаго образованія судей. 4) *Толкованіе судебное*, исходящее отъ органовъ судебной власти. Это толкованіе, очевидно, не можетъ имѣть обязательнаго значенія; оно имѣетъ значеніе только для даннаго конкретнаго случая и притомъ только для того суда, который дѣлаетъ его; другой судъ можетъ найти это толкованіе неправильнымъ и сдѣлать свое. Право и обязанность судовъ всѣхъ инстанцій на толкованіе и изъясненіе текста закона обосновываются 12 и 13 статьями Устава Уголовнаго Судопроизводства: „Всѣ судебныя установленія обязаны рѣшать дѣла по точному разуму существующихъ законовъ, а въ случаѣ неполноты, неясности или противорѣчія законовъ, коими судимое дѣяніе воспрещается подъ страхомъ наказанія, должны основывать рѣшеніе на общемъ смыслѣ законовъ. Воспрещается останавливать рѣшеніе дѣла подъ предлогомъ неполноты, неясности или противорѣчія законовъ. За нарушеніе сего правила виновные подвергаются отвѣтственности, какъ за противозаконное бездѣйствіе власти“. 5) *Толкованіе доктринальное*—толкованіе, даваемое юристами-теоретиками или, какъ иногда говорятъ, наукой права. Значеніе его для органовъ судебной власти не требуетъ разъясненій.

[1]) Приведемъ нѣсколько примѣровъ: статья 1461 Уложенія говоритъ: „Кто безъ вѣдома и согласія беременной женщины произведетъ изгнаніе плода ея“. Статья 1462 говоритъ: „Кто съ вѣдома и по согласію самой беременной женщины“... Законъ, какъ видимъ, различаетъ двѣ формы вытравленія плода: *съ вѣдома и согласія* беременной женщины и *безъ вѣдома и согласія*. Представимъ себѣ такой случай: совершается изгнаніе плода съ вѣдома беременной женщины, но безъ согласія, напримѣръ, насильственно. По буквальному смыслу этотъ случай не подойдетъ ни подъ одну изъ указанныхъ статей. Но не могъ же, однако, законодатель желать оставить такой случай безнаказаннымъ; необходимо, слѣдовательно, расширить слова закона. Не трудно видѣть, что знаніе или незнаніе самой беременной не имѣютъ значенія, а имѣютъ значеніе лишь признакъ „согласія“ или несогласія; а посему слова: „съ вѣдома“ и „безъ вѣдома“ могутъ быть выпущены. Остается признакъ дѣйствительно существенный—„съ согласія“ или безъ онаго. Такимъ образомъ, изгнаніе плода съ вѣдома, но безъ согласія беременной женщины должно быть подводимо подъ 1461 статью.

Статья 1460 въ послѣдней ея части говоритъ: „мать, волнуемая стыдомъ или страхомъ, только скрыла его тѣло“. Здѣсь подъ словомъ „скрыла“ законодатель разумѣетъ не только скрытіе въ тѣсномъ смыслѣ, но и уничтоженіе или истребленіе тѣла.

Статьи 178, 179 Мир. Уст. говорятъ о присвоеніи „найденныхъ вещей“, о необъявленіи въ срокъ о „найденныхъ вещахъ“. Законодатель имѣетъ здѣсь въ виду не только вещи, найденныя въ тѣсномъ смыслѣ, но вообще, всѣ вещи, случайно попавшія въ обладаніе присвоившаго ихъ—занесенныя водой, вѣтромъ, забѣжавшихъ животныхъ и т. д.

[2]) Статья 1460 Уложенія говоритъ: „Женщина, которая хотя и не умертвитъ незаконнорожденнаго своего младенца“... По связи статьи 1460 со статьею 1451 въ системѣ Уложенія, мы должны признакъ объекта, выраженный въ статьѣ 1451, перенести и въ статью 1460, именно: „при самомъ рожденіи“.

Статья 10 Уложенія, по буквальному своему значенію, даетъ возможность предполагать, что, для признанія извѣстнаго умышленнаго преступнаго дѣянія оконченнымъ, достаточно возникновенія какого бы то ни было зла, хотя бы вовсе не того, которое было умышлено. Дѣйствительный, болѣе тѣсный смыслъ этой статьи можетъ быть установленъ изъ противоположенія ея съ статью 10 части 1, т. XV Св. Зак. 1832 года: „преступленіе почитается совершившимся, когда оное по предположенному замыслу съ предположеннымъ вредомъ исполнено“. Правильно ставитъ вопросъ Проектъ 1844 года въ статьѣ 13: „преступленіе тогда лишь признается совершившимся, когда учиненное виновнымъ дѣяніе имѣетъ всѣ свойства, то преступленіе составляющія“. Другими словами, когда выполненъ законный составъ преступнаго дѣянія.

Статья 110 Уложенія, въ послѣдней своей части, опредѣляетъ за casus внушеніе что противорѣчитъ статьѣ 5, на основаніи которой casus вовсе не наказуемъ. Между тѣмъ, опредѣленіе статьи 110, посредствомъ историческаго толкованія, возводится къ culpa levissima. Сообразно этому мы можемъ дать этой статьѣ стѣснительное толкованіе, ограничивъ ея примѣненіе тѣми лишь случаями, которые соотвѣтствуютъ понятію culpa levissima, то-есть когда послѣдствія были трудно предвидимы, когда почти никакъ нельзя было предвидѣть.

4. *Аналогическое примѣненіе.*

Извлеченная изъ текста указанными способами, мысль законодателя можетъ, тѣмъ не менѣе, не давать разрѣшенія тому случаю, ко-

торый находится передъ глазами суда. Простѣйшій случай такой неполноты представляетъ собою неопредѣленная санкція: законъ повелѣваетъ наложить наказаніе на преступника, но не говоритъ, какое или въ какомъ размѣрѣ. Подчиняясь велѣнію закона, судъ долженъ назначить наказаніе, родъ же и размѣръ его суду неизбѣжно приходится опредѣлять по своему усмотрѣнію, примѣнительно къ наказуемости сходственныхъ случаевъ; онъ обязанъ, такимъ образомъ, совершить пополненіе закона. Въ нашемъ правѣ объ этомъ съ точностью говоритъ 151 статья Уложенія.

Затѣмъ, весьма возможны случаи, когда законодатель, облагая наказаніемъ вредныя для общества или частныхъ лицъ и запрещенныя дѣянія, упоминаетъ въ уголовномъ законѣ не о всѣхъ дѣяніяхъ извѣстнаго рода, но лишь о нѣкоторыхъ, оставляя другія, столь же, а иногда и болѣе вредныя, безъ опредѣленія наказанія. Законодатель дѣлаетъ такой пропускъ иногда по недосмотру, такъ сказать, вслѣдствіе редакціонной ошибки или неточности, иногда же по той причинѣ, что въ моментъ составленія уголовнаго закона законодатель не имѣлъ ихъ вовсе въ виду; наконецъ, иногда такой пропускъ дѣлается вполнѣ сознательно, то-есть законодатель намѣренно, по тѣмъ или другимъ соображеніямъ, изъ цѣлой группы вредныхъ и даже запрещенныхъ дѣяній облагаетъ наказаніемъ лишь нѣкоторыя, а остальныя, равнозначительныя или даже большей важности, оставляетъ безнаказанными. Каковы бы ни были причины пропуска, во всякомъ случаѣ пополненіе этого вида неполноты не можетъ быть допущено, такъ какъ оно противорѣчитъ правилу nullum crimen sine lege, выраженному въ 90 статьѣ Уложенія о Наказаніяхъ.

Такое примѣненіе закона уголовнаго къ случаямъ, въ законѣ не указаннымъ, но похожимъ на другіе, указанные въ законѣ, спеціально называется *аналогическимъ* примѣненіемъ закона. Благодаря казуистичности нашего уголовнаго законодательства, въ нашей практикѣ необходимо долженъ былъ возникнуть вопросъ о томъ, имѣетъ ли судъ право прилагать законъ по аналогіи, можетъ ли онъ своей властью пополнять такого рода пробѣлы въ системѣ уголовнаго закона. Сенатъ на этотъ вопросъ давалъ утвердительный отвѣтъ, хотя совершенно неосновательно. Сенатъ основываетъ свое мнѣніе на вышеупомянутой 151 статьѣ Уложенія, которая говоритъ, что „если въ законѣ за подлежащее разсмотрѣнію суда преступное дѣяніе нѣтъ опредѣленнаго наказанія, то судъ приговариваетъ виновнаго къ одному изъ наказаній, предназначенныхъ за преступленія, по важности и роду своему, наиболѣе съ онымъ сходныя“. Въ дѣйствительности, какъ замѣчено выше, статья 151 говоритъ не объ аналогіи, а лишь о неопредѣленной санкціи закона, такъ какъ въ этой статьѣ употребляется выраженіе „преступное дѣяніе“, слѣдовательно, дѣяніе, предусмотрѣнное въ Уложеніи.

Къ тому же выводу придемъ мы, если приложимъ къ ст. 151 толкованіе историческое. Статья 151 образована изъ ст. 104 части I, XV т. Св. Зак. изд. 1832 года. Эта же статья 104 говорила: „когда законъ, полагая наказаніе, назначаетъ оное общими выраженіями, какъ-то: наказать яко преступника указовъ, или наказать по всей строгости законовъ, или на основаніи законовъ, не опредѣляя при томъ ни рода наказанія, ни вида его; или же, когда, назначая родъ наказанія, онъ не назначаетъ его вида: тогда судъ прежде всего опредѣляетъ съ точностью существо преступленія, сравниваетъ его съ другими однородными и къ нему по свойству ихъ ближайшими, а потомъ полагаетъ за оное наказаніе и представляетъ свое мнѣніе въ высшее мѣсто, по порядку подчиненности“.

Уголовное Уложеніе 1903 года отчетливо устраняетъ возможность аналогіи постановленіемъ статьи 1-й: „преступнымъ признается дѣяніе, воспрещенное, во время его учиненія, закономъ подъ страхомъ наказанія“.

ГЛАВА II.

ОПРЕДѢЛЕНІЕ РАЗМѢРОВЪ НАКАЗАНІЯ.

1. Приговоръ опредѣленный и неопредѣленный.

Kraepelin, Abschaffung des Strafmasses. Liszt, Criminalpolitische Aufgaben. Zeitschrift. 1889—90. Gautier, Pour et contre les peines indeterminées. Revue penal. 1893. Шавровъ, Судейское усмотрѣніе и неопредѣленный приговоръ. Ж. М. Ю. 1903, № 3.

Опредѣляя размѣръ уголовной отвѣтственности за преступныя дѣянія, законодатель имѣетъ въ виду: внѣшнюю сторону преступнаго дѣянія, то-есть размѣръ и значеніе причиненнаго имъ для общества или для частныхъ лицъ вреда—объективная оцѣнка преступнаго дѣянія—и внутреннюю сторону преступнаго дѣянія, то-есть субъективную виновность лица, его совершившаго,—субъективная оцѣнка преступнаго дѣянія. Этими двумя началами опредѣляется устанавливаемое въ законѣ за каждое преступное дѣяніе наказаніе—нормальная наказуемость; ими же руководствуется судья при опредѣленіи мѣры наказанія въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ, насколько даетъ ему просторъ существующая въ законѣ уголовная санкція того или другого вида,—конкретная наказуемость.

Таковъ господствующій въ уголовномъ правѣ и вполнѣ соотвѣтствующій общимъ задачамъ уголовнаго правосудія порядокъ. Въ интересахъ личности и въ видахъ наилучшаго достиженія цѣлей, преиму-

щественно исправительныхъ, этотъ порядокъ дополняется правилами о факультативномъ уменьшеніи размѣровъ наказанія при самомъ его исполненіи въ формѣ сокращенія, при извѣстныхъ условіяхъ, присужденныхъ сроковъ лишенія свободы, какъ то принято въ нашемъ Уставѣ о ссыльныхъ, или въ формѣ института досрочнаго освобожденія, установленнаго тюремнымъ законодательствомъ нѣкоторыхъ государствъ Западной Европы (см. выше).

Въ новѣйшей литературѣ, на почвѣ исключительнаго примѣненія началъ утилитарныхъ теорій, именно, на почвѣ обращенія всего уголовнаго правосудія на служеніе спеціальнымъ цѣлямъ наказанія, возбуждается дальнѣйшій вопросъ—объ опредѣленіи конкретной наказуемости единственно по мѣрѣ дѣйствительнаго достиженія той полезности, ради которой налагаются наказанія. По этой теоріи приговоръ суда устанавливаетъ лишь виновность подсудимаго, а по отношенію къ наказанію, роду его и размѣру, является *неопредѣленнымъ*. Не судъ опредѣляетъ мѣру наказанія, а органы исполненія—всякое наказаніе продолжается до тѣхъ поръ и только до тѣхъ поръ, пока не будетъ обезпечена его спеціальная цѣль; одинъ родъ наказанія можетъ быть замѣненъ другимъ и т. д.

Съ приговорами этого типа мы встрѣчаемся уже давно въ исторіи; таково напримѣръ, въ нашемъ правѣ заключеніе въ тюрьму „до указу", „пока по немъ порука будетъ" и т. п. Однако, ошибочно было бы проводить ближайшія аналогіи между этими приговорами и нынѣ возникшей теоріей: старый неопредѣленный приговоръ частью выражалъ собою идею полнаго подчиненія личности преступника субъекту карательнаго права, частью же опредѣлялся практическими соображеніями полицейскаго свойства. Новѣйшая теорія построена на мысли о томъ, что, если наказаніе должно преслѣдовать цѣль исправительнаго воздѣйствія на преступника, если оно должно стремиться къ тому, чтобы сдѣлать преступника полезнымъ членомъ общежитія, то опредѣленіе судомъ заранѣе срока заключенія не представляется цѣлесообразнымъ. При существующей нынѣ системѣ наказанія, тюремное начальство вынуждено освобождать, за окончаніемъ назначеннаго судомъ срока заключенія, такихъ лицъ, которыя представляютъ еще завѣдомо опасность для правопорядка; между тѣмъ уголовный судъ, знакомясь съ личностью преступника лишь въ теченіе того короткаго времени, когда преступникъ стоитъ передъ нимъ, не можетъ опредѣлить заранѣе, сколько потребуется времени для того, чтобы оказать необходимое воздѣйствіе на заключеннаго,—компетентнымъ органомъ въ этомъ дѣлѣ можетъ быть только тюремная администрація. Нельзя, однако, не видѣть слабыхъ сторонъ этого ученія: общая задача уголовнаго правосудія въ цѣломъ, какъ бы мы ее ни называли — поддержаніе авторитета закона или общее предупрежденіе,—игнорируется; карательныя правомочія, въ значительной своей части, переносятся съ суда, этого органа законности, на тюремную администрацію, относительно которой трудно ожидать тѣхъ гарантій правильности дѣйствій, которыя можно ожидать отъ суда. Идея неопредѣленныхъ приговоровъ получила частичное осуществленіе въ нѣкоторыхъ штатахъ Сѣв. Америки; въ извѣстныхъ случаяхъ судъ, назначая наказаніе лишеніемъ свободы, опредѣляетъ лишь тотъ его минимумъ, которому долженъ подвергнуться осужденный, дѣйствительная же продолжительность срока заключенія

опредѣляется тюремной администраціей, которая въ этомъ отношеніи связана лишь максимумомъ срока лишенія свободы, установленнымъ въ законѣ для даннаго преступнаго дѣянія. Приговоренные направляются въ особыя тюрьмы принудительнаго воспитанія—реформаторіи.

Въ болѣе практической формѣ та же идея использована норвежскимъ уголовнымъ уложеніемъ 1902 года. Въ извѣстныхъ, точно въ законѣ перечисленныхъ случаяхъ судъ можетъ предложить на разрѣшеніе присяжныхъ засѣлателей вопросъ о томъ, не слѣдуетъ ли считать преступника особенно опаснымъ для всего общества или для жизни, здоровья или благосостоянія отдѣльныхъ лицъ въ виду самаго рода преступленія, лежащихъ въ его основаніи мотивовъ или обнаруженнаго имъ образа мыслей виновнаго; если этотъ вопросъ будетъ рѣшенъ въ утвердительномъ смыслѣ, то судъ можетъ въ своемъ приговорѣ постановить, что преступникъ можетъ быть удержанъ въ мѣстѣ заключенія и по отбытіи назначеннаго въ приговорѣ срока, сколько это будетъ найдено нужнымъ, но во всякомъ случаѣ не свыше тройного количества этого срока и въ общемъ не свыше 15 лѣтъ. Нѣчто подобное находимъ мы въ проектѣ швейцарскаго уложенія: въ отношеніи многократныхъ рецидивистовъ, совершившихъ опредѣленныя преступленія, суду предоставляется право предложить компетентному органу власти союза помѣстить виновнаго въ особое мѣсто заключенія для рецидивистовъ; этотъ органъ власти можетъ взамѣнъ наказанія направить рецидивиста въ особое помѣщеніе на срокъ, превышающій срокъ наказанія и назначаемый въ размѣрѣ не менѣе 10 и не болѣе 20 лѣтъ.

Уложеніе о наказаніяхъ излагаетъ общія правила объ опредѣленіи наказанія судомъ въ статьяхъ 90 и 91. Далѣе законъ даетъ рядъ правилъ, которыми долженъ руководствоваться судья при опредѣленіи наказанія, сообразно различнымъ формамъ уголовной санкціи, въ статьяхъ 147, 148, 149, 150, 151. Изъ нихъ статья 147 говоритъ о санкціи безусловно опредѣленной: статьи 148—150 говорятъ о санкціи относительно-опредѣленной разныхъ формъ и о порядкѣ повышенія и пониженія наказаній по счету степеней; статья 151 говоритъ о санкціи безусловно-неопредѣленной. Въ Мировомъ Уставѣ сіи правила излагаются въ статьѣ 12.

Уголовное Уложеніе 1903 года установляетъ въ ст. 22 порядокъ исчисленія сроковъ лишенія свободы и нѣкоторыхъ дополнительныхъ наказаній, а въ ст. 24 порядокъ исчисленіи денежной пени; далѣе ст. 53 — 58 говорятъ о порядкѣ смягченія наказанія, а ст. 60—68 о порядкѣ возвышенія его.

2. *Обстоятельства, принадлежащія къ составу судимаго дѣянія.*

На основаніи статьи 104 Уложенія о наказаніяхъ мѣра установленнаго закономъ за преступное дѣяніе наказанія опредѣляется: „по мѣрѣ большей или меньшей умышленности въ содѣяніи преступленія; по мѣрѣ большей или меньшей близости къ совершенію онаго, если

преступленіе не вполнѣ совершено; по мѣрѣ принятаго подсудимымъ участія въ содѣяніи преступленія или въ покушеніи на оное; наконецъ, по особеннымъ, сопровождавшимъ содѣяніе преступленія или покушеніе на оное, обстоятельствамъ, болѣе или менѣе увеличивающимъ или же уменьшающимъ вину преступника".

По статьѣ 105, преступное дѣяніе, учиненное съ заранѣе обдуманнымъ умысломъ, облагается всегда высшею мѣрою наказанія, если только законъ за предумышленное совершеніе какого-либо преступнаго дѣянія не назначаетъ именно особаго наказанія. Статья 108 говоритъ о случаяхъ такъ называемаго dolus indirectus (см. выше) и заключаетъ въ себѣ постановленіе совершенно лишнее и весьма неудачное какъ съ теоретической, такъ и съ практической стороны. Статья 110 устанавливаетъ дѣленіе неосторожности по большей или меньшей легкости предвидѣнія результатовъ и по юридическому свойству основного дѣянія; но, опредѣляя тѣ случаи, когда постановленное за неосторожность наказаніе увеличивается и когда уменьшается; статья эта не указываетъ, однако, нормальнаго вида неосторожности, то-есть того случая, когда должна примѣняться средняя мѣра наказанія. Въ Мировомъ Уставѣ о неосторожности говоритъ статья 9. Въ силу первой части 9 статьи Мировой Судья можетъ налагать наказаніе за всякую небрежность; это широкое постановленіе необходимо, очевидно, ограничить тѣмъ, что проступокъ долженъ принадлежать къ числу наказуемыхъ по Мировому Уставу. Далѣе, нельзя распространять понятіе неосторожности на дѣянія, по составу своему требующія наличности умысла, каковы, напримѣръ, оскорбленіе, похищеніе имущества и проч.

Правила о наказуемости предварительной дѣятельности—обнаруженія умысла, приготовленія и покушенія, оконченнаго и неоконченнаго—излагаются въ статьяхъ 111—115 Уложенія и въ статьѣ 17 Мирового Устава (см. выше).

Правила о размѣрахъ отвѣтственности соучастниковъ излагаются въ 117—122 статьяхъ Уложенія; прикосновенныхъ лицъ—въ статьяхъ 124—128. Изъ сихъ статей, статья 122 установляетъ особое правило объ отдачѣ подъ надзоръ полиціи соучастниковъ, виновныхъ лишь въ добровольно оставленномъ покушеніи. Наказуемость соучастниковъ по Мировому Уставу опредѣляется въ 15 статьѣ.

Законъ признаетъ въ значительныхъ размѣрахъ вліяніе родственныхъ отношеній на наказуемость прикосновенныхъ лицъ. Относительно недоносителей оно опредѣляется слѣдующимъ образомъ: виновные въ недоносительствѣ о содѣянномъ преступномъ дѣяніи „дѣти на родителей и вообще на родственниковъ по прямой восходящей линіи, а равно и родители на дѣтей и прочихъ нисходящихъ по прямой линіи, супруги на супруговъ, родные братья и сестры на сестеръ и братьевъ" не подвергаются вовсе наказанію (статья 128). Далѣе, свойство первой и второй степени освобождаетъ отъ наказанія за недонесеніе другъ на друга только въ томъ случаѣ, когда виновный въ преступномъ дѣяніи не подвергается смертной казни или каторжнымъ работамъ; въ прочихъ же случаяхъ наказаніе „уменьшается по усмотрѣнію суда". Насколько именно—законъ не говоритъ, между тѣмъ, за недоносительство этого вида устанавливается не одно опредѣленное наказаніе, а цѣлая масса ихъ. Наконецъ, равное съ свойствомъ значеніе имѣютъ отношенія, порождаемыя воспитаніемъ и благодѣяніями; но они имѣютъ не обоюдное, а одностороннее значеніе, то-есть, когда недонесшій былъ одолженъ воспитаніемъ или благодѣяніями учинившему преступное дѣяніе, но не обратно. Что касается недоносительства о готовящемся преступномъ дѣяніи, то статья 128 по отношенію къ тѣмъ же категоріямъ лицъ говоритъ: „на семъ же основаніи смягчается, но только въ меньшей мѣрѣ, наказаніе за недонесеніе объ извѣстномъ злоумыслѣ". Относительно укрывателей та же 128 статья говоритъ, что наказанія „въ той же мѣрѣ уменьшаются или и вовсе отмѣняются, если виновный.... способствовалъ сокрытію преступника, состоящаго съ нимъ въ брачномъ союзѣ или близкихъ связяхъ родства или свойства, или бывшаго благодѣтелемъ его". Попустителей законъ совершенно не упоминаетъ; они, слѣдовательно, и въ случаѣ близкихъ родственныхъ связей съ преступникомъ не пользуются ни отмѣною, ни даже смягченіемъ наказанія.

Сводя воедино постановленія общей части Уложенія о наказаніи соучастниковъ и лицъ, прикосновенныхъ къ преступному дѣянію, мы получимъ слѣдующія главныя категоріи:

I. Высшая мѣра наказанія, за преступное дѣяніе положеннаго.	Главные виновники, зачинщики, подговорщики или подстрекатели.
II. Наказаніе, за преступное дѣяніе положенное.	Сообщники, пособники, которыхъ содѣйствіе было необходимо.
III. Наказаніе одною степенью ниже положеннаго за преступное дѣяніе.	Участники наиболѣе важные, пособники, которыхъ содѣйствіе не было необходимо.
IV. Наказаніе двумя степенями ниже положеннаго за преступное дѣяніе.	Участники менѣе важные, укрыватели, попустители, недоносители о готовящемся преступномъ дѣяніи.
V. Различныя исправительныя наказанія не свыше заключенія въ крѣпости.	Недоносители о содѣянномъ преступномъ дѣяніи.

VI. Наказанія, полагаемыя за недонесеніе, со смягченіемъ по усмотрѣнію суда.	Недоносители о содѣянномъ и готовящемся преступномъ дѣяніи на родственниковъ, свойственниковъ и благодѣтелей, а равно укрыватели ихъ.
VII. Ненаказуемость.	Укрыватели и недоносители о преступномъ дѣяніи, совершенномъ ихъ ближайшимъ родственникомъ.

Уголовное Уложеніе 1903 года не считаетъ нужнымъ установлять особыя правила, касающіяся опредѣленія наказанія сообразно съ обстоятельствами, принадлежащими къ составу судимаго дѣянія, предоставляя это самому суду въ предѣлахъ его власти. Лишь въ отношеніи покушенія на тяжкое преступленіе и преступленіе установляется правило объ обязательномъ смягченіи наказанія въ общемъ порядкѣ (ст. 49), принятомъ для обстоятельствъ, вину уменьшающихъ (см. ниже); то же установляется и въ отношеніи пособника, коего помощь была несущественна (ст. 51). Что же касается прикосновенныхъ лицъ, то, какъ указано выше, Уголовное Уложеніе разсматриваетъ ихъ дѣятельность какъ delictum sui generis, при чемъ въ отдѣльныхъ случаяхъ оно или устраняетъ всякую отвѣтственность недоносителей и укрывателей, если ихъ дѣятельность касается преступленій членовъ ихъ семьи, безотносительно къ самой тяжести преступнаго дѣянія, или не придаетъ этому обстоятельству никакого значенія (напр. въ ст. 643—645).

3. Обстоятельства, сопровождающія преступное дѣяніе.

Индивидуальныя свойства конкретныхъ случаевъ столь разнообразны, что всѣ законодательства, кромѣ той индивидуализаціи наказаній, которая дается относительно-опредѣленной санкціей, установляютъ еще особыя правила для повышенія и пониженія наказанія по обстоятельствамъ, вину увеличивающимъ или уменьшающимъ.

Обстоятельства, вину увеличивающія и уменьшающія, могутъ быть *общія*, приложимыя къ различнымъ или даже ко всѣмъ преступнымъ дѣяніямъ, и *особенныя*, связанныя съ особенностями отдѣльныхъ дѣяній. Первыя могутъ составить одно общее ученіе объ обстоятельствахъ, вину увеличивающихъ и уменьшающихъ; вторыя имѣютъ значеніе только для отдѣльныхъ преступныхъ дѣяній и могутъ быть опредѣляемы лишь при каждомъ отдѣльномъ преступномъ дѣяніи. Сообразно этому,

въ уложеніяхъ обстоятельства первой группы могутъ быть указываемы въ общей части; второй—въ особенной.

Въ началѣ текущаго столѣтія господствовало убѣжденіе о необходимости спеціальнаго поименованія въ законѣ всѣхъ обстоятельствъ, вину увеличивающихъ и уменьшающихъ, а равно и точнаго опредѣленія тѣхъ размѣровъ, въ которыхъ эти обстоятельства должны оказывать вліяніе на наказаніе. Въ соотвѣтствіе такому взгляду, въ кодексахъ начала нынѣшняго столѣтія содержатся подробныя перечисленія этихъ обстоятельствъ, чѣмъ, очевидно, весьма стѣснялась свобода судейскаго усмотрѣнія въ опредѣленіи наказанія. Съ тридцатыхъ годовъ эта система смѣняется другою, исключительно, впрочемъ, по отношенію къ обстоятельствамъ, понижающимъ наказаніе. Въ исторіи ученія объ этихъ обстоятельствахъ французскій законъ 1832 года составляетъ эпоху: онъ первый допустилъ уменьшающія обстоятельства (circonstances atténuantes) вообще, безъ перечисленія ихъ въ законѣ, съ правомъ перехода отъ одного рода наказаній къ другому. По отношенію же къ обстоятельствамъ, вину увеличивающимъ, остается господствующимъ прежній взглядъ о необходимости подробнаго перечисленія ихъ въ законѣ и столь же подробнаго и точнаго указанія тѣхъ размѣровъ, въ коихъ они оказываютъ вліяніе на возвышеніе наказанія.

Наше Уложеніе о наказаніяхъ соединяетъ старую систему подробнаго перечисленія этихъ обстоятельствъ съ новою французскою, а именно, законъ перечисляетъ общія обстоятельства, вину уменьшающія, въ статьѣ 134; но въ практикѣ нашей замѣчается сильное стремленіе придать этому перечню значеніе лишь примѣрнаго. Относительно же суда присяжныхъ законъ самъ вступаетъ на этотъ путь, устанавливая особый порядокъ признанія подсудимаго „заслуживающимъ снисхожденія“, что по вліянію на наказуемость равняется признанію обстоятельствъ, вину уменьшающихъ.

На основаніи статьи 135 Уложенія, въ случаѣ уменьшающихъ вину подсудимаго обстоятельствъ, суду предоставляется уменьшить мѣру слѣдующаго виновному наказанія двумя степенями; при назначеніи же наказанія за преступныя дѣянія печати суду предоставляется право понижать наказаніе и болѣе, чѣмъ на двѣ степени, до высшей степени ближайшаго низшаго рода наказаній.

Обстоятельства, вину увеличивающія, перечисляются въ Уложеніи о наказаніяхъ въ статьѣ 129. Вліяніе ихъ на наказуемость, по точному смыслу статьи 130, ограничивается увеличеніемъ наказанія въ мѣрѣ, то-есть, въ предѣлахъ судейскаго усмотрѣнія, опредѣляемаго тѣми размѣрами наказанія, которые за данное преступное дѣяніе положены.

Въ Мировомъ Уставѣ обстоятельства, вину уменьшающія, изла-

гаются въ статьѣ 13. Перечисленіе ихъ не имѣетъ исчерпывающаго значенія, такъ какъ въ той же статьѣ 13 употребляется слово: „преимущественно“. Наказаніе опредѣляется по общимъ правиламъ, изложеннымъ въ статьѣ 12. Обстоятельства, вину увеличивающія, указаны въ статьѣ 14. Вліяніе ихъ на наказуемость опредѣляется общими правилами той же статьи 12.

Уголовное Уложеніе 22 марта 1903 года не знаетъ вовсе перечня тѣхъ обстоятельствъ, которыя *могутъ* вліять на уменьшеніе наказанія при всякомъ преступленіи. Оно говоритъ или о такихъ опредѣленныхъ обстоятельствахъ, точно въ законѣ указанныхъ, которыя *должны* вызывать обязательное смягченіе наказанія, или имѣетъ въ виду вообще уменьшающія вину обстоятельства, не перечисляя ихъ. Точно указанныя обстоятельства суть отбытіе части наказанія за границей (ст. 10, ч. 2); меньшая наказуемость дѣянія по законамъ мѣста его учиненія (ст. 10, ч. 2); меньшая наказуемость дѣянія по законамъ времени его учиненія (ст. 14, ч. 2). При наличности этихъ обстоятельствъ, а равно когда виновный признанъ будетъ заслуживающимъ снисхожденія въ виду уменьшающихъ вину обстоятельствъ вообще, установляются общія, довольно сложныя, правила смягченія наказаній (ст. 53). Эти же правила, какъ указано выше, примѣняются и къ случаямъ покушенія и пособничества несущественнаго.

Руководящія начала такого смягченія наказанія суть слѣдующія: 1) при наличности уменьшающихъ вину обстоятельствъ не можетъ быть назначена высшая мѣра наказанія, за учиненное преступное дѣяніе въ законѣ установленная; 2) при опредѣленіи въ законѣ за преступное дѣяніе низшаго предѣла наказанія, суду предоставляется уменьшить его до низшаго законнаго размѣра сего рода наказанія; 3) при отсутствіи въ законѣ особаго опредѣленія о низшемъ предѣлѣ наказанія за преступное дѣяніе, судъ можетъ уменьшить это наказаніе до низшаго законнаго размѣра сего рода наказанія или перейти къ другому наказанію въ извѣстномъ порядкѣ. Сверхъ того, особо указывается въ Уголовномъ Уложеніи какъ обстоятельство, смягчающее наказаніе, предварительное заключеніе, которое можетъ быть засчитано въ наказаніе вполнѣ или отчасти, если виновный приговаривается къ заключенію въ исправительномъ домѣ, крѣпости, тюрьмѣ или къ аресту (ст. 54); въ этомъ случаѣ, въ противоположность предыдущимъ, смягченіе наказанія, осуществляемое въ видѣ зачета предварительнаго заключенія въ наказаніе, для суда не обязательно, а предоставляется его усмотрѣнію.

Обстоятельствъ вину увеличивающихъ, соотвѣтствующихъ указываемымъ въ 129 статьѣ Уложенія о наказаніяхъ, Уголовное Уложеніе 1903 года не знаетъ вовсе. Подъ именемъ же „обстоятельствъ, усиливающихъ отвѣтственность“ (ст. 60 и слѣд.) разумѣетъ: 1) совокупность преступленій (ст. 60 и 64); 2) учиненіе новаго преступнаго дѣянія послѣ провозглашенія приговора или во время отбыванія наказанія (ст. 66); 3) рецидивъ (ст. 67); 4) учиненіе или участіе въ учиненіи общаго преступленія служащимъ или съ нарушеніемъ отношеній служебной подчиненности, или посредствомъ злоупотребленія своей обязанностью или полномочіемъ, или посредствомъ угрозы притѣсненіемъ или инымъ злоупотребленіемъ властью, или съ нарушеніемъ долга службы въ отношеніи частныхъ лицъ — если за такія нарушеніе, злоупотребленіе или угрозу не опредѣлены въ законѣ особыя наказанія (ст. 65); усиленіе наказанія въ послѣднемъ случаѣ факультативно для суда.

4. Опредѣленіе наказанія для несовершеннолѣтнихъ.

Общія правила о замѣнѣ и смягченіи наказаній для несовершеннолѣтнихъ, признанныхъ судомъ дѣйствовавшимъ *съ разумѣніемъ* (см. выше), изложены въ статьяхъ 138—145 Уложенія о наказаніяхъ, согласно закону 2 іюня 1897 года. Въ отношеніи опредѣленія наказанія общій дѣйствующій законъ различаетъ въ періодѣ несовершеннолѣтія три возрастные срока: возрастъ отъ 10 до 14 лѣтъ, отъ 14 до 17 лѣтъ и отъ 17 до 21 года.

Несовершеннолѣтніе отъ 10 до 14 лѣтъ наказаніямъ, установленнымъ въ законѣ для совершеннолѣтнихъ, вообще не подвергаются. Въ случаѣ учиненія преступленія, за которое совершеннолѣтнимъ преступникамъ опредѣляется наказаніе, соединенное съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія или съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ, правъ и преимуществъ, подсудимые отъ 10 до 14 лѣтъ присуждаются къ отдачѣ въ исправительные пріюты или колоніи для несовершеннолѣтнихъ преступниковъ, если въ мѣстности имѣются означенныя заведенія; въ противномъ случаѣ они подлежатъ заключенію на срокъ отъ 2 до 5 лѣтъ или на срокъ отъ 1 мѣсяца до 1 года, смотря по тяжести учиненнаго ими преступнаго дѣянія,—въ особыхъ помѣщеніяхъ, устроенныхъ для нихъ при тюрьмахъ или домахъ для арестуемыхъ по приговорамъ мировыхъ судей, или въ монастыряхъ ихъ вѣроисповѣданія, если въ мѣстѣ производства дѣла имѣются такіе монастыри, и если по правиламъ, для нихъ установленнымъ, жительство въ нихъ постороннимъ лицамъ не воспрещено. Подсудимые того же возраста, совершившіе преступное дѣяніе, за которое опредѣляется закономъ заключеніе въ тюрьмѣ съ лишеніемъ нѣкоторыхъ правъ и преимуществъ или другое менѣе строгое наказаніе, въ качествѣ общаго правила отдаются только подъ отвѣтственный надзоръ, по усмотрѣнію суда, ихъ родителямъ, или лицамъ, на попеченіи коихъ они состоятъ, или другимъ благонадежнымъ людямъ, изъявившимъ на то согласіе. Но отдачу подъ отвѣтственный надзоръ законъ рекомендуетъ суду замѣнять отдачей въ исправительный пріютъ или колонію, если не-совершеннолѣтними отъ 10 до 14 лѣтъ совершены такія преступныя дѣянія, за которыя въ законѣ назначены наказанія не ниже заключенія въ тюрьмѣ, или если окажется, что совершеніе преступнаго дѣянія, хотя и влекущаго за собою менѣе строгое наказаніе, чѣмъ тюремное заключеніе, обращено ими въ промы-

селъ или проистекаетъ изъ привычки къ преступной дѣятельности. Никакимъ праволи̇шеніямъ или правоограниченіямъ несовершеннолѣтніе отъ 10 до 14 лѣтъ не подлежатъ.

Подсудимымъ отъ 14 до 17 лѣтъ наказанія опредѣляются на слѣдующихъ основаніяхъ. Въ случаѣ учиненія преступнаго дѣянія, влекущаго за собою наказаніе, соединенное съ лишеніемъ всѣхъ правъ состоянія или съ лишеніемъ всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ, правъ и преимуществъ, несовершеннолѣтніе приговариваются къ заключенію въ тюрьмѣ на время отъ 3 до 12 лѣтъ, если тюрьма замѣняетъ для нихъ смертную казнь, каторгу или ссылку на поселеніе, а въ случаѣ замѣны тюрьмой высшаго исправительнаго наказанія,— на сроки, положенные для содержанія совершеннолѣтнихъ въ исправительномъ арестантскомъ отдѣленіи и тюрьмѣ, съ уменьшеніемъ сихъ сроковъ на двѣ, а по обстоятельствамъ дѣла и на три степени. Если несовершеннолѣтними отъ 14 до 17 лѣтъ учинено преступленіе, влекущее для совершеннолѣтнихъ заключеніе въ тюрьмѣ съ лишеніемъ нѣкоторыхъ правъ и преимуществъ или заключеніе въ тюрьмѣ безъ лишенія правъ,—несовершеннолѣтніе обращаются въ исправительные пріюты или колоніи для несовершеннолѣтнихъ преступниковъ, а гдѣ нѣтъ таковыхъ заведеній, заключаются на срокъ, положенный для содержанія совершеннолѣтнихъ въ тюрьмѣ, съ уменьшеніемъ его на двѣ, или, по обстоятельствамъ дѣла, на три степени, въ особыя помѣщенія, устроенныя для несовершеннолѣтнихъ при тюрьмахъ или домахъ для арестуемыхъ по приговорамъ мировыхъ судей. Наконецъ, въ случаѣ учиненія преступленія, влекущаго за собой наказаніе ниже тюремнаго заключенія, подсудимые отъ 14 до 17 лѣтъ приговариваются къ наказаніямъ, опредѣленнымъ въ законѣ для совершеннолѣтнихъ, съ уменьшеніемъ послѣднихъ на двѣ или даже на три степени, смотря по обстоятельствамъ дѣла. Въ тѣхъ случаяхъ, когда заключеніе въ тюрьмѣ замѣняетъ для несовершеннолѣтнихъ отъ 14 до 17 лѣтъ смертную казнь, каторжныя работы или ссылку на поселеніе, они подвергаются лишенію: 1) почетныхъ титуловъ, дворянства, почетнаго гражданства и всякихъ знаковъ отличія; 2) права наслѣдованія по закону послѣ лица, потерпѣвшаго отъ преступленія, и по завѣщанію потерпѣвшаго, составленному до совершенія преступленія; 3) правъ семейственныхъ, означенныхъ въ пунктахъ 1 и 2 статьи 27, и 4) правъ упомянутыхъ въ пунктахъ 1—6 статьи 43, и сверхъ того, по отбытіи наказанія, отдаются подъ особый надзоръ мѣстной полиціи или обществъ на два года, съ послѣдствіями, въ статьѣ 49 указанными. По истеченіи пяти лѣтъ послѣ освобожденія изъ заключенія, означенныя въ пунктахъ 1—6 статьи 43 права могутъ быть имъ возвращены въ установленномъ порядкѣ по опредѣленію суда, постановившаго о нихъ приговоръ, если судъ признаетъ, что они того заслуживаютъ по своему хорошему поведенію.

По отношенію къ подсудимымъ отъ 17 до 21 года законъ различаетъ, учинено ли ими преступленіе, влекущее для совершеннолѣтнихъ уголовное наказаніе или же наказаніе, причисляемое закономъ къ разряду исправительныхъ. Въ первомъ случаѣ несовершеннолѣтніе отъ 17 до 21 года подвергаются тѣмъ же наказаніямъ и тѣмъ же праволишеніямъ и послѣдствіямъ наказаній, какъ и совершеннолѣтніе, съ тою только разницею, что время работъ, къ коимъ они приговариваются, сокращается одною третью, а въ случаяхъ, когда ихъ слѣдовало бы приговорить къ каторжной работѣ безъ срока, они приговариваются къ каторжнымъ работамъ на двадцать лѣтъ. Во второмъ случаѣ несовершеннолѣтніе праволишеніямъ и послѣдствіямъ наказаній вовсе не подвергаются, а самыя наказанія, положенныя въ законѣ для совершеннолѣтнихъ, смягчаются для нихъ на одну, а по обстоятельствамъ дѣла, и на двѣ степени.

Независимо отъ смягченія и замѣны наказаній, законъ установляетъ для несовершеннолѣтнихъ особое уменьшающее вину обстоятельство, предоставляя суду понижать слѣдующее несовершеннолѣтнему наказаніе одной или двумя степенями, если будетъ доказано, что несовершеннолѣтній вовлеченъ въ преступленіе другимъ совершеннолѣтнимъ.

По Мировому Уставу (ст. 11) наказанія несовершеннолѣтнимъ отъ 10 до 17 лѣтъ назначаются въ половинномъ размѣрѣ.

Уголовное Уложеніе 1903 года по вопросу объ отвѣтственности несовершеннолѣтнихъ, коимъ учиненное ими преступное дѣяніе вмѣнено въ вину, въ общемъ остается на почвѣ закона 2 іюня 1897 года, но вноситъ въ него вмѣстѣ съ тѣмъ нѣкоторыя измѣненія. Оно точно такъ же различаетъ три возрастныхъ періода: отъ 10 до 14 лѣтъ, отъ 14 до 17 лѣтъ и отъ 17 до 21 года; въ отношеніи первыхъ двухъ періодовъ оно допускаетъ замѣну нормальнаго наказанія или наказаніемъ смягченнымъ, или мѣрами принудительнаго воспитанія, въ отношеніи же послѣдняго періода допускаетъ лишь смягченіе наказаній.

Сущность опредѣленій уголовнаго уложенія по вопросу о замѣнѣ наказаній для несовершеннолѣтнихъ въ возрастѣ отъ 10 до 17 лѣтъ заключается въ слѣдующемъ. Помѣщеніе въ воспитательно-исправительное заведеніе замѣняетъ для несовершеннолѣтнихъ отъ 10 до 14 лѣтъ всѣ наказанія кромѣ ареста или денежной пени, а для несовершеннолѣтнихъ отъ 14 до 17 лѣтъ—ссылку на поселеніе, заключеніе въ исправительномъ домѣ, крѣпости или тюрьмѣ; арестъ же или денежная пеня для всѣхъ несовершеннолѣтнихъ отъ 10 до 17 лѣтъ замѣняется еще болѣе легкой мѣрой—внушеніемъ отъ суда; но если судъ найдетъ, что учиненные проступки обращены несовершеннолѣтнимъ въ промыселъ или свидѣтельствуютъ о привычкѣ къ преступной дѣятельности, то онъ въ этомъ случаѣ вмѣсто внушенія назначаетъ помѣщеніе въ воспитательно-исправительное заведеніе.

Такимъ образомъ нормальнымъ порядкомъ является во всѣхъ этихъ случаяхъ замѣна наказанія принятіемъ мѣръ принудительнаго воспитанія. Но вслѣдъ за тѣмъ законъ указываетъ и другіе способы замѣны наказанія, въ случаѣ невозможности помѣстить несовершеннолѣтняго въ воспитательно-исправительное заведеніе, именно: 1) такой несовершеннолѣтній можетъ быть заключенъ въ особо приспособленное для несовершеннолѣтнихъ помѣщеніе при тюрьмѣ или арестномъ домѣ, если онъ признанъ виновнымъ въ учиненіи такого преступнаго дѣянія, которое облагается наказаніемъ не ниже заключенія въ исправительномъ домѣ; 2) во всѣхъ остальныхъ случаяхъ онъ можетъ быть отданъ подъ отвѣтственный надзоръ родителямъ или другимъ благонадежнымъ лицамъ, изъявившимъ на то согласіе; 3) несовершеннолѣтнія женскаго пола могутъ быть въ этомъ случаѣ помѣщаемы въ монастырь. Срокъ пребыванія несовершеннолѣтняго какъ въ исправительныхъ заведеніяхъ, такъ и другихъ, замѣняющихъ ихъ учрежденіяхъ, ограничивается достиженіемъ 21 года.

Заключеніе въ тюрьмѣ замѣняетъ для несовершеннолѣтнихъ отъ 14 до 17 лѣтъ смертную казнь и каторгу: назначаемое на время отъ 8 до 12 лѣтъ, оно замѣняетъ смертную казнь и безсрочную каторгу, а на время отъ 3 до 8 лѣтъ—срочную каторгу (ст. 55). Сверхъ того въ угол. улож. указывается еще, что если несовершеннолѣтнему, подлежащему помѣщенію въ исправительное заведеніе, во время обращенія приговора къ исполненію уже минуло 18 лѣтъ, то онъ во всякомъ случаѣ подлежитъ заключенію въ тюрьмѣ на срокъ не свыше 5 лѣтъ, при

замѣнѣ ссылки на поселеніе или иного высшаго наказанія, и съ сокращеніемъ срока противу замѣняемаго наказанія не менѣе, какъ на половину, въ прочихъ случаяхъ.

При этомъ слѣдуетъ замѣтить, что пораженіе правъ, указанныхъ въ ст. 25 28, 30, 31, 34 и 35 уг. ул., распространяется лишь на тѣхъ несовершеннолѣтнихъ отъ 14 до 17 лѣтъ, которымъ заключеніемъ въ тюрьмѣ замѣняется смертная казнь и каторга безъ срока (ст. 56).

Что же касается несовершеннолѣтнихъ отъ 17 до 21 года, то замѣна наказаній проявляется въ отношеніи ихъ въ слѣдующемъ: 1) смертная казнь замѣняется безсрочной каторгой; 2) безсрочная каторга—срочной на 15 лѣтъ; 3) сроки каторги, заключенія въ исправительномъ домѣ, крѣпости или тюрьмѣ сокращаются на $^1/_3$; лишеніе и ограниченіе правъ примѣняется только при присужденіи къ каторгѣ или къ ссылкѣ на поселеніе (ст. 57). Такимъ образомъ ссылка на поселеніе, арестъ и денежная пеня, а также всѣ дополнительныя наказанія, кромѣ указанныхъ пораженій правъ, примѣняются къ несовершеннолѣтнимъ этого возраста въ томъ же объемѣ, какъ и къ взрослымъ.

Финляндское Уложеніе установляетъ смягченіе наказаній для несовершеннолѣтнихъ въ возрастѣ до 18 лѣтъ. Простыя и несложныя правила о такомъ смягченіи заключаются въ § 2 главы III, а именно: 1) Если преступленіе, могущее влечь за собою смертную казнь или пожизненное заключеніе въ смирительномъ домѣ, совершено лицомъ, которому минуло пятнадцать, но не исполнилось восемнадцати лѣтъ, то виновный приговаривается къ заключенію въ смирительномъ домѣ на время отъ двухъ до двѣнадцати лѣтъ включительно. 2) Въ прочихъ случаяхъ онъ подлежитъ общимъ наказаніямъ въ предѣлахъ не свыше трехъ четвертей строжайшаго изъ общихъ наказаній, положенныхъ въ законѣ за совершенное имъ преступленіе, и не ниже наименьшаго размѣра, установленнаго для даннаго рода наказаній. Если же за преступленіе не положено иного общаго наказанія кромѣ заключенія въ смирительномъ домѣ на опредѣленный срокъ, то виновный можетъ быть подвергнутъ и тюремному заключенію не свыше трехъ четвертей наибольшаго срока сего заключенія въ смирительномъ домѣ однако не долѣе, какъ на четыре года и не ниже наименьшаго срока, установленнаго для тюремнаго заключенія. 3) Вмѣсто лишенія гражданскаго довѣрія не достигшій восемнадцатилѣтняго возраста лишается на срокъ, не свыше трехъ лѣтъ, права быть имовѣрнымъ свидѣтелемъ.

5. *Обстоятельства, вину смягчающія.*

Независимо отъ разсмотрѣнныхъ выше обстоятельствъ, вину уменьшающихъ, законъ знаетъ немногія обстоятельства, имѣющія чрезвычайное вліяніе на пониженіе наказаній и извѣстныя въ литературѣ подъ именемъ обстоятельствъ, вину смягчающихъ.

Такія чрезвычайныя обстоятельства указаны въ статьѣ 153 Уло-

женія о наказаніяхъ. Перечень имѣетъ лишь примѣрное значеніе, такъ какъ, на основаніи 154 статьи, не только при наличности этихъ обстоятельствъ, но и въ другихъ чрезвычайныхъ случаяхъ, когда представляются особыя уваженія къ облегченію участи подсудимаго, суду дозволяется ходатайствовать предъ Императорскимъ Величествомъ чрезъ министра юстиціи о смягченіи наказанія въ размѣрѣ, выходящемъ изъ предѣловъ власти суда, или даже о помилованіи подсудимаго, вовлеченнаго въ преступное дѣяніе несчастнымъ для него стеченіемъ обстоятельствъ (Уст. Угол. Судопр. ст. 775).

Уголовное Уложеніе 1903 года особыхъ, вину смягчающихъ обстоятельствъ не устанавливаетъ.

6. *Совокупность преступныхъ дѣяній*

Rosenblatt, Die Strafenconcurrenz. Buri, Einheit und Mehrheit der Verbrechen.

Совокупность преступныхъ дѣяній (concursus delictorum) есть совершеніе однимъ и тѣмъ же лицомъ нѣсколькихъ однородныхъ или разнородныхъ преступныхъ дѣяній, за которыя оно не понесло еще наказаній. При этомъ безразлично, разрѣшаются ли всѣ дѣла въ одномъ судѣ или въ различныхъ (противоположный этому взглядъ старой доктрины). Совокупность преступныхъ дѣяній должна быть отличаема отъ такъ называемой идеальной совокупности, вслѣдствіе чего она носитъ въ наукѣ спеціальное названіе *реальной совокупности*; точно также—отъ преступныхъ дѣяній длящихся и продолжаемыхъ (см. выше).

Случаи совокупности вызываютъ спеціальныя опредѣленія законодателя, въ виду того, что полагаемыя по закону наказанія должны быть отбываемы преступникомъ одновременно за два или болѣе совершенныхъ имъ преступныхъ дѣяній. Съ одной стороны, каждое преступное дѣяніе должно быть наказано, а съ другой—при совмѣстномъ отбытіи многихъ наказаній тяжесть ихъ непропорціонально увеличивается. Порядокъ наказуемости въ случаяхъ совокупности можетъ быть опредѣляемъ тремя системами: системою сложенія наказаній, системою поглощенія наиболѣе тяжкимъ или равнымъ наказаніемъ всѣхъ остальныхъ; системою возвышенія болѣе тяжкаго наказанія, поглотившаго остальныя.

Система сложенія наказаній выражается въ формулѣ: сколько преступныхъ дѣяній, столько и наказаній—quot delicta, tot poenae. Она состоитъ въ примѣненіи къ преступнику всей суммы заслуженныхъ имъ его преступными дѣяніями наказаній. Многіе изъ кодексовъ стремились осуществить эту систему. Но она по самой природѣ нѣкоторыхъ наказаній во многихъ случаяхъ не осуществима и, вообще, не

равномѣрна. Такъ, съ одной стороны, при совокупности двухъ или многихъ преступныхъ дѣяній, изъ коихъ каждое подлежитъ или смертной казни, или пожизненному заключенію, или одно подлежитъ смертной казни или пожизненному заключенію, а другія инымъ меньшимъ наказаніямъ, сложеніе этихъ наказаній немыслимо. Съ другой стороны, если мы представимъ себѣ случай сложенія наказаній, поддающихся сложенію, то сумма наказаній можетъ дать въ результатѣ такую мѣру наказанія, которая превыситъ мѣру дѣйствительной виновности субъекта, такъ какъ интенсивность наказаній возвышается при сложеніи не пропорціонально увеличенію количественнаго размѣра ихъ, а несравненно въ большей степени: трижды въ жизни отбыть двухлѣтнее одиночное заключеніе, очевидно, несравненно легче, чѣмъ шесть лѣтъ провести въ одиночной кельѣ безвыходно и т. п.

Система поглощенія состоитъ въ опредѣленіи того наказанія, которое положено за самое тяжкое преступное дѣяніе изъ числа совершенныхъ, или которое тождественно съ тѣмъ, которое слѣдуетъ за другое или другія преступныя дѣянія, по древнерусской формулѣ— „за семь бѣдъ одинъ отвѣтъ“. Такимъ образомъ, здѣсь самое тяжкое или тождественное наказаніе какъ бы поглощаетъ всѣ остальныя меньшія или равныя. Это—самая простая система, которой волею-неволею, по существу вещей, должны слѣдовать положительныя законодательства въ тѣхъ случаяхъ, когда другая система невозможна; такъ, напримѣръ, въ случаѣ стеченія двухъ преступныхъ дѣяній, изъ коихъ одно влечетъ за собою смертную казнь, а другое пожизненное заключеніе или иное меньшее наказаніе, или когда оба дѣянія обложены смертною казнью или пожизненнымъ заключеніемъ. Система поглощенія страдаетъ тѣмъ недостаткомъ, что, опредѣляя наказаніе только за самое тяжкое изъ преступныхъ дѣяній, она оставляетъ безъ наказанія всѣ остальныя, менѣе тяжкія дѣянія.

Система возвышенія самаго тяжкаго наказанія, поглотившаго остальныя, менѣе тяжкія, при чемъ максимальнымъ предѣломъ возвышенія является сумма всѣхъ наказаній. Равнозначительною съ этою системою представляется система пониженія суммы наказаній, при чемъ минимальнымъ предѣломъ служитъ наказаніе, полагаемое за самое тяжкое преступное дѣяніе. Эти системы наиболѣе соотвѣтствуютъ природѣ совокупности преступныхъ дѣяній: карая самое тяжкое преступное дѣяніе, онѣ не оставляютъ безнаказанными и остальныя.

Общія опредѣленія о совокупности излагаются въ Уложеніи о наказаніяхъ въ статьѣ 152, а также въ статьяхъ 109, 116, 123; въ Мир. Уставѣ въ статьѣ 16. Основными являются статьи 152 Улож. и 16 Мир. Устава. „Въ случаѣ совокупности преступныхъ дѣяній—говоритъ законъ—т.-е. когда подсудимый признанъ виновнымъ въ совершеніи двухъ или болѣе преступныхъ дѣяній, за которыя

онъ ранѣе судимъ не былъ или которыя совершены имъ ранѣе провозглашенія резолюціи объ одномъ или нѣсколькихъ изъ нихъ, если притомъ преступныя дѣянія не покрыты давностью, общимъ или особеннымъ прощеніемъ, судъ, опредѣливъ въ своемъ приговорѣ наказаніе за каждое изъ сихъ дѣяній; приговариваетъ виновнаго къ тягчайшему изъ назначенныхъ ему наказаній“ (ст. 152; Мир. Уст. ст. 16). Таково общее правило. Нашъ законъ, такимъ образомъ, принимаетъ систему поглощенія, въ качествѣ основной. Но затѣмъ дѣлаются изъятія; по Уложенію, въ случаѣ соединенія наказаній не ниже тюрьмы, притомъ однородныхъ или хотя разнородныхъ, но такъ что низшее назначено на срокъ равный или большій сравнительно съ высшимъ, судъ можетъ увеличить тягчайшее наказаніе на одну степень; соединеніе же наказаній ниже тюрьмы считается обстоятельствомъ, вину увеличивающимъ. Это послѣднее правило примѣняется во всѣхъ случаяхъ совокупности и по Мировому Уставу. Наконецъ, денежныя взысканія въ пользу казны и частныхъ лицъ за лѣсныя нарушенія, а равно за нарушеніе правилъ о церковныхъ восковыхъ свѣчахъ, ни въ какомъ случаѣ не поглощаются другими наказаніями и взыскиваются всегда полностью.

Уголовное Уложеніе 1903 года, подобно Уложенію о наказаніяхъ, подъ совокупностью понимаетъ учиненіе до провозглашенія приговора, резолюціи или рѣшенія о виновности двухъ или болѣе преступныхъ дѣяній; но при этомъ оно проводитъ различіе между совокупностью разнородныхъ преступленій и совокупностью тождественныхъ или однородныхъ преступныхъ дѣяній, учиненныхъ по привычкѣ къ преступной дѣятельности или вслѣдствіе обращенія такой дѣятельности въ промыселъ. Общія правила назначенія наказанія для обоихъ видовъ совокупности установляются одни и тѣ же, по системѣ поглощенія съ факультативнымъ возвышеніемъ. Судъ назначаетъ тягчайшее наказаніе, но *можетъ* увеличить его до высшаго опредѣленнаго въ законѣ за сіе дѣяніе размѣра, не превышая однако суммы всѣхъ назначенныхъ виновному наказаній и соблюдая правила 22 статьи, при чемъ каторга можетъ быть дробима въ предѣлахъ до трехъ мѣсяцевъ. При этомъ однако судъ не можетъ увеличивать назначеннаго имъ тягчайшаго наказанія, если таковымъ будетъ каторга или заключеніе въ исправительномъ домѣ, а за другое дѣяніе, судимое по совокупности, имъ назначены: денежная пеня, арестъ или заключеніе въ крѣпости на время не свыше 1 года. Тяжесть однородныхъ наказаній опредѣляется ихъ срокомъ или размѣромъ, а разнородныхъ— ихъ постепенностью согласно статьѣ 2. Опредѣленіе суммы производится путемъ сложенія наказаній, при чемъ 6 мѣсяцевъ каторги приравниваются 1 году заключенія въ исправительномъ домѣ, 1 году 6 мѣсяцамъ заключенія въ тюрьмѣ, 2 годамъ заключенія въ крѣ-

пости и 4 годамъ ареста; при сложеніи же заключенія въ крѣпости съ заключеніемъ въ тюрьмѣ всегда назначается заключеніе въ тюрьмѣ съ соотвѣтственнымъ удлиненіемъ срока заключенія; наконецъ, денежная пеня сравнивается съ арестомъ въ предѣлахъ, установленныхъ для ея замѣны арестомъ. Если за одно изъ преступныхъ дѣяній, влекущихъ за собой срочное лишеніе свободы или денежную пеню, виновный отбылъ наказаніе вполнѣ или частью, то отбытое наказаніе засчитывается; при подобномъ зачетѣ сроки отдѣльныхъ наказаній приравниваются другъ другу такъ же, какъ и при сложеніи наказаній. Къ тягчайшему наказанію, назначаемому по совокупности, присоединяются всегда лишеніе и ограниченіе правъ и указанныя въ законѣ дополнительныя наказанія, опредѣленныя за преступныя дѣянія, наказанія за которыя поглощаются въ данномъ случаѣ тягчайшимъ наказаніемъ (ст. 60—63).

Въ случаяхъ совокупности второго вида, если законъ не назначаетъ особыхъ наказаній какъ за delictum sui generis (таковы напр. случаи учиненія преступленія въ видѣ промысла, указанные въ ст. 608, 616 и др.), судъ *можетъ* сдѣлать дальнѣйшее усиленіе наказанія. Именно, онъ можетъ, назначая какъ тягчайшее наказаніе каторгу безъ срока, воспретить переводъ на поселеніе ранѣе 20 лѣтъ; назначая срочное лишеніе свободы, продлить: если въ законѣ назначенъ предѣльный высшій срокъ,—до высшаго размѣра сего рода наказанія, а если такой предѣльный срокъ не назначенъ, то каторгу—до 20 лѣтъ, заключеніе въ исправительномъ домѣ и крѣпости—до 8 лѣтъ, заключеніе въ тюрьмѣ—до 2 лѣтъ и арестъ—до 1 года; назначая денежную пеню—опредѣлить, кромѣ того арестъ на срокъ не свыше 1 мѣсяца (ст. 64).

7. *Повтореніе преступныхъ дѣяній.*

Таганцевъ, О повтореніи преступленій. Olivecrona, Des causes de la récidive. Sacker, Der Rückfall. André, La recidive.

Повтореніе или рецидивъ есть совершеніе однимъ и тѣмъ же лицомъ преступнаго дѣянія во второй, третій и т. д. разъ послѣ суда и наказанія за первое. Повтореніе преступныхъ дѣяній, какъ фактъ, свидѣтельствующій объ особой интенсивности преступныхъ настроеній субъекта, для наличности своей требуетъ, вопервыхъ, чтобы наказаніе за первое преступное дѣяніе было отбыто или по крайней мѣрѣ состоялось осужденіе дѣяній, т.-е. постановленіе приговора или резолюціи; вовторыхъ, необходимо извѣстное соотношеніе стараго и новаго преступнаго дѣянія: повторное преступное дѣяніе должно быть тождественно или, по крайней мѣрѣ, однородно съ первымъ, такъ какъ

только при этомъ условіи можетъ предполагаться особая преступность или злостность воли совершителя; мы не можемъ признать вліянія повторенія на наказуемость при совершеніи, напримѣръ, въ первый разъ преступнаго дѣянія противъ печати, во второй—противъ жизни. Спорнымъ, правда, остается вопросъ о томъ, чѣмъ опредѣляется однородность преступныхъ дѣяній—однородностью ли объектовъ, или однородностью мотивовъ. Наконецъ, въ третьихъ, по тѣмъ же соображеніямъ, для вліянія повторенія на наказуемость необходима болѣе или менѣе близкая связь во времени прежняго и новаго преступнаго дѣянія. Въ законѣ долженъ быть установленъ извѣстный срокъ времени, протеченіе котораго должно отнимать у вновь совершеннаго преступнаго дѣянія значеніе повторенія; срокъ этотъ можетъ совпадать съ общей уголовной давностью, можетъ установляться спеціально для повторенія. Предположеніе объ особой злостности воли совершителя теряетъ всякую почву при большомъ промежуткѣ времени между совершеніемъ двухъ преступныхъ дѣяній.

Всѣ эти условія, однако, спорны въ доктринѣ и, равнымъ образомъ, не находятъ себѣ однообразнаго выраженія въ законодательствахъ. Точно такъ же не меньше сомнѣній вызываютъ вопросы о размѣрѣ увеличенія наказаній за повтореніе, о значеніи отбытія части наказанія, о значеніи помилованія и т. п. Нѣкоторыми писателями высказывается даже мнѣніе, что повтореніе преступныхъ дѣяній, хотя настоятельно требуетъ принятія наиболѣе цѣлесообразныхъ мѣръ противъ дальнѣйшаго своего развитія, но не даетъ никакихъ основаній отступать отъ обыкновенныхъ размѣровъ наказанія и не должно, слѣдовательно, оказывать никакого вліянія на увеличеніе наказанія. Такой взглядъ основывается на томъ соображеніи, что повторное преступное дѣяніе, по природѣ своей, ничѣмъ не отличается отъ совершеннаго въ первый разъ и, если наказаніе не оказываетъ воздѣйствія на преступника, то это свидѣтельствуетъ лишь о неудовлетворительной организаціи карательныхъ мѣръ, которыя не достигаютъ своихъ спеціальныхъ задачъ — созданія въ преступникѣ мотивовъ, противодѣйствующихъ преступному дѣянію, и охраненія общественной безопасности. Такимъ образомъ, повтореніе преступныхъ дѣяній указываетъ только на необходимость реформы наказанія—не болѣе.

Нашъ законъ опредѣляетъ повтореніе, въ 131 статьѣ Уложенія о наказаніяхъ и 14[1] Мир. Устава, какъ „совершеніе того же или однороднаго преступнаго дѣянія по отбытіи наказаній за предшествующее преступное дѣяніе, или послѣ освобожденія отъ наказанія за общимъ милостивымъ манифестомъ или въ силу особаго Монаршаго снисхожденія“. По общему правилу повтореніе имѣетъ значеніе простого обстоятельства, вину увеличивающаго, и лишь въ особыхъ случаяхъ, впрочемъ довольно многочисленныхъ, по опредѣленіямъ особенной части

„наказаніе за повтореніе усиливается не только въ мѣрѣ, но и въ степени или родѣ“. Непремѣннымъ условіемъ повторенія полагается, какъ по Уложенію, такъ и по Мировому Уставу, срокъ со времени отбытія наказанія или помилованія до совершенія новаго преступнаго дѣянія; въ случаѣ протеченія указанныхъ въ законѣ сроковъ, никакое увеличеніе наказанія за повтореніе не имѣетъ мѣста. Сроки сіи опредѣляются отъ десяти лѣтъ до одного года по Уложенію (ст. 132) и отъ трехъ лѣтъ до одного года по Мир. Уставу (ст. 14^{1}); размѣръ ихъ поставленъ въ зависимости отъ тяжести того наказанія, къ которому былъ приговоренъ преступникъ. Для сосланныхъ въ каторжныя работы или на поселеніе сроки исчисляются со времени перечисленія ихъ въ крестьяне.

Отъ повторенія при указанныхъ выше условіяхъ, которое можетъ быть названо повтореніемъ или рецидивомъ въ тѣсномъ смыслѣ, нашъ законъ отличаетъ особый случай, который прежде, до 1892 года, относился Уложеніемъ (ст. 133 прежней редакціи) къ совокупности преступленій, — а именно: когда новое преступное дѣяніе учинено „послѣ провозглашенія резолюціи суда, но до отбытія наказанія за предшествующее преступное дѣяніе“ (Улож. ст. 133; Мир. Уст. ст. 14^{2}). Въ случаяхъ этого рода виновный приговаривается за вновь совершенныя преступныя дѣянія къ наказанію отдѣльно отъ наказанія за предшествующее дѣяніе и сіи наказанія складываются, но съ изъятіями для наказаній безсрочныхъ, съ зачетомъ для наказаній разнородныхъ и съ ограниченіемъ сроковъ, получаемыхъ при сложеніи и зачетѣ, извѣстными максимальными предѣлами. Правила сіи подробно изложены въ статьяхъ 133 Улож. и 14^{2} Мир. Устава.

Уголовное Уложеніе 1903 года, въ ст. 67, опредѣляетъ, что учинившій новое преступное дѣяніе, по отбытіи наказанія за прежнее, подлежитъ отвѣтственности на общемъ основаніи. Въ случаѣ же учиненія въ теченіе опредѣленнаго срока новаго дѣянія, тождественнаго или однороднаго съ прежнимъ, наказаніе усиливается по ст. 64, т.-е. какъ при совокупности второго вида, за исключеніемъ случаевъ, въ коихъ закономъ опредѣлены особыя за повтореніе преступныхъ дѣянія наказанія (напр. въ ст. 455, 585, 586). Въ случаѣ же учиненія преступнаго дѣянія послѣ провозглашенія приговора, резолюціи или рѣшенія о виновности или во время отбыванія наказанія, наказаніе опредѣляется то же на общемъ основаніи, но при соединеніи сего наказанія съ тѣмъ, къ которому преступникъ уже приговоренъ или которое уже отбываетъ, соблюдаются особыя правила, подробно изложенныя въ ст. 66, причемъ отвѣтственность приговоренныхъ къ каторгѣ за преступныя дѣянія, учиненныя ими во время отбыванія сего наказанія, опредѣляется по правиламъ устава о ссыльныхъ (ст. 66, ч. 2).

ГЛАВА III.

ОТМѢНА НАКАЗАНІЯ.

Уголовная отвѣтственность лица, совершившаго преступное дѣяніе, устраняется въ случаяхъ: смерти его, протеченія давности, примиренія съ пострадавшимъ при преступныхъ дѣяніяхъ частныхъ и помилованія (Улож. ст. 155. Уст. Угол. Суд., ст. 16). Независимо отъ сего, въ новѣйшее время выдвинутъ вопросъ о такъ называемой условной отмѣнѣ нѣкоторыхъ наказаній (условное сужденіе).

1. Смерть виновнаго.

Уголовное преслѣдованіе имѣетъ въ виду личную отвѣтственность преступника; со смертью его исчезаетъ лицо, противъ котораго направлялось уголовное преслѣдованіе, и приложеніе наказанія становится невозможнымъ. Если же лицо это умерло до постановленія приговора, то становится невозможнымъ и постановленіе приговора. Смерть виновнаго устраняетъ уголовное преслѣдованіе и всѣ его послѣдствія только по отношенію къ нему; поэтому смерть виновнаго не прекращаетъ судебнаго преслѣдованія по отношенію къ соучастникамъ преступнаго дѣянія.

Древнѣйшее право допускало преслѣдованіе умершихъ и исполненіе наказаній надъ трупомъ преступника. Порядокъ этотъ, совершенно несоотвѣтствующій современному государственному строю и современнымъ воззрѣніямъ, въ далекое старое время находилъ свое основаніе въ тѣхъ условіяхъ жизни и въ тѣхъ воззрѣніяхъ, которыми вызывалось, напримѣръ, отправленіе суда надъ животными и другія подобныя явленія изъ области, если можно такъ выразиться, символической юстиціи.

2. Давность.

Саблеръ, О давности въ уголовномъ правѣ.

а) Основаніе давности.

Практическая необходимость давности, то-есть погашающей силы времени, въ уголовномъ правѣ сознана всѣми законодательствами; но теоретическая сущность ея, тѣ начала, на которыхъ она зиждется, до сихъ поръ не могутъ считаться выясненными въ наукѣ.

По нашему мнѣнію, основная задача всего уголовнаго правосудія—поддержаніе авторитета велѣній закона посредствомъ осужденія и наказанія дѣяній, нарушающихъ эти велѣнія, — можетъ быть достигнута съ успѣхомъ только тогда, когда осужденіе и наказаніе непосредственно слѣдуютъ за преступнымъ дѣяніемъ. Чѣмъ тѣснѣе связаны между собою во времени преступное дѣяніе и наказаніе, тѣмъ лучше достигается эта цѣль; наоборотъ, отдѣленное отъ преступнаго дѣянія большимъ промежуткомъ времени, наказаніе теряетъ свою силу и становится безцѣльнымъ.

Въ самомъ дѣлѣ, не трудно видѣть, что если бы законъ, поставивъ свои велѣнія, подвергалъ наказаніямъ ихъ нарушителей не иначе, какъ по прошествіи, напримѣръ, двадцати лѣтъ со времени совершенія нарушеній, то онъ тѣмъ самымъ вполнѣ подорвалъ бы свой авторитетъ; съ другой стороны, не трудно видѣть точно также, что при общемъ правилѣ немедленной наказуемости преступниковъ, наказаніе нѣсколькихъ изъ нихъ, спустя много времени послѣ совершенія преступнаго дѣянія, когда уже память о немъ изгладилась, было бы, съ точки зрѣнія поддержанія авторитета велѣній закона, нарушеннаго двадцать лѣтъ тому назадъ, совершенно безполезнымъ.

Изъ такого требованія ближайшей связи во времени преступнаго дѣянія съ наказаніемъ, вытекаетъ, во-первыхъ, принципъ возможной краткосрочности наказаній (см. объ этомъ выше) и, во-вторыхъ, институтъ уголовной погашающей давности, состоящій въ томъ, что протеченіе извѣстнаго, въ законѣ опредѣленнаго, періода времени между совершеніемъ дѣянія и отбытіемъ наказанія устраняетъ наказуемость вовсе. Такимъ образомъ, уголовная давность не есть милость для преступника или снисхожденіе къ нему, какъ думаютъ многіе; она не можетъ разсматриваться и какъ эквивалентъ наказанія. Наоборотъ, институтъ давности есть отмѣна наказанія по государственнымъ соображеніямъ, въ виду его безполезности въ данномъ случаѣ, — не болѣе и не менѣе; интересы частныхъ лицъ не имѣютъ здѣсь ровно никакого значенія. Сообразно этому, институтъ давности долженъ быть признанъ институтомъ общественнымъ, не имѣющимъ никакого непосредственнаго отношенія къ интересамъ частныхъ лицъ и никакой отъ нихъ зависимости.

Изъ такой природы уголовной давности непосредственно вытекаютъ слѣдующіе выводы: во-первыхъ, давность должна имѣть значеніе при всѣхъ преступныхъ дѣяніяхъ, какъ маловажныхъ, такъ и тягчайшихъ; во-вторыхъ, давностные сроки должны сообразоваться съ тяжестью преступныхъ дѣяній, то-есть должны быть прямо пропорціональны размѣрамъ грозящихъ за нихъ наказаній; въ-третьихъ, образъ жизни виновнаго не имѣетъ для погашающей силы давности никакого значенія; наконецъ, въ-четвертыхъ, обстоятельства, освѣжающія, если

можно такъ выразиться, память объ учиненномъ нарушеніи закона, приводящія его въ ближайшее отношеніе къ органамъ уголовнаго правосудія, должны ослаблять погашающую силу времени въ той или другой формѣ. Въ качествѣ такого обстоятельства можетъ быть признано всякое дѣйствіе судебной и слѣдственной власти, направленное къ возбужденію и проведенію преслѣдованія противъ обвиняемаго или къ исполненію приговора, если приговоръ уже постановленъ.

Въ литературѣ, какъ сказано было выше, мы не находимъ сколько-нибудь удовлетворительныхъ конструкцій института уголовной погашающей давности. Почему время прекращаетъ уголовное преслѣдованіе? гдѣ лежитъ причина этого— въ личности виновнаго, или въ сущности преступнаго дѣянія и наказанія? имѣютъ ли причины эти принципіальное значеніе, или суть лишь практическія соображенія, или соображенія уголовной политики? какія условія необходимы для того, чтобы протекшее время устранило преслѣдованіе? что можетъ помѣшать этому?— всѣ эти вопросы разрѣшаются въ доктринѣ весьма разнообразно. Писатели французской школы говорятъ о мученіяхъ совѣсти и о постоянномъ страхѣ, въ которыхъ находится преступникъ въ теченіе всего давностнаго срока; утверждаютъ что эти чувства составляютъ достаточное искупленіе вины. Нѣмецкіе юристы чаще всего говорятъ общими выраженіями о погашающей силѣ времени, все уносящаго съ собою въ область забвенія. Нѣкоторые писатели исходятъ отъ представленія о воспослѣдовавшемъ въ теченіе давностнаго срока исправленіи преступника и, сообразно этому, строятъ институтъ давности на установляемой будто бы, закономъ фикціи исправленія. Другіе стараются развить ученіе о давности въ уголовномъ правѣ аналогично съ теоріей гражданской пріобрѣтательной давности въ римскомъ правѣ и т. д. Кромѣ того, указываютъ на практическія основанія давности, именно, трудность изслѣдованія дѣла по прошествіи извѣстнаго времени и т. п. Неклюдовъ основаніе давности полагаетъ въ забвеніи преступнаго дѣянія въ памяти народной, въ забвеніи его свидѣтелями происшествія и въ забвеніи самимъ преступникомъ; Кистяковскій къ этимъ тремъ основаніямъ прибавляетъ еще и четвертое—терзаніе совѣсти преступника. Ни одна изъ этихъ теорій не мирится съ общепризнаннымъ институтомъ обстоятельствъ, препятствующихъ теченію давности (см. ниже), не говоря уже о произвольности каждаго изъ предлагаемыхъ основаній.

Въ институтѣ давности различаются два понятія: давность уголовнаго преслѣдованія и давность уголовнаго приговора; иначе — давность преступнаго дѣянія, или процессуальная, и давность наказанія. Давностью уголовнаго преслѣдованія называютъ протеченіе извѣстнаго, опредѣленнаго въ законѣ, срока времени между совершеніемъ преступнаго дѣянія и постановленіемъ приговора, имѣющее своимъ послѣдствіемъ то, что преступное дѣяніе или не преслѣдуется вовсе, или въ тѣхъ случаяхъ, когда преслѣдованіе началось прежде, чѣмъ было константировано протеченіе давностнаго срока, преслѣдованіе это прекращается. Давностью наказанія называется протеченіе извѣстнаго срока времени между постановленіемъ приговора и приведеніемъ его въ исполненіе, имѣющее своимъ послѣдствіемъ то, что наказаніе не прилагается къ виновному и приговоръ остается безъ исполненія. При-

знавая вполнѣ, какъ явствуетъ изъ вышесказаннаго, оба вида давности, мы, тѣмъ не менѣе, выдвигаемъ это расчлененіе понятій въ виду того практическаго значенія, которое оно имѣетъ: съ одной стороны, нѣкоторыя законодательства признаютъ только давность преслѣдованія, а съ другой—условія теченія давности могутъ быть установлены для каждаго вида особыя.

Сообразно сказанному выше объ обстоятельствахъ, ослабляющихъ погашающую силу времени, теченіе давности обставляется въ положительномъ правѣ извѣстными условіями въ томъ смыслѣ, что законодательства признаютъ извѣстные моменты въ качествѣ обстоятельствъ, препятствующихъ теченію давности. Только при отсутствіи этихъ обстоятельствъ время получаетъ свое юридическое значеніе причины, устраняющей наказуемость. Такими обстоятельствами, препятствующими теченію давности, признаются для давности преслѣдованія всякое дѣйствіе судьи, направленное противъ виновника по отношенію къ совершенному имъ дѣянію, или вообще всякій актъ уголовнаго преслѣдованія; для давности наказанія—всякій актъ надлежащей власти, направленный къ приведенію приговора въ исполненіе, равнымъ образомъ, задержаніе обвиняемаго съ цѣлью выполненія наказанія. Вліяніе такихъ обстоятельствъ, препятствующихъ теченію давности, можетъ быть опредѣляемо весьма различно въ законѣ. Законъ можетъ признать за извѣстными обстоятельствами значеніе *исключающихъ* давность совершенно; за другими можетъ признать значеніе такъ называемыхъ *прерывающихъ* обстоятельствъ въ томъ смыслѣ, что послѣ возникновенія такого обстоятельства, если оно не поведетъ за собою постановленія приговора или приведенія его въ исполненіе, начинается новое теченіе давности, начиная съ того момента, когда обстоятельство прерывающее прекратило свое существованіе, такъ что время, протекшее отъ перваго начала давности до окончанія перерыва, въ давностный срокъ не зачисляется. Далѣе, законъ можетъ признать за извѣстными обстоятельствами значеніе лишь *пріостанавливающихъ* въ томъ смыслѣ, что, пока существуютъ извѣстныя обстоятельства, напримѣръ, совершается слѣдственное производство, до тѣхъ поръ давность не можетъ считаться истекшею. По устраненіи же ихъ, напримѣръ, по прекращеніи производства, все протекшее время получаетъ свое юридическое значеніе. Наконецъ, не проводя всѣхъ этихъ сложныхъ различій и принимая во вниманіе, что въ качествѣ обстоятельствъ препятствующихъ являются различные акты судебнаго производства и исполненія приговора, законъ можетъ идти простѣйшимъ путемъ: можетъ установить различные давностные сроки, соразмѣрно значенію той стадіи производства, которой дѣло достигло, такъ что вліяніе каждаго препятствующаго обстоятельства будетъ выражаться въ сотвѣтствующемъ удлиненіи срока по принятому въ законѣ критерію.

б) Опредѣленія дѣйствующаго права.

Уложеніе о наказаніяхъ установляетъ лишь давность уголовнаго преслѣдованія, хотя въ ст. 158 и употребляется неточное выраженіе: „наказаніе отмѣняется за давностью“.

Статья 158, по буквальному своему смыслу, признаетъ два условія для давности: безгласность событія и необнаруженіе виновника въ теченіе всего давностнаго срока. Это подраздѣленіе оказывается, однако, лишеннымъ всякаго значенія, такъ какъ статья 158 считаетъ сначала для бытія давности необходимымъ условіемъ полную безгласность происшествія, а во второй части признаетъ условіемъ давности лишь то, что виновный разслѣдованіемъ не былъ обнаруженъ и, такимъ образомъ, отнимаетъ у гласности или безгласности преступнаго дѣянія всякое значеніе въ вопросѣ о давности; обстоятельствомъ, препятствующимъ теченію давности, остается одно обнаруженіе виновнаго, такъ что первая половина статьи можетъ быть исключена не только безъ вреда, но и съ пользой для ясности закона—она совершенно лишняя и попала въ текстъ закона историческимъ путемъ. Не мало сомнѣній можетъ возбуждать и выраженіе: „обнаруженъ виновный“. Кассаціонный Сенатъ призналъ, что подъ обнаруженіемъ законъ разумѣетъ всякое слѣдственное производство, направленное противъ опредѣленнаго лица, какъ противъ обвиняемаго. По буквальному смыслу статьи 158, обнаруженіе виновнаго есть обстоятельство, исключающее давность; однако, на основаніи статьи 24 Устава Уголовнаго Судопроизводства, дѣйствію давности подлежатъ и такія дѣла, въ которыхъ производство было направлено противъ опредѣленнаго лица, но прекращено въ установленномъ порядкѣ. Поэтому, соединяя статьи 24 Устава Уголовнаго Судопроизводства и 158 Уложенія, мы должны признать, что лицо, привлекавшееся къ слѣдствію въ качествѣ обвиняемаго, не считается обнаруженнымъ, если дѣло о немъ прекращено въ установленномъ порядкѣ. Такимъ образомъ, мы можемъ сказать, что по общему правилу, выраженному въ статьяхъ 24 Устава Уголовнаго Судопроизводства и 158 Уложенія, производство, направленное противъ извѣстнаго лица, какъ противъ обвиняемаго, пріостанавливаетъ теченіе давности, преданіе же суду исключаетъ давность совершенно.

Въ связи съ 158 статьею Уложенія находится статья 21 Мир. Устава. Первая часть этой статьи признаетъ условіемъ давности то обстоятельство, чтобы преступныя дѣянія въ теченіе давностнаго срока не сдѣлались извѣстными мировому судьѣ или полиціи; вторая часть статьи признаетъ возможнымъ дѣйствіе давности и въ тѣхъ случаяхъ, когда, хотя дѣяніе и сдѣлалось извѣстнымъ мировому судьѣ или полиціи, но по нему не было производства въ теченіе того же дав-

ностнаго срока. Такимъ образомъ, и здѣсь вторая часть статьи лишаетъ значенія первую. Условіемъ давности въ 21 статьѣ Устава ставится просто отсутствіе производства въ теченіе давностнаго срока безъ указанія, что это отсутствіе производства должно имѣть мѣсто съ самаго момента совершенія дѣянія. Наличность производства, сообразно этому, есть обстоятельство, не исключающее, а лишь прерывающее давность.

Аналогичною съ 21 статьею Устава является статья 159 Уложенія. Эта статья устанавливаетъ для преступныхъ дѣяній частныхъ давность особаго рода: обстоятельствомъ, прерывающимъ теченіе давности, признаются только акты, составляющіе „хожденіе по дѣлу“; обнаруженіе же виновнаго, опредѣляемое въ статьѣ 158, и производство по дѣлу, опредѣляемое въ статьѣ 21 Устава, никакого значенія не имѣютъ. Подъ „хожденіемъ по дѣлу“, согласно толкованію Сената, слѣдуетъ разумѣть: подтвержденіе первоначальной жалобы новыми прошеніями; подачу жалобъ на медленность производства; представленіе новыхъ доказательствъ.

Статья 160 Уложенія указываетъ на опредѣленіе давности для всѣхъ соучастниковъ, сообразно съ давностными сроками, опредѣляемыми для главныхъ физическихъ виновниковъ. Законъ умалчиваетъ о лицахъ, прикосновенныхъ къ дѣлу, т.-е. о попустителяхъ, укрывателяхъ и недоносителяхъ, молчаніе это можетъ быть истолковано въ томъ только смыслѣ, что продолжительность давностныхъ сроковъ для этихъ лицъ должна сообразоваться съ наказаніемъ, соотвѣтствующимъ участію каждаго изъ нихъ въ преступномъ дѣяніи, по правиламъ 158 статьи.

Статья 161 Уложенія, указанная въ статьѣ 158, исключаетъ отъ дѣйствія давности отцеубійство: протеченіе двадцатилѣтняго срока при условіяхъ, необходимыхъ по статьѣ 158 для теченія давности, имѣетъ въ этихъ случахъ своимъ послѣдствіемъ не прекращеніе преслѣдованія, а лишь замѣну каторжныхъ работъ ссылкой на поселеніе.

Статья 162 Уложенія изъемлетъ отъ дѣйствія давности преступныя дѣянія продолжающіяся. Относительно продолжающихся преступныхъ дѣяній, конечно, законъ могъ сдѣлать указаніе на то, что давность къ нимъ не примѣняется: давность несомнѣнно не можетъ прилагаться къ преступнымъ дѣяніямъ, продолжающимся во время ихъ существованія, продолжаемости. Но затѣмъ нѣтъ никакого основанія къ изъятію ихъ отъ дѣйствія давности, когда соотвѣтствующія преступныя состоянія уже не существуютъ, окончились, напримѣръ, когда второй бракъ прекратился, одинъ изъ незаконныхъ супруговъ умеръ и т. д.

Статья 163 Уложенія опредѣляетъ давность для должностныхъ лицъ, виновныхъ въ неисполненіи рѣшеній (по гражданскимъ дѣламъ). Оригинальную черту этой статьи составляетъ положеніе, изъ нея вытекающее, что теченіе давностнаго срока начинается съ того момента, когда прошло десять лѣтъ, въ которыя рѣшеніе оставалось неисполненнымъ, такъ что преступныя дѣянія этого рода считаются нашимъ законодательствомъ какъ бы продолжающимися въ теченіе десяти лѣтъ.

Не меньшую сложность и отсутствіе общаго начала представляютъ сроки давности. Давностные сроки, по общему правилу, въ Уложеніи, отъ 6 мѣсяцевъ до 10 лѣтъ, опредѣляются по родамъ наказаній, а въ Мировомъ Уставѣ, отъ 1 мѣсяца до 2 лѣтъ,—по родамъ преступныхъ дѣяній; кромѣ того существуютъ еще спеціальные давностные сроки.

Финляндское Уложеніе установляетъ оба вида давности: преслѣдованія и наказанія. Оно даетъ подробныя правила, различая сроки и условія теченія давности не только по размѣрамъ наказаній, но и по категоріямъ преступныхъ дѣяній.

Уголовное Уложеніе 1903 года расчленяетъ давность на три вида: а) давность преслѣдованія, б) давность осужденія и в) давность наказанія. Подъ первымъ видомъ давности разумѣется протеченіе извѣстнаго періода времени отъ совершенія преступленія до возбужденія дѣла; подъ вторымъ—протеченіе извѣстнаго срока отъ того же момента до постановленія приговора; подъ третьимъ—протеченіе опредѣленнаго времени послѣ постановленія приговора. Начальнымъ моментомъ для первыхъ двухъ видовъ давности является день учиненія преступнаго дѣянія, причемъ въ законѣ указывается, что для преступнаго дѣянія, состоящаго изъ нѣсколькихъ дѣйствій, такимъ днемъ считается день совершенія послѣдняго дѣйствія, а для преступнаго дѣянія, непрерывно продолжающагося,—день его прекращенія; конечнымъ моментомъ для давности перваго вида является день возбужденія противъ обвиняемаго уголовнаго преслѣдованія въ установленномъ порядкѣ, а для давности второго вида—день постановленія приговора. Изъ этого слѣдуетъ, что, если возбужденіе уголовнаго преслѣдованія и прекращаетъ теченіе давности перваго вида, то оно не устраняетъ теченіе давности второго вида. Что касается третьяго вида давности, то ея начальнымъ моментомъ является день постановленія приговора, а конечнымъ—день обращенія его къ исполненію. Самые сроки давности различны въ отношеніи каждаго вида давности и въ отношеніи отдѣльныхъ группъ преступныхъ дѣяній. Для давности преслѣдованія установляются сроки: въ 15 лѣтъ въ отношеніи тяжкихъ преступленій, за которыя въ законѣ, какъ высшее наказаніе, опредѣлена смертная казнь, въ 10 лѣтъ—въ отношеніи остальныхъ тяжкихъ преступленій, 8 лѣтъ—въ отношеніи преступленій, за которыя въ законѣ, какъ высшее наказаніе, опредѣлено заключеніе въ исправительномъ домѣ, 3 года—въ отношеніи остальныхъ преступле-

ній и 1 годъ—въ отношеніи проступковъ. Для давности осужденія установляются въ отношеніи тяжкихъ преступленій и преступленій двойные сроки, а въ отношеніи проступковъ—тройные противъ только-что указанныхъ. Тѣ же сроки установляются и для давности наказанія, но исчисляются они въ этомъ случаѣ сообразно тому наказанію, которое назначено судебнымъ приговоромъ, а не тому, которое указано въ законѣ. Наказуемость государственнаго преступленія, указаннаго въ ст. 99, не погашается давностью преслѣдованія; но если со дня учиненія этого преступнаго дѣянія до дня возбужденія противъ обвиняемаго уголовнаго преслѣдованія въ установленномъ порядкѣ прошло 15 лѣтъ, то вмѣсто смертной казни или каторги, виновный подвергается ссылкѣ на поселеніе. Лишеніе или ограниченіе правъ, коему подлежитъ осужденный по приговору, вступившему въ законную силу, но не приводимому въ исполненіе за давностью, не погашается давностью; самые сроки его исчисляются со дня погашенія давностью назначеннаго по приговору наказанія. Если по закону уголовное преслѣдованіе не можетъ быть возбуждено до разсмотрѣнія дѣла въ судѣ гражданскомъ или духовномъ или если производство по возбужденному дѣлу или приведеніе приговора въ исполненіе были пріостановлены по указаннымъ въ законѣ основаніямъ, то время производства въ сихъ судахъ или время законной пріостановки не засчитываются въ срокъ давности (ст. 60—71). Затѣмъ, по прямому смыслу статей Уголовнаго Уложенія, очевидно, что начало отбытія наказанія является обстоятельствомъ исключающимъ давность.

3. *Помилованіе.*

Теоретическія основанія исходящаго отъ Верховной власти помилованія входятъ въ область науки государственнаго права. Предметомъ помилованія является или уголовное преслѣдованіе во время его теченія, или уголовное наказаніе, уже постановленное въ приговорѣ суда. Необходимымъ условіемъ помилованія перваго рода, прекращающаго уголовное преслѣдованіе во время его теченія и лишающаго поэтому обвиняемаго возможности оправдаться передъ судовъ, должно признаваться согласіе на принятіе его со стороны лица милуемаго; наоборотъ, помилованіе второго рода не можетъ быть поставляемо въ зависимость отъ соизволенія осужденнаго.

Первый видъ помилованія установляется п. 4 статьи 16 Уст. Угол. Судопроизводства, которая прямо помѣщаетъ помилованіе въ число причинъ, прекращающихъ уголовное преслѣдованіе. Что же касается до согласія лица милуемаго, то объ этомъ нашъ законъ говоритъ лишь какъ объ исключеніи, именно, въ случаяхъ преступныхъ

дѣяній по должности, признавая за помилованнымъ право просить о возобновленіи дѣла (Ст. 1117—1122 У. У. С.).[x] Второму виду помилованія, то-есть отмѣнѣ наказаній, уже постановленныхъ судебными приговорами, посвящены статьи 165, 166, 167 Уложенія о наказаніяхъ. Впрочемъ, дѣйствіе этихъ статей нельзя ограничивать лишь помилованіемъ второго рода, такъ какъ статья 165 прямо говоритъ, что сила и пространство дѣйствія сего милосердія, какъ изъятія изъ общихъ законовъ, опредѣляются въ томъ самомъ Высочайшемъ Указѣ, коимъ смягчается участь виновныхъ или даруется имъ совершенное прощеніе; Высочайшіе же указы по сему предмету, обыкновенно, соединяютъ въ себѣ оба вида помилованія.

То же самое устанавливаетъ ст. 72 Уголовнаго Уложенія 1903 года.

4. *Примиреніе, прощеніе* или *отреченіе отъ жалобы.*

Законъ дозволяетъ прекращать этимъ способомъ уголовное преслѣдованіе по частнымъ преступнымъ дѣяніямъ во всѣхъ фазисахъ его теченія и даже, какъ ясно слѣдуетъ изъ прямого смысла статьи 157 Уложенія, до самаго начала фактическаго исполненія приговора, то есть послѣ вступленія приговора въ законную силу (Улож. ст. 157, Мир. Уст. ст. 20, 20[1]).

Примиреніе это можетъ имѣть своей основой всякаго рода мотивы,—какъ прощеніе въ тѣсномъ смыслѣ, такъ и соглашеніе съ виновнымъ на почвѣ полученнаго вознагражденія; сообразно этому примиреніе съ однимъ изъ участниковъ не можетъ оказывать никакого вліянія на прочихъ.

5. *Условная отмѣна наказаній* (или условное осужденіе).

Жижиленко: 1) Условное осужденіе и народное правосознаніе. Право. 1899, 1 и 2); 2) Условное осужденіе. Ж. М. Ю. 1897, 5; 1898. 5. Гогель, Ж. М. Ю. 1897, 1 и 7. Піонтковскій. Объ условномъ осужденіи; Liszt, Kriminalpolitische Aufgaben. Zeitschrift f. d. g. Strafrechtswiss. IX, 6.

Въ послѣднія пятнадцать-двадцать лѣтъ въ уголовномъ правѣ выдвинулось ученіе объ установленіи такого порядка, въ силу котораго лицо, приговоренное къ наказанію лишеніемъ свободы (кратко-срочному), не отбывало бы наказанія, подъ условіемъ несовершенія въ теченіе извѣстнаго срока новыхъ преступныхъ дѣяній; въ случаѣ же такого совершенія, отбывало бы совмѣстно и прежде заслуженное на-

казаніе. Въ литературѣ этотъ порядокъ условнаго неисполненія обвинительнаго приговора носитъ различныя названія: условная отмѣна наказанія, условное осужденіе и, какъ называетъ Фойницкій (Курсъ Угол. Судопр. II), „условно-погасительная отсрочка исполненія приговора о наказаніи“. Институтъ условнаго осужденія необыкновенно быстро завоевалъ себѣ сочувствіе значительнаго числа криминалистовъ и столь же быстро принятъ былъ, хотя и съ весьма разнообразной конструкціей, въ законодательствахъ Бельгіи, Франціи, Швейцаріи и Италіи [1]). Сильное движеніе въ пользу введенія этого института существуетъ и у насъ въ Россіи; движеніе это поддерживается, съ одной стороны, общими принципіальными соображеніями, а съ другой — весьма элементарнымъ, практическимъ соображеніемъ о переполненіи нашихъ тюремъ, о недостаткѣ тюремныхъ помѣщеній.

Казалось бы, такого рода институтъ долженъ былъ вызвать въ высшей степени осторожное къ себѣ отношеніе не только законодателя и практики, но и теоретиковъ; въ самомъ дѣлѣ, не трудно видѣть, что порядокъ условнаго осужденія сводится въ своемъ практическомъ значеніи къ предоставленію гражданамъ, если не права въ строгомъ смыслѣ совершать безнаказанно по одному преступному дѣянію въ теченіе извѣстнаго промежутка времени, то во всякомъ случаѣ весьма основательной надежды на безнаказанность такого совершенія. Казалось бы, такой порядокъ могъ получить господство лишь тогда, когда необходимость его была бы съ точностью доказана внѣ всякихъ сомнѣній; когда онъ побѣдоносно прошелъ бы чрезъ строгую критику, когда всѣ доводы противниковъ были бы вполнѣ опровергнуты. Но на дѣлѣ мы видимъ не то: научно-литературной критики почти не было; раздались лишь немногіе, мало опредѣленные и даже какъ бы робкіе голоса, выражавшіе только сомнѣнія и колебанія, и условное осужденіе разомъ вошло въ моду, пріобрѣтя себѣ массу горячихъ поклонниковъ. Только въ самое послѣднее время слышится изрѣдка рѣшительный голосъ серьезной критики.

Можно, пожалуй, подумать, что условное осужденіе есть институтъ, благодѣтельность котораго, какъ безспорная истина, разомъ открылась умамъ современниковъ въ полномъ блескѣ неопровержимаго величія, не требуя даже особыхъ доказательствъ. Между тѣмъ, въ дѣйствительности едва ли найдется въ уголовномъ правѣ какое-либо другое положеніе, которое, будучи по внѣшности въ своемъ конечномъ выводѣ столь же просто и несложно, представляло бы такое разнообразіе въ мотивировкѣ, доводахъ, основаніяхъ и ожидаемыхъ пользахъ. Съ одной стороны, въ условномъ осужденіи видятъ только способъ освободить государство отъ безполезной затраты силъ на карательныя мѣропріятія, не достигающія цѣли, каково краткосрочное лишеніе свободы; съ другой—способъ спасти случайнаго преступника отъ вреднаго вліянія тюрьмы; съ третьей—средство положительнаго нравственнаго воздѣйствія. Одни изъ проповѣдниковъ условнаго осужденія видятъ пользу его въ широкомъ примѣненіи; другіе рекомендуютъ его какъ мѣру исключительную, которая должна примѣняться лишь въ рѣдкихъ случаяхъ. Одни сравниваютъ условное осужденіе съ отношеніями тѣхъ добрыхъ ро-

[1]) Указываютъ также на Сѣверо-Американскіе Соединенные Штаты и Англію. Это не совсѣмъ вѣрно: американскій и англійскій порядокъ поручительства представляютъ лишь нѣкоторое внѣшнее сходство съ условнымъ осужденіемъ.

дителей къ своимъ дѣтямъ, кои прежде прибѣгаютъ къ увѣщаніямъ, а затѣмъ уже, въ случаѣ неуспѣха, къ наказаніямъ; другіе, не допуская и мысли о столь нѣжныхъ свойствахъ института, выводятъ его, наоборотъ, изъ весьма суровой полицейской мѣры стараго права, изъ поручительства или древней русской „заповѣди“,—мѣра, которая примѣнялась къ лицамъ, ни въ какомъ преступленіи не обвиненнымъ, но лишь подозрительнымъ, которая создавала praesumptio mali vigi и которая, въ сущности, рѣшительно ничего общаго съ условнымъ осужденіемъ не имѣетъ. Даже на основной вопросъ, что такое есть условное осужденіе по своей юридической природѣ — есть ли оно освобожденіе отъ наказанія или наоборотъ, особый видъ наказанія (въ родѣ выговора)—мы не находимъ согласнаго отвѣта: одни говорятъ, что это есть, именно, освобожденіе отъ наказанія, подобное помилованію; другіе — что оно является лишь высшей ступенью права суда понижать наказаніе по обстоятельствамъ, вину уменьшающимъ; третьи—что оно есть самостоятельное, особое „утонченное“ наказаніе, слагающееся изъ впечатлѣній, иногда довольно тягостныхъ, въ коихъ пребываетъ человѣкъ, оставленный подъ угрозою наказанія. Эта послѣдняя концепція высказывается многими, несмотря на ея, казалось бы, очевидную несостоятельность: вѣдь угроза наказаніемъ, если совершено будетъ преступленіе и воспослѣдуетъ по нему обвинительный приговоръ, всегда и каждому гражданину поставлена.

Въ этой массѣ разнообразныхъ доводовъ и соображеній, направляющихся тѣмъ не менѣе къ одной и той же цѣли—къ утвержденію благодѣтельности условнаго осужденія—теряется совершенно связующая нить высказываемыхъ основаній съ дѣлаемыми выводами. Казалось бы, институтъ, имѣющій своимъ прототипомъ нѣжное родительское чувство, не можетъ имѣть ничего общаго съ такимъ порядкомъ, который призванъ осуществить собою задачу старинной „заповѣди“, или который имѣетъ спеціальную цѣль — избавить государство отъ примѣненія карательныхъ мѣропріятій, лишенныхъ утилитарнаго значенія, и т. д. Но авторы этого не замѣчаютъ и, легко принимая въ увлеченіи какой угодно доводъ въ свою пользу, спорятъ лишь о подробностяхъ скорѣйшаго осуществленія.

Не взирая на горячую апологію условнаго осужденія его защитниками, нельзя не видѣть, что институтъ этотъ заключаетъ въ себѣ прямое противорѣчіе съ основной задачей карательнаго правосудія, требующей, чтобы *всѣ* преступныя дѣянія, совершенныя при наличности установленныхъ въ законѣ условій вмѣненія, были по возможности немедленно наказаны соотвѣтственно размѣрамъ вины. Для того, чтобы сознательно отступить отъ этого начала и принять реформу, допускающую безнаказанность преступныхъ дѣяній, если они совершаются однимъ лицомъ не болѣе одного раза въ теченіе извѣстнаго промежутка времени, другими словами, принять порядокъ, весьма близкій къ правилу „первая вина не вина“,—для такой реформы уголовнаго правосудія необходимо, во-первыхъ, имѣть совершенно безспорныя доказательства ея полезности и необходимости, а во-вторыхъ, необходимо выждать указаній опыта, если это возможно. Перваго мы въ литературѣ не находимъ, а что касается до указаній опыта, то цифры бельгійской судебной статистики свидѣтельствуютъ лишь объ одномъ: вслѣдъ за введеніемъ условнаго осужденія наступило сильнѣйшее умноженіе преступленій и именно тѣхъ, къ которымъ условное

осужденіе примѣняется, то-есть обложенныхъ краткосрочнымъ (6 мѣсяцевъ и ниже) тюремнымъ заключеніемъ. Конечно, post hoc не значитъ propter hoc, но другого опыта мы пока не имѣемъ.

Независимо отъ высказанныхъ общихъ соображеній, институтъ условнаго осужденія вызываетъ цѣлый рядъ сомнѣній, совершенно достаточныхъ для того, чтобы воздержаться отъ его введенія, по крайней мѣрѣ, у насъ въ Россіи. Во-первыхъ, невольно возникаетъ сомнѣніе, не будутъ ли судьи злоупотреблять условнымъ осужденіемъ, прибѣгая къ нему во всѣхъ трудныхъ случаяхъ, даже тамъ, гдѣ надлежало бы, при внимательномъ отношеніи къ дѣлу, постановить оправдательный приговоръ. Во-вторыхъ, не вызоветъ ли условное осужденіе искусственныхъ оправдательныхъ приговоровъ въ тѣхъ случаяхъ, когда совершенное условно осужденнымъ новое преступное дѣяніе по своей тяжести ничтожно, сравнительно съ тѣмъ, по которому послѣдовало условное осужденіе, или не имѣетъ съ нимъ никакой связи и сродства, и когда слѣдовательно сумма наказаній будетъ представляться прямо несправедливою? Въ-третьихъ, какъ примирить институтъ условнаго осужденія съ порядкомъ преслѣдованія частныхъ преступныхъ дѣяній въ тѣхъ случаяхъ, когда новое преступное дѣяніе условно осужденнаго является частнымъ преступнымъ дѣяніемъ, — возможно ли допустить, чтобы отъ воли частнаго лица, которое въ правѣ возбуждать или не возбуждать преслѣдованіе по своему усмотрѣнію, зависѣло также и примѣненіе наказанія за ранѣе совершенное преступленіе. Въ четвертыхъ, институтъ условнаго осужденія требуетъ точной регистраціи всѣхъ случаевъ,—возможно ли и какъ ее устроить. Такихъ и подобныхъ сомнѣній возникаетъ множество.

Едва ли при такихъ условіяхъ благоразумно увлекаться новинками и спѣшить подражательными реформами. По нашему мнѣнію, при объективномъ и спокойномъ отношеніи къ вопросу объ условномъ осужденіи, оно является для теоріи уголовнаго права скорѣе загадкой будущаго, чѣмъ научнымъ постулатомъ настоящаго.

UNIWERSYTET w BIALYMSTOKU BIBLIOTEKA GŁÓWNA
284122

ПРИЛОЖЕНІЕ.

Перечень дѣйствующихъ изданій и Продолженій Свода Законовъ.

(По 1-е сентября 1908 г.).

Томы Свода Законовъ.	Названіе Уставовъ и Учрежденій.	Какого года изданія.	Годы Продолженій.
I, ч. 1.	Основные Государственные Законы		
„ ч. 2.	Учрежденіе Государственнаго Совѣта	1906	
„ „	Учрежденіе Государственной Думы		
„ „	Положеніе о Выборахъ въ Государственную Думу	1907	
„ „	Правила о порядкѣ разсмотрѣнія государственной росписи доходовъ и расходовъ, а равно о производствѣ изъ казны расходовъ, росписью не предусмотрѣнныхъ		
„ „	* Учрежденіе Совѣта Министровъ	1906	
„ „	* Учрежденіе Комитета Финансовъ		
„ „	* Положеніе о Совѣтѣ Государственной Обороны		
„ „	Учрежденіе Правительствующаго Сената	1892	1906 (Сводное).
„ „	Учрежденіе Министерствъ . . .		
„ „	* Учрежденіе Канцеляріи Его Императорскаго Величества по принятію прошеній	1906	

Примѣчаніе. Знакомъ * отмѣчены новыя изданія, вошедшія въ составъ Продолженія 1906 года.

Томы Свода Законовъ.	Названіе Уставовъ и Учрежденій.	Какого года изданія.	Годы Продолженій.
I, ч. 2.	* Учрежденіе Комитета о Службѣ чиновъ гражданскаго вѣдомства и о Наградахъ	1906	
„ „	Учрежденіе Орденовъ и другихъ знаковъ отличія.	1892	1906 (Сводное).
II	Общее Учрежденіе Губернское .	1892	1906 (Сводное).
„	Положеніе о Губернскихъ и Уѣздныхъ Земскихъ Учрежденіяхъ . .		
„	* Положеніе объ управленіи земскимъ хозяйствомъ въ губерніяхъ Витебской, Волынской, Кіевской, Минской, Могилевской и Подольской	1906	
„	Городовое Положеніе . . .	1892	1906 (Сводное).
„	Учрежденіе Управленія губерній Царства Польскаго.		
„	Учрежденіе Управленія Кавказскаго края		
„	Временное Положеніе объ Управленіи Закаспійской области. . .		
„	Положеніе объ Управленіи Туркестанскаго края		
„	Положеніе объ Управленіи областей Акмолинской, Семипалатинской, Семирѣченской, Уральской и Тургайской		
„	Учрежденіе Сибирское. . . .		
„	Положеніе объ Инородцахъ . .		
„	Учрежденіе Гражданскаго Управленія Казаковъ	1903	1906
III	Уставъ о Службѣ по опредѣленію отъ Правительства.	1896	1906 (Сводное).
„	Уставы о Пенсіяхъ и Единовременныхъ Пособіяхъ		
„	* Положеніе объ особыхъ преимуществахъ гражданской службы въ отдаленныхъ мѣстностяхъ, а также въ губерніяхъ Западныхъ и Царства Польскаго	1906	

Томы Свода Законовъ.	Названіе Уставовъ и Учрежденій.	Какого года изданія.	Годы Продолженій.
III	* Уставы эмеритальныхъ кассъ гражданскаго вѣдомства. . . .	1906	
IV	Уставъ о Воинской Повинности .	1897	1906 (Сводное).
„	Уставъ о Земскихъ Повинностяхъ	1899	
V	Уставъ о Прямыхъ Налогахъ. .	1903	1906
„	Уставы о Пошлинахъ		
„	Уставы объ Акцизныхъ Сборахъ.	1901	
VI	Уставъ Таможенный.	1904	
„	Таможенные Тарифы	1906	
VII	Уставъ Монетный	1899	1906
„	Уставъ Горный	1893	1906 (Сводное).
VIII, ч. 1.	Уставъ Лѣсной	1905	1906
„ „	Уставъ о Казенныхъ Оброчныхъ Статьяхъ	1893	1906 (Сводное).
„ „	Уставъ объ Управленіи Казенными Имѣніями въ Западныхъ и Прибалтійскихъ губерніяхъ		
„ ч. 2.	Уставы Счетные.	1857	
IX	Законы о Состояніяхъ. . . .	1899	1906 (Сводное).
„	Особое Приложеніе къ Законамъ о Состояніяхъ	1902	1906
X, ч. 1.	Сводъ Законовъ Гражданскихъ .	1900	1906 (Сводное).
„ „	Положеніе о Казенныхъ Подрядахъ и Поставкахъ.	1900	1906
„ ч. 2.	Законы Межевые.	1893	1906 (Сводное).
XI, ч. 1.	Уставы Духовныхъ Дѣлъ Иностранныхъ Исповѣданій	1896	1906 (Сводное).
„ „	Сводъ Уставовъ Ученыхъ Учрежденій и Учебныхъ Заведеній вѣдомства Министерства Народнаго Просвѣщенія.	1893	
„ ч. 2.	Уставъ Кредитный	1903	1906
„ „	Уставъ о Векселяхъ.	1903	

Томы Свода Законовъ.	Названіе Уставовъ и Учрежденій.	Какого года изданія.	Годы Продолженій.
XI, ч. 2.	Уставъ Торговый	1903	1906
„ „	Уставъ Судопроизводства Торговаго		
„ „	Уставъ Консульскій.		
„ „	Уставъ о Промышленности . .	1893	1906 (Сводное).
XII, ч. 1.	Уставъ Путей Сообщенія . . .	1857	1906 (Сводное).
„ „	Общій Уставъ Россійскихъ желѣзныхъ дорогъ	1906	
„ „	Уставъ Почтовый	1857	1906 (Сводное).
„ „	Уставъ Телеграфный.	1876	
„ „	Уставъ Строительный	1900	1906
„ „	Сводъ Положеній и Правилъ о Взаимномъ Страхованіи	1908	
„ ч. 2.	Уставъ Сельскаго Хозяйства . .	1903	1906
„ „	* Положеніе о Наймѣ на Сельскія Работы	1906	
„ „	* Положеніе о Трактирномъ Промыслѣ		
XIII	Уставъ о Обезпеченіи Народнаго Продовольствія	1892	1906 (Сводное).
„	Уставъ о Общественномъ Призрѣніи.		
„	Уставъ Врачебный	1905	1906
XIV	Уставъ о Паспортахъ	1903	1906
„	Уставъ о Цензурѣ и Печати . .	1890	1906 (Сводное).
„	Уставъ о Предупрежденіи и Пресѣченіи Преступленій		
„	Уставъ о Содержащихся подъ Стражею		
„	Уставъ о Ссыльныхъ.		
XV	Уложеніе о Наказаніяхъ Уголовныхъ и Исправительныхъ. . . .	1885	1906 (Сводное).
„	Уставъ о Наказаніяхъ, налагаемыхъ Мировыми Судьями . . .		

Томы Свода Законовъ.	Названіе Уставовъ и Учрежденій.	Какого года изданія.	Годы Продолженій.
XVI, ч. 1.	Учрежденіе Судебныхъ Установленій.	1892	1906 (Сводное).
„ „	Уставъ Гражданскаго Судопроизводства.		
„ „	Положеніе о Нотаріальной Части		
„ „	Уставъ Уголовнаго Судопроизводства		
„ „	Правила объ устройствѣ судебной части и производствѣ судебныхъ дѣлъ въ мѣстностяхъ, въ которыхъ введено Положеніе о Земскихъ Участковыхъ Начальникахъ		
„ ч. 2.	Учрежденіе мѣстныхъ судебныхъ установленій прежняго устройства.	1892	1895
„ „	Законы о Судопроизводствѣ Гражданскомъ	1892	1895 (Сводное).
„ „	Положеніе о Взысканіяхъ Гражданскихъ	1892	1906 (Сводное).
„ „	Законы о Судопроизводствѣ по дѣламъ о Преступленіяхъ и Проступкахъ	1892	1895 (Сводное).