

РОЛЬ ОБЫЧАЯ

ВЪ УГОЛОВНОМЪ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВѢ.

Актовая рѣчь, читанная на торжественномъ собраніи Д. Ю. Лицея
30 Августа 1887 года

Ординарнымъ профессоромъ

Л. С. Вѣлголицъ-Котляревскимъ.



ЯРОСЛАВЛЬ.

Типо-Литографія Г. Фалькъ, Духовская ул., собственный домъ.
1888.

РОЛЬ ОБЫЧАЯ

ВЪ УЛОВНОМЪ ЗАКОНЕ

Печатано по опредѣленію Совѣта Демидовскаго Юридическаго Лицея.
Директоръ С. Шилескій.

СПб.



РОЛЬ ОБЫЧАЯ

ВЪ УГОЛОВНОМЪ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВѢ ¹⁾.

(Актовая рѣчь, читанная на торжественномъ собраніи
Д. Ю. Лицея 30 Августа 1887 года).

Уголовный законъ создается двумя способами: обычаемъ или законодательной дѣятельностью. Первый источникъ происхожденія закона господствуетъ на низшихъ стадіяхъ общественной культуры, въ раннюю эпоху общежитія, второй — въ болѣе позднюю его эпоху, съ развитіемъ и укрѣпленіемъ организованной государственной власти. Пока общество находится въ состояніи низшихъ формъ общежитія, каковы — общинный, родовой, феодальный или удѣльно-вѣщевой

¹⁾ Источники: Hugo Meyer, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1882 г. стр. 86—87; Binding, Handbuch des Strafrechts, 1885 г., §§ 40—45; Таганцевъ, Лекціи по русскому уголовному праву, вып. 1-й, 1887 г., §§ 83—91; Кистяковскій, Учебникъ уголовного права, 1882 г., стр. 54—56; 192—194; Puchta, Das Gevonheitsrecht, 2 Theil, S. 240—262; Н. Сергѣевскій, Современныя задачи угол. закон. въ Россіи, 1883 г.; Баршевъ, О вліяніи обычая, практики, законод. и науки на развитие угол. права, 1846 г., стр. 46—86; Калмыковъ, О символизмѣ въ правѣ, 1839 г., 18—21; Муловъ, Значеніе Юрид. обычаевъ, Ж. М. Ю., 1862 г., т. XI-й, стр. 30—35, 55—56; Пахманъ, Обычное гражд. право въ Россіи, т. I-й, Предисл., VIII—XII, затѣмъ стр. 40, 341—347, 365, 369—374, 390—394, 404—408; т. II-й, стр. 375—376, 382; Кистяковскій, Волостные суды, см. Труды этнографическо-статистич.

строй, оно руководствуется закономъ неписаннымъ, обычаемъ, который совершенно его удовлетворяетъ. Простота, несложность жизненныхъ отношеній, съ одной стороны, святая преданность традиціи, преданіямъ, завѣщаннымъ предками — съ другой — въ это время долго и крѣпко поддерживаютъ авторитетъ и силу обычая, представляющаго въ формѣ символовъ, пословицъ и изрѣченій выраженіе, подсказываемое естественнымъ чувствомъ справедливости, общихъ юридическихъ убѣжденій о правомъ и неправомъ.

Съ успѣхами просвѣщенія и культуры жизнь общественная становится сложнѣе, гражданскія правоотношенія — многочисленнѣе и разнообразнѣе; прежнія нормы, которыя до сихъ поръ успѣшно регулировали юридическій бытъ, въ силу этого оказываются недостаточными: обычаи и преданія не въ состояніи обнять всю массу правилъ, необходимыхъ для опредѣленія постоянно возникающихъ новыхъ отношеній. Съ другой стороны, пробужденная и укрѣпленная общественная мысль, все болѣе и болѣе сознавая недостатки обычая, подрываетъ его авторитетъ, силу и вотъ является потребность въ законѣ писанномъ, какъ такомъ, который, во 1-хъ, полнѣе, точнѣе и яснѣе способенъ урегулировать сложные нормы внѣшнихъ отношеній, а во 2-хъ — запечатлѣнъ

экспедиціи въ западно-русской край, т. VI-й, стр. 13—25; Чубинскій, Краткій очеркъ народн. юрид. обычаевъ, тамъ-же. стр. 30—32, 62—63; Ефименко, Народные юрид. обычаи Архангельск. губ., 222—238, 277—284; Шрагъ, Крестьянскіе суды Владим. и Моск. губ., Юрид. В., 77 г., Май—Іюнь, 60—63, 71—75, 81—101; Іюль—Августъ, 58—86, Сент.—Окт., 61—64; О. К.—въ, Народн. юрид. обычаи въ Царевококшайскомъ уѣздѣ Труды Казанск. Стат. Комит., 1869 г., т. I-й, стр. 36—42; Оршанскій, Народн. судъ и право, Ж. Г. и Угол. права, кн. 3-я, 110—124; кн. 4-я, стр. 166—167, 210—222; кн. 5-я, 6—26, 33—69; Юрид. обычаи и дѣйств. законд., см. «Дѣло», кн. 8-я, 25—43; Якушкинъ, Обычное право, 1875 г., см. Предисл., XXVIII—XXXVI.

авторитетомъ не традиціи только, во многомъ утратившей силу, а власти, которой предписанія, велѣнія обязательны. Законъ писанный начинаетъ функционировать, замѣняя собою обычай, и чѣмъ правильнѣе съ успѣхами гражданственности дѣйствуетъ законодательная власть, тѣмъ шире ея праворегулирующая роль, чрезъ-что дѣйствіе обычая все болѣе и болѣе сокращается, но однако не уничтожается. Послѣдній сохраняетъ силу: (1) какъ правило поведенія, какъ норма отношеній въ той средѣ, гдѣ авторитетъ преданія не поколебленъ, (2) какъ второстепенный источникъ закона, дѣйствующій въ предѣлахъ и рядомъ съ закономъ писаннымъ и (3) какъ отрицательная сила, уничтожающая дѣйствіе уголовныхъ предписаній путемъ ихъ несоблюденія.

Таковы положенія, къ которымъ можно свести рѣшеніе вопроса о роли обычая въ уголовномъ правѣ вообще. Не трудно, однако, видѣть, что эти положенія весьма мало выясняютъ особую специальную сторону этого вопроса, составляющую предметъ нашей статьи, а именно—значеніе обычая для законодателя, область его вліянія при составленіи новаго уголовного кодекса. Справедливость требуетъ замѣтить, что эта сторона вопроса до сихъ поръ весьма мало изслѣдована наукой, въ которой чаще всего мы находимъ только случайныя, отрывочныя замѣчанія, проливающія слишкомъ мало свѣта на вопросъ. Первый опытъ болѣе всесторонняго и систематическаго рѣшенія послѣдняго мы встрѣчаемъ въ статьѣ г. Сергѣевского¹⁾, но, къ сожалѣнію, этотъ опытъ недостаточно удаченъ, чтобы претендовать на серьезное значеніе. Нижеслѣдующія строки представляютъ вторую попытку такого рѣшенія.

Въ основѣ каждаго уголовного кодекса лежатъ три главныя задачи, а именно опредѣленіе: (1) предмета наказанія

¹⁾ См. его «Современныя задачи уголовного законодательства въ Россіи, Вступит. лекція, 1883 г.».

или области преступных дѣяній и ихъ сравнительной тяжести; (2) формы наказанія или карательныхъ средствъ; (3) объектовъ наказанія или лицъ, подлежащихъ дѣйствию кодекса. Значеніе юридическихъ обычаевъ и воззрѣній для каждой изъ сихъ задачъ различно; на нашъ взглядъ, его можно охарактеризовать приблизительно въ слѣдующихъ чертахъ.

I.

Несомнѣнно, самая большая роль юридическимъ обычаямъ и воззрѣніямъ принадлежитъ въ предѣлахъ выполненія первой задачи. Цѣлесообразное опредѣленіе области преступныхъ дѣяній и ихъ тяжести невозможно безъ ближайшаго знакомства законодателя съ современнымъ юридическимъ строемъ даннаго общества въ томъ видѣ, какъ онъ отражается въ его законодательствѣ, а также въ его юридическихъ воззрѣніяхъ и обычаяхъ. Необходимость основательнаго знанія въ лицѣ законодателя положительнаго права своего государства — какъ уголовного, такъ и другихъ отраслей — очевидна: новыя уголовныя нормы должны находится въ извѣстной гармоніи, съ одной стороны, съ прежними уголовными положеніями, какъ послѣдняя естественная стадія ихъ историческаго развитія, а съ другой, съ положеніями другихъ отраслей права — публичнаго и частнаго, какъ такими, которыя, во 1-хъ, сообщаютъ законодателю ближайшія свѣдѣнія о внутренней природѣ нѣкоторыхъ нормируемыхъ имъ отношеній, а во 2-хъ, заключаютъ въ себѣ нерѣдко предрѣшеніе ихъ юридической стороны. Нерѣдко въ положеніяхъ государственнаго, гражданскаго и другихъ отраслей права извѣстное отношеніе объ является или такимъ, которое подлежитъ уголовному наказанію, или такимъ, которое должно влечь за собою гражданское взысканіе, или наконецъ — прямо дозволеннымъ. Само собою разумѣется, что во всѣхъ такихъ случаяхъ уголовный законодатель долженъ принимать въ соображеніе положенія другихъ отраслей права и съ ними сообразоваться, но не

безусловно, какъ нѣкоторые ошибочно думаютъ¹⁾. Послѣдній имѣетъ полное право отступитъ отъ названныхъ положеній и даже пойти въ разрѣзъ съ ними всякій разъ, какъ только усмотритъ полное несоотвѣтствіе, противоположность ихъ съ современными общественными воззрѣніями въ силу ли застоя законодательной дѣятельности въ сихъ отрасляхъ права или просто промаха редакторовъ закона. Такимъ образомъ, уголовный законодатель можетъ не только присоединить уголовную санкцію къ гражданскому взысканію, опредѣленному за данное правонарушеніе по другимъ законамъ, но и обложить, вопреки мнѣнію г. Сергѣевского, наказаніемъ дѣянія, сими послѣдними дозволенное, или же отказать въ уголовной санкціи тамъ, гдѣ они ее предполагаютъ, отсылая къ уголовнымъ законамъ. При этомъ необходима, разумѣется, большая осторожность въ приемахъ уголовного кодификатора, который можетъ приступитъ къ подобной ломкѣ устарѣвшихъ и несостоятельныхъ положеній другихъ отраслей права только тогда, когда, убѣдившись несомнѣнно въ ихъ недостаткахъ, не найдетъ серьезнаго препятствія къ постановкѣ новыхъ положеній въ условіяхъ кодификаціонной техники, напр., если ломка старыхъ положеній неизбежно связана съ необходимостью реформы въ соотвѣтственныхъ отрасляхъ права цѣлой системы нормъ, цѣлыхъ институтовъ. Въ этомъ случаѣ законодатель долженъ отложить задуманную реформу до измѣненія положеній соотвѣтственныхъ отраслей права. Въ случаяхъ-же, когда эта реформа связана съ потрясеніемъ значенія лишь отдѣльныхъ частныхъ нормъ сихъ послѣднихъ, нѣтъ серьезнаго основанія требовать отъ уголовного законодателя безу-

¹⁾ Н. Сергѣевскій, *ibid*, 129. Послѣдній, впрочемъ, не выдерживаетъ послѣдовательно этого положенія и впадаетъ въ самопротиворѣчіе; ср. стр. 122 и 129.

словнаго подчиненіи устарѣлымъ или несостоятельнымъ положеніямъ другихъ отраслей права. Подкрѣпимъ нашу мысль примѣрами, взятыми изъ области нашего законодательства.

Согласно 164, 165 и 168 ст. I ч. X т. Св. Зак. личныя обиды, наносимыя дѣтямъ родителями, уголовно непроступны; по силѣ же 1533 ст. ул. о нак. къ личнымъ обидамъ принадлежатъ и тяжкіе побои, не подвергающіе жизнь опасности, слѣдовательно непроступность распространяется и на сіи послѣдніе. Такимъ образомъ, по нашимъ дѣйствующимъ законамъ должно оставаться безнаказаннымъ всякое битье, колоченье, учиняемое родителями надъ дѣтьми, если только оно не соединено съ опасностью для жизни или, по толкованію Неклюдова,—всякіе удары, мученія, петязанія, сопровождающіеся такими послѣдствіями, какъ болѣзнь потерпѣвшаго, неспособность его къ труду и занятіямъ, вообще такого рода разстройствомъ здоровья и способности занятій, которыя требуютъ для возстановленія ихъ хроническаго употребленія реактивовъ ¹⁾. Предположимъ, что уголовный законодатель найдетъ такіе предѣлы дисциплинарной власти родителей надъ дѣтьми слишкомъ широкими и возьмемъ на себя миссію ихъ ограниченія. Намъ думается, онъ не сдѣлаетъ ложнаго шага, ибо только замѣнитъ положенія, унаслѣдованныя отъ домостроевскаго періода, несомнѣнно отсталыя, выдохшіяся въ сознаніи лучшей части общества, не только культурныхъ, но и некультурныхъ классовъ,—другими, болѣе отвѣчающими современнымъ воззрѣніямъ. Несоответвіе приведенныхъ положеній воззрѣніямъ культурныхъ классовъ едва ли можетъ подлежать спору; что же касается некультурной среды, напр. нашего простаго народа, то и здѣсь лучшіе люди тоже не раздѣляютъ домостроевскихъ семейныхъ

¹⁾ Неклюдовъ, Руководство къ особ. части русск. уг. права, т. I, стр. 196, 199.

началь. Источники обычнаго права показывают намъ, что крестьянскіе суды, вопреки 168 ст. 1 ч. X т., часто не только не отказываютъ дѣтямъ въ ихъ жалобахъ на родителей за обиды, но еще подвергаютъ послѣднихъ наказанію, если вина на ихъ сторонѣ¹⁾. Правда, въ некультурной средѣ, надо полагать, найдется еще значительный контингентъ лицъ, столь-же грубыхъ по натурѣ, сколько и невѣжественныхъ, которыя готовы защищать и осуществлять отжившіе взгляды на родительскую власть, но законодатель долженъ слѣдовать воззрѣніямъ руководящаго большинства общества, а не взглядамъ такого контингента лицъ. Уголовный законъ не есть только индифферентное положеніе, безразлично закрѣпляющее современныя воззрѣнія о правомъ и неправомъ; онъ есть также культурная сила, способная двигать общественное правосознаніе въ направленіи прогресса, что онъ и долженъ дѣлать всякій разъ, какъ только болѣе культурные правовые взгляды сдѣлались достояніемъ руководящей части общества, т. е. такой, которая своимъ нравственнымъ вліяніемъ въ состояніи реализовать свои юридическія убѣжденія²⁾. Въ случаѣ-же, о которомъ идетъ рѣчь, болѣе прогрессивное правовое воззрѣніе несомнѣнно уже вошло въ сознаніе руководящей части общества въ данномъ смыслѣ, а потому и вправѣ претендовать на признаніе его законодателемъ, который можетъ это сдѣлать тѣмъ легче, что занесеніе этого воззрѣнія въ уголовный кодексъ связано съ измѣненіемъ редакціи одной только 168 ст. I ч. X т., ни-

¹⁾ Въ нѣсколькихъ случаяхъ Волостной судъ по жалобѣ сына на буйство и пьянство отца наказалъ послѣдняго розгами. Оршанскій, Народный судъ и право. Ж. Г. и У. пр., 1875 г., кн. 3, стр. 123—124, см. еще Шрагъ, Крестьянскіе суды Влад и Моск. губ., Ю. В., 1877 г. Июль и Августъ. 73—74.

²⁾ См. Муромцевъ, Очерки общ. теоріи гражд. права, стр. 226, прим. 21.

сколько не касающимся цѣлой системы родственныхъ положеній. Препятствіе къ подобной реформѣ нельзя видѣть и въ томъ возраженіи, высказываемомъ г. Сергѣевскимъ, будто измѣненіе положеній, опредѣляющихъ юридическій строй семьи, дѣло закона гражданскаго и государственнаго и что криминалистъ можетъ сдѣлать лишь выводъ изъ нормъ права, опредѣляющихъ юридическую природу брака ¹⁾). Безспорно, что при общей, цѣлостной реформѣ, обнимающей всѣ части законодательства, основныя положенія, опредѣляющія юридическій строй семьи, устанавливаются гражданскими нормами, которыя и служатъ исходными моментами, матеріаломъ для вывода при составленіи уголовныхъ нормъ, но и въ этомъ случаѣ, намъ думается, роль уголовного законодателя не совсѣмъ подчиненная: опредѣленіе мѣры всякой власти вообще, а слѣдовательно и дисциплинарной, общее установленіе предѣльнаго момента ея непрогнвозаконнаго проявленія, по нашему мнѣнію, цѣлесообразнѣе можетъ быть сдѣлано уголовными законами, какъ такими, которые, вообще говоря, способны точнѣе отграничить преступное отъ непроступнаго и опредѣлить его составъ ²⁾). Еще шире, разумѣется, роль уголовныхъ

¹⁾ Тамъ-же, стр. 127—128.

²⁾ Поэтому общее положеніе § 242 проекта австрійскаго уголовного кодекса, объявляющее, что постановленіе главы о тѣлесныхъ поврежденіяхъ примѣняется и къ превышеніямъ дисциплинарной власти, намъ представляется совершенно рациональнымъ, приемомъ, гораздо болѣе удачнымъ, чѣмъ умолчаніе напр. въ общегерманскомъ уложеніи о подобномъ превышеніи, предполагающее опредѣленіе его особыми законами, а также административными распоряженіями. (См. Проектъ русск. угол. улож., Преступленія противъ личности, стр. 111—113, прим.). Опредѣленіе содержанія дисциплинарныхъ взысканій и объема таковой власти несомнѣнно составляетъ задачу сихъ послѣднихъ законовъ и распоряженій, по крайняя общая граница послѣдней должна быть, думается намъ, установлена въ уголовномъ кодексѣ; этимъ, между прочимъ, легко будетъ

законовъ въ тѣхъ случаяхъ, когда реформа законодательства ограничивается частнымъ его пересмотромъ, напр. одного уголовного кодекса; тогда уголовный законодатель вправѣ установить общую предѣльную черту, за которой наступаетъ преступное превышеніе дисциплинарной власти, не только согласно съ положеніями гражданскихъ законовъ, но и въ разрѣзъ съ ними, буде послѣдніе окажутся совершенно отжившими или же несостоятельными. Возникающая при этомъ коллизія между разными законами разрѣшается очень просто — въ пользу новаго закона, доколѣ редація гражданского закона остается безъ перемѣны.

Другой примѣръ. Согласно 90, 100, 101 ст. устава о предупр. и пресѣч. преступл. продажа и употребленіе мѣдныхъ отливныхъ иконъ объявлены запрещенными; но улож. о наказ. никакихъ каръ за сіи дѣйствія не назначаетъ. Что же выходитъ? А то, что дѣйствіе, противное законамъ, остается безъ опредѣленнаго наказанія, и это могло быть результатомъ не одной только случайности, объясняемой недосмотромъ, пропускомъ, но и прямой воли уголовного законодателя, напедшаго, что данное дѣйствіе, какъ правомѣрное въ народномъ сознаніи, не должно быть каремо.

Итакъ, мы видимъ, что роль юридическихъ обычаевъ и возрѣній при опредѣленіи области преступныхъ дѣяній весьма широка; объемъ ея простирается до права законодателя въ извѣстныхъ границахъ даже на измѣненіе и упраздненіе совершенно ясныхъ положеній другихъ отраслей права. Еще шире, разумѣется, эта роль, еще свободнѣе можетъ быть дѣятельность законодателя въ случаяхъ, когда онъ на

предупреждена и устранена та путаница при опредѣленіи понятія превышенія и некоторыхъ видовъ дисциплинарной власти, которая замѣчается въ германскихъ судахъ.

пути не связаны опредѣленіями другихъ отраслей права; сюда, между прочимъ, принадлежатъ: во 1-хъ, случаи неясности, неточности или неполноты сихъ послѣднихъ; такъ-какъ при этомъ условіи руки уголовного законодателя почти совершенно развязываются, то и вліянію юридическихъ обычаевъ и возрѣній открывается полный просторъ; необходимо только согласіе съ общимъ духомъ или системой законодательства, а также съ требованіями кадефикаціонной техники; во 2-хъ—случай обязательнаго дѣйствія обычая рядомъ съ закономъ. Въ Россіи инородцы и сельскіе жители пользуются по закону привиллегіей въ извѣстныхъ границахъ, неясно, впрочемъ, обозначенныхъ, судиться по своимъ обычаямъ, которые поэтому и приобрѣтаютъ здѣсь полный просторъ для своего дѣйствія и развитія. Такой порядокъ вещей при многихъ несомнѣнныхъ преимуществахъ, предупредившихъ насильственную ненужную ломку народнаго быта, представляетъ однако ту отрицательную сторону, что оставляетъ безъ точнаго опредѣленія сферу преступнаго въ этомъ быту и раскрываетъ слишкомъ широко двери произволу судебного усмотрѣнія. По этому составленіе особаго сельско-судебнаго устава, соответствующаго юридическому быту сельскаго населенія, намъ представляется, вопреки мнѣнію нѣкоторыхъ изслѣдователей русскаго обычнаго права ¹⁾, совершенно цѣлесообразнымъ и это—тѣмъ болѣе, что, согласно заключенію знатоковъ послѣдняго, при всемъ разнообразіи народныхъ юридическихъ обычаевъ, встрѣчается не мало и такихъ, которые дѣйствуютъ съ одинаковой силой повсюду ²⁾, такъ-что све-

¹⁾ Оршанскій, *ibid*, кн. 5-я, стр. 6—7, 48, 61—65, 69; авторъ, на сколько можно понять его мысль, считаетъ разумнымъ изданіе только чисто-процессуальнаго устава, точно опредѣляющаго формы производства.

²⁾ Пахманъ, Обыч. гражд. право, т. 1-й, Предисловіе, XII; см. также Чубинскій, *ibid*, т. VI, стр. 30.

деніе ихъ къ единству повидимому не встрѣтитъ серьезныхъ препятствій; исключеніе, быть можетъ, представляютъ одни только инородцы, юридическій бытъ которыхъ гораздо разнообразнѣе и притомъ не легко поддается изученію.

Задача опредѣленія области преступныхъ дѣяній неразрывно связана съ установленіемъ ихъ тяжести: законодатель возводитъ на степень преступленія не всякое дѣйствіе, вредоносное для общезжитія, а лишь такое, которое, по его мнѣнію, по соображеніямъ, главнымъ образомъ, его важности и опасности того заслуживаетъ. Но откуда, спрашивается, онъ почерпаетъ матеріалъ, почву для такихъ соображеній? Преимущественно въ господствующихъ въ обществѣ правовозрѣніяхъ, которыя въ извѣстной мѣрѣ отражаются и въ немъ самомъ. Указанія для такихъ соображеній въ положеніяхъ другихъ отраслей права встрѣчаются только тамъ, гдѣ идетъ рѣчь объ интересахъ, касающихся самого бытія государства и тѣсно съ нимъ связанныхъ, каковы преступления политическія и противъ фискальныхъ интересовъ. Въ остальныхъ же случаяхъ для опредѣленія тяжести преступленій законодателю надлежитъ обратиться къ юридическимъ обычаямъ и воззрѣніямъ, отражающимъ въ себѣ всю совокупность условій дѣйствительной жизни, при чемъ онъ долженъ изучить эти воззрѣнія съ возможною основательностью, но слѣдовать имъ безусловно не обязанъ. Какъ культурная сила, уголовный законъ, согласно сказанному нами выше, можетъ закрѣплять лишь болѣе или менѣе просвѣщенные взгляды руководящаго большинства общества, а не невѣжественныя воззрѣнія меньшинства. Въ силу этого законодателю не подобаетъ слѣдовать ученію тѣхъ, кто находитъ необходимымъ при распредѣленіи видовъ убійства по ихъ тяжести принять въ соображеніе взглядъ невѣжественной части народа, оправдывающій убійство колдуновъ и колдуній для прекращенія порчи и вреда, ими причиняемаго, и чуть ли не

возвести это убійство на степень привилегированнаго, затѣмъ при опредѣленіи сравнительной тяжести личныхъ обидъ—взглядъ якобы громаднаго большинства населенія, согласно которому словесныя обиды будто бы безразличны, ибо „брань на вороту не виснетъ“, а мазаніе воротъ дегтемъ несравненно болѣе тяжкое оскорбленіе, чѣмъ побой ¹⁾. Въ общемъ уголовномъ кодексѣ принятіе этихъ и подобныхъ имъ взглядовъ тѣмъ болѣе неразумно, что его положенія предназначаются для всего населенія, а сколько нибудь просвѣщенная часть русскаго общества, даже изъ среды народа, давно уже переросла такія воззрѣнія, какъ безразличіе словесныхъ обидъ, правомѣрность убійства колдуновъ и т. п. Исслѣдованія обычнаго права несомнѣнно убѣждаютъ въ томъ, что у нашихъ крестьянъ понятіе словесной обиды не только возникло, но болѣе или менѣе и окрѣпло, а волостные суды мало того что принимаютъ ихъ къ своему разсмотрѣнію, но еще ставятъ ихъ почти на одну доску съ обидой дѣйствіемъ ²⁾. Другое дѣло, если скажутъ, что приведенныя воззрѣнія должны быть принимаемы въ соображеніе судей въ его рѣшеніяхъ; такое ученіе совершенно справедливо; судья, разсматривающій дѣло въ его конкретной обстановкѣ, не можетъ игнорировать взгляды той среды, гдѣ оно возникло, и вправѣ, а часто обязанъ принять эти взгляды въ соображеніе при опредѣленіи *мѣры* наказанія,—часто, но не всегда потому, что и судъ, какъ культурная сила, можетъ и долженъ съ разумной, понятно, осторожностью содѣйствовать созданію и развитію въ народѣ, взамѣнъ грубыхъ и суевѣрныхъ понятій, воззрѣній и убѣжденій культурной среды. Но опредѣленіе *мѣры* наказанія и

¹⁾ Сергѣевскій, *ibid*, 131—132; см. также Якушкинъ, Обычное право, Предисл., XXXV—XXXVI.

²⁾ См. Пахманъ, *ibid*, т. 1, 368—374; Шрагъ, *ibid*, июль—августъ, 65—68; Труды экспед. въ западно-русскій край, т. VI, стр. 149—152.

установленіе особыхъ видовъ преступленій — квалифіцированныхъ или привилегированныхъ — двѣ вещи совершенно различныя, которыхъ смѣшивать не слѣдуетъ.

II.

Менѣе важную роль играютъ юридическіе обычаи и воззрѣнія въ дѣлѣ осуществленія уголовнымъ законодателемъ второй его задачи, но и здѣсь эта роль значительна. Съ перваго же взгляда понятно, что при опредѣленіи формъ или средствъ наказанія и цѣлесообразной ихъ организаціи законодатель долженъ руководствоваться главнымъ образомъ выводами и указаніями науки пеналогіи, не упуская однако изъ виду положенія административныхъ и финансовыхъ силъ своей страны, а также ея культурнаго состоянія. Задача законодателя въ этомъ отношеніи сводится къ такой постановкѣ дѣла, при которой съ возможно меньшими личными и матеріальными жертвами достигалась бы возможно полнѣе общая цѣль наказанія, т. е. обезпеченіе общества отъ разрушающихъ его порядковъ дѣяній. Очевидно, что для разрѣшенія этой задачи наука способна дать гораздо болѣе данныхъ, чѣмъ юридическія воззрѣнія и обычаи; вотъ почему законодатель въ этомъ случаѣ прежде всего прислушивается къ голосу науки; но такъ-какъ между теоретическимъ построеніемъ и жизнью не всегда бываетъ гармонія, то, разумѣется, воззрѣнія руководящаго большинства общества, въ которыхъ эта жизнь, конкретная дѣйствительность отражается, не могутъ быть игнорируемы законодателемъ. Поэтому было бы нецѣлесообразно, если бы законодатель захотѣлъ какую нибудь идеальную карательную систему осуществить въ своей странѣ, не сообразуясь съ конкретными условіями послѣдней, не пользуясь тѣми реальными силами для своей цѣли, которыя указываетъ сама жизнь. Такова напр. сила тюремной общины. Невѣрно, конечно, мнѣніе, будто бы отъ разумной утилизаціи этой силы зависить весь успѣхъ нашей тюремной реформы, а по-

тому законодателю, вмѣсто обращенія къ западно-европейскимъ образцамъ, лучше всего остановиться на организаціи тюремныхъ общинъ, ¹⁾ но едва ли можно сомнѣваться въ томъ, что при тюремной реформѣ въ нашемъ отечествѣ община не должна быть забыта; ее необходимо принять во вниманіе. Изслѣдованія показываютъ, что во многихъ острогахъ, особенно въ Сибири, выработанная самою жизнью община съ успѣхомъ обезпечиваетъ внѣшній порядокъ въ тюрьмахъ, облегчая и до нѣкоторой степени замѣняя собою правительственную администрацію. Равнымъ образомъ было бы неразумно, если бы законодатель, увлеченный совѣтомъ одного или небольшой кучки ученыхъ, вздумалъ бы установить такія формы наказанія, которыя противны возрѣніямъ того же культурнаго большинства, напр. захотѣлъ бы, вслѣдъ за мнѣніями Емиля Жирардена и Мительштедта, объявить господствующимъ въ Россіи наказаніями — тѣлесныя или смертную казнь. Правда, въ своемъ шагѣ, расплтанномъ на тѣлесныя наказанія, русскій законодатель встрѣтилъ бы поддержку во взглядахъ невѣжественной части крестьянскаго населенія, смотрящаго на нихъ, какъ на самое цѣлесообразное карательное средство, ²⁾ но онъ, согласно сказанному выше, не долженъ забывать своей культурной роли, не должно распространять на все населеніе тѣ наказанія, которыя находятся въ полномъ противорѣчій съ этическимъ міросозерцаніемъ лучшей его части. Тоже самое слѣдуетъ сказать и о позорящихъ наказаніяхъ, которыя, впрочемъ, вопреки завѣреніямъ гг. Сергѣевского и Якушкина ³⁾, находятся въ періодѣ вымиранія: они практи-

¹⁾ Сергѣевскій, *ibid*, 120; авторъ здѣсь опять самъ себя противорѣчитъ, ср. стр. 118—119; см. также Якушкинъ, Обычное право. стр. XXXI.

²⁾ См. также Квостяковскій, Волостные суды, Труды экспед. въ западно-русск. край, т. VI, стр. 16; Сергѣевскій, *ibid*, 119.

³⁾ Сергѣевскій, *ibid*; Якушкинъ, *ibid*, XXXVIII.

куются только въ немногихъ мѣстностяхъ, большею же частію почти совсѣмъ вышли изъ употребленія ¹⁾). Проводя послѣдовательно нашу мысль, необходимо признать, что нецѣлесообразно поступилъ бы и тотъ законодатель, который опредѣлилъ бы мѣру наказаній несоразмѣрно тяжести преступленій, вѣрнѣе сказать, несогласно съ общественными правовоззрѣніями на этотъ предметъ. Подобный шагъ привелъ бы только къ частымъ искусственнымъ оправдательнымъ приговорамъ, а слѣдовательно и къ потрясенію довѣрія къ правосудію. Довольно краснорѣчивый примѣръ мы видимъ на нашемъ улож.; несоразмѣрныя кары, опредѣляемыя послѣднимъ вопреки общественному правосознанію, нерѣдко вызываютъ неосновательные оправдательные вердикты присяжныхъ и судей.

III.

Немаловажная также роль принадлежитъ юридическимъ обычаямъ и воззрѣніямъ въ области выполненія уголовнымъ законодателемъ третьей своей задачи. Правильное опредѣленіе пространства дѣйствія уголовного уложенія достигается, во 1-хъ, при помощи логической конструкторіи общихъ правовыхъ опредѣленій, во 2-хъ, при помощи ближайшаго изученія международныхъ отношеній или говоря иначе — при помощи положеній и данныхъ, почерпнутыхъ изъ международного права. Первое, т. е. установленіе общихъ правовыхъ опредѣленій или принциповъ, таковыхъ напр. какъ дѣйствіе уголовного закона во времени, въ пространствѣ и т. п., здѣсь, какъ и въ сферѣ двухъ первыхъ задачъ, само собою разумѣется, дѣлается исключительно на основаніи выводовъ и данныхъ науки; общественныя правовоззрѣнія тутъ не причемъ. Послѣднія или не даютъ намъ вовсе подходящихъ сюда данныхъ или же заключаютъ въ себѣ крайне несовершен-

¹⁾ Пахманъ, *ibid*, т. I-й, 343—344; Шрагъ, *ibid*, июль—августъ, 58.

ныя указанія, въ родѣ напр. формулы: „съ одного вола двухъ шкуръ не дерутъ“, указанія, обращаться къ которымъ законодателью, при наличности болѣе совершенныхъ опредѣленій науки, совершенно напрасно ¹⁾). Второе, т. е. изученіе международныхъ отношеній, само собою приводитъ къ познанію обычаевъ въ той ихъ формѣ, въ какой они складываются при международныхъ отношеніяхъ. Здѣсь, вообще говоря, открывается значительный просторъ дѣйствію таковыхъ обычаевъ, ибо послѣдніе, какъ извѣстно, составляютъ главное содержаніе международнаго права. Впрочемъ, все болѣе и болѣе усиливающаяся готовность отдѣльныхъ государствъ опредѣлять свои отношенія въ данной сферѣ посредствомъ общихъ уголовныхъ законовъ и трактатовъ ²⁾) постепенно суживаетъ этотъ просторъ, но уничтожить его она едва ли въ состояніи, какъ потому, что международныя правовозрѣнія всегда будутъ оказывать здѣсь свое вліяніе, такъ и потому, что весьма не легко исчерпать всѣ отношенія, о которыхъ идетъ рѣчь. Достаточно указать на вопросъ о выдачѣ преступниковъ; существующія общія положенія въ кодексахъ и отдѣльные трактаты, заключенные государствами по этому предмету, какъ извѣстно, далеко не исчерпываютъ всѣхъ отношеній сего рода; нѣкоторыя изъ нихъ предоставлены международной практикѣ, а слѣдовательно и обычаямъ.

Таковы, по нашему мнѣнію, положенія, которыми можно отвѣтить на вопросъ о значеніи обычая для уголовного законодательства. Пожелаемъ же, чтобы дальнѣйшія болѣе широкія изслѣдованія пролили еще больше свѣта на этотъ малоразработанный вопросъ, который напрасно до сихъ поръ оставляли безъ вниманія.

¹⁾ См. также Сергѣевскій, *ibid*, 118.

²⁾ См. Таганцевъ, Лекціи, вып. 1-й, § 262, а также Проектъ общ. части улож., 2-я редак., стр. 100—101.