

к-600

Проверено 1948 г.

2030
Н. М. ГОРЯЧЕНОВЪ.

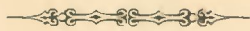
11149.

Проверено
2000 г.

ТРИДЦАТЬ-ПЯТАЯ ГЛАВА

ПРОЕКТА УГОЛОВНАГО УЛОЖЕНІЯ.

Изъ Журнала Министерства Юстиціи.
(Мартъ 1896)



С. П. Б.
Типографія Правительствующаго Сената
1896.

Печатано съ разрѣшеніа Министра Юстиціи.

ТРИДЦАТЬ-ПЯТАЯ ГЛАВА
ПРОЕКТА УГОЛОВНОГО УЛОЖЕНІЯ

Н. М. Кориунова.

I.

Уголовная отвѣтственность должностныхъ лицъ есть только одинъ изъ разнообразныхъ способовъ обезпеченія законности государственнаго управленія наряду съ гражданской и дисциплинарной отвѣтственностью и съ организаціей административной юстиціи. Поэтому надлежащая постановка уголовной отвѣтственности должностныхъ лицъ предполагаетъ отчетливое выясненіе существа, значенія и въ особенности взаимнаго соотношенія всѣхъ существующихъ гарантій законности управленія.

Уголовная репрессія слишкомъ дорого обходится обществу и матеріально, и нравственно, а вмѣстѣ съ тѣмъ уголовная кара не уничтожаетъ совершившагося правонарушенія, сама по себѣ не возстановляетъ поправнаго права, не возмѣщаетъ причиненнаго преступникомъ вреда. Къ карательнымъ мѣрамъ приходится прибѣгать, когда нѣтъ другихъ способовъ противодѣйствія правонарушенію или способы эти недостаточны, не соотвѣтствуютъ тяжести противозаконнаго посягательства.

Поэтому въ примѣненіи уголовной репрессіи надо соблюдать должную экономію. Нѣтъ основанія устанавливать угрозы

наказаніемъ, когда законность управленія можетъ быть обезпечена и безъ этого, полнѣе и вѣрнѣе. Уголовное правосудіе не представляетъ собою панацеи противъ всѣхъ возможныхъ правонарушеній и не составляетъ высшей, совершеннѣйшей гарантіи правомѣрности. Не даромъ законы съ карательной санкціей называются менѣе совершенными законами, *leges minus quam perfectae*. Совершенны только тѣ законы, нарушеніе которыхъ влечетъ за собой юридическую ничтожность правонарушительнаго дѣйствія. Такъ и въ дѣлѣ обезпеченія законности государственнаго управленія на первомъ мѣстѣ должна быть поставлена организація такого порядка обжалованія незаконныхъ дѣйствій должностныхъ лицъ, чтобы заинтересованныя лица могли всегда добиться отмѣны или юридическаго обезсиленія незаконныхъ постановленій.

Во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда незаконнымъ дѣйствіемъ органа власти не причиняется непосредственно вреда, а только незаконно мотивируется или опредѣляется дѣятельность другихъ подчиненныхъ органовъ, или предписываются незаконныя ограниченія дѣятельности частныхъ лицъ, для обезпеченія законности вполне достаточно права обжалованія. Таковы именно случаи незаконнаго изданія указовъ, требующихъ для своего дѣйствительнаго осуществленія чужой дѣятельности въ отдѣльныхъ, конкретныхъ случаяхъ; незаконные отказы въ выдачѣ разрѣшеній; незаконные запреты совершенія частными лицами опредѣленныхъ дѣйствій. Западныя уголовныя кодексы и не облагаютъ наказаніемъ такого рода правонарушеній со стороны должностныхъ лицъ на томъ, конечно, основанія, что надлежащая организація административной юстиціи даетъ въ подобныхъ случаяхъ совершенно достаточное обезпеченіе законности. Подобныя дѣйствія органовъ власти были бы опасны и подрывали бы законный порядокъ лишь при томъ условіи, если бы были обязательны. Возможность путемъ обжалованія добиться ихъ отмѣны лишаетъ ихъ юридической силы, дѣлаетъ ихъ юридически ничтожными. Наказывать должностное лицо за незаконно изданный имъ и отмѣненный надлежащей инстанціей указъ было бы такъ же нецѣлесообразно, какъ привлекать къ уголовной отвѣтствен-

ности лицо, написавшее вексель на простой бумагѣ или купчую въ формѣ домашняго условія. Всѣ такіе акты признаются юридически ничтожными, и въ этомъ достаточная гарантія авторитета нарушаемыхъ ими законовъ.

Отмѣна въ порядкѣ административной юстиціи оказывается непримѣнимой и не достигающей цѣли обезпеченія законности управленія лишь въ тѣхъ случаяхъ, когда незаконное дѣйствіе должностнаго лица само по себѣ, непосредственно, причиняетъ вредъ. Признаніе юридически ничтожнымъ дѣйствія, уже причинившаго вредъ, не достигало бы, конечно, цѣли обезпеченія законности управленія. Тутъ требуются мѣры иного свойства.

Вредъ, причиняемый незаконными дѣйствіями должностныхъ лицъ, можетъ быть тройкій. Во-первыхъ, ихъ незаконныя дѣйствія могутъ причинять имущественный, оцѣнимый на деньги, вредъ. Такія правонарушенія и въ отношеніи къ виновнымъ должностнымъ лицамъ устанавливаютъ право гражданскаго иска о вознагражденіи за понесенные вредъ и убытки.

Во-вторыхъ, вредъ, причиняемый незаконными дѣйствіями должностныхъ лицъ, можетъ представлять тѣ нарочитыя свойства особой опасности, тяжести, невознаградимости, какими обусловливается примѣненіе уголовныхъ каръ. Въ такомъ случаѣ должностное лицо подпадаетъ уголовному правосудію.

Взаимное соотношеніе гражданской и уголовной отвѣтственности должностныхъ лицъ, конечно, то же самое, что и у частныхъ лицъ, и не возбуждаетъ какихъ-либо особыхъ сомнѣній. Но должностныя лица могутъ состоять и въ большинствѣ случаевъ дѣйствительно состоятъ къ государству въ особомъ служебномъ отношеніи: служатъ, а не исправляютъ свою должность по найму или какъ повинность, какъ право. Государственная служба устанавливаетъ особое подчиненіе служащаго, отличное отъ общаго отношенія подданства. Подданный обязанъ только къ опредѣленнымъ качественно и *количественно* услугамъ государству; служащій—къ неопредѣленному ряду услугъ, опредѣленныхъ только по роду, а не по количеству. Подданный—только членъ, участникъ государствен-

наго общенія; служащій—его органъ и потому обязанъ какъ въ служебной, такъ и въ частной дѣятельности сохранять достоинство власти, представителемъ которой онъ является. Подданный подчиняется только государству; служащіе, образуя опредѣленную іерархію, ставятся другъ къ другу въ отношеніе начальниковъ и подчиненныхъ.

По всему этому незаконныя дѣйствія служащаго, кромѣ имущественнаго вреда и вреда, обусловливающаго уголовныя кары, могутъ причинять вредъ еще третьяго рода: нарушеніе должнаго порядка службъ. Какъ первыми двумя видами вреда обусловливаются соответственно гражданская и уголовная отвѣтственность, такъ вредомъ служебному порядку обусловливается дисциплинарная отвѣтственность. Гражданская и уголовная отвѣтственность падаетъ на служащихъ наравнѣ съ частными лицами, дисциплинарная—касается однихъ только служащихъ, и вотъ взаимное соотношеніе уголовной и дисциплинарной отвѣтственности возбуждаетъ и до сихъ поръ въ литературѣ большія сомнѣнія.

Многіе совершенно отвергаютъ всякое принципиальное различіе между ними. И та, и другая представляется имъ осуществленіемъ все той же карательной власти. Вся особенность дисциплинарныхъ взысканій, по ихъ мнѣнію, въ томъ, какъ они налагаются: судебнымъ порядкомъ, или нѣтъ.

Такъ, Бернеръ видитъ единственный отличительный признакъ дисциплинарныхъ проступковъ въ томъ, что они „вѣдаются не уголовнымъ судомъ, а только дисциплинарнымъ вѣдомствомъ“¹⁾. Изъ государствовѣдовъ всего рѣшительнѣе высказываетъ такой взглядъ Георгъ Мейеръ. „Всякое нарушеніе служебнаго долга,—говоритъ онъ,—характеризуется, какъ наказуемое дѣяніе, какъ преступное дѣяніе по службѣ. Но наказуемость такихъ дѣяній можетъ быть двойкая: уголовная и дисциплинарная. Болѣе тяжкія преступныя дѣянія по службѣ, съ болѣе точнымъ опредѣленіемъ ихъ состава, облагаются уголовнымъ уложеніемъ болѣе строгими наказаніями, именно лишеніемъ свободы. Ихъ называютъ должностными преступле-

¹⁾ Учебникъ уголовного права, т. II, стр. 291.

ніями. Осужденіе должностнаго лица за такія дѣянія можетъ имѣть мѣсто лишь въ порядкѣ обыкновеннаго уголовного судопроизводства. Всѣ другія, специально нефиксированныя, нарушенія служебнаго долга суть служебныя проступки въ собственномъ смыслѣ. Они преслѣдуются не судебнымъ, а дисциплинарнымъ порядкомъ. Принципіальной границы между ними не существуетъ“¹⁾).

Не трудно, однако, убѣдиться въ совершенной несостоятельности такого воззрѣнія. Наложеніе наказанія судомъ вовсе не составляетъ необходимой принадлежности уголовныхъ наказаній. Наложеніе ихъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ предоставляется административнымъ органамъ и отъ того они не перестаютъ быть уголовными наказаніями; напримѣръ, тюрьма или крѣпость, и въ томъ случаѣ, когда въ мѣстностяхъ, состоящихъ въ положеніи чрезвычайной охраны, онѣ налагаются не судомъ, а административнымъ порядкомъ, не получаютъ отъ этого свойства дисциплинарнаго взысканія. И наоборотъ, взысканія, налагаемыя судомъ на лицъ, нарушающихъ порядокъ засѣданія, имѣютъ дисциплинарный, а не уголовный характеръ.

Точно также нельзя найти основаніе различія уголовныхъ наказаній и дисциплинарныхъ взысканій въ ихъ большей или меньшей тяжести. И уголовные кодексы устанавливаютъ наряду съ тяжкими такія легкія карательныя мѣры, какъ арестъ и денежныя пени. Изъ дисциплинарныхъ взысканій есть гораздо болѣе тяжкія, какъ, напримѣръ, удаленіе отъ службы.

Другіе идутъ нѣсколько дальше и усматриваютъ различіе дисциплинарныхъ взысканій и уголовныхъ наказаній не въ одномъ порядкѣ ихъ наложенія, судебномъ и не-судебномъ, а въ различіи самихъ субъектовъ карательной власти.

„Рядомъ съ наказаніями по суду,—говоритъ проф. Таганцевъ,—мы встрѣчаемся съ разнообразными взысканіями, налагаемыми различными лицами и учрежденіями, имѣющими иногда даже частный характеръ: семьею, начальствомъ какого-нибудь учебнаго заведенія, совѣтомъ присяжныхъ повѣренныхъ, старшинами клуба и т. д. Власти, примѣняющія

¹⁾ Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 1895, §§ 453, 454.

такія взыскапія, подводятся подь общее понятіе властей дисциплинарныхъ и ихъ дѣятельность не только дополняетъ, но иногда и ограничиваетъ карательную власть государства. Эти дисциплинарныя власти могутъ быть сведены къ двумъ типамъ: 1) возникшія до государства и помимо его воли, какъ семья, церковь, и 2) вызванныя къ жизни государствомъ ¹⁾. Къ этому второму типу относится дисциплинарная власть въ школѣ, въ арміи, въ собраніяхъ, въ клубахъ ²⁾, а также „власть дисциплинарная надъ служащими гражданскаго вѣдомства“ ³⁾.

Еще опредѣленнѣе развиваетъ ту же мысль г. фонъ-Резонъ: „Ежедневный опытъ насъ убѣждаетъ, что, помимо государственныхъ наказаній, возможна еще карательная дѣятельность другого рода. Человѣческая жизнь не исчерпывается отношеніями нашими къ государству. Мы рождаемся членами известной семьи, известнаго сословія, мы входимъ въ сношенія съ частными лицами; мы становимся членами разныхъ союзовъ или учреждений; мы поступаемъ на государственную службу и тѣмъ входимъ въ особыя отношенія къ государственной власти и т. д. Всѣ эти сношенія даютъ намъ спеціальныя права и налагаютъ на насъ обязанности. Несомнѣнно, что нарушенія ихъ должны вызвать реакцію, которая однако, въ виду свойства самыхъ нарушеній, можетъ исходить не отъ государства, а лишь отъ тѣхъ лицъ или союзовъ, противъ благъ которыхъ они были направлены. Даже само государство, въ тѣхъ случаяхъ, когда оно имѣетъ дѣло съ нарушеніями со стороны своихъ агентовъ одного служебнаго порядка, отказывается отъ своей карательной функціи, т. е. налагаетъ на нихъ взысканіе не въ общемъ уголовномъ порядкѣ, а создаетъ для этой цѣли особые органы, особое производство и даже отчасти особыя взысканія. Такимъ образомъ, рядомъ съ общими преступленіями, наказуемыми государствомъ въ силу принадлежащаго ему *jus puniendi*, существуетъ цѣлая область нарушеній, разли-

¹⁾ Карательная дѣятельность государства и ея границы, Журн. гражд. и угол. права 1882, № 1, стр. 9.

²⁾ Тамъ же, стр. 38, 42, 49.

³⁾ Тамъ же, стр. 45.

чающихся отъ нихъ какъ самымъ содержаніемъ защищаемыхъ благъ, такъ и *держателемъ* карательнаго права“ ¹⁾.

За послѣднее время и въ нѣмецкой литературѣ это воззрѣніе нашло себѣ представителя—въ лицѣ Прегера ²⁾. По его мнѣнію, т. е. полицейскія взыскапія (Ordnungsstrafe) и дисциплинарныя взыскапія составляютъ лишь частныя подраздѣленія общаго понятія *автономныхъ наказаній* (autonome Strafe), въ отличіе отъ *публично-правовыхъ* или *уголовныхъ* наказаній (öffentlich-rechtliche Strafe, Criminalstrafe). Уголовное наказаніе налагается государствомъ за нарушенія публичнаго правопорядка; автономное наказаніе налагается отличнымъ отъ государства, какъ носителя карательной власти, правовымъ союзомъ (Rechtskreis) за нарушенія его собственныхъ правъ или интересовъ. Подобно тому, какъ *автономіей* называется право подданныхъ самимъ устанавливать право для ихъ собственныхъ отношеній, такъ Прегеръ думаетъ назвать автономнымъ карательнымъ правомъ полномочіе отдѣльныхъ правовыхъ союзовъ самимъ облагать наказаніемъ нарушенія ихъ особыхъ интересовъ. Какъ автономія отличается, съ одной стороны, отъ закона, съ другой—отъ договора, такъ автономное наказаніе отличается одинаково и отъ уголовного, и отъ договорнаго наказанія (Conventionalstrafe) ³⁾.

Различіе дисциплинарныхъ и полицейскихъ наказаній Прегеръ видитъ въ томъ, что дисциплинарныя налагаются только на лицъ, принадлежащихъ къ данному правовому союзу, налагающему наказанія; полицейскія же—и на постороннихъ ⁴⁾.

Дисциплинарныя взыскапія съ состоящихъ на государственной службѣ также относятся къ автономнымъ, а не къ уголовнымъ наказаніямъ, потому что государство, какъ носитель карательной власти, есть субъектъ права, нетождественный съ служебной іерархіей, порядокъ которой охраняется дисциплинарной отвѣтственностью ⁵⁾.

¹⁾ О дисциплинарномъ правѣ, Журн. гражд. и угол. права 1889, № 7, стр. 1.

²⁾ Preger, K. Die Ordnungsstrafe im Reichsrecht, Archiv für öffentl. Recht, hrsgbn von Laband und Störk, 1892, B. VII, Heft 3, 365—426.

³⁾ Тамъ же, стр. 380.

⁴⁾ Тамъ же, стр. 399.

⁵⁾ Тамъ же, стр. 379.

Сравнивая между собой воззрѣнія проф. Таганцева и фонъ-Резона, съ одной стороны, и Прегера—съ другой, мы замѣчаемъ между ними довольно существенное различіе. Гг. Таганцевъ и фонъ-Резонъ отождествляютъ автономную карательную власть съ дисциплинарной. Съ ихъ точки зрѣнія дисциплинарной будетъ всякая карательная власть, сохраненная государствомъ за какимъ-либо или предоставленная имъ какому-либо общественному союзу или установленію. Прегеръ не отождествляетъ автономной и дисциплинарной карательной власти, а подводитъ дисциплинарную власть, какъ видовое понятіе, подъ общее понятіе автономной карательной власти. По его ученію, отличительный признакъ дисциплинарной власти состоитъ въ томъ, что она предполагаетъ особое отношеніе подчиненности.

Отождествленія великаго осуществленія карательной власти не государствомъ съ властью дисциплинарной нельзя допустить уже потому, что бываютъ случаи осуществленія другими, кромѣ государства, общественными союзами одновременно и уголовно-карательной и дисциплинарной власти. Наиболее яркій примѣръ такого рода представляетъ церковь: наряду съ дисциплинарной властью она получила отъ государства въ извѣстномъ объемѣ и уголовно-карательную власть. „Церковь, говоритъ проф. Горчаковъ, по уполномочію отъ государства пріобрѣтала власть судить и наказывать преступныя дѣянія своихъ членовъ, не только какъ нарушенія правилъ церкви, но какъ преступленія уголовныя“¹⁾.

Такую уголовно-карательную власть церкви проф. Горчаковъ не признаетъ „согласною и совмѣстною съ вѣроученіемъ православной христіанской церкви о существѣ судной церковной власти; такая власть никогда не была устанавливаема правилами законодательства вселенской церкви; она—институтъ государственный, вносимый въ устройство церкви извне; слѣдовательно обладать уголовною властью не составляетъ для церкви необходимости“. Напротивъ, дисциплинарная или, какъ ее именно называетъ проф. Горчаковъ, „церковно-общественная

¹⁾ Научная постановка церковно-суднаго права, Сборникъ госуд. знаний, т. Ц, 1875, стр. 261.

судная власть“, заключающаяся только въ мѣрахъ „лишенія членовъ церкви церковныхъ правъ и благъ и въ назначеніи имъ благочестивыхъ упражненій“, есть „необходимое въ церкви средство для сохраненія и поддержанія церковной жизни въ нормальномъ ея состояніи“. Необходимость для церкви такой власти „является неизбѣжнымъ результатомъ христіанскаго ученія о нравственномъ строѣ и о нравственныхъ взаимныхъ отношеніяхъ ея членовъ“¹⁾.

Если такимъ образомъ и другіе общественные союзы наряду съ государствомъ могутъ осуществлять совмѣстно и уголовно-карательную, и дисциплинарную власть, то эту послѣднюю, очевидно, нельзя опредѣлять, какъ карательную власть, осуществляемую не государствомъ.

Прегеръ думаетъ отклонить это возраженіе, признавая дисциплинарною не всякую автономную карательную власть, а только ту, которая предполагаетъ особое отношеніе подчиненности. Но этотъ признакъ очень неясенъ. Если какой-либо общественный союзъ или установленіе надѣляется правомъ осуществленія карательной власти, то всѣ, на кого распространяется эта власть, по необходимости, окажутся въ особомъ отношеніи подчиненія.

Независимо отъ этихъ частныхъ доводовъ, всѣ теоріи этой группы вызываютъ противъ себя и общія возраженія.

Дисциплинарная отвѣтственность не исключаетъ вовсе уголовной, а можетъ съ нею соединяться. Даже оправданный уголовнымъ судомъ можетъ быть подвергнутъ дисциплинарному взысканію и *vice versa*. Если бы дисциплинарная отвѣтственность была только частной формой уголовной отвѣтственности, такое ихъ соотношеніе представляло бы непримимое противорѣчіе съ началомъ *pe bis in idem*.

Между тѣмъ на практикѣ допустимость такого совмѣщенія уголовной и дисциплинарной отвѣтственности представляется необходимой. Дѣянія, вовсе не предусмотрѣнныя уголовнымъ закономъ или, по началамъ уголовного права, не могущія быть вѣнненными въ вину, нерѣдко совершенно не

¹⁾ Тамъ же, стр. 252, 253, 258.

миряются съ требованіями служебной дисциплины. Сами по себѣ непреступныя, они могутъ все-таки подрывать подобающей органамъ власти авторитетъ, или дѣлать ихъ предметомъ насмѣшекъ и презрѣнія со стороны общества. Въ такихъ случаяхъ и оправданный уголовнымъ судомъ, какъ непереносимый болѣе на службѣ, долженъ подвергнуться высшему дисциплинарному взысканію—удаленію отъ должности. Точно также къ наложенному уголовнымъ судомъ наказанію, въ интересахъ поддержанія порядка службы, дисциплинарная власть можетъ присоединять за то же самое дѣяніе дополнительныя взысканія.

Уже одинъ фактъ совмѣстимости уголовныхъ наказаній и дисциплинарныхъ взысканій дѣлаетъ невозможнымъ видѣть въ тѣхъ и другихъ лишь высшую и низшую форму одной и той же уголовной отвѣтственности. Если за одно и то же дѣяніе служащій можетъ подвергнуться одновременно и уголовному и дисциплинарному преслѣдованію, очевидно, тутъ различіе не въ томъ только, предъ кѣмъ и какъ отвѣчать, а въ самыхъ свойствахъ отвѣтственности.

Невозможность различать уголовную и дисциплинарную отвѣтственность только по различію субъектовъ, осуществляющихъ будто-бы одну и ту же уголовно-карательную функцію, всего нагляднѣе сказывается именно относительно служебной дисциплины. Въ другихъ формахъ дисциплины, напримѣръ семейной, школьной, церковной, сословной, профессиональной и т. п., носителемъ дисциплинарной власти является по крайней мѣрѣ дѣйствительно отличный отъ государства субъектъ: семья, школа, церковь, сословная или профессиональная корпорація. Но въ отношеніи къ состоящимъ на государственной службѣ субъектомъ и дисциплинарной власти будетъ все то же государство, какъ и субъектомъ уголовно-карательной власти. Нигдѣ дисциплинарная отвѣтственность состоящихъ на государственной службѣ не организуется въ видѣ проявленія власти самаго чиновничества, какъ обособленной и объединенной профессиональной корпораціи. Вездѣ, напротивъ, служащій и въ дисциплинарныхъ дѣлахъ отвѣчаетъ не предъ своими сотоварищами, не предъ сословіемъ чиновни-

ковъ, а предъ органами государственной власти. Учрежденія, осуществляющія дисциплинарную власть надъ служащими, вовсе не имѣютъ характера органовъ сословія чиновниковъ, бюрократіи, какъ цѣлаго, обособленнаго отъ государства, а напротивъ, организуются и дѣйствуютъ, какъ органы государства, сохраняя вполне правительственный и начальственный характеръ.

Поэтому, какъ бы кто ни смотрѣлъ на возможность отличить другія формы дисциплинарной власти по субъектамъ, ее осуществляющимъ, къ дисциплинѣ государственной службы такая точка зрѣнія неприменима: субъектъ дисциплинарной власти надъ служащими—не какой-нибудь особенный, а то же самое государство.

Наконецъ, нельзя не обратить вниманія и на различіе въ самомъ юридическомъ характерѣ уголовного правосудія и служебной дисциплины. Уголовно-карательная функція государства составляетъ для него не только право, но и обязанность. Органы государственной власти не только *могутъ*, но и *должны* преслѣдовать уголовныхъ преступниковъ. Въ самомъ проектѣ уголовного уложенія устанавливается наказуемость „невозбужденія служащимъ, вопреки его обязанности, уголовного преслѣдованія“ (ст. 549, п. 1), но только *уголовнаго* преслѣдованія. Подобное бездѣйствіе относительно дисциплинарнаго преслѣдованія проектъ не облагаетъ наказаніемъ, и совершенно правильно. Карательная репрессія осуществляется не въ однихъ только собственныхъ интересахъ власти, а въ общихъ интересахъ всей народной жизни. Поэтому уголовное преслѣдованіе для органовъ власти—не только право, но и обязанность. Служебная дисциплина, напротивъ, служитъ исключительно интересамъ правильнаго устройства и правильной дѣятельности самихъ органовъ власти, и потому осуществленіе дисциплинарной власти является для нихъ только правомъ, а не обязанностью, которую бы надо было охранять карательной санкціей.

Все это приводитъ насъ къ убѣжденію въ неправильности отождествленія дисциплинарной ответственности съ уголовной.

Дисциплинарную ответственность сближаютъ не только

съ уголовной, но также съ гражданской и съ административной. Первые попытки такого построения теории дисциплинарной ответственности встрѣчаются въ нѣмецкой литературѣ тридцатыхъ годовъ.

Таковы, напримѣръ, воззрѣнія Геффтера ¹⁾. „Не всякое страданіе,—говоритъ онъ,—причиняемое подданному за его образъ дѣйствія общественною властью, есть наказаніе. Наказаніемъ въ юридическомъ смыслѣ будетъ лишь страданіе, налагаемое судьей за признанное преступленіе для общественнаго удовлетворенія (zug öffentlichen Genugthuung). Наряду съ карательною властью государству можетъ также принадлежать примѣненіе особыхъ воспитательныхъ и исправительныхъ мѣръ, если воспитаніе и исправленіе лица включается въ кругъ государственныхъ задачъ, или особое добровольное подчиненіе управомочиваетъ къ тому государство. Во вѣншемъ своемъ проявленіи эти мѣры могутъ приближаться къ настоящимъ наказаніямъ, не принимая однако исполнѣ ихъ природы“.

Дисциплинарныя мѣры отличаются, частью по своей основѣ, частью по формѣ, такъ какъ онѣ предполагаютъ не дѣйствительное преступленіе, а только неправильность или эксцессъ, и должны служить не общественному удовлетворенію, а лишь обезпеченію и сохраненію въ надлежащей чистотѣ государственной службы, почему онѣ и не допускаютъ публичнаго осуществленія въ дѣйствующихъ на воображеніе формахъ ²⁾. Поэтому отнесеніе дисциплинарныхъ проступковъ къ уголовному праву, какъ это дѣлало прусское земское право, Геффтеръ считалъ неправильнымъ. Уголовная отвѣтственность должна быть ограничена, какъ это и принято въ баварскомъ законодательствѣ, только тѣми случаями, когда нарушеніе

¹⁾ Heffter, A. G. Verbrechen und Disciplinarvergehungen der Staats- und Kirchendiener, Neues Archiv des Criminalrechts, B. XIII, Halle, 1833. На эту статью Геффтера ссылаются всѣ пишущіе о различіи уголовной и дисциплинарной отвѣтственности, но по какому-то недоразумѣнію видятъ въ ней первое выраженіе ученія, отождествляющаго эти виды отвѣтственности. Изъ послѣдующаго нарочно нѣсколько болѣе подробнаго, изложенія воззрѣній Геффтера читатель можетъ судить, насколько это соотвѣтствуетъ истинѣ.

²⁾ Тамъ же, стр. 80.

служебнаго долга совершается намѣренно съ противозаконными цѣлями или причиняетъ кому-либо вредъ ¹⁾.

Дисциплинарныя мѣры онъ раздѣляетъ на мѣры низшей или исправительной дисциплины (замѣчанія, выговоры, пени, арестъ, временное удаленіе отъ должности) и мѣры дисциплины высшей или очистительной (смѣщеніе на низшую должность и отрѣшеніе отъ должности). Низшая дисциплина находитъ себѣ общую основу въ служебной іерархіи; осуществленіе ея есть чисто-административное, а не судебное дѣло, и было бы несообразно возлагать его на органы судебной власти. Что же касается высшей, очистительной дисциплины, то присвоивать ее органамъ управленія можно только тамъ, гдѣ удаленіе служащихъ предоставлено всецѣло произволу правительства. Если же за служащими признается право на занимаемыя ими должности, то осуществленіе очистительной дисциплины есть не административное, а судебное дѣло ²⁾. Смѣщеніе съ должности и отрѣшеніе отъ нея, соединенныя съ потерей содержанія, такъ существенно затрогиваютъ частныя права, что они могутъ быть опредѣлены только судомъ ³⁾ и притомъ *судомъ гражданскимъ*, такъ какъ тутъ дѣло идетъ объ уничтоженіи (если не контракта, то во всякомъ случаѣ bona fide установленнаго какъ-бы контракта, а это такая же causa civilis, какъ удаленіе тьютора или куратора propter suspiciones. Если же рѣшеніе въ этихъ дѣлахъ будетъ предоставлено уголовному суду, опредѣленія его объ отрѣшеніи отъ должности не должны имѣть значенія наложенія наказаній ⁴⁾.

Признавая принципиальное различіе между наказаніями и дисциплинарными мѣрами, Геффтеръ послѣдовательно выводитъ отсюда, что оправданный уголовнымъ судомъ можетъ за то же самое дѣяніе быть подвергнутъ дисциплинарнымъ мѣрамъ. Напротивъ, въ случаѣ осужденія уголовнымъ судомъ, опредѣленныя имъ наказанія не могутъ, по мнѣнію Геффтера,

¹⁾ Тамъ же, стр. 74.

²⁾ Тамъ же, стр. 76.

³⁾ Тамъ же, стр. 81.

⁴⁾ Тамъ же, стр. 177, 178, 199, 193.

быть усиливается наложеніемъ за то же дѣяніе дисциплинарныхъ взысканій ¹⁾).

Въ позднѣйшей своей статьѣ, отмѣчая, что нѣмецкое законодательство пятидесятихъ годовъ признаетъ карательную и дисциплинарную власть вполне самостоятельными функціями, Геффтеръ указываетъ также на возможность примѣненія дисциплинарныхъ мѣръ и за такія дѣянія, за которыя уголовное преслѣдованіе допускается только по частной жалобѣ ²⁾).

Отъ подобнаго же, какъ и Геффтеръ, сближенія дисциплинарной отвѣтственности съ гражданскою отправляется въ современной литературѣ Лабандъ. По его мнѣнію, „не смотря на большое внѣшнее сходство между уголовнымъ и дисциплинарнымъ правомъ, такъ какъ оба осуществляются посредствомъ наказанія, понятіе дисциплинарнаго права можно выяснить чрезъ противоположеніе и сравненіе его не съ правомъ уголовнымъ, а съ правомъ гражданскимъ. Понятіе это совпадаетъ съ противоположеніемъ договорно-обязательственныхъ отношеній и отношеній власти. Рѣшающее значеніе имѣетъ при этомъ то, что дисциплинарныя послѣдствія нарушенія долга основаны не на публичной карательной власти государства, а на его господствѣ надъ служащими (*Dienstherlichkeit*), на отношеніи властвованія между государствомъ и служащимъ. Дисциплинарныя взысканія не суть наказанія въ смыслѣ уголовного права, а мѣры поддержанія подчиненія и порядка въ служебныхъ отношеніяхъ и обезпеченія исполненія служебныхъ обязанностей. Въ договорныхъ отношеніяхъ каждый участникъ имѣетъ противъ другихъ право иска объ исполненіи или о возмѣщеніи интереса, связаннаго съ неисполненіемъ или съ неподлежащимъ исполненіемъ. При отношеніяхъ же службы или власти мѣсто требованія занимаетъ приказъ, мѣсто иска — принужденіе. Дисциплинарная власть есть право осуществлять это принужденіе. Она существовала въ средніе вѣка противъ ленниковъ

¹⁾ Тамъ же, стр. 171—175.

²⁾ Die strafrechtliche und disciplinarische Stellung der Staats- und Kirchendiener, Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, 1853, III, ss. 430—431.

и министеріаловъ; она существовала до послѣдняго времени противъ крѣпостныхъ и слугъ; она существуетъ и теперь, какъ власть родителей и учителей, какъ власть капитана надъ экипажемъ; въ арміи и флотѣ. Въ этомъ заключается и сущность дисциплинарной власти государства надъ своими служащими; это—средство принужденія къ исполненію служебнаго долга. Государство не нуждается для этого въ искѣ предъ судами, такъ какъ оно противостоитъ служащимъ, не какъ равный имъ, а какъ господствующій надъ ними. Гражданскій искъ и не могъ бы принести ему никакой пользы, такъ какъ вредъ, причиняемый неисполненіемъ служебнаго долга, лишь въ рѣдкихъ случаяхъ можетъ быть оцѣненъ на деньги. Съ другой стороны, государство имѣетъ только дисциплинарную власть; ему не принадлежитъ противъ служащихъ право иска объ исполненіи ихъ служебнаго долга.

Итакъ, дисциплинарная отвѣтственность замѣняетъ собою не уголовную, а гражданскую отвѣтственность. Правило *pe bis in idem* не нарушается, если дисциплинарная отвѣтственность примѣняется вмѣстѣ съ уголовной, но было бы нарушено, если бы государство, наряду съ дисциплинарной властью, имѣло еще и право иска объ исполненіи служебнаго долга. Дисциплинарныя взысканія ограничиваются рамками основанной на служебномъ отношеніи власти и не имѣютъ ничего общаго съ уголовными наказаніями; только случайно относятся къ тѣмъ и другимъ денежныя пени. Уголовная давность не касается дисциплинарной отвѣтственности, а тѣмъ, составъ т. н. дисциплинарныхъ нарушеній не тотъ, что преступныхъ дѣяній; нельзя составить перечня дисциплинарныхъ провинностей. Всякое сознательное нарушеніе служебнаго долга есть дисциплинарная провинность или, лучше сказать, способно вызвать реакцію служебнаго начальства посредствомъ его дисциплинарной власти. Наконецъ, осуществленіе дисциплинарной власти—право, а не обязанность государства, подобно тому какъ и осуществленіе требованія есть право, а не обязанность вѣрителя ¹⁾.

¹⁾ Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reichs, 3 Aufl. B. I, 1895, ss. 439—443.

Теоріи, сближающія дисциплинарную отвѣтственность съ гражданскою, безъ сомнѣнія, представляютъ нѣкоторыя преимущества сравнительно съ теоріями, отождествляющими ее съ уголовной отвѣтственностью. Онѣ, прежде всего, не противорѣчатъ факту совмѣстимости уголовной и дисциплинарной отвѣтственности за одно и то же дѣяніе. Затѣмъ, ими не предполагается не существующее въ дѣйствительности различіе субъектовъ, осуществляющихъ уголовно-карательную и дисциплинарную власть. Наконецъ, уподобленіемъ дисциплинарной отвѣтственности вполне объясняется факультативный характеръ функціи дисциплинарнаго преслѣдованія.

Слѣдовательно, теоріи эти удовлетворительно разрѣшаютъ вопросъ объ отношеніи дисциплинарной отвѣтственности къ уголовной, вполне согласно съ фактической ихъ постановкой. Иное дѣло—отношеніе дисциплинарной отвѣтственности къ гражданской. Съ тѣмъ, какъ Лабандъ думаетъ разрѣшить данный вопросъ, никакъ нельзя согласиться. Онъ видитъ въ дисциплинарныхъ взысканіяхъ суррогатъ, замѣну гражданского иска, предполагая, что изъ служебнаго правоотношенія для государства не вытекаетъ въ отношеніи къ служащему право гражданского иска.

Однако, на дѣлѣ, во всѣхъ тѣхъ случаяхъ, когда служащій, нарушая свой служебный долгъ, причиняетъ тѣмъ государству матеріальный, оцѣнимый на деньги, вредъ, онъ, кромѣ дисциплинарной, подлежитъ также и гражданской отвѣтственности.

Лабандъ представляетъ дѣло такъ, будто дисциплинарныя взысканія не что иное, какъ замѣняющія гражданскій искъ объ исполненіи обязательства мѣры принужденія служащаго къ дѣйствительному исполненію лежащихъ на немъ обязанностей. Но, какъ замѣтилъ Макс Зейдель ¹⁾, если бы это было въ самомъ дѣлѣ такъ, всѣ дисциплинарныя взысканія должны бы были налагаться всегда непосредственно начальствомъ провинившагося. Если же, какъ это бываетъ въ дѣйствительности, всѣ болѣе тяжкія взысканія налагаются особой дисци-

¹⁾ Max Seydel, Bayerisches Staatsrecht, II, III, 1887, s. 480.

плинарной инстанціей, привлеченіе къ дисциплинарной отвѣтственности получаетъ характеръ уже не непосредственнаго принужденія къ исполненію, а своего рода иска, иска дисциплинарнаго, предъявленіе котораго вызываетъ разрѣшеніе *юридическаго* вопроса о допустимости въ данныхъ условіяхъ дисциплинарнаго взысканія.

Наконецъ, противъ ученія Лабанда говорить и то, что высшую мѣру дисциплинарнаго взысканія—удаленіе отъ должности—никакъ нельзя подвести подъ понятіе мѣръ принужденія къ исполненію служебнаго долга. Удаляя служащаго отъ должности, не только не принуждаютъ его къ исполненію лежащихъ на немъ по должности обязанностей, но даже прямо липаютъ его возможности къ тому.

Ремъ ¹⁾, въ общемъ примыкая къ воззрѣнію Лабанда, видитъ, однако, въ дисциплинарныхъ мѣрахъ замѣну не гражданскаго, а административнаго иска.

Права начальства въ отношеніи къ служащимъ, говорить опъ, имѣютъ публичный характеръ. Поэтому во исполнѣ законченномъ правовомъ государствѣ, при неисполненіи служащимъ своего служебнаго долга, имѣющее надъ ними право надзора начальство должно бы было предъявлять къ нему искъ въ административномъ судѣ. Но, въ дѣйствительности, нигдѣ компетенція административныхъ судовъ не распространяется на требованія начальства, вытекающія изъ служебныхъ отношеній. Напротивъ, служащій, виновный въ нарушеніи своего долга или оказавшій себя по своему поведенію на службѣ или внѣ службы недостойнымъ уваженія и довѣрія, подобающимъ его положенію, подвергается дисциплинарнымъ взысканіямъ. Дисциплина предполагаетъ подчиненіе и порядокъ (*Zucht und Ordnung*); поэтому и цѣль дисциплинарныхъ взысканій составляетъ поддержаніе подчиненія и порядка. Дисциплинарныя взысканія не представляютъ разновидностей уголовныхъ наказаній, а занимаютъ свое особое мѣсто наряду съ уголовными, церковными и отеческими карами.

¹⁾ Rehm, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht (Wirth's Annalen des deutschen Reichs, 1885, s. 65).

Въ дѣйствительности, однако, между дисциплинарными взысканіями и административнымъ искомъ нѣтъ ничего общаго. Различіе ихъ вовсе не въ томъ, что административный искъ исходитъ только отъ частныхъ лицъ. Правительственный надзоръ за дѣятельностью органовъ самоуправленія можетъ осуществляться также въ формѣ административныхъ исковъ. Такой порядокъ надзора за земскими учрежденіями былъ установленъ положеніемъ 1864 г., да и теперь передача губернаторомъ дѣла на разсмотрѣніе губернскаго по земскимъ и городскимъ дѣламъ присутствія (Пол. зем. учр., ст. 88) имѣетъ подобный же характеръ, такъ какъ присутствія эти являются органами административной юстиціи. Существованіе такой формы надзора не мѣшаетъ, однако, установленію дисциплинарной отвѣтственности земскихъ должностныхъ лицъ.

Различіе служебной дисциплины и административной юстиціи гораздо глубже и существеннѣе. Предметъ административнаго иска—не личная отвѣтственность виновнаго, а только отмѣна незаконнаго постановленія. Дисциплинарная отвѣтственность есть, напротивъ, личная отвѣтственность виновнаго и ничего общаго съ отмѣной незаконныхъ постановленій не имѣетъ. Дисциплинарныя взысканія очень часто налагаются за такого рода образъ дѣйствія, который къ незаконнымъ постановленіямъ, подлежащимъ отмѣнѣ, никакого отношенія не имѣетъ, напр. взысканія за грубость, за пьянство, за несовмѣстное съ достоинствомъ службы поведеніе въ частной жизни. И въ самомъ идеальномъ „правовомъ“ государствѣ административный искъ въ подобныхъ случаяхъ невозможенъ.

II.

Итакъ, въ дисциплинарной отвѣтственности нельзя видѣть замѣну или особенную форму ни уголовной или гражданской отвѣтственности, ни административныхъ исковъ. Остается предположить, что дисциплинарная отвѣтственность принципиально отличается отъ всѣхъ другихъ видовъ отвѣтственности. Но въ чемъ же ея принципиальное отличіе? И этотъ вопросъ находитъ себѣ въ современной литературѣ довольно разнообразныя отвѣты.

Мы видѣли, что по ученію Лабалда гражданскій искъ въ отношеніи къ неисправнымъ служащимъ замѣняется дисциплинарными взысканіями влѣдствіе особенности юридической природы служебнаго отношенія, какъ отношенія властвованія. Но уподобленіе дисциплинарныхъ взысканій какъ гражданскому, такъ и административному искамъ, оказывается неправоильнымъ. Отсюда само собой является предположеніе: нельзя ли прійти къ выясненію своеобразной природы дисциплинарной отвѣтственности, отказавшись отъ всякаго уподобленія ея уголовному, гражданскому или административному иску и признавъ основой ея существованіе какъ-бы особой „дисциплинарной несправды“, обусловленной наличностью между данными субъектами отношенія властвованія.

Такъ именно и думаютъ разрѣшить вопросъ Лабесъ и Еллинекъ.

По мнѣнію Лабеса ¹⁾, дисциплинарная власть есть слѣдствіе всякаго отношенія властвованія, все равно—частно-правоваго или публично-правоваго. Выясненіе вопроса, есть ли данное отношеніе—отношеніе властвованія (*Gewaltsverhältniss*) или нѣтъ, требуетъ тщательнаго разбора постановленій положительнаго права. Во многихъ случаяхъ вопросъ этотъ можетъ быть рѣшенъ только въ зависимости отъ паличности или отсутствія дисциплинарной власти. Уголовно-карательная и дисциплинарная власти—двѣ различныя власти. Одна основана на общемъ подчиненіи подданныхъ государству, другая—на участіи въ какомъ-либо спеціальному отношеніи властвованія. Такъ какъ властвующимъ и въ такихъ особенныхъ отношеніяхъ можетъ быть также государство, то государству въ отношеніи къ однимъ и тѣмъ же лицамъ можетъ принадлежать двоякаго рода карательная власть: уголовная и дисциплинарная. Такъ бываетъ при нахожденіи кого-либо въ государственныхъ учебныхъ заведеніяхъ, мѣстахъ заключенія, а также при состояніи на государственной службѣ. Уголовная и служебно-дисциплинарная власти государства совершенно

¹⁾ Labes, Die Disciplinargewalt des Staates über seine Beamten (Hirth's Annalen des deutschen Reichs, 1889, s. 251—253).

самостоятельны и независимы другъ отъ друга, такъ какъ имѣють своимъ предположеніемъ нарушеніе совершенно различнаго круга обязанностей: общихъ обязанностей подданныхъ и особенныхъ обязанностей служащихъ. Наказуемость нарушения первыхъ можетъ быть установлена только закономъ, дисциплинарныя взысканія за нарушеніе послѣднихъ — и указомъ.

Какъ видитъ читатель, Лабеевъ своимъ объясненіями впадаетъ въ безвыходный кругъ. Отличительный признакъ дисциплинарной власти заключается, по его словамъ, въ томъ, что власть эта основана всегда на особыхъ отношеніяхъ—властвованія, а единственный надежный признакъ такихъ отношеній опять-таки та же дисциплинарная власть.

Еллинекъ пытается уйти отъ такого затрудненія, устанавливая различіе между господствомъ (*Herrschaft*) и властвованіемъ (*Gewalt*). Господство принадлежитъ только государству. Оно отличается безусловнымъ характеромъ и безсрочно. Никто, находясь на территоріи государства, не можетъ уйти отъ подчиненія его господству. Государство можетъ каждого и противъ его воли удерживать подъ своимъ господствомъ. Властвованіе, напротивъ, условно и ограничено временемъ. Оно можетъ принадлежать и не государству. Властвуетъ отецъ семьи, община, корпорація, церковь и т. д. Но точно также и само государство, наряду съ своимъ общимъ правомъ господства, можетъ приобрѣтаетъ въ отношеніи къ опредѣленнымъ лицамъ особыя права властвованія. Таково именно отношеніе государства къ служащимъ. Оно господствуетъ надъ ними напротивъ, какъ надъ гражданами; какъ надъ служащими, оно только властвуетъ надъ ними. Это властвованіе условно, оно длится, покуда длится служебное отношеніе. Поэтому условна и вытекающая изъ отношенія властвованія дисциплинарная власть властвующаго надъ подвластными: высшая дисциплинарная мѣра есть исключеніе изъ службы. Этимъ дисциплинарная власть отличается отъ безусловной неограниченной власти, распространяющейся и на жизнь человѣка и основанной на принадлежащемъ государству абсолютномъ господствѣ, *imperium* ¹⁾).

¹⁾ Jellinek, System der subjectiven öffentlichen Rechte, 1892, ss. 203—206.

Съ такимъ опредѣленіемъ государственнаго господства въ отличіе отъ отношеній властвованія, служащихъ основой дисциплинарной власти, едва-ли можно согласиться. Въ настоящее время государства уже не признаютъ началъ вѣчнаго подданства. Всякій можетъ выйти изъ подданства даннаго государства и перейти въ подданство другаго. Правда, иногда для этого требуется особое разрѣшеніе: у насъ, даже Высочайшее соизволеніе. Но и служащій не можетъ самовольно оставлять службы. „Нѣкто не можетъ, говоритъ ст. 764 Уст. служб. прав., самовольно оставить своего мѣста или прекратить исполненіе обязанностей, съ службою его сопряженныхъ, прежде, нежели объявлено ему будетъ законное отъ оной увольненіе“^а. Но мало того, и прежде, и теперь существуетъ не только добровольная государственная служба, но и обязательная, съ характеромъ повинности. Военскіе чины, отбывающіе службу, какъ обязательную повинность, тѣмъ не менѣе подлежатъ не одной уголовной, но и дисциплинарной отвѣтственности.

Съ другой стороны, дисциплинарное взысканіе иногда налагается такими субъектами, властвованіе которыхъ надъ подвергающимися дисциплинарнымъ взысканіямъ ни въ чемъ другомъ болѣе не выражается: таково, напр., отношеніе председателя публичнаго собранія къ присутствующей публикѣ. Нельзя сказать, чтобы дисциплинарная власть въ этомъ случаѣ основывалась на существующемъ между председателемъ и публикой особенномъ отношеніи властвованія, нельзя потому, что все ихъ отношеніе и исчерпывается этимъ правомъ дисциплинарныхъ взысканій. Примѣняя къ подобнымъ случаямъ теорію Еллинека, придемъ къ ничего не объясняющему заключенію, что дисциплинарная власть сама изъ себя вытекаетъ.

Другіе видятъ основу особой дисциплинарной отвѣтственности въ особенностяхъ объекта дисциплинарныхъ провинностей, въ томъ, что дисциплинарная провинность есть нарушеніе служебнаго долга, а не посягательство на права или правовыя блага. Таково воззрѣніе изъ публицистовъ—Эдгара Ленинга, изъ криминалистовъ—Гарро, Гельшнера и Оппенгейма.

По мнѣнію Ленинга ¹⁾, нарушение служебнаго долга само по себѣ не наказуемо уголовно. Уголовно наказуемы лишь тѣ нарушения служебнаго долга, которыя вмѣстѣ съ тѣмъ составляютъ посягательства и на другія правовыя блага, т. е. когда служащій, злоупотребляя предоставленной ему властью, или причиняетъ вредъ третьему лицу или доставляетъ себѣ самому противозаконную выгоду. Если же дѣяніе нарушаетъ только права государства на исполненіе служащимъ его служебнаго долга, другими словами—лишь условія и порядокъ государственной службы, это будетъ просто дисциплинарное нарушение.

Если принять такое опредѣленіе дисциплинарныхъ провинностей, придется признать противозаконное умышленное дѣяніе служащаго, не доставляющее ему самому выгоды и причиняющее вредъ не отдѣльнымъ гражданамъ, а государству, какъ цѣлому, только дисциплинарной провинностью, какъ бы ни былъ значителенъ причиненный государству вредъ.

Гельшнеръ ²⁾, допуская возможность и такихъ должностныхъ преступныхъ дѣяній, которыя представляютъ посягательства на права самого государства, нѣсколько иначе различаетъ объектъ уголовно-наказуемыхъ дѣяній и дисциплинарныхъ провинностей.

Должностной деликтъ (*Amtsdelict*) есть нарушение обязанности осуществлять связанную съ должностью власть (*Amtsgewalt*) только сообразно съ правомъ и закономъ. Въ чемъ заключается эта обязанность, не можетъ быть сомнительнымъ, и потому можно точно установить составъ каждаго должностнаго деликта. Законопротивное осуществленіе должностной власти можетъ состоять или въ посягательствѣ на права и интересы самой государственной власти, или въ нарушеніи правомѣрнаго отношенія государственной власти къ подчиненнымъ ей и, слѣдовательно, въ нарушеніе тѣмъ общаго госу-

¹⁾ Löning, Edgar, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1884, s. 126, 127.

²⁾ Das gemeine deutsche Strafrecht, II, 1887, s. 1014—1028.

дарственного порядка. Должностной деликтъ представляетъ поэтому всегда противозаконное злоупотребленіе власти.

Дисциплинарная провинность есть нарушеніе обязанностей, составляющихъ отношеніе служащаго къ государству. Такъ какъ на каждомъ служащемъ прежде всего лежить обязанность законѣрнаго отправленія своей должности, то всякій должностной деликтъ есть вмѣстѣ съ тѣмъ и дисциплинарная провинность. Но на служащемъ лежатъ и другія обязанности, нарушеніе которыхъ не составляетъ злоупотребленія властью и не касается вовсе сообразнаго съ законами ея осуществленія.—Насколько дѣло идетъ объ обязанностяхъ правильнаго отправленія службы, ихъ можно еще опредѣлить въ отдѣльности. Напротивъ, рѣшительно невозможно опредѣлить и юридически установить въ частности все то, чего требуютъ вѣрность, подчиненіе и сообразное съ достоинствомъ должности поведеніе. Поэтому, при дисциплинарной репрессіи служебныхъ провинностей, рѣшеніе вопроса, составляетъ ли данный образъ дѣйствій служебную провинность, пришлось бы предоставить въ очень значительной степени судейскому усмотрѣнію.

Точно также Гарро ¹⁾ видитъ существенное отличіе дисциплинарной власти отъ власти карательной въ томъ, что она имѣетъ цѣлью обезпеченіе выполненія *профессіональных обязанностей*. Поэтому дисциплинарная отвѣтственность можетъ имѣть мѣсто за всякое дѣйствіе, нарушающее обязанности, хотя - бы оно и не было напередъ предусмотрѣно закономъ. Задача дисциплинарныхъ мѣръ—въ исправленіи виновнаго и въ поддержаніи достоинства той корпораціи, къ которой онъ принадлежитъ. Дисциплинарный искъ (l'action disciplinaire) есть искъ sui generis, не имѣющій ничего общаго съ искомъ уголовнымъ и гражданскимъ. Если дисциплинарное нарушеніе есть вмѣстѣ съ тѣмъ и преступное или правонарушеніе гражданское, наложеніе дисциплинарнаго взысканія не можетъ служить препятствіемъ къ предьявленію гражданского или уголовного иска; точно также и наложеніе уголов-

¹⁾ Garraud, Traité du droit pénal français, I, 1888, p. 124, 125.

наго наказанія или присужденіе по гражданскому иску не устраняетъ возможности дисциплинарнаго взыскація за то же дѣяніе. Но для дисциплинарной власти обязательна та квалифікація дѣянія, какая дана ему уголовнымъ судомъ.

Оппенгеймъ основывается на различіи нарушеній долга и посягательствъ на правовыя блага. Дисциплинарныя нарушенія всегда заключаются въ нарушеніи долга,—долга, налагаемаго службой или какимъ-либо другимъ особеннымъ отношеніемъ, напримѣръ, отношеніемъ члена семьи къ главѣ семьи, слуги къ господину, ученика къ учителю или мастеру, матроса къ капитану судна и т. п. Служебный долгъ заключается въ обязанности какъ на службѣ, такъ и внѣ ея дѣлать все, что требуется службой, и воздерживаться отъ всего, что противорѣчитъ ея достоинству. Нѣкоторые отдѣльные случаи нарушенія служебнаго долга могутъ быть напередъ предвидѣны и опредѣлены. Но въ безчисленныхъ случаяхъ вопросъ о томъ, чего требуетъ служебный долгъ, есть *quaestio facti*. Учрежденіямъ, вѣдающимъ дисциплинарныя дѣла, необходимо всегда предоставлять право судить *ex arbitrio*, имѣется ли на лицо въ каждомъ данномъ конкретномъ случаѣ нарушение служебнаго долга, или нѣтъ. Правы, господствующіе въ данное время, взгляды, измѣненія политическихъ отношеній и другія, не поддающіеся напередъ опредѣленію, обстоятельства,—все это имѣетъ свое вліяніе, такъ что одно и то же дѣяніе то окажется нарушеніемъ служебнаго долга, то нѣтъ. Но всему этому соблюденіе служебнаго долга не можетъ быть охраняемымъ уголовнымъ закономъ правовымъ благомъ. Уголовная охрана примѣнима лишь къ такимъ правовымъ благамъ, содержаніе которыхъ можетъ быть легко и ясно различимо; иначе невозможно будетъ опредѣленіе состава преступнаго дѣянія. Объектомъ же должностныхъ преступныхъ дѣяній являются тѣ правовыя блага, посягать на которыя могутъ только должностныя лица ¹⁾.

Однако самъ Оппенгеймъ тутъ же оговаривается, что законодатель можетъ „съ своей суверенной точки зрѣнія“ и слу-

¹⁾ Oppenheim, L., Die Rechtsbeugungsverbrechen, 1886, s.s. 16, 17, 18.

жебный долгъ сдѣлать объектомъ должностнаго преступленія, какъ это и имѣется во многихъ уголовныхъ кодексахъ ¹⁾.

Чтобы принять подобное обоснованіе различія дисциплинарной и уголовной отвѣтственности, необходимо допустить возможность такихъ нарушенийъ служебныхъ обязанностей, которыя не суть вмѣстѣ съ тѣмъ правонарушенія, причемъ Ленингъ и Гарро понимаютъ подъ правонарушеніемъ нарушение закона, а Оппенгеймъ, согласно Биндингу,—нарушеніе охраняемыхъ правомъ интересовъ, правовыхъ благъ. И въ той и въ другой формѣ это ученіе вызываетъ серьезныя возраженія.

Положеніе служащихъ, ихъ права и обязанности опредѣляются закономъ, и во всякомъ случаѣ юридическими нормами, такъ или иначе установленными. Поэтому государственно-служебное отношеніе есть отношеніе юридическое. Вытекающія изъ него требованія въ отношеніи къ служащему имѣютъ юридическій характеръ правоприязнаній. Всякій вопросъ объ этихъ требованіяхъ и соотвѣтствующихъ имъ обязанностяхъ есть вопросъ о правѣ. Отрицаніе юридическаго характера отношенія служащаго къ своему начальству поставило бы его въ безправное положеніе, противорѣчило бы, по справедливому замѣчанію Макса Зейделя ²⁾, признанію служащаго правоспособной личностью.

Юридическій характеръ служебнаго отношенія не ослабляется тѣмъ, что законъ вмѣняетъ служащимъ въ обязанность возложенныя на нихъ должности исправлять не только „по существующимъ учрежденіямъ и уставамъ“, но и „по приказаніямъ и наставленіямъ начальствъ“ (ст. 714 Уст. служб. прав.), такъ какъ и приказанія начальства обязательны лишь подъ условіемъ ихъ законности. Въ административномъ вѣдомствѣ ближайшее опредѣленіе обязанностей служащихъ нерѣдко предоставляется усмотрѣнію начальства. Но это усмо-

¹⁾ Тамъ же, стр. 17. Der Gesetzgeber freilich mag sich von seinem souveränen Standpunkt aus über diese Bedenken hinweg setzen, er kann—wie dies thatsächlich in vielen Strafgesetzbüchern geschehen ist—die Amtspflicht als Objekt eines Verbrechen hinstellen.

²⁾ Max Seydel, Bayerisches Staatsrecht, B. III, 1887, s. 480.

трѣніе должно быть не произвольнымъ, а законѣрнымъ, такъ какъ единственное его основаніе—полномочіе закона.

Такимъ образомъ всякая обязанность служащаго имѣеть своимъ основаніемъ непосредственно или посредственно законъ, и всякое ея неисполненіе есть въ этомъ смыслѣ правонарушеніе.

Точно также нельзя согласиться и съ Оппенгеймомъ въ томъ, будто-бы нарушеніе служебнаго долга не составляетъ посягательства на „правовыя блага“. Понятіе правовыхъ благъ, какъ объекта преступныхъ посягательствъ, выдвинуто было Биндингомъ и въ его пониманіи понятіемъ этимъ, безъ сомнѣнія, объемлетъ и установленный закономъ или на основаніи закона порядокъ государственной службы.

Биндингу понадобилось это понятіе правоваго блага именно для того, чтобы противопоставить его возрѣнію Фейербаха, признававшего объектомъ преступныхъ посягательствъ только субъективныя права. Утверждая, что объектъ преступныхъ посягательствъ не право, а правовое благо, Биндингъ отвергаетъ этимъ ограниченіе понятія преступныхъ посягательствъ только посягательствами на чьи-либо права.

Правовое благо (Rechtsgut), по опредѣленію Биндинга, есть все то, что въ глазахъ законодателя имѣеть значеніе для правопорядка и ненарушимое сохраненіе чего обеспечивается юридическими нормами ¹⁾. Какъ примѣры, онъ указываетъ между прочимъ: государственное устройство, мирныя международныя отношенія государствъ, подлинность телеграфическихъ депешъ, достовѣрность документовъ, авторитетъ государственныхъ учреждений и распоряженій начальства ²⁾. Подобнымъ образомъ опредѣляетъ правовое благо или „охраняемый нормою юридическій интересъ“ и проф. Таганцевъ, относя сюда и „интересы, охраняемые какъ общественное

¹⁾ Binding, Handbuch des Strafrechts, B. I, 1885, стр. 169. Подобное же, но болѣе многословное опредѣленіе и въ Normen, I, стр. 193.

²⁾ Normen, I, стр. 196: dass die Achtung vor Staatseinrichtungen oder Anordnungen der Obrigkeit nicht verletzt oder gefährdet werden.

достояніе, независимо отъ принадлежности ихъ тому или другому субъекту“¹⁾.

Итакъ, можно сказать, правовое благо есть все то, въ обеспеченіе чего законъ устанавливаетъ тѣ или другія обязанности. Невыполненіемъ такихъ обязанностей, положительныхъ или отрицательныхъ, и совершаются посягательства на охраняемое правомъ благо.

Но, конечно, и обязанности служащихъ налагаются на нихъ закономъ въ обеспеченіе очень важнаго общественнаго интереса—законности и дѣлесообразности управленія. Неисполненіе этихъ обязанностей всегда и непременно составитъ посягательство на охраняемый правомъ интересъ. Поэтому нельзя, какъ это дѣлаетъ Оппенгеймъ, видѣть отличительный признакъ дисциплинарныхъ провинностей въ томъ, что, будто-бы, являясь нарушеніемъ служебныхъ обязанностей, они не представляютъ посягательства на „правовыя блага“.

Такимъ образомъ и отождествленіе дисциплинарной отвѣтственности съ другими формами юридической отвѣтственности, и попытки установить принципиально обособленное понятіе „дисциплинарной неправды“ оказываются одинаково несостоятельными. Затѣмъ остается еще только одинъ путь, который, какъ мнѣ кажется, и есть истинный путь для рѣшенія нашего вопроса: тотъ самый путь, какимъ современная наука идетъ въ разрѣшеніи вопроса о различіи уголовной и гражданской отвѣтственности.

Дисциплинарная отвѣтственность не можетъ быть отождествляема ни съ уголовной, ни съ гражданской отвѣтственностью, ни тѣмъ болѣе съ административными исками, но ея отличительная особенность не въ томъ, будто-бы она примѣняется къ какой-то особенной „дисциплинарной неправдѣ“. Неправда сама едина. Различны только юридическія послѣдствія неправды: уголовныя, гражданскія и—*дисциплинарныя*. Но все это послѣдствія одной и той же неправды. Все они могутъ совмѣщаться, такъ что нѣкоторыя противуправ-

¹⁾ Лекціи по русскому уголовному праву, т. I, 1887, стр. 40.

пня посягательства влекутъ за собою одповременно и уголовную, и гражданскую, и дисциплинарную отвѣтственность, другія—только одну какую-нибудь изъ нихъ, или двѣ. Между свойствомъ самаго противуправнаго посягательства и той или другой формой отвѣтственности нѣтъ вовсе необходимой связи, ни причинной, ни логической. Присвоеніе противуправному посягательству гражданскихъ, уголовныхъ и дисциплинарныхъ послѣдствій, всѣхъ вмѣстѣ и каждаго порознь, не является естественнымъ слѣдствіемъ или логическимъ выводомъ изъ особенной природы посягательства, а зависитъ отъ измѣнчивыхъ историческихъ и бытовыхъ условій и отъ мѣняющихся соображеній цѣлесообразности и воззрѣній на справедливость. Распределеніе тѣхъ или другихъ юридическихъ послѣдствій между различными видами противуправныхъ посягательствъ опредѣляется въ каждомъ данномъ государствѣ и въ каждую историческую эпоху дѣйствующимъ положительнымъ правомъ, какъ оно выражается въ обычаяхъ, законѣ, судебной практикѣ. Поэтому одно и то же противуправное посягательство въ разныхъ государствахъ и въ разное время можетъ влечь за собою совершенно различные юридическія послѣдствія.

Изъ этого, однако, не слѣдуетъ заключать, чтобы и самое различіе гражданскихъ, уголовныхъ и дисциплинарныхъ послѣдствій зависѣло отъ усмотрѣнія законодателя. Онъ можетъ связать съ каждымъ противуправнымъ посягательствомъ то или другое изъ возможныхъ юридическихъ послѣдствій. Но не отъ власти законодателя зависитъ расширить кругъ возможныхъ юридическихъ послѣдствій неправды. Какковы вообще могутъ быть юридическія послѣдствія неправды, это зависитъ отъ объективныхъ условій человѣческаго общенія, отъ степени общественной солидарности, общественнаго развитія, отъ общественной организаціи, отъ того, какою силою и какими средствами располагаетъ общественная власть. Возможность установленія тѣхъ или другихъ послѣдствій неправды опредѣляется также нравственными воззрѣніями общества, его религіей, настроеніемъ общественнаго мнѣнія. Законодателю принадлежитъ только выборъ между тѣми послѣдствіями, возможность установленія которыхъ опредѣляется объектив-

ными условіями данной стадии общественнаго развитія и даннаго культурнаго типа.

Точно также, свойства каждой особой формы отвѣтственности не могутъ быть измѣняемы по произволу. Мыслимо, что какое-нибудь положительное право во всѣхъ случаяхъ неправды установить одну только гражданскую или одну только уголовную отвѣтственность. Но нельзя гражданской отвѣтственности придать свойства уголовной, или наоборотъ. Нельзя, потому что неизбежнымъ послѣдствіемъ этого будетъ превращеніе гражданской отвѣтственности въ уголовную или уголовной въ гражданскую.

Поэтому и при отрицаніи принципиальнаго различія гражданской и уголовной неправды возможна все-таки общаа научная теорія этого вопроса, выясняющая характерныя особенности той и другой отвѣтственности. Но то же самое примѣнимо и къ отвѣтственности дисциплинарной. Сказать, что дисциплинарная отвѣтственность не предполагаетъ непременно посягательствъ на опредѣленную категорію благъ или нарушеніе обязанностей, вытекающихъ изъ какихъ-либо особыхъ отношеній, не значить еще, чтобы все ученіе о дисциплинарной отвѣтственности сводилось къ простому пересказу постановленій дѣйствующаго закона. Задача научнаго изслѣдованія и тутъ сводится къ выясненію отличительныхъ свойствъ дисциплинарной отвѣтственности, присущихъ ей всегда, какъ бы различно ни опредѣлялся кругъ вызывающихъ ее правонарушеній. За какое бы правонарушеніе ни было положено данное взысканіе, чтобы быть дисциплинарнымъ, оно должно обладать извѣстными отличительными свойствами. Задача научной теоріи дисциплинарной отвѣтственности заключается поэтому въ выясненіи не того, за какія дѣянія она полагается и какими органами осуществляется, а того, въ чемъ отличительныя свойства этой формы отвѣтственности?

Различныя виды послѣдствій неправды отличаются другъ отъ друга не внѣшней ихъ формой, а ихъ цѣлью, опредѣляющей юридическія условія ихъ примѣненія. Одно и то же по внѣшней формѣ взысканіе, напр., денежное взысканіе, кратковременное лишеніе свободы, можетъ имѣть и уголовный

и гражданскій характеръ. Но цѣли гражданскаго взысканія и денежнаго наказанія всегда различны. Различны поэтому и юридическія условія ихъ примѣненія.

Отличительный признакъ дисциплинарныхъ взысканій—въ томъ, что они имѣютъ своею цѣлью охрану закономъ установленнаго порядка какой-либо общественной дѣятельности.

Дисциплинарныя взысканія охраняютъ именно общественную, а не личную, индивидуальную дѣятельность. Общественная дѣятельность—это или совмѣстная дѣятельность нѣсколькихъ лицъ, соединенныхъ общемою цѣлью, общностью положенія, или дѣятельность отдѣльнаго лица, какъ представителя общественнаго союза. Примѣромъ дисциплины перваго рода могутъ служить дисциплины различнаго рода сословныхъ и профессиональных корпорацій; примѣромъ втораго рода—дисциплины въ отношеніи къ церковнымъ властямъ, служебному начальству.

Если кто мѣшаетъ другому въ его частной дѣятельности въ собственномъ личномъ интересѣ, это можетъ подать поводъ къ гражданской или къ уголовной отвѣтственности, по отноудъ не къ дисциплинарной. Не бываетъ дисциплины *индивидуальной, личной*: дисциплина всегда имѣетъ *общественный* характеръ, предполагаетъ непременно *общественную* дѣятельность.

Вмѣстѣ съ тѣмъ дисциплинарныя взысканія охраняютъ закономѣрный *порядокъ*, а не закономѣрныя послѣдствія общественной дѣятельности. Поэтому дисциплинарная отвѣтственность имѣетъ мѣсто за всякое нарушеніе порядка дѣятельности, выражающееся въ медленности, неисправности, въ нарушеніи должнаго приличія, въ поведеніи несогласномъ съ достоинствомъ выполняемаго общественнаго дѣла, независимо отъ того, приведетъ ли все это къ нарушенію чьихъ-либо гражданскихъ правъ или предписаній закона, охраняемыхъ карательной санкціей. Для примѣненія дисциплинарной отвѣтственности требуется именно только нарушеніе порядка, внѣ всякой зависимости отъ характера послѣдствій такого нарушенія. Если же они составляютъ преступное дѣяніе или гражданское правонарушеніе, тогда наряду съ дисциплинар-

ной отвѣтственностью и независимо отъ нея найдутъ себѣ примѣненіе уголовныя кары и гражданскій искъ.

Цѣль дисциплинарныхъ взысканій заключается такимъ образомъ именно въ охранѣ закономѣрнаго порядка разнообразныхъ проявленій общественной дѣятельности.

Порядокъ общественной дѣятельности можетъ быть нарушаемъ не только ея активными участниками, но и просто присутствующими при ней лицами, напримѣръ, публикой въ засѣданіяхъ суда, парламента, земскаго собранія, ученаго общества. И на эту публику распространяется власть дисциплинарныхъ взысканій предсѣдателя. Изъ этого видно, что основой дисциплинарной отвѣтственности нельзя считать участіе въ особомъ отношеніи властвованія. Человѣкъ, зашедшій послушать пренія въ ученомъ обществѣ, не входитъ въ силу этого въ особое отношеніе властвованія къ его предсѣдателю. И во всякомъ случаѣ это пресловутое отношеніе властвованія ни въ чемъ иномъ, кромѣ дисциплинарныхъ мѣръ, и выразиться не можетъ.

Съ другой стороны, и власть паложенія дисциплинарныхъ взысканій не непременно принадлежитъ тому, кто является субъектомъ охраняемой данными дисциплинарными взысканіями общественной дѣятельности. Государство предоставляетъ иногда осуществленіе дисциплинарной власти отдѣльнымъ общественнымъ союзамъ или коллегіальнымъ установленіямъ и ихъ представителямъ; но нерѣдко также оно оставляетъ осуществленіе дисциплинарной власти за своими собственными органами. Такъ органы, осуществляющіе дисциплинарную власть въ отношеніи къ служащимъ, суть, конечно, государственные органы, а не представители особой корпораціи чиновниковъ.

Наконецъ, иногда обѣ формы осуществленія дисциплинарной власти комбинируются такъ, что органы государственной власти признаются высшими дисциплинарными инстанціями надъ автономно осуществляющими дисциплинарную власть общественными союзами и коллегіальными установленіями. Такъ, напримѣръ, у насъ поставлена дисциплинарная отвѣтственность присяжныхъ повѣренныхъ. По всему этому нельзя въ

автономномъ осуществленіи видѣть отличительный признакъ дисциплинарной власти.

Цѣль дисциплинарныхъ взысканій—противодѣйствіе всякому нарушенію порядка общественной дѣятельности, а не только особенно опасному или вредоносному. Поэтому, въ отличіе отъ уголовной отвѣтственности, дисциплинарная отвѣтственность не предполагаетъ точно фиксированнаго состава дѣянія. Тутъ, какъ и въ гражданскомъ правѣ, всякое нарушеніе обязанности, вытекающей изъ установленнаго закономъ порядка общественной дѣятельности, ведетъ къ отвѣтственности, хотя-бы данное нарушеніе порядка и не было прямо предусмотрѣно закономъ. Въ сферѣ служебной дисциплины это выражается такъ, что всякое нарушеніе служебнаго долга, въ какихъ бы оно ни выразилось формахъ, предусмотрѣнныхъ или не предусмотрѣнныхъ закономъ, можетъ влечь за собой дисциплинарныя взысканія.

И въ другомъ еще отношеніи дисциплинарная отвѣтственность имѣетъ сходство съ гражданской: дисциплинарное преслѣдованіе не обязательно, а имѣетъ факультативный характеръ. Осуществленіе дисциплинарной власти есть право, а не обязанность. Неосуществленіе дисциплинарной власти, не смотря на завѣдомую наличность нарушенія порядка службы, не составитъ наказуемаго отказа въ правосудіи или неправосуднаго производства дѣла. Такъ и въ проеетѣ: ст. 549, устанавливая наказуемость невозбужденія при такихъ условіяхъ уголовного преслѣдованія, не распространяетъ этого постановленія на дисциплинарное преслѣдованіе.

Таковы черты, сближающія дисциплинарную отвѣтственность съ гражданской. Но рядомъ съ этимъ дисциплинарная отвѣтственность имѣетъ свойства, сближающія ее съ уголовной. Таковы, прежде всего, самыя мѣры дисциплинарныхъ взысканій, ихъ виѣшняя форма. Они имѣютъ форму не возмѣщенія или вознагражденія, а попужденія и воздержанія.

Во-вторыхъ, дисциплинарныя взысканія, подобно уголовнымъ карамъ, имѣютъ строго личный характеръ. Въ отношеніи къ нимъ не можетъ быть никакого преемства.

Подъ дисциплиной въ широкомъ смыслѣ слова разумѣютъ

всякія мѣры, направленныя къ охранѣ порядка совмѣстной дѣятельности или жизни, даже противъ дѣйствій, исходящихъ отъ лицъ невмѣняемыхъ. Такова, на примѣръ, дисциплина въ отношеніи малолѣтнихъ дѣтей въ семьѣ и въ школахъ, въ отношеніи душевно-больныхъ въ больницахъ. Эти формы дисциплины опредѣляются не юридическими, а совершенно иными началами: педагогическими и психіатрическими. Юридической нормировкѣ могутъ подлежать только послѣдствія, уже уголовнаго свойства, злоупотребленій такого рода педагогической или врачебной дисциплиной. Потому о дисциплинарномъ правѣ въ подобныхъ случаяхъ едва-ли можно говорить. Юристы здѣсь не компетентны: это—сфера врача и воспитателя.

Итакъ, о дисциплинарной отвѣтственности, какъ юридическомъ институтѣ, можно говорить лишь настолько, насколько дѣло касается вмѣняемыхъ субъектовъ. Дисциплина малыхъ дѣтей и душевно-больныхъ ничего юридическаго въ себѣ не заключаетъ. Но и за этимъ ограниченіемъ мѣры, направленныя къ охранѣ законнаго порядка совмѣстной дѣятельности отъ посягательства вмѣняемыхъ субъектовъ, не всегда представляютъ чистый типъ дисциплинарныхъ высеканій.

Такъ какъ задача дисциплинарныхъ взысканій—только охранить порядокъ совмѣстной дѣятельности, то чисто дисциплинарный характеръ они сохраняютъ лишь пока не идутъ далѣе устраненія нарушителя отъ данной совмѣстной дѣятельности: исключенія изъ собранія, удаленія отъ службы, отлученія отъ церкви. Когда участіе нарушителя въ данной дѣятельности добровольное, вызываемое его собственными духовными или матеріальными интересами, такими мѣрами и возможно дѣйствительно охранить должный порядокъ совмѣстной дѣятельности. Но совѣтъ иначе ставится дѣло, когда участіе нарушителя обязательное, имѣетъ для него значеніе не преимущества, а повинности. При такихъ условіяхъ устраненіе отъ дѣятельности не можетъ быть высшей мѣрой дисциплинарнаго взысканія, такъ какъ для устраненнаго это будетъ скорѣе наградой, поощреніемъ.

Здѣсь необходимо обращаться къ другимъ, болѣе суровымъ мѣрамъ понужденія, не ограничивающимся лишь отношеніями нарушителя къ дѣятельности, порядокъ которой имъ нарушенъ:

приходится воздѣйствовать на такія блага, которыя принадлежать нарушителю независимо отъ его участія въ данной общественной дѣятельности. Значеніе такихъ мѣръ для гражданской свободы заставляеть обставлять ихъ примѣненіе приблизительно тѣми же гарантіями, какими обставлено осуществленіе уголовно-карательной власти.

Поэтому мѣры охраны порядка такой общественной дѣятельности, участіе въ которой имѣеть обязательный характеръ, характеръ повинности, не являются уже чисто-дисциплинарными взыскаціями, а приближаются къ уголовной отвѣтственности, сливаются съ нею и образуютъ нѣкоторую новую, гибридную форму отвѣтственности. Различіе дисциплинарной и уголовной отвѣтственности сохраняется при такихъ условіяхъ только въ тяжести каръ, и между обоими видами такой смѣшанной уголовно-дисциплинарной отвѣтственности устанавливается взаимно исключающее соотношеніе.

Таково именно соотношеніе дисциплинарной и уголовной отвѣтственности въ войскѣ. И для цѣлей дисциплины тутъ приходится прибѣгать къ тяжкимъ карамъ. Наложеніе ихъ поручается особымъ военнымъ судамъ, которые вмѣстѣ съ тѣмъ руководятся въ своей дѣятельности не одними началами уголовного права, но и соображеніями воинской дисциплины. Въ результатѣ получается полу-судебный, полу-дисциплинарный органъ, и такъ какъ его приговоры представляютъ осуществленіе не только вѣднѣй уголовного закона, но и требованій дисциплины, его дѣятельность исключаетъ, конечно, надобность еще дополнительнаго дисциплинарнаго преслѣдованія.

Но военная дисциплина и военно-уголовная власть не входятъ въ задачу моего изслѣдованія, а участіе въ службѣ гражданской въ настоящее время во всѣхъ государствахъ признается добровольнымъ, разсматривается не какъ повинность, а какъ право, у насъ даже какъ особое преимущество, обусловленное происхожденіемъ или образованіемъ. Поэтому гражданская служебная дисциплина должна бы была представлять совершенно чистый видъ дисциплины.

Наше дѣйствующее законодательство держится однако

старого ученія, отождествляющаго дисциплинарную отвѣтственность служащихъ съ уголовной и видящаго различіе между ними лишь по большей и меньшей тяжести наказаній. Послѣдовательно проводя такой взглядъ, законодательство наше допускаетъ наложеніе и дисциплинарныхъ взысканій, даже самыхъ незначительныхъ, какъ выговоръ и замѣчанія, только за дѣянія, предусмотрѣнныя въ Уложеніи о наказаніяхъ. Таковъ прямой смыслъ ст. 172 Общ. учр. губ.; такова и практика Сената.

Правда, въ послѣднее время въ литературѣ нашей было высказано г. Денисьевымъ ¹⁾ мнѣніе, будто ст. 172 Общ. учр. губ. представляетъ ошибку кодификаціи и включенныя въ пей слова „на основаніи Уложенія о наказаніяхъ“ ни на чемъ не основаны. Въ доказательство дѣлается указаніе на то, что въ ст. 66 Улож. наказ., приведенной въ цитатѣ подъ этой статьей, нѣтъ такой оговорки. Но дѣло въ томъ, что сама то ст. 66 помѣщена въ Уложеніи, въ первомъ раздѣлѣ, и поэтому самое мѣсто находенія дѣлаетъ въ пей такую оговорку совершенно излишней. И въ другихъ статьяхъ этого раздѣла Уложенія нѣтъ оговорки, что онѣ относятся къ опредѣленію наказаній только за дѣянія, предусмотрѣнныя въ Уложеніи. Это явствуетъ само собой изъ того, что онѣ помѣщены въ Уложеніи. При переносѣ же такихъ постановленій въ другія части Свода законовъ для сохраненія ихъ истиннаго смысла въ общемъ контекстѣ Уложенія, необходимо было добавить указанныя слова. Это совершенно разумный и правильный кодификаціонный пріемъ, а не ошибка.

Только за послѣднее десятилѣтіе законодательство наше мало по малу начинаетъ отказываться отъ отождествленія дисциплинарной отвѣтственности съ уголовной, допуская наложеніе дисциплинарныхъ взысканій и за дѣянія, не предусмотрѣнныя въ Улож. наказ., и въ дополненіе къ наложенію уголовнымъ судомъ наказанію. Такая постановка придана

¹⁾ Предѣлы власти начальства при наложеніи дисциплинарныхъ взысканій, Жур. Мин. Юст., 1895, Май, стр. 29.

дисциплинарной отвѣтственности судей закономъ 1885 года и дисциплинарной отвѣтственности земскихъ начальниковъ закономъ 1889 года.

Ст. 295² Учр. суд. уст. допускаетъ увольненіе судьи отъ должности въ дисциплинарномъ порядкѣ за всѣ тѣ дѣйствія, которыя, „будучи несомѣстны съ достоинствомъ судейскаго званія и получивъ огласку, лишаютъ совершившаго ихъ судью необходимыхъ для сего званія довѣрія и уваженія“. Ст. 296 распространяетъ это правило на судей, подвергшихся личному задержанію за долги или объявленныхъ несостоятельными должниками. Ст. 295 предписываетъ, что въ тѣхъ случаяхъ, „когда судья будетъ въ уголовномъ порядкѣ подвергнутъ какому-либо наказанію, хотя-бы и не соединенному съ потерей права на службу, то обстоятельство это передается на обсужденіе высшаго дисциплинарнаго присутствія, которое, потребовавъ объясненіе отъ сего судьи, можетъ, смотря по обстоятельствамъ, постановить объ увольненіи его отъ должности“. Подобныя же постановленія содержатъ и ст. 139 Пол. зем. нач.

Конечно, можетъ показаться страннымъ, что подобное расширеніе дисциплинарной отвѣтственности установлено для судей и административныхъ чиновъ, выполняющихъ судебныя функціи, и не распространено на чисто-административныхъ должностныхъ лицъ. Но это объясняется существованіемъ извѣстнаго третьяго пункта, ст. 761, 762 и 806, п. 3 Уст. служб. прав., дающаго административному начальству право и безъ соблюденій условій дисциплинарнаго производства неспособныхъ или неблагонадежныхъ увольнять отъ должности даже безъ объясненія причины. Этимъ, конечно, чрезмѣрно и нецѣлесообразно расширяется власть начальства и служащіе ставятся въ совершенно безправное положеніе. Но, какъ на это уже было указано въ замѣчаніяхъ на проектъ С.-Петербургскаго юридическаго общества (стр. 60), появленіе третьяго пункта было въ извѣстной степени вызвано неправильной постановкой дисциплинарной отвѣтственности въ Уложеніи 1845 года, допустившемъ наложеніе и дисциплинарныхъ взысканій только за дѣянія, предусмотрѣнныя въ Уложеніи.

Въ объяснительной запискѣ къ проекту ¹⁾ это объясненіе признается неправильнымъ и заявляется, что „истинныя причины этого, во всякомъ случаѣ, ненормальнаго явленія, въ нашемъ законодательствѣ лежатъ внѣ связи съ Уложеніемъ, въ сторонѣ отъ усвоенной Уложеніемъ постановки служебныхъ проступковъ“. Доказательствъ, однако, не приводится никакихъ. Между тѣмъ въ дѣйствительности положеніе Комитета Министровъ 7 ноября 1850 г., установившее третій пунктъ, было вызвано представленіемъ статьи-секретаря Танъева о тѣхъ затрудненіяхъ, въ какія ставится инспекторскій департаментъ сохраняющей вопреки постановленіямъ Уложения 1845 г. практикою „отставленія“, какъ тогда говорили, отъ должностей безъ объясненія причинъ. Танъевъ предлагалъ постановить, чтобы впредь допускалось увольненіе безъ прошенія не иначе, какъ согласно постановленіямъ Уложения. Но другіе члены Комитета (въ особенности графъ Блудовъ и графъ Панинъ, представившіе о томъ особыя записки) находили такой порядокъ практически невозможнымъ и считали необходимымъ сохранить за начальствомъ право увольнять неблагонадежныхъ чиновниковъ и тогда, когда не можетъ быть доказана ихъ виновность въ дѣяніяхъ, предусмотрѣнныхъ Уложеніемъ. Въ такомъ смыслѣ и состоялось Высочайше утвержденное 7 ноября 1850 г. положеніе Комитета.

Такимъ образомъ есть дѣйствительное основаніе утверждать, что отмѣна третьяго пункта предполагаетъ непременно измѣненіе существующей у насъ постановки дисциплинарной отвѣтственности въ смыслѣ признанія ея принципиальнаго отличія отъ уголовной отвѣтственности, и нельзя поэтому не пожалѣть, что проектъ уголовного Уложения остался вѣрнѣ въ этомъ отношеніи принятому въ дѣйствующемъ Уложеніи взгляду на дѣло.

¹⁾ Томъ VIII, стр. 57.