

4.813 Проф. М. П. Чубинский

КАБИНЕТ  
УГОЛОВНОГО ПРАВА  
В ГЕО. УНИВЕРСИТЕТА.

# СТАТЬИ И РѢЧИ

ПО ВОПРОСАМЪ

УГОЛОВНАГО ПРАВА И ПРОЦЕССА.

(1896—1906 г.г.).

ЮРИДИЧЕСКІЙ  
КАБИНЕТЪ  
В. Ж. К.



ХАРЬНОВЪ

Типографія „Печатное Дѣло“ кн. К. Н. Гагарина, Клочковская ул., № 5.  
1906.

1001 22-1кад.

---

На основании ст. 41 § 1 п. 4 и ст. 138 Унив. Уст. выпустить въ  
свѣтъ разрѣшается. 10 Апрѣля 1906 года.  
Ректоръ Университета *Л. Рейнхардъ.*

---



## ОГЛАВЛЕНІЕ.

	<i>Стр.</i>
1. Обратное дѣйствіе уголовного закона . . . . .	1
2. Борьба съ дѣтской преступностью . . . . .	45
3. Общая характеристика новыхъ ученій въ уголовномъ правѣ	61
4. Основанія и цѣли государственной дѣятельности, направленной на борьбу съ преступностью . . . . .	87
5. Наука уголовного права и ея составные элементы . . . . .	102
✓ 6. Значеніе въ уголовномъ правѣ мотива преступной дѣятельности . . . . .	166
7. О значеніи уголовно-политическаго элемента въ наукѣ уголовного права . . . . .	175
8. Профессоръ Вильгельмъ Эмиль Вальбергъ . . . . .	183
9. Профессоръ А. Ѳ. Кистяковский . . . . .	203
10. К. В. Шавровъ . . . . .	211
✓ 11. Смертная казнь и военные суды . . . . .	216
✓ 12. Къ вопросу объ экономическихъ факторахъ преступности	224
13. Современная борьба взглядовъ за и противъ суда присяжныхъ	245
14. Судъ присяжныхъ и новая практика сената . . . . .	279
15. Къ вопросу о судебномъ прецедентѣ . . . . .	298

---

## ВАЖНѢЙШІЯ ОПЕЧАТКИ:

### *Напечатано на стр.:*

153 примѣч. Listz  
158 примѣч. gesamte  
159 (11 стр. снизу) отставила  
160 примѣч. Kappler  
166 (строка 4-я) уверерты  
166 (строка 8-я) программныхъ  
166 примѣч. Strufrechts pflege  
    ibid. sociologige  
    ibid. Serichts.  
167 прим. Politikals  
    ibid. politigue  
    ibid. Meger Hago  
    ibid. Mittermager  
    ibid. Einkommen  
    ibid. Schweiz  
172 Ченчіо  
174 туважность  
175 (стр. 3-я) относятся

### *Слѣдуетъ читать:*

Listz  
gesamnte  
отставвала  
Kappler  
увѣрены  
програмныхъ  
Strafrechtspflege  
sociologique  
Gerichts.  
Politik als  
politique  
Meyer Hugo  
Mittermayer  
Einkommen  
Schweiz.  
Ченчіо  
ту важность  
относится

## ПРЕДИСЛОВІЕ.

---

За истекшее десятилѣтіе авторомъ былъ напечатанъ рядъ статей и рѣчей, выпускаемыхъ теперь въ видѣ сборника, пополненнаго и кое чѣмъ, еще не появившимся въ печати. Ранѣе напечатанный матеріалъ перепечатанъ теперь почти безъ измѣненій въ томъ видѣ, какъ онъ появлялся въ свѣтъ; исправлены лишь устарѣвшія мѣста да сдѣланы небольшія измѣненія редакціоннаго характера.

Конечно, даже на пространствѣ сравнительно небольшого десятилѣтняго періода въ научныхъ воззрѣніяхъ автора не могло не произойти нѣкоторой эволюціи, но авторъ рѣшилъ ввести въ книгу все свои небольшія работы по уголовному праву и процессу, ибо въ основныхъ чертахъ онъ сохранилъ то научное сгедо, которое у него сложилось въ началѣ его преподавательской дѣятельности и самостоятельныхъ занятій.

Статьи расположены не въ хронологическомъ порядкѣ, а въ порядкѣ хотя бы нѣкоторой однородности ихъ по содержанію. Три послѣднія работы относятся уже не къ матеріальному, а къ процессуальному уголовному праву.

*М. Чубихскій.*

26 Марта 1906 года.  
Харьковъ.

---

## Обратное дѣйствіе уголовного закона <sup>1)</sup>.

Избранный нами для изслѣдованія вопросъ не блещетъ ни особенной новизной, ни интересомъ минуты. Многое уже написано и даже нѣсколько разъ повторено, да и самъ вопросъ въ сущности не обширенъ, но мы все-таки считаемъ необходимымъ на немъ остановиться. Дѣло въ томъ, что до недавняго времени представители науки согласно выступали противъ обратнаго дѣйствія болѣе строгаго закона и въ то же время допускали такое же дѣйствіе болѣе мягкаго закона: вся разница была въ томъ, что одни видѣли правовыя основанія для такой постановки вопроса, а другіе, не усматривая правовыхъ основаній, приписывали тѣ же выводы по соображеніямъ милости, гуманности, снисходительности и т. п.

То же начало проводили и современные европейскіе кодексы.

Обращаясь къ настоящему времени, мы видимъ, что прежняго согласія во взглядахъ на данный вопросъ не существуетъ. Теорія Биндинга, появившаяся въ Германіи и допускающая примѣненіе какъ болѣе мягкихъ, такъ и болѣе строгихъ законовъ, хотя бы и вновь изданныхъ, къ дѣяніямъ ранѣе учиненнымъ, если они и тогда были наказуемы, не только встрѣтила поддержку со стороны нѣкоторыхъ авторитетныхъ представителей русской криминалистики, но даже нашла себѣ (хотя и въ смягченномъ видѣ) примѣненіе въ проектѣ нашего новаго кодекса <sup>2)</sup>. Этотъ фактъ, выдѣляя наше отечественное законодатель-

<sup>1)</sup> Напечатано въ 1896 году отдѣльной брошюрой и въ «Ежегодникѣ» кievской коллегіи Павла Галагана.

<sup>2)</sup> Нынѣ уголовное уложеніе. Мы дальше въ текстѣ оставляемъ ссылки на проектъ, ибо существа дѣла это не мѣняетъ: ст. 14 новаго уложенія почти дословно воспроизводитъ ст. 12 проекта, на которую была направлена наша критика.



ство и ставя его особнякомъ отъ современныхъ европейскихъ кодексовъ, вполнѣ по данному вопросу солидарныхъ, заставляеть, какъ намъ кажется, призадуматься и критически пересмотрѣть тѣ основы, на которыхъ зиждется новое ученіе, а также прослѣдить историческій ходъ нашего законодательства и рѣшить, насколько его духу и смыслу свойственно принятое проектомъ нововведеніе. Это и составляетъ задачу настоящаго изслѣдованія.

## I.

Одинъ изъ основныхъ принциповъ уголовного права гласить: «*nullo in crimine, nulla poena sine lege*», т. е., выражаясь подробнѣе, никакое дѣяніе нельзя считать преступленіемъ, если имъ не нарушенъ уголовный законъ, и никакое наказаніе не можетъ быть наложено на преступника, помимо того, которое опредѣлено закономъ.

Важность этого принципа не можетъ быть оспариваема и не требуетъ особыхъ комментаріевъ: неприкосновенность правъ и свободы каждаго гражданина очевидно требуетъ точныхъ, опредѣленныхъ гарантій, выражающихся въ томъ, что пока гражданинъ не совершилъ дѣянія, запрещеннаго закономъ, онъ не можетъ быть подвергнутъ наказанію, а если гражданинъ нарушилъ запретъ закона, то онъ долженъ быть наказанъ по закону, т. е. не свыше установленнаго закономъ *maximum'a*.

Само собою разумѣется, что здѣсь идетъ рѣчь о законѣ дѣйствующемъ, т. е. уже вошедшемъ въ силу и еще не отмѣненномъ. Пока законъ, хотя бы и совершенно выработанный и получившій уже санкцію верховной власти, еще остается, такъ сказать, въ портфель законодателя и необнародованъ—примѣнять его нельзя: онъ остается невзвѣстнымъ народной массѣ, каждая единица которой не можетъ отвѣчать за нарушение запрета, ей необъявленнаго. Съ другой стороны, разъ государство отмѣнило свой запретъ, и гражданинъ послѣ этого совершилъ дѣяніе, бывшее прежде запрещеннымъ, то разумѣется наказуемости быть не можетъ: въ противномъ случаѣ государство ста-

петь въ противорѣчіе съ самимъ собой и проявить произволь, лишенный всякаго смысла. «Главный элементъ преступленія», говоритъ Лена: «это его характеръ какъ дѣянія, запрещеннаго подь угрозой наказанія, дѣянія, которое законъ отмѣтилъ между всѣми другими дѣяніями... Для гражданъ все, что не запрещено— позволено». Подобныя же положенія мы встрѣчаемъ и у другихъ криминалистовъ; съ ними согласуется и законодательство нашего времени; они являются общепризнанными; но въ то же время этими положеніями не исчерпывается рядъ случаевъ, вызывающихъ разногласіе; къ нимъ мы и переходимъ.

Дѣло въ томъ, что законодательство каждой страны неизбежно переживаетъ рядъ частыхъ измѣненій. Въ виду переменчивости общественныхъ правовъ и понятій, въ общемъ ходѣ прогресса, юридическія нормы не могутъ оставаться неподвижными: разойдясь съ идеями вѣка, онѣ могутъ вызвать справедливый ропотъ просвѣщенной части общества, подорвать уваженіе къ справедливости и закону, а иногда даже стать мертвой буквой. Но въ то же время, сообразуясь съ новыми потребностями, государство должно дѣйствовать очень внимательно и осторожно; его задача заключается въ томъ, чтобы по возможности цѣлесообразно комбинировать новыя требованія жизни съ существующимъ порядкомъ; задача эта безусловно не легка, что и влечетъ за собою необходимую, хотя и нежелательную, медленность прогресса въ области законодательства.

Движеніе въ этой области тѣмъ не менѣе идетъ безостановочно и въ особенности сказывается въ сферѣ дѣйствія уголовного права. Оно наиболее чувствительно отражаетъ современныя ему общественныя воззрѣнія на добро и зло, на правду и неправду; нерѣдко также въ немъ происходятъ измѣненія относительно размѣра наказуемости дѣяній или относительно способа кары подь вліяніемъ политическихъ страстей и другихъ временныхъ и преходящихъ условій, а также подь могучимъ давленіемъ новой философской мысли.

Отсюда понятны частыя отмѣны и измѣненія существующихъ уголовныхъ законовъ, иногда быстро слѣдующихъ другъ за другомъ, а какъ результатъ такой смѣны нерѣдки такія явле-



нія, что въ то время какъ суду приходится разбирать преступное дѣяніе и налагать за него наказаніе, законъ, опредѣлявшій составъ и наказуемость этого дѣянія во время его совершенія, оказывается уже измѣненнымъ, и судъ становится лицомъ къ лицу съ вопросомъ: какой законъ должно примѣнить къ дѣянію подсудимаго—старый или новый. Такимъ образомъ уже выступаетъ новая сторона вопроса о дѣйствіи уголовного закона во времени.

Доктрина, рассматривая эту сторону вопроса, создала нѣсколько теорій съ самой разнообразной мотивировкой. Чтобы не обременять нашей статьи излишними и утомительными подробностями, мы ограничимся типичными примѣрами.

До появленія теоріи Биндинга всѣ существовавшія въ доктринѣ мнѣнія могутъ быть сведены къ тремъ теоріямъ. Наиболѣе распространенная изъ нихъ утверждаетъ, что по общему принципу къ преступному дѣянію долженъ примѣняться законъ времени его совершенія, но изъ этого принципа дѣлается изъятіе для тѣхъ случаевъ, когда новый законъ болѣе снисходителенъ къ участи преступника, чѣмъ прежній. Положеніе это формулируется вкратцѣ такъ: «только болѣе мягкій законъ долженъ имѣть обратное дѣйствіе». Въ этомъ смыслѣ высказались иностранные криминалисты: Абегтъ, Крутъ, Зеегеръ, Цахаріэ, Бернеръ, Гейбъ, Гаусъ, Гарро, Вехтеръ, Гуго Мейеръ, Кестлингъ, Темме, Пульфермахеръ и др. и русскіе криминалисты: Б.-Котляревскій, Кистяковскій, Неклюдовъ и Спасовичъ; такую же постановку вопроса дали, говоря объ уголовномъ законѣ, государствовѣдъ Градовскій и цивилистъ Малышевъ.

Наиболѣе обстоятельно изложена эта теорія у проф. Б.-Котляревскаго, поэтому мы на ней и остановимся.

По мнѣнію проф. Котляревскаго, для правильнаго рѣшенія необходимо взять исходной точкой интересы охраны правъ личности и поддержанія правопорядка; какъ тѣмъ, такъ и другимъ интересамъ мы удовлетворимъ, признавъ, что только болѣе мягкій уголовный законъ можетъ имѣть обратную силу. Противоположное же рѣшеніе вопроса было бы и несправедливымъ и неполитичнымъ: несправедливымъ—потому, что пришлось бы подвергать преступ-



ника такому наказанію, которое самимъ законодателемъ признано или совершенно неумѣстнымъ, или слишкомъ строгимъ; неполитичнымъ потому, что наказуемость преступленій по старому закону, не отвѣчающему уже современнымъ требованіямъ, и при наличности новаго болѣе мягкаго, болѣе цѣлесообразнаго закона, способна скорѣе пошатнуть общественный порядокъ, чѣмъ его поддерживать. Юридическая основа предложеннаго рѣшенія слагается такимъ образомъ изъ двухъ элементовъ; первый—охрана правъ личности—имѣеть юридическій характеръ потому, что интересы личности (хотя бы и преступной) отнюдь не выходятъ изъ предѣловъ права: гражданинъ, посягнувшій на уголовную норму, не теряетъ еще вслѣдствіе этого всѣхъ своихъ правъ передъ государствомъ; второй элементъ—поддержаніе правопорядка въ обществѣ—не требуетъ доказательствъ своего юридическаго характера, который и безъ того ясно видѣнъ. Отсюда понятно, что только болѣе мягкій законъ можетъ имѣть обратное дѣйствіе: только онъ гарантируетъ права личности отъ государственнаго произвола и содѣйствуетъ поддержанію общественнаго порядка.

Другіе криминалисты, защищая такую же постановку вопроса, указываютъ какъ на основаніе, что данное рѣшеніе опирается на прочную почву общественной пользы (Гарро) или на то, что нельзя примѣнять новый болѣе строгій законъ къ дѣянію, учиненному въ такое время, когда по общему правобудженію оно считалось непреступнымъ или менѣе преступнымъ (Кестлианъ); нѣкоторые находятъ, что судья (какъ органъ государства, налагающаго наказаніе) не долженъ допускать несправедливости и поэтому долженъ примѣнять всегда болѣе мягкій законъ, ибо этимъ закономъ болѣе суровое прежнее наказаніе какъ бы объявляется за несправедливость (Темме); нѣкоторые, наконецъ, признають правило обратнаго дѣйствія болѣе мягкихъ законовъ не излѣтіемъ, а прямо основнымъ принципомъ (Пульфермахеръ).

Родоначальникъ второй теоріи, Беккеръ, указывалъ, что уголовный законъ есть не только наставленіе для судьи (при такомъ значеніи онъ всегда долженъ былъ бы немедленно примѣняться), а сверхъ того черезъ обнародованіе получаетъ значеніе общественнаго запрета; поэтому всякое преступленіе, какъ нарушеніе

опредѣленнаго запрета, въ самый моментъ его совершенія получаетъ прочное юридическое значеніе и должно влечь за собою послѣдствія, указанныя въ томъ законѣ, запретъ котораго былъ нарушенъ. Исходя изъ этихъ соображеній, обратную силу болѣе строгихъ законовъ авторъ признавалъ проявленіемъ со стороны государства первобытнаго произвола, противоправнымъ и законопреступнымъ насиліемъ, обратную же силу болѣе мягкихъ законовъ разсматривалъ не какъ дѣйствіе для государства обязательное, а какъ добровольный актъ помилованія или смягченія участи преступниковъ.

Послѣдователи Беккера нѣсколько видоизмѣнили его теорію тѣмъ, что обратное дѣйствіе болѣе мягкихъ законовъ стали признавать не актомъ помилованія, а необходимымъ слѣдствіемъ, вытекающимъ изъ соображеній гуманности (Лассонъ) и уголовной политики (Листъ, Есиповъ, Владиміровъ).

Типическимъ представителемъ третьей теоріи по интересующему насъ вопросу является Шварце. По защищаемому имъ общему принципіальному правилу законъ со дня его обнародованія долженъ примѣняться ко всѣмъ дѣяніямъ (въ томъ числѣ и къ ранѣ учиненнымъ) даже въ апелляціонныхъ и касационныхъ инстанціяхъ. Но этотъ принципъ Шварце не проводитъ безусловно. Онъ признаетъ, что съ обратной силой новыхъ законовъ стоитъ въ противорѣчій правило, по которому нарушение закона не должно наказываться строже, чѣмъ предписывалъ нарушенный законъ, и дѣяніе не можетъ быть признано уголовнымъ, если оно не было ранѣ запрещено закономъ. Поэтому, для устраненія даннаго противорѣчія, авторъ допускаетъ обратную силу только болѣе мягкихъ законовъ и видитъ для этого правовое основаніе въ томъ, что законодатель, объявивши правильнымъ болѣе мягкое осужденіе дѣянія, не можетъ допустить наказуемости въ такихъ размѣрахъ, которые теперь въ его глазахъ уже не являются справедливыми.

Другой послѣдователь данной теоріи, Гейеръ, защищаетъ ее потому, что считалъ принципіально вѣрнымъ обратное дѣйствіе какъ болѣе строгихъ, такъ и болѣе мягкихъ законовъ. Въ уголовномъ законѣ, по его словамъ, государство высказываетъ убѣжденіе въ томъ, что правильное осуществленіе его карательнаго права



отпущенъ и до измѣненія закона можетъ быть выполнено только на основаніи новаго, а не на основаніи прежняго, повому закону противорѣчащаго предписанія. Не допуская по изъятію изъ этого принципа обратной силы болѣе строгихъ законовъ, Гейеръ указывалъ, что этимъ устанавливается противовѣсъ кабинетной юстиціи и произволу власти.

Вотъ какова была постановка даннаго вопроса въ доктринѣ до появленія теоріи Биндинга. Какъ мы видѣли, при всемъ разнообразіи исходныхъ точекъ и мотивовъ, были ли то соображенія гуманности, соображенія ли политическія или юридическія, всѣ писатели допускали на практикѣ обратную силу только болѣе мягкихъ законовъ.

Совершенно иначе взглянулъ на дѣлю Биндингъ, создавшій новую теорію, основанную на различіи между нормой и уголовнымъ закономъ. Къ нему вскорѣ примкнулъ Гельшперъ, изложивъ его теорію со своеобразной терминологіей, но съ тѣми же самыми теоретическими основами и практическими выводами. Наконецъ, у насъ въ Россіи та же теорія была нѣсколько шире разработана проф. Сергѣевскимъ и въ особенности проф. Таганцевымъ.

Основные положенія, выставленныя всѣми указанными криминалистами, представляются въ слѣдующемъ видѣ:

1) Въ уголовномъ законѣ лежитъ центръ тяжести карательной власти государства, которое всегда можетъ наказывать преступника по повому закону, не стѣняясь минимымъ его правомъ на наказаніе по закону времени совершенія преступленія; 2) такое право не можетъ имѣть для себя точки опоры, ибо преступникъ нарушаетъ не законъ, а норму, лежащую въ основѣ этого закона; поэтому, разъ норма остается неизмѣнной, а измѣнилась только прежняя наказуемость, то къ преступнику долженъ быть примененъ новый законъ, т. е. юридическія послѣдствія преступленія должны опредѣляться исключительно на основаніи новаго закона; 3) къ такому же выводу приходится прійти, если разсматривать уголовный законъ какъ наставленіе для судьи—криминалиста: этотъ послѣдній, очевидно, долженъ примѣнять новое наставленіе государства, а не старое; 4) законъ, говоря: «виновный въ убійствѣ подлежитъ каторгѣ отъ 10 до 15 лѣтъ», обра-

щаетъ къ каждому требованіе: «не убивай», а не требованіе: «не убивай, ибо за этимъ послѣдуетъ каторга, поэтому преступникъ не можетъ, ссылаясь на прежній законъ, требовать, чтобы къ нему не былъ примѣненъ новый болѣе строгій законъ; съ юридической точки зрѣнія можно говорить только о правахъ, которыя рождаются изъ преступленія для государства и пострадавшаго, а не о правахъ преступника, для котораго существуютъ только *obligationes ex delicto*, ибо онъ по отношенію къ карательному праву государства является страдательнымъ объектомъ, а не противной партией, имѣющей какія либо права; у него нѣтъ договорныхъ отношеній съ государствомъ и слѣдовательно онъ не можетъ требовать, чтобы государство не возвышало произвольно прежней ответственности за его дѣяніе; 5) если уголовный законъ обязываетъ государство не налагать за преступленія другихъ наказаній, кромѣ определенныхъ въ дѣйствующемъ законѣ, и если эта обязанность возникаетъ со дня вступленія закона въ силу, то отсюда очевидно, что государство съ этого дня можетъ допустить осуществленіе угрозы только новаго закона: иначе оно станетъ въ противорѣчіе со своими собственными обязанностями: 6) для примѣненія стараго болѣе мягкаго закона нѣтъ даже основаній справедливости: и суровые и кроткіе законы одинаково стоятъ подъ знаменемъ долга и не являются произведеніемъ, первые—жестокій суровости, а вторые—прекрасной человѣчности. Государство для выполненія своей задачи обязано въ одномъ случаѣ смягчать, въ другомъ—усиливать репрессію, и если оно признало необходимымъ ее усилить, то и должно проводить такое усиленіе на практикѣ; 7) вообще, рѣшеніе вопроса о томъ, какими послѣдствіями должно сопровождаться преступное дѣяніе, всецѣло принадлежитъ государству; право наказанія есть право государства на принужденіе, объемъ и содержаніе котораго опредѣляется только въ моментъ назначенія наказанія.

Основываясь на этихъ соображеніяхъ, писатели даннаго направленія допускаютъ обратное дѣйствіе и болѣе строгихъ и болѣе мягкихъ законовъ, признавая лишь два изъятія:

1) Если новый законъ устанавливаетъ наказуемость дѣяній, которыя прежде не были наказуемыми, то онъ не долженъ при-



мѣняться къ такого рода дѣяніямъ, ранѣе учиненнымъ, ибо карательная обязанность государства, которая не была создана даннымъ дѣяніемъ до появленія новаго закона, не можетъ внезапно возникнуть изъ того же дѣянія въ силу новаго закона.

2) Если преступное и наказуемое дѣяніе становится по новому закону въ силу какихъ бы то ни было причинъ ненаказуемымъ, то въ этомъ случаѣ наложеніе наказанія становится невозможнымъ: новый законъ, вступивши въ силу, объявляетъ существовавшую карательную обязанность государства погашаю.—

Теперь, ознакомившись съ доводами защитниковъ какъ прежняго, такъ и новаго направленія, мы должны въ нихъ ориентироваться и отыскать правильную точку зрѣнія. Для этого мы обратимся къ пункту, съ котораго начинается разногласіе, а именно постараемся выяснитъ, что собственно представляетъ изъ себя уголовный законъ, каково его отношеніе къ судѣ, къ государству, къ преступнику, и какая связь между наказуемостью съ одной стороны и закономъ времени совершенія преступленія — съ другой. Заявляемъ при этомъ напередъ, что формулу: «только болѣе мягкій законъ долженъ имѣть обратное дѣйствіе» мы считаемъ наиболѣе правильной и гармонирующей какъ съ интересами гуманности, такъ и съ вѣрнымъ взглядомъ на задачи карательной дѣятельности государства. Постараемся доказать это.

Начнемъ съ отношенія къ новому закону судьи. Когда говорятъ (Темме), что примѣненіе новаго закона, если онъ болѣе строгъ, является несправедливостью, и что судья не долженъ примѣнять такого закона, ибо онъ обязанъ не допускать несправедливости, то, конечно, это мнѣніе неосновательно. Судѣ не дано власти «вязать и рѣшить»; онъ, какъ гражданинъ, можетъ считать тотъ или другой законъ несправедливымъ, но, какъ судья, какъ органъ государственной власти, онъ обязанъ исполнять велѣнія государства-законодателя, т. е. обязанъ примѣнять все издаваемые государствомъ законы. Допущеніе такого субъективизма судьи совершенно немыслимо: оно ведетъ къ судейскому произволу, что совершенно несовмѣстимо съ современными понятіями о прочномъ государственномъ строѣ. Другіе (Гаганцевъ, Биндингъ), наоборотъ, говорятъ, что съ точки зрѣнія судьи всегда

долженъ примѣняться новый законъ, какъ послѣднее по времени выраженіе авторитетной воли государства. Это мнѣніе упускаетъ изъ виду, что, издавая новые законы, государство можетъ указывать и порядокъ ихъ примѣненія. Оно можетъ, какъ это было сдѣлано въ Германіи, предписать судьямъ примѣнять въ каждомъ случаѣ болѣе мягкій уголовный законъ,—и это веленіе въ глазахъ судьи является веленіемъ авторитетной воли. Разъ такое веленіе существуетъ, судья долженъ примѣнять и старыя болѣе мягкія законы, ибо такова воля власти, исполнительнымъ органомъ которой онъ въ данномъ случаѣ является. Изъ этого, намъ кажется, ясно видна неправильность утвержденія, будто съ точки зрѣнія судьи всегда долженъ примѣняться новый, хотя бы и болѣе строгій законъ; точка зрѣнія судьи не можетъ играть никакой роли въ рѣшеніи данного вопроса: она является отраженіемъ взгляда законодательной власти, а этотъ взглядъ можетъ быть такимъ, и другимъ.

На очереди стоитъ у насъ вопросъ объ отношеніи уголовного закона къ нормѣ и объ его сущности.

Дѣйствительно, въ каждомъ законѣ (прямо или подразумеваемо) выражается извѣстный запретительный постулатъ («не воруй», «не убивай», «не нарушай общественной тишины» и т. п.), извѣстная норма, для охраны которой существуетъ санкціонирующая часть закона, указывая на тѣ послѣдствія, которыя должно повлечь за собою нарушение данной нормы. Эта санкціонирующая часть имѣетъ громадное значеніе: она превращаетъ норму моральную въ норму юридическую: въ сознаніи народа живетъ много нравственныхъ запретительныхъ требованій, но нарушение ихъ еще не составляетъ преступленія; для того, чтобы норма получила правовое значеніе, нужно, чтобы государство взяло ее подъ свою охрану и уголовной санкціей закона воспретило ея нарушение. Для права, такимъ образомъ, норма, стоящая внѣ уголовного закона, равна нулю. Мы должны признавать дѣяніе преступнымъ не потому, что оно нарушаетъ норму, а потому, что нарушение этой нормы запрещено государствомъ въ его уголовномъ законѣ. Преступность дѣянія создается, слѣдовательно, не противонормностью, а противозаконностью его.



Право государства на наказаніе виновнаго въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ должно опираться на опредѣленный уголовный законъ, иначе, вслѣдствіе своего неопредѣленнаго характера, оно будетъ граничить съ произволомъ. *Nullum crimen, nulla poena sine lege.*

Далѣе, если въ уголовномъ законѣ центръ карательной власти государства, то въ то же время для общества, для подданныхъ, законъ есть не что иное, какъ веленіе государственной власти, долженствующее быть мѣриломъ ихъ свободы и опредѣляющее послѣдствія, которыя должны постигнуть нарушителей государственнаго запрета. Это послѣднее значеніе законъ получаетъ послѣ обнародованія во всеобщее свѣдѣніе: только съ этого времени получаетъ практическую силу важный принципъ государственной кестиці: «незнаніемъ законовъ никто отговариваться не можетъ». Государство, будучи заинтересовано охраной общественнаго правопорядка, предъявляетъ къ своимъ подданнымъ рядъ обязательныхъ требованій и, обнародовавши ихъ, не принимаетъ отговорку, что кто либо изъ подданныхъ не зналъ о существованіи требованія и только потому позволилъ себѣ его не исполнить. Конечно, и послѣ обнародованія законы остаются для громаднаго большинства неизвѣстными, но тѣмъ не менѣе обязательную силу они получаютъ: государство создаетъ презумпцію, что всѣ послѣ обнародованія знаютъ законы, основываясь на томъ, что послѣ обнародованія ихъ можно, а слѣдовательно и должно знать.

Изъ сказаннаго понятію, почему мы не можемъ согласиться съ Биндингомъ, который объявилъ ложнымъ взглядъ на уголовный законъ, какъ на императивъ, но ни чѣмъ рѣшительно не доказалъ правильности своего утвержденія. Поэтому мы позволяемъ себѣ утверждать, что нарушеніе императива, т. е. преступленіе, должно влечь за собою послѣдствія, указанныя въ санкціонирующей части закона, охранявшей данный императивъ въ моментъ его нарушенія. Эти именно послѣдствія и должны наступить, а не какія-либо другія, хотя бы ихъ и ввелъ новый законъ, угроза котораго, конечно, не можетъ быть примѣнена къ человѣку о ней незнавшему.



Правда, разсуждая такимъ образомъ, мы вносимъ въ уголовное право фикцію, ибо никто почти изъ гражданъ, даже изъ юристовъ, не знаетъ какому наказанію онъ подвергнется, если нарушитъ тотъ или иной государственный запретъ; но развѣ не такой же фикціей является предположеніе, будто всѣ знаютъ законы, и основанное на немъ запрещеніе отговариваться признаніемъ законовъ? Разъ такая фикція существуетъ и получаетъ практическое примѣненіе, то на основаніи какой логики можно допустить, что человѣкъ, знающій запретительную часть статей уголовного кодекса, въ то же время не знаетъ санкцій этихъ статей. Намъ кажется, что одна презумпція неизбежно влечетъ за собой другую: государство, презюмируя, что всѣ знаютъ законы (чего, конечно, въ дѣйствительности нѣтъ), должно, чтобы не впасть въ противорѣчіе съ самимъ собою, допустить, что всѣ знаютъ и санкціонирующую часть закона, т. е. наказаніе, хотя такого знанія въ большинствѣ случаевъ также не существуетъ. Презумпція, даже фиктивная, будучи установлена государствомъ, должна влечь за собой со стороны государства признаніе вытекающихъ изъ нея выводовъ.

Итакъ, по общему принципу всякое преступное дѣяніе должно караться, вопреки Бидинггу, по закону времени его совершенія, а не по закону времени наказанія, т. е. вообще уголовный законъ не долженъ имѣть обратнаго дѣйствія. *Moneat lex, priusquam feriat.*

Посмотримъ теперь, не требуетъ ли выведенный нами общій принципъ какихъ либо изъятій. Здѣсь можетъ быть два случая: 1) новый законъ болѣе строгъ, чѣмъ прежній и 2) новый законъ болѣе мягокъ, чѣмъ прежній.

Начнемъ съ перваго случая. По теоріи Бидинга государство можетъ давать такому закону обратную силу на томъ основаніи, что между преступникомъ и государствомъ нѣтъ договорныхъ отношеній и что, слѣдовательно, для него существуютъ лишь *obligationes ex delicto*, права же на наказаніе по закону времени совершенія преступления за преступникомъ признавать нельзя.

Что между преступникомъ и государствомъ нѣтъ договора— это вѣрно; выводять же отсюда, что преступникъ по отношенію

къ государству есть существо безправное,— намъ кажется положительно невозможнымъ. Власть государства по отношенію къ преступной личности должна имѣть строго опредѣленныя границы, переступать которыя государство не имѣетъ права. Правда, опубликовавъ законъ, государство не вступаетъ въ договоръ съ преступниками, но оно объявляетъ свою волю и послѣдствія нарушенія этой воли. Здѣсь нѣтъ договора, но есть одностороннее обѣщаніе со стороны государства, въ силу котораго незапрещенныя дѣянія должны остаться безнаказанными, а запрещенныя должны нести наказаніе, указанное въ законѣ, охранявшемъ нарушенную преступникомъ норму въ моментъ ея нарушения.

Не придавать значенія объему охраны нормы—нельзя; дѣяніе, раньше считавшееся маловажнымъ проступкомъ, при усиленіи наказуемости можетъ сдѣлаться преступленіемъ, можетъ измѣнить, такъ сказать, свою юридическую природу. Но даже если этого нѣтъ, то и тогда государство, примѣняя къ преступному дѣянію новый болѣе строгій законъ, бывшій неизвѣстнымъ въ моментъ совершенія преступленія, употребить, по прекрасному выраженію Беккера, ложный масштабъ, ведущій къ признанію вины большею; это будетъ со стороны государства дѣйствіе, по своимъ практическимъ послѣдствіямъ равносильное произвольному увеличенію наказанія. Биндингъ вѣрно замѣтилъ, что преступникъ, находясь съ государствомъ въ отношеніяхъ повинующагося къ повелѣвающему, не можетъ требовать, чтобы къ нему не былъ примѣненъ новый болѣе строгій законъ; но само государство, чтобы быть послѣдовательнымъ и справедливымъ, должно остаться вѣрнымъ обѣщанію, выраженному имъ въ законѣ времени совершенія преступленія и не примѣнять къ этому преступленію новаго закона. Итакъ, недопущеніе обратнаго дѣйствія болѣе строгихъ законовъ, являясь гарантіей правъ личности отъ государственнаго произвола, опирается на строго юридическую основу: на обѣщаніе государства, выразившееся въ прежнемъ законѣ, не наказывать извѣстныхъ дѣяній свыше извѣстной мѣры.

Хотя государство и высказываетъ въ новомъ законѣ свое убѣжденіе, что прежнее наказаніе было недостаточнымъ, и что правильное осуществленіе его карательной власти требуетъ усп-



ленія репрессіи, но, чтобы осуществлять это убѣжденіе на практикѣ, государство должно довести его до свѣдѣнія общества и не примѣнять къ тѣмъ лицамъ, которыя дѣйствовали, зная только прежнее убѣжденіе государства и его прежній взглядъ на необходимую въ данномъ случаѣ мѣру наказанія.

Въ защиту данной постановки вопроса можно привести еще слѣдующія соображенія. Вопросъ обратнаго дѣйствія новыхъ уголовныхъ законовъ тѣсно связанъ съ вопросомъ о цѣли наказанія вообще. Въ настоящее время въ наукѣ твердо установился взглядъ, что наказаніе не месть; оно есть одно изъ средствъ той борьбы съ преступленіемъ, которую правосудіе ведетъ во имя интересовъ общества, во имя поддержанія въ немъ правоваго порядка. Правопорядокъ нарушается совершеніемъ преступления, — и дѣло государства возстановить его. Задача государства, какъ справедливо замѣтилъ проф. Б.-Котляревскій, заключается въ разумномъ урегулированіи интересовъ общества, потерпѣвшаго и правонарушителя. Для выцолненія этой задачи государство должно наказать правонарушителя, но не строже, чѣмъ того требовалъ законъ времени совершенія преступления: болѣе строгое наказаніе по новому закону, нарушая гарантіи правъ личности, способно скорѣе потрясти общественный порядокъ, чѣмъ поддержать его.

Чтобы не быть голословнымъ, можно сослаться на исторію. Если мы прослѣдимъ путь, по которому шли законодательства, мы увидимъ, что ходъ прогресса вѣль къ постепенному пониженію наказаній. Отъ жестокихъ казней, достойныхъ первобытнаго человѣка, государство мало по малу перешло къ гуманному ваяду на преступника и выработался великій принципъ экономіи карательныхъ средствъ.

Наказанія послѣдовательно все болѣе и болѣе смягчаются. Но таково лишь общее теченіе: бывали да и теперь бываютъ колебанія, когда подъ вліяніемъ борьбы политическихъ страстей или въ силу другихъ (часто лишь временныхъ и преходящихъ) условій общественной жизни наказуемость извѣстныхъ преступныхъ дѣяній повышается или облагаются наказаніемъ дѣянія, ранѣе не запрещенныя. Мы не хотимъ этимъ сказать, что увели-

ченіе репрессіи *sempiternum* имѣетъ случайный характеръ и не опирается на прочныя основанія, но такъ бываетъ въ большинствѣ случаевъ, и этотъ фактъ подтверждаютъ криминалисты разныхъ направленій. Естественнo поэтому, что возвышеніе наказуемости по большей части не пользуется сочувствіемъ просвѣщенной части общества, и что, если государство придастъ обратную силу болѣе строгому закону, то на практикѣ это можетъ вызвать неудовольствіе со стороны того самого общества, во имя спокойствія и охраны интересовъ котораго государственная власть налагаетъ наказаніе на преступника.

Здѣсь мы встречаемся съ возраженіемъ проф. Таганцева, который по поводу ссылки на гарантіи правъ личности, говоритъ, что для такой гарантіи необходимо создать болѣе прочныя условія, чѣмъ беспочвенное требованіе о необратномъ дѣйствіи закона болѣе строгаго, требованіе, опирающееся на политическія, а не на юридическія соображенія. Такое возраженіе мы не считаемъ справедливымъ: 1) исторія намъ показываетъ, что правило, не допускающее обратнаго дѣйствія болѣе строгихъ законовъ, не было беспочвеннымъ; оно было выдвинуто противъ жестокаго средневѣковаго обычая издавать болѣе строгіе законы для кары дѣйствій, уже совершившихся и, какъ прочная гарантія правъ личности отъ государственнаго произвола, вошло въ 8-ю ст. Декларации правъ челоуѣка и гражданина, а отсюда во многія европейскія конституціи; 2) приведенное требованіе опирается не только на политическія, но и на юридическія соображенія: оно, какъ было нами указано раньше, соответствуетъ правильному взгляду на объемъ и задачи карательной дѣятельности государства, на значеніе обнародованія уголовныхъ законовъ и вытекающихъ изъ этого обнародованія послѣдствій.

Итакъ, принципъ необратнаго дѣйствія законовъ не допускаетъ изъятія для законовъ болѣе строгихъ: за это кромѣ соображеній гуманности и политики говорятъ соображенія историческія и юридическія.

Теперь мы должны рассмотреть обратное дѣйствіе болѣе мягкихъ уголовныхъ законовъ. По этому поводу Бидингъ категорически утверждаетъ, что можно или признавать обратную силу



закона, или отрицать ее; всё же видоизмѣненія основной точки зрѣнія не могутъ быть выведены изъ юридическихъ положеній и примиреніе ихъ немыслимо.

Такъ ли это? Неужели, поставивши какой нибудь общій принципъ, нельзя допустить, оставаясь на юридической точкѣ зрѣнія, никакихъ изъятій? Намъ кажется, что такой взглядъ является слишкомъ формальнымъ и одностороннимъ. Постараемся доказать это

Каждый принципъ, если онъ не взять на вѣру, (тогда въ глазахъ адептовъ онъ будетъ безусловнымъ, а въ глазахъ всѣхъ прочихъ сомнительнымъ), если онъ выведенъ путемъ логическаго послѣдовательнаго разсужденія, не долженъ претендовать на безусловность, а долженъ имѣть силу лишь постольку, поскольку этого требуютъ положенныя въ его основу соображенія. Принципъ, требующій, чтобы новые законы не получали обратной силы, выдвигутъ для охраны правъ личности и правоваго порядка въ обществѣ. Требовалось, чтобы дѣянію не сообщали болѣе невыгодныхъ послѣдствій, чѣмъ указанныя въ законѣ времени совершения этого дѣянія. Очевидно, если такихъ невыгодныхъ послѣдствій нѣтъ, то уже нѣтъ и необходимости настаивать на безусловности общаго принципа и можно допустить изъятіе.

Правда, мы видѣли въ уголовномъ законѣ времени совершения обѣщаніе государства наказывать такъ, а не иначе, не по новому закону, если онъ болѣе строгъ. Но мы и тогда не отрицали, что убѣжденіе законодателя измѣнилось ко времени постановки приговора; мы настаивали на примѣненіи прежняго убѣжденія государства, прежней наказуемости дѣянія лишь потому, что обществу въ моментъ совершения дѣянія было извѣстно лишь это прежнее убѣжденіе, а потому сообщеніе дѣянію болѣе невыгодныхъ послѣдствій по новому болѣе строгому закону не могло бы являться въ глазахъ общества справедливымъ и не соответствовало бы идеѣ поддержанія правоваго порядка.

Но, если интересы общества не страдаютъ и правопорядку не грозитъ опасности отъ примѣненія новаго закона, являющагося выраженіемъ новаго убѣжденія государства, то и препятствій къ примѣненію этого убѣжденія на практикѣ болѣе не

существуетъ; государство должно примѣнить новый законъ, указывающій, что въ его глазахъ прежняя наказуемость дѣянія была слишкомъ высокой, излишней, а иногда даже противоположной цѣлямъ наказанія.

Мы не можемъ согласиться съ Беккеромъ, когда онъ въ отмѣнѣ или смягченіи прежняго закона не усматриваетъ осужденія со стороны государства этому закону, утверждая, что всѣ свои законы государство должно признавать совершенными, ибо у него нѣтъ критерія для признанія однихъ законовъ лучшими, а другихъ худшими.

Такое утвержденіе неправильно: государство не можетъ претендовать на непогрѣшимость: его законы дѣло рукъ человѣческихъ и само собою разумѣется могутъ быть неудачными. Измѣняя ихъ, государство не только признаетъ, что на будущее время его карательная власть должна осуществляться иначе, чѣмъ прежде, но въ то же время находитъ, что прежніе законы не вполне достигали своей цѣли, т. е. были не совсемъ удовлетворительными. Будь они совершенными, не было бы надобности ихъ отмѣнять. Такая несостоятельность прежнихъ законовъ иногда даже прямо указывается отъ лица государства кодификаторами въ мотивахъ, излагаемыхъ при начертаніи новыхъ законодательныхъ проектовъ.

Ясно поэтому, что разъ государство издаетъ новый болѣе мягкій законъ, оно этимъ самимъ указываетъ, что необходимость карать дѣяніе отпала или въ известной мѣрѣ уменьшилась; поэтому, примѣняя эту наказуемость на будущее время, государство станетъ въ противорѣчіе со своимъ собственнымъ убѣжденіемъ и поступитъ не только непоследовательно, но и неразумно <sup>1)</sup>.

Итакъ, изъ общаго принципа о необратимомъ дѣйствіи новыхъ уголовныхъ законовъ необходимо сдѣлать изъятіе въ пользу законовъ болѣе мягкихъ, болѣе снисходительныхъ къ участи преступника. Такое изъятіе, не колебля основаній самого принципа, имѣетъ прочное основаніе: наказаніе не месть; государство не должно наказывать въ большихъ размѣрахъ, чѣмъ само считаетъ необходимымъ въ моментъ приговора. Обратная сила новаго бо-

<sup>1)</sup> *Примѣчаніе.* Мы уже указывали раньше, почему нельзя разсуждать аналогичнымъ образомъ о новыхъ болѣе строгихъ законахъ.



лѣе мягкаго закона является такимъ образомъ вопреки Беккеру не актомъ помилованія, на которое судъ, палагающій наказаніе, не имѣетъ никакого права; она зиждется не только на соображеніяхъ гуманности, но и на правильномъ пониманіи со стороны государства размѣровъ и предѣловъ своей карательной власти.

Остановимся еще на одномъ фактѣ, который можетъ отчасти подкрѣпить ранѣе изложенные доводы.

Во всѣхъ важнѣйшихъ государствахъ Европы еще существуетъ смертная казнь; походъ, предпринятый уже давно противъ нея лучшими представителями науки, еще далеко не привелъ къ желанному результату и позволяетъ сомнѣваться, чтобы этотъ результатъ былъ вполне достигнутъ въ ближайшемъ будущемъ. Государства, отмѣнившія этотъ родъ наказанія, снова его восстанавливали не разъ—и такія явленія могутъ имѣть мѣсто и въ будущемъ. Какова же, спрашивается, можетъ быть судьба тѣхъ дѣяній, совершеніе и осужденіе которыхъ раздѣлено фактомъ отмѣны или восстановленія смертной казни, и что можетъ произойти въ обществѣ, если правило: «только болѣе мягкій законъ можетъ имѣть обратную силу» не будетъ соблюдаемо, не будетъ стоять стражемъ правъ личности (хотя-бы и преступной), общественного спокойствія и общественной совѣсти?

Отвѣтъ, намъ кажется, ясенъ и безъ дальнихъ словъ.

Соображая теперь все сказанное, мы приходимъ къ слѣдующимъ положеніямъ: 1) если новый законъ устанавливаетъ наказуемость дѣянія, ранѣе не запрещеннаго, или хотя и запрещеннаго, но не наказывавшагося, а также если новый законъ увеличиваетъ прежнюю наказуемость дѣянія, то такой законъ не долженъ имѣть обратнаго дѣйствія и 2) если новый законъ отмѣняетъ существовавшую прежде наказуемость дѣянія или ее уменьшаетъ, онъ долженъ получить обратное дѣйствіе.

## II

Теперь мы должны разсмотрѣть нѣсколько частныхъ вопроса и нѣсколько затрудненій, возникающихъ при его примѣненіи на практикѣ. Разберемъ ихъ по порядку.



1. Какія границы необходимо поставить при обратномъ дѣйствіи закона?—Очевидно, новый законъ можетъ обнаружитъ свою силу только относительно тѣхъ дѣяній, судьба которыхъ еще не опредѣлена окончательно судебной властью. Если окончательный приговоръ произнесенъ, то этимъ самымъ карательныя функции государственной власти прекращаютъ свое дѣйствіе. Окончательный приговоръ самъ становится закономъ для даннаго случая и не допускаетъ совмѣстнаго съ собой дѣйствія какого либо другаго закона, не допускаетъ измѣненія рамокъ, въ которыя онъ заключенъ. Съ произнесеніемъ окончательнаго приговора роль государства, какъ стороны, въ дѣлѣ оканчивается, поэтому оно не можетъ ни оспаривать приговоръ, какъ сторона, ни измѣнять его.

Итакъ, новый болѣе мягкій законъ, распространяясь и на дѣянія, совершенныя до его выхода въ свѣтъ, въ то же время не долженъ касаться тѣхъ дѣяній, судьба которыхъ уже рѣшена безповоротно окончательнымъ приговоромъ. Въ противномъ случаѣ государство попадетъ какъ бы въ заколдованный кругъ, гдѣ нельзя будетъ опредѣлить окончательно предѣлы дѣйствія его карательной власти, а въ обществѣ при такомъ положеніи дѣлъ можетъ пошатнуться уваженіе къ законности.

Если государственная власть находитъ необходимымъ распространитъ дѣйствіе новаго болѣе мягкаго закона и на окончательные приговоры.—ей остается путь помилованія. Къ остальнымъ же дѣламъ, въ какой бы стадіи или инстанціи они ни находились, новый мягкій законъ долженъ получить примѣненіе.

2. По старому или новому закону должны нести наказаніе дѣящіеся и продолжаемая преступленія и такъ называемое преступное ремесло?—Когда дѣянія такого рода, начавшись при дѣйствіи стараго закона, не прекратились до выхода въ свѣтъ новаго, то они подпадаютъ подъ дѣйствіе этого послѣдняго, ибо эти дѣянія продолжались въ виду его, а слѣдовательно онъ есть законъ времени совершенія преступленія. Но, понятно, если указанная преступная дѣятельность совершенно закончилась до выхода въ свѣтъ новаго закона, къ ней можетъ быть примѣненъ этотъ законъ лишь въ томъ случаѣ, если онъ снисходительнѣе прежняго.

3. Какъ быть въ случаѣ послѣдовательной смѣны законовъ разной строгости?—Вопросъ этотъ является весьма спорнымъ. Одни, ограничась констатированіемъ этой спорности, допускаютъ примѣненіе болѣе мягкихъ промежуточныхъ законовъ, но не приводятъ доказательствъ (Шварце), другіе—проходятъ данный вопросъ молчаніемъ, третьи—допускаютъ выборъ только между закономъ времени совершенія и времени приговора и наконецъ, четвертые стоятъ за примѣненіе промежуточнаго закона, если онъ мягчайшій; представители послѣдняго мнѣнія обыкновенно указываютъ или на то, что лишь случай воспрепятствовалъ дѣянію достигнуть приговора подъ господствомъ наиболѣе для него благоприятнаго закона, или на то, что обвиняемый, попавши въ извѣстный моментъ подъ господство болѣе благоприятнаго закона можетъ требовать, чтобы участь его не была отягчена: онъ не долженъ страдать отъ медлительности правосудія (Гуго-Мейеръ, Гарро).

Раздѣляя послѣднее мнѣніе, мы имѣемъ нѣны основанія. Казалось бы, что промежуточный законъ не долженъ играть никакой роли: преступникъ не можетъ ссылаться на этотъ законъ, ибо онъ рѣшительно не могъ имѣть его въ виду во время совершенія преступленія, государство-же, не примѣняя промежуточнаго закона, не окажется въ противорѣчій съ самимъ собой, ибо оно признаю, что пониженіе репрессіи снова должно быть отмѣнено. Поэтому, казалось бы, слѣдовало назначать наказаніе, не обращая вниманія на промежуточный законъ, по сравнительной тяжести законовъ времени совершенія и времени приговора, выбирая изъ двухъ послѣднихъ болѣе снисходительный.

Но противъ такого рѣшенія говорятъ вѣскія соображенія: быстрая смѣна уголовныхъ законовъ разной строгости указываетъ на какое-то сильно наболѣвшее мѣсто въ государственномъ организмѣ, на какой то очень жгучій вопросъ и, являясь фактомъ ненормальнымъ, заставляетъ предполагать, что законодатель дѣйствуетъ безъ должнаго хладнокровія и безпристрастія, подъ давленіемъ страстей или чрезвычайныхъ обстоятельствъ. Само по себѣ дѣяніе можетъ и не заслуживать той усиленной мѣры наказанія, которая создана закономъ, отмѣнившимъ еще такъ не-



давно введенное болѣе мягкимъ промежуточнымъ закономъ пониженіе. Принявъ это во вниманіе, мы полагаемъ, что при быстрой смѣнѣ нѣсколькихъ законовъ разной строгости къ преступному дѣянію долженъ быть примѣненъ мягчайшій изъ этихъ законовъ; такимъ образомъ интересы обвиняемаго будутъ обезпечены отъ послѣдствій увлеченія со стороны законодателя.

4. Какъ примѣнять законы пояснительные?—Большинство криминалистовъ держится мнѣнія, что пояснительные законы всегда должны имѣть обратную силу, ибо толкованіе, разъясняя смыслъ закона, не вводитъ ничего новаго. Едва-ли возможно принять это мнѣніе безъ ограниченій. Такъ какъ государству нельзя отказать въ правѣ аутентическаго толкованія, то оно, очевидно, имѣетъ право придавать обратную силу законамъ, которые ограничиваются разъясненіемъ истиннаго смысла прежняго закона и служатъ лишь для болѣе правильнаго его примѣненія. Если же государство, подъ видомъ разъясненія прежняго закона, вводитъ какія либо новыя положенія или иначе опредѣляетъ юридическія послѣдствія дѣянія, то это уже будетъ по существу дѣла новый законъ, лишь прикрытый фирмой стараго. Такому закону, конечно, можно придавать обратную силу лишь въ томъ случаѣ, когда онъ не нарушаетъ интересовъ обвиняемаго: поступая иначе, государство вступить на шаткій путь уловокъ, недостойныхъ его высокаго назначенія и несоответственныхъ правильному пониманію предѣловъ его карательной власти.

5. Аналогично разрѣшается и вопросъ о процессуальныхъ законахъ. Обыкновенно отстаиваютъ ихъ безусловно обратную силу; наиболѣе же подробно объ этомъ говоритъ Гарро. По его словамъ, процессуальные законы всегда должны имѣть обратное дѣйствіе, ибо обвиняемый имѣетъ только право доказывать свою невинность, государство же можетъ по своему усмотрѣнію опредѣлять организацію учреждений и ходъ процедуры, при которой обвиняемый будетъ пускать въ ходъ свои средства защиты. Не признавая за общественной властью права измѣнять организацію учреждений и процессуальныхъ формъ законами, обязательными со дня ихъ обнародованія, мы вторгнемся въ сферу государственнаго верховенства.—Посмотримъ вѣрно ли это разсужденіе.

Новый процессуальный законъ можетъ измѣнить устройство или компетенцію судебныхъ установлений, можетъ опредѣлить иначе процедуру предварительнаго слѣдствія, порядокъ постановки приговора, существовавшіе кассационные или апелляціонные сроки и т. п.; можетъ, наконецъ, установить временно особые чрезвычайные суды. Предполагается, что всѣ эти измѣненія вызваны желаніемъ законодателя сдѣлать примѣненіе уголовныхъ законовъ болѣе точнымъ и правильнымъ и обезпечить, въ видахъ обнаруженія истины, болѣе совершеннымъ образомъ какъ интересы правосудія, такъ и интересы обвиняемаго.

Такова презумпція; пока она дѣйствительно осуществляется на практикѣ, новый процессуальный законъ долженъ имѣть обратное дѣйствіе: 1) онъ является болѣе совершеннымъ, чѣмъ прежній и 2) государственной власти нельзя отказать въ правѣ такъ или иначе формировать свои карательные органы и образъ ихъ дѣйствія. Но указанная презумпція, а слѣдовательно и выводъ изъ нея сдѣланный, не имѣютъ безусловнаго характера. Напримѣръ, сокращая сроки обжалованія подсудимымъ дѣйствій или приговора суда, государство не дѣлаетъ никакого шага впередъ для открытія истины и въ то же время уменьшаетъ существовавшее обезпеченіе интересовъ обвиняемаго; презумпція нарушена — и выводъ изъ нея подлежитъ ограниченію: въ данномъ случаѣ процессуальный законъ не долженъ имѣть обратнаго дѣйствія.

Еще болѣе такое ограниченіе является необходимымъ, когда государство устанавливаетъ чрезвычайные суды. Эта мѣра всегда является временной, вызванной чрезвычайными обстоятельствами, до наступленія которыхъ обыкновенный судебный порядокъ являлся вполне достаточнымъ даже по мнѣнію самой государственной власти. Отсюда ясно, что нормальному судебному порядку, а не новому, чрезвычайному, должно подлежать дѣяніе, совершенное до введенія въ дѣйствіе послѣдняго. Кромѣ того, въ распоряженіи чрезвычайнаго суда часто находятся и законы чрезвычайные, наказуемость по которымъ несравненно выше нормальной (напримѣръ, у насъ по законамъ, примѣняемымъ военнымъ судомъ); допустивъ подсудность такому суду дѣянія ранѣе совершеннаго, мы увидимъ, что дѣяніе понесетъ кару по болѣе строгому матеръ-



яльному закону, чѣмъ законъ нормальный, дѣйствовавшій во время совершенія этого дѣянія, а такое положеніе вещей, по принципамъ ранѣе изложеннымъ, ни въ какомъ случаѣ не можетъ быть допустимо.

Итакъ, изъ положенія, требующаго обратной силы процессуальныхъ законовъ, необходимо сдѣлать изытіе для тѣхъ случаевъ, когда устанавливаются чрезвычайные суды или вообще уменьшаются права подсудимаго и гарантіи, ему принадлежащія по закону времени совершенія дѣянія.

6. Теперь намъ осталось разрѣшить еще только одно затрудненіе: какъ быть, если возникаетъ сомнѣніе, какой законъ мягче, старый или новый, и какимъ образомъ примѣнить къ преступному дѣянію прежній болѣе мягкій законъ, если новымъ закономъ отмѣненъ самый родъ существовавшаго прежде наказанія?

Опредѣленіе сравнительной тяжести законовъ можетъ сдѣлать или сама государственная власть, или этотъ вопросъ по ея полномочію будетъ рѣшать въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ судъ. И въ томъ, и въ другомъ случаѣ опредѣленіе должно составляться не механически или по формальнымъ признакамъ, а строго обдуманно, по сравненію качества, количества и послѣдствій наказанія. Поэтому преступнику можетъ быть, на примѣръ, назначено болѣе продолжительное заключеніе, чѣмъ по прежнему закону, если оно легче по способу его отбыванія (не соединено съ обязательнымъ молчаніемъ, съ продолжительнымъ принудительнымъ трудомъ и т. п.); можетъ быть назначено наказаніе болѣе тяжкое по качеству, но безъ пораженія правъ, вмѣсто прежняго, болѣе легкаго, но связаннаго съ правопораженіемъ и т. п. При этомъ старый и новый законъ должны быть обсуждаемы отдѣльно и ни въ какомъ случаѣ нельзя допускать, чтобы болѣе мягкое опредѣленіе одного закона было соединяемо съ такимъ-же опредѣленіемъ другого: такое соединеніе, будучи чуждымъ всякой системы, явилось-бы на практикѣ примѣненіемъ какаго-то третьяго, неустановленнаго государственной властью и можетъ быть совершенно нежелательнаго закона.

Далѣе, явившійся новый законъ можетъ не только повышать или понижать размѣры наказанія; онъ можетъ иначе конструи-

ровать понятіе рецидива, подстрекательства, аффектовъ, квалифицирующихъ обстоятельствъ и т. п., можетъ измѣнить сроки давности или поставить преслѣдованіе преступнаго дѣянія въ зависимость отъ какихъ-либо условій (например, отъ жалобы потерпѣвшаго), тогда какъ прежде оно преслѣдовалось безусловно и т. д. Во всѣхъ этихъ случаяхъ, когда законъ вноситъ болѣе мягкія, болѣе благоприятныя для подсудимаго опредѣленія, онъ долженъ получить обратное дѣйствіе въ виду общаго принципа, въ силу котораго участь преступника не должна быть отягощаема позднѣйшимъ закономъ, внѣ сферы господства котораго было совершено преступное дѣяніе.

Данныя положенія имѣютъ за себя большинство криминалистовъ, за исключеніемъ вопроса о давности, для котораго было предложено много рѣшеній иного характера, въ зависимости отъ того, къ матеріальному или процессуальному праву относятся тотъ или другой авторъ эти законы, а также въ зависимости отъ общаго принципиальнаго рѣшенія вопроса о дѣйствіи закона во времени.

Оригинальна средняя система, предложенная французскимъ ученымъ Мерлиномъ (Merlin): онъ рекомендовалъ исчислять пропорціоально время, въ продолженіе котораго дѣяніе находилось подъ господствомъ каждаго закона относительно давности. Конечно, эту послѣднюю систему слѣдуетъ признать несостоятельной: при всемъ ея остроуміи она есть ничто иное, какъ довольно сложное примѣненіе механическаго приѣма къ вопросу, требующему принципиальнаго разрѣшенія. Если же мы всмотримся въ сущность законовъ о давности, мы увидимъ, что эти законы не имѣютъ рѣзко очерченнаго характера: ихъ можно отнести къ законамъ процессуальнымъ, ибо ими опредѣляется одно изъ важныхъ условій преслѣдованія преступленій или же исполненія приговора, но можно и къ матеріальнымъ—на томъ основаніи, что они опредѣляютъ въ известныхъ случаяхъ, можетъ ли быть на лицо преступность и наказуемость даннаго дѣянія. Значить, надо рѣшать вопросъ по существу. Здѣсь мы встрѣчаемся съ мнѣніемъ, по которому законъ, измѣняющій срокъ или условія давности, всегда долженъ имѣть обратное дѣйствіе, ибо уголовная давность установлена не въ интересахъ виновнаго, а въ интересахъ общества;



виновный не может возражать противъ увеличенія срока давности или отягченія условій ея примѣненія, — ибо тотъ фактъ, что ему до сихъ поръ удавалось избѣгать рукъ правосудія, не рождаетъ для него права на безнаказанность (Гарро, Гельшнеръ).

Мы съ такой мотивировкой рѣшительно не согласны. Законы о давности дѣйствительно устанавливаются въ интересахъ общества, но то же самое можно сказать и о другихъ уголовныхъ законахъ: всѣ они направлены на защиту общества и на поддержаніе въ немъ правового порядка; но изъ этого отнюдь не слѣдуетъ, что должно совершенно игнорировать интересы преступника. Напротивъ того, законы о давности тѣсно связаны съ вопросомъ о наказаніи, съ вопросомъ объ опредѣленіи участи виновнаго, которая по общему правилу не должна быть отягощаема позднѣйшимъ закономъ. Кромѣ того, болѣе продолжительный давностный срокъ, соответствуетъ болѣе тяжкимъ дѣяніямъ, а менѣе продолжительный — менѣе тяжкимъ. Законъ, сокращающій срокъ давности, этимъ самымъ показываетъ, что государство считаетъ данное дѣяніе менѣе важнымъ, чѣмъ считало прежде, — понятно, что такой законъ долженъ имѣть обратное дѣйствіе. Придавая же обратное дѣйствіе болѣе строгому закону о давности, мы этимъ придадимъ дѣянію болѣе преступный характеръ, чѣмъ оно имѣло раньше, а слѣдовательно нарушимъ интересы подсудимаго. Поэтому мы полагаемъ, что для законовъ о давности общее правило должно сохранить свою силу: только болѣе мягкіе изъ нихъ должны имѣть обратное дѣйствіе.

Последнее изъ затрудненій, возникающихъ при проведеніи на практикѣ выработаннаго принципа, касается случая, когда законодатель вводитъ новые роды или виды наказаній.

Опредѣленіе карательной системы, т. е. новыхъ родовъ и видовъ наказанія, всецѣло находится въ рукахъ государственной власти; она, для лучшаго осуществленія цѣлей наказанія, конечно, можетъ отмѣнять или измѣнять карательныя мѣры, ставшія непригодными или невозможными. Такое право несомнѣнно, — и вотъ, основываясь на этомъ правѣ, нѣкоторые криминалисты (Биндигъ, Гаусъ) утверждаютъ, что новый законъ, устанавливающій новыя формы наказанія, безусловно долженъ имѣть обратное дѣй-



ствіе, хотя бы онъ былъ строже закона времени совершенія преступленія, ибо иначе законодатель станетъ въ противрѣчіе съ относящимися сюда основными началами уголовного права.

Мы вполне согласны съ тѣмъ, что государство имѣетъ право примѣнять новые роды наказаній и къ дѣяніямъ ранѣе совершеннымъ; разъ государство въ новомъ законѣ осудило какой-либо родъ наказаній какъ непригодный и замѣнило его новымъ, оно не можетъ, не впадая въ самопротиворѣчіе, практиковать его впредь. Но съ другой стороны государство, по ранѣе указанному принципу, не должно давать обратную силу закону, если онъ отягчаетъ участь подсудимаго. Получается противорѣчіе, которое легко можетъ быть устранено. Если новый законъ по всестороннему обсужденію оказывается мягче стараго, то онъ, хотя бы онъ и вводилъ новый родъ наказанія, долженъ имѣть обратное дѣйствіе; если новый законъ строже, то для правильнаго рѣшенія этихъ случаевъ необходимо помнить, что правило, не допускающее обратнаго дѣйствія новыхъ болѣе строгихъ законовъ, безъ сомнѣнія, требуетъ не того, чтобы преступная личность была наказана по извѣстному, а не иному шаблону, а того, чтобы участь преступника *вообще не подверглась отяженію*, сравнительно съ закономъ времени совершенія преступленія.

Поэтому, когда закономъ вмѣсто прежняго введенъ новый родъ наказанія, но наказаніе по всестороннему разсмотрѣніи оказывается болѣе тяжкимъ, чѣмъ прежде существовавшее, государству нельзя отказать въ правѣ примѣнять къ преступнику новый родъ наказанія, но въ то же время государство обязано *сократить размѣръ* новаго наказанія путемъ его смягченія до такихъ предѣловъ, чтобы, сравнивая новое наказаніе съ прежнимъ, уже нельзя было признать прежнее наказаніе болѣе мягкимъ.

Право такого сравненія и смягченія принадлежитъ суду; если государство дастъ ему на это полномочіе; въ противномъ случаѣ, какъ уже было указано раньше, вопросъ о сравнительной тяжести прежнихъ и новыхъ родовъ наказанія подлежитъ разрѣшенію законодательной власти.

---

Итакъ, подвергнувъ критическому разбору новое направлѣніе по интересующему насъ вопросу, внесенное въ науку теоріей Биндинга, мы пришли къ отрицательнымъ выводамъ. Эта теорія имѣетъ неправильный взглядъ на преступника, считая его безправнымъ объектомъ карательной власти государства; упуская изъ виду, что истинной задачей всякаго наказанія является охрана интересовъ общества и правоваго въ немъ порядка, она допускаетъ обратную силу болѣе строгихъ законовъ, которая можетъ вызвать неудовольствіе, а иногда и негодованіе среди того самаго общества, въ интересахъ котораго дѣйствуетъ карательная власть.

Давая мѣсто государственному произволу по отношенію къ преступной личности, теорія Биндинга ведетъ къ такому порядку, что въ случаѣ ошибки законодателя или увлеченія съ его стороны страстями, вредныя для общества послѣдствія не сглаживаются и могутъ имѣть мѣсто прискорбныя и непоправимыя ошибки. Основной принципъ, въ ней указанный, (различіе между нормою и уголовнымъ закономъ) не даетъ права на выводы, благодаря одностороннимъ послылкамъ изъ него сдѣланные.

Основываясь на этомъ, мы думаемъ, что старый принципъ долженъ сохранить силу: «только болѣе мягкій законъ долженъ имѣть обратное дѣйствіе». Этотъ принципъ, имѣющій за себя громадное большинство представителей науки, какъ мы старались доказать, сохраняется неприкосновеннымъ, не смотря на упреки сдѣланные ему Биндингомъ вслѣдствіе его слишкомъ формальнаго взгляда на вопросъ. Онъ, старый принципъ, заботился объ интересахъ преступника и давалъ возможность карательной власти *правильно* достигать своихъ задачъ и цѣлей.

Теоретическое рѣшеніе вопроса закончено; но этого мало: это вопросъ глубоко жизненный, и мы должны посмотрѣть, какъ на него взглянула сама жизнь, какъ его рѣшали законодатели, поставленные въ необходимость дать въ руки суда точный и опредѣленный законъ. Практика жизни можетъ дать твердую опору теоретическому выводу науки. Посмотримъ, что говорила и говорить она у насъ и у другихъ народовъ.



III

По вопросу о дѣйствіи уголовныхъ законовъ во времени въ законодательствахъ долгое время не существовало твердыхъ и установившихся положеній. Обратясь къ исторіи Рима, мы увидимъ, что тамъ, по свидѣтельству Цицерона, существовало правило, въ силу котораго нельзя было наказывать по новому закону за дѣянія, раиѣ совершенныя; онъ говоритъ: «*Videmus, ita sancta esse legibus, ut ante facta in iudicium non vocentur*» (in Verr., I, 42). Съ другой-же стороны извѣстно, что въ періодъ республики данное правило не признавалось, ибо народныя собранія имѣли право облагать наказаніемъ дѣянія, до того времени ненаказуемыя. Да и въ позднѣйшее время за такъ наз. crimina extraordinaria родъ и мѣра наказанія сплошь и рядомъ опредѣлялись просто по усмотрѣнію устанавливающаго приговоръ суда (Биндингъ, 825). Слѣдовательно, окончательно выработаннаго принципа въ римскомъ правѣ по данному вопросу не существовало.

Въ средніе вѣка къ дѣяніямъ, раиѣ совершеннымъ, на практикѣ часто примѣняли новые законы, хотя бы и болѣе строгіе, сравнительно съ закономъ времени совершенія дѣянія; такое примѣненіе стало даже обычаемъ, освященнымъ практикой. Такъ, въ старомъ французскомъ правѣ суды были уполномочены не соблюдать правила «*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*», а поэтому наказанія имѣли характеръ произвольности (Левэ, 101). То же нужно сказать о старо-нѣмецкомъ правѣ, по которому судья не былъ ограниченъ примѣненіемъ уже состоявшихся законовъ (Г. Мейеръ, 150). Но въ то же время въ капонпчскомъ правѣ существовало совершенно обратное правило; оно учило, что дѣяніе должно наказываться по закону времени его совершенія: «*Poenae criminis ex tempore legis est, quae crimen inhibuit; nec ante legem ulla rei damnatio est, sed ex lege*» (can. 3, caus. 32, q. 4).

Первыми противъ такого неопредѣленнаго порядка вещей возстали итальянскіе криминалисты, выставившіе положеніе, что никакое дѣяніе не должно наказываться строже закона времени его

совершения; но на практикѣ это положеніе прежде всего было примѣнено во Франціи.

Во время французской революціи, протестуя противъ государственнаго произвола и попранія правъ личности, 8-я статья деклараціи правъ чловѣка и гражданина категорически опредѣлила, что никто не можетъ быть наказанъ иначе, какъ въ силу закона, введеннаго и обнародованнаго раньше совершенія преступленія и законнымъ образомъ примѣненнаго.

Этотъ великій принципъ быстро завоевалъ себѣ признаніе и нашелъ примѣненіе въ конституціонныхъ законахъ многихъ государствъ (Норвежская конституція 1814 г., § 97; Португальская конституція 1826 г., доп. 1852 г., гл. VIII, § 3, ст. 145; введ. къ франц. ковет. 3 сент. 1796 г.; ковет. С. Америк. Соед. Шт., гл. I, отд. IX, § 3 и т. д.).

Затѣмъ, когда кодификація болѣе быстрыми шагами пошла впередъ, указанный принципъ сталъ вноситься непосредственно въ уголовные кодексы, причемъ устанавливалось и изыятіе въ пользу болѣе мягкихъ законовъ, обратное дѣйствіе которыхъ допускалось. Если-же нѣкоторые кодексы (напримѣръ, Ганноверскій, Гессенскій, Вюртембергскій, Саксонскій, Баварскіе 1813 и 1861 г.) допускали примѣненіе новыхъ законовъ къ дѣяніямъ, раиѣе совершеннымъ, то они не распространяли этого правила на законы болѣе строгіе.

Обозрѣвая современные намъ кодексы важнѣйшихъ государствъ Европы, мы увидимъ, что все они разрѣшаютъ вопросъ объ обратномъ дѣйствіи уголовного закона въ полномъ согласіи съ тѣми взглядами и положеніями, которые существовали въ доктринѣ до появленія теоріи Биндинга и которые, какъ мы видѣли, совершенно неправильно были этой теоріей отвергнуты. Такъ, французскій Code Pénal въ ст. 4-й постановляетъ: «Никакое нарушеніе, проступокъ или преступленіе не могутъ быть наказаны наказаніями, которыя не были опредѣлены за нихъ закономъ, прежде ихъ совершенія». Что же касается новыхъ болѣе мягкихъ уголовныхъ законовъ, то обратное ихъ дѣйствіе установлено во Франціи и неизмѣнно проводится практикою кассационнаго суда (о чемъ свидѣтельствуетъ криминалистъ Гарро). Бельгійское уло-



жение во 2-й ст. почти дословно повторяет постановление французского кодекса: эта статья гласит: «Никакое преступное посягательство не может быть наказано наказаниями, которые не были установлены законом прежде, нежели было совершено это посягательство». Къ этому прибавлено: «Если наказание, положенное во время рѣшенія дѣла, отличается отъ того, которое было опредѣлено во время преступнаго посягательства, то примѣняется менѣе строгое изъ этихъ наказаній».

Еще болѣе обстоятельны и удачны постановленія венгерскаго и общегерманскаго уложеній. Статьи этихъ кодексовъ, относящіяся къ интересующему насъ вопросу, формулированы почти одинаково. По 1-му § венгерскаго уложенія «преступленіемъ или проступкомъ почитается только такое дѣяніе, которое объявлено таковымъ закономъ. Никто не можетъ быть наказанъ за преступленіе или проступокъ какимъ-либо инымъ наказаніемъ, кромѣ того, которое было опредѣлено закономъ прежде, чѣмъ дѣяніе совершилось. По § 2-му того-же уложенія, «если въ промежутокъ времени между совершеніемъ дѣянія и приговоромъ вступили въ силу несходные между собой законы, судебные обычаи или правительственныя постановленія, то примѣненію подлежитъ то изъ нихъ, которое окажется наиболѣе снисходительнымъ». Общегерманское уложеніе (§ 2) постановляетъ: дѣяніе можетъ быть подвергнуто какому-либо наказанію только въ томъ случаѣ, когда это наказаніе было опредѣлено за него закономъ прежде, нежели оно совершилось. При несходствѣ законовъ времени совершенія дѣянія съ законами, послѣдовавшими послѣ сего вплоть до рѣшенія дѣла, примѣняется законъ болѣе снисходительный».

Наконецъ, проектъ итальянскаго уложенія (нынѣ дѣйствующій кодексъ) говоритъ (§ 1): «Если новый законъ исключаетъ изъ числа преступныхъ посягательствъ дѣяніе, наказуемое по прежнему закону, то прекращаются въ силу самаго закона и послѣдствія процесса и осужденія» (§ 2). «Если уголовный законъ времени совершенія посягательства и законъ позднѣйшій различны, то примѣняется тотъ изъ нихъ, который заключаетъ въ себѣ постановленія, болѣе благопріятныя для обвиняемаго».

Разсмотрѣвъ эти столь отчетливо и правильно формулированные постановленія, мы видимъ, что проф. Таганцевъ едва-ли правъ въ своемъ утвержденіи, будто законодатель можетъ послѣдовательно проводить лишь то воззрѣніе, что къ дѣянію, и раньше признававшемуся преступнымъ и наказуемымъ, долженъ всегда примѣняться новый, хотя бы и болѣе строгій законъ. Мы видимъ, что законодатели новѣйшаго времени держатся иныхъ принциповъ, но не находимъ въ ихъ дѣйствіяхъ непослѣдовательности: они взяли принципы, выработанные дружными усиліями науки и судебной практики, и въ то же время нисколько не уронили авторитета карательной власти и не причинили ущерба правосудію.

Законодатели, слѣдовательно, не проявили непослѣдовательности. Если-же мы видимъ, что давать обратную силу болѣе строгимъ закономъ безусловно разрѣшаетъ китайское уложеніе (Ta Tsing Lee Lee, англ. перев. by Staunton, кн. 1, отд. 1, стр. 43, обл. исполненіи новыхъ законовъ), то это во-первыхъ, исключеніе среди современныхъ законодательствъ, а во-вторыхъ, и само по себѣ не можетъ имѣть никакого значенія, какъ примѣръ некультурнаго народа, отличающагося косностью.

Обратимся теперь къ обзору нашего отечественнаго законодательства и посмотримъ, на какихъ основаніяхъ оно складывалось, и насколько этимъ основаніямъ соотвѣтствуютъ статьи проекта нашего уголовного уложенія, сюда относящіяся.

Въ дѣйствующемъ законодательствѣ вопросу о дѣйствіи уголовного закона во времени посвящены ст. 90 улож. и ст. 60 и 61 основныхъ законовъ.

По ст. 90 улож., «наказанія за преступленія и проступки опредѣляются не иначе, какъ на точномъ основаніи существующихъ законовъ», откуда видно, что наше законодательство признаетъ принципъ: «*nulla poena sine lege*».

Въ опредѣленіяхъ основныхъ законовъ ст. 60 имѣетъ характеръ общаго правила и гласитъ: «Законъ дѣйствуетъ токмо на будущее время, никакой законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія и сила онаго не распространяется на дѣянія, совершившіяся до его обнародованія». Ст. 61 говоритъ о нѣкоторыхъ изъятіяхъ изъ приведеннаго правила; въ ней сказано слѣдующее: «Изъ



сего общаго правила изъемяются нѣкоторые случаи: 1-е, когда въ законѣ именно сказано, что онъ токмо подтвержденіе и изъясненіе смысла закона прежняго; 2-е, когда въ самомъ законѣ постановлено, что сила его распространяется на время, предшествовавшее его обнародованію.

По поводу этихъ статей трудно не согласиться съ мнѣніемъ проф. Градовскаго, утверждавшаго, что ст. 61 подъ именемъ случаевъ обратнаго дѣйствія законовъ выставляетъ такія общія и неопредѣленныя условія, которыя совершенно ослабляютъ силу ст. 60.

Нельзя предположить, что первая часть ст. 61 говоритъ о пояснительныхъ законахъ въ дѣйствительномъ смыслѣ этого слова (т. е. объ аутентическомъ толкованіи старыхъ законовъ), ибо по опредѣленію нашего законодательства поясненія не считаются законами (осв. зак. ст. 51, прим. 55, Учр. Гос. Сов., ст. 94, п. 1). Изъ буквальнаго смысла этой статьи явствуется, что, если законодательная власть напишетъ въ совершенно новомъ законѣ: «этотъ законъ пояснительный», то и такой законъ получитъ обратную силу, нарушая общій принципъ, выраженный въ 60 ст.

Пользуясь-же второй частью ст. 61, законодатель прямо можетъ придать обратную силу рѣшительно всякому закону, какому только пожелаетъ.

Очевидно, такая постановка вопроса должна быть признана крайне неудовлетворительной. Всякаго рода изъятія имѣютъ смыслъ только тогда, когда они основаны на прочныхъ и объективныхъ основаніяхъ; по нашему-же законодательству изъятія изъ общаго принципа о необратномъ дѣйствіи законовъ поставлены въ зависимость исключительно отъ воли законодателя и его субъективнаго усмотрѣнія. Но этого мало: обращаясь къ предшествовавшему законодательству, послужившему матеріаломъ для ст. 60 и 61, мы увидимъ, что въ то время какъ первая изъ нихъ опирается на цѣлый рядъ предшествовавшихъ ей законоположеній (И. С. З. №№ 16187, 16297, 26579, 27159, 29414; 2-е И. С. З., № 2508 и др.), твердо установившихъ правило, не допускающее обратнаго дѣйствія новыхъ законовъ, ст. 61 создавалась на совер-

шенно неправильномъ истолкованіи редакторами Свода слѣдующихъ двухъ случаевъ:

1) Въ указѣ 26 октября 1825 года сенатъ заявилъ относительно другаго своего указа, раньше состоявшагося и бывшаго поясненіемъ къ положенію комитета министровъ отъ 24 ноября 1821 года, что этотъ прежній указъ долженъ имѣть обратное дѣйствіе, ибо онъ «не есть какое либо новое узаконеніе, но издавъ единственно въ поясненіе и подтвержденіе существующихъ правилъ» (И. С. З. № 30555). Отсюда можно было лишь вывести, что всякій пояснительный законъ долженъ имѣть обратное дѣйствіе, редакторы же формулировали это такъ, что всякій законъ, въ которомъ именно сказано, что онъ пояснительный, долженъ имѣть такое дѣйствіе; получилась совершенно другая и притомъ неправильная постановка вопроса.

2) 7 августа 1825 года сенатъ разсмотрѣлъ слѣдующій случай; по полож. комитета министр. отъ 9 января 1823 года чиновники, исправлявшіе кромѣ своихъ обязанностей еще должности по вакантнымъ мѣстамъ, должны были получать за это соответствующее вознагражденіе. Нѣкоторымъ чиновникамъ удалось выхлопотать себѣ добавочное жалованье и за прежнее время, но, когда примѣръ ихъ пашель много подражаній и въ сенатъ стали поступать прошенія о вознагражденіи за прежнюю службу, то сенатъ заявилъ, что сдѣланныя въ пользу нѣкоторыхъ чиновниковъ исключенія не могутъ быть возведены на степень общаго правила, ибо «никакой законъ обратнаго дѣйствія, безъ точнаго въ ономъ о семъ постановленія, не имѣеть» (И. С. З. № 30443). Основываясь на словахъ указа: «безъ точнаго въ ономъ о семъ постановленія», редакторы Свода заключили, что, если въ законѣ содержится подобное постановленіе, онъ всегда долженъ получать обратную силу. Подобное заключеніе было правильнымъ для даннаго случая, въ которомъ не только не ограничивались чьи либо права, но напротивъ даже предоставлялись нѣкоторыя выгоды лицамъ заинтересованнымъ; здѣсь никто не пострадалъ бы отъ обратнаго дѣйствія закона, если бы оно было допущено. Редакторы же Свода сдѣлали неосновательное заключеніе, будто законодатель можетъ всякому закону придавать обратное дѣйствіе:



между тѣмъ какъ слова приведеннаго сенатскаго указа, очевидно, не могутъ быть примѣнимы къ закону, ограничивающему права подданныхъ, устанавливающему болѣе строгія наказанія, словомъ, къ закону, примѣненіе котораго предполагаетъ невыгодныя послѣдствія для частныхъ лицъ.

Такимъ образомъ, опредѣленія нашего отечественнаго законодательства относительно обратнаго дѣйствія законовъ оказываются какъ неудовлетворительными со стороны своего содержанія, такъ и несоотвѣтствующими законодательной практикѣ прошлаго, на которую однако сдѣланы указанія. Предоставленное законодателю право давать обратную силу какимъ ему угодно законамъ не опирается, какъ мы видѣли, на твердую историческую почву: оно явилось плодомъ недоразумѣнія.

Впрочемъ, необходимо замѣтить, что и со времени изданія Свода въ Россіи, кажется, не было примѣра, чтобы болѣе строгому, чѣмъ прежній, закону придавалось обратное дѣйствіе. Хотя законодатель и могъ это сдѣлать, опираясь на ст. 61-ю, онъ никогда этого не дѣлалъ. Напротивъ даже, по установившемуся на практикѣ правилу обратное дѣйствіе дается лишь новому болѣе мягкому закону. Примѣровъ этого можно привести не мало. Такъ, Высочайшій указъ 27 марта 1846 года о порядкѣ примѣненія новаго уложенія къ дѣяніямъ, равнѣе совершеннымъ и еще не получившимъ приговора, постановилъ, что въ случаяхъ, когда новыя опредѣленныя уложеніемъ наказанія строже прежнихъ, должны примѣняться старыя законы, а когда новое наказаніе мягче, то новый законъ; эти правила были распространены и на законы о давности и на тѣ случаи, когда по уложенію требовалась жалоба потерпѣвшаго, а прежде нѣтъ и т. п. Для разрѣшенія же затрудненій, возникавшихъ при опредѣленіи относительной мягкости стараго и новаго законовъ, была издана въ томъ же 1846 году особая таблица, которая перечисляла тѣ случаи, когда старыя законы были мягче новаго.

Не менѣе цѣлесообразно было составлено положеніе 11 ноября 1847 года о введеніи уложенія о наказаніяхъ въ польскомъ краѣ. Ст. 3 повелѣвала къ дѣяніямъ, учиненнымъ до введенія уложенія, но не получившимъ еще окончательнаго рѣшенія, при-

лагать постановленія или прежнихъ законовъ, или новаго уложенія, смотря по тому, которыя изъ сихъ узаконеній окажутся менѣе строгими для обвиняемаго. По ст. 4-й, если обвиняемый долженъ быть на основаніи 3-й ст. наказанъ, то судъ сравниваетъ наказанія по ихъ роду, продолжительности и послѣдствіямъ и назначаетъ менѣе строгое наказаніе.

Можно привести и еще примѣры. Послѣ измѣненія редакціи уставовъ о содержащихся подъ стражею и о ссыльныхъ, законъ 18 мая 1855 года сохранилъ силу прежней редакціи для всѣхъ тѣхъ случаевъ, гдѣ постановленія ея признавались мягче постановленій новой редакціи того же устава. Далѣе, законъ 5 мая 1868 года о порядкѣ введенія въ дѣйствіе воинскаго устава о наказаніяхъ въ первомъ пунктѣ гласитъ: «Воинскій уставъ о наказаніяхъ ввести въ дѣйствіе съ 1-го сентября настоящаго года съ тѣмъ, чтобы съ сего числа постановленія новаго устава примѣнялись ко всѣмъ дѣламъ, не получившимъ до того времени окончательнаго рѣшенія, за исключеніемъ тѣхъ непогихъ случаевъ, гдѣ опредѣляемаго воинскимъ уставомъ взысканія строже наказаній, назначаемыхъ дѣйствовавшими доселѣ по военному вѣдомству законами; а въ этихъ случаяхъ постановлять приговоры о подсудимыхъ на основаніи узаконеній, существовавшихъ во время учиненія преступленія».

Такое же правило было соблюдено въ законѣ 27 марта 1875 года о введеніи въ дѣйствіе нынѣшняго воинскаго устава о наказаніяхъ.

Такимъ образомъ, на практикѣ у насъ въ Россіи строго соблюдался порядокъ, который, нельзя не признать наиболѣе желательнымъ. Законодательныя же опредѣленія по данному вопросу по прежнему оставались въ неудовлетворительномъ видѣ. Понятно, на это не могли не обратить вниманія редакторы комиссіи, призванной пересмотрѣть и исправить наше уголовное уложеніе. Посмотримъ что они сдѣлали. Постановленія проекта по интересующему насъ вопросу находятся въ ст. 1-й и 12-й. На основаніи 1-й ст.: «Никто не можетъ быть наказанъ за дѣяніе, не запрещенное во время его совершенія закономъ уголовнымъ подѣ страхомъ наказанія, ни приговоренъ къ наказанію, неуставлен-



ному сямъ уложеніемъ». Важность этого принципа, внесеннаго во всѣ европейскіе кодексы, не подлежитъ спору: онъ является необходимой гарантіей правъ гражданъ отъ государственнаго и судейскаго произвола. Но силѣ данной статьи, какъ прекрасно выяснили редакторы проекта, наказаніе можетъ быть примѣнено къ виновному только при наличности слѣдующихъ условий: 1) если дѣяніе было запрещено закономъ обнародованнымъ и вступившимъ въ силу; 2) если дѣяніе и раньше признавалось не только преступнымъ, но и наказуемымъ въ порядкѣ уголовного суда; этимъ признакомъ съ одной стороны преступления отличаются отъ нарушенийъ, караемыхъ въ порядкѣ дисциплинарномъ, или влекущихъ за собою гражданскія взысканія, а съ другой стороны устраняется право суда карать по аналогіи дѣянія, сходныя съ преступлениями, но прямо закономъ не воспрещенныя; 3) законъ для своего примѣненія долженъ вступить уже въ силу, иначе его нельзя считать юридически обязательнымъ для гражданъ; 4) наказаніе можетъ быть наложено на преступника только то, какое определено закономъ, и отбываемо можетъ быть только по правиламъ, также установленнымъ закономъ.

Къ этимъ прекраснымъ словамъ намъ кажется лишнимъ дѣлать какія либо добавленія; они сами по себѣ и вполне убѣдительны, и согласны съ основными началами, выработанными доктриной. Жаль только, что хоть часть объясненій редакціонной комиссіи не вошла въ самый текстъ закона: мотивы редакторовъ не составляютъ закона, а между тѣмъ для практики крайне важно, чтобы текстъ закона не страдалъ неполнотою и не возбуждалъ никакихъ сомнѣній.

12 ст. проекта даетъ опредѣленіе по вопросу обратнаго дѣйствія уголовныхъ законовъ: она гласитъ: «Постановленія вновь изданныхъ уголовныхъ законовъ примѣняются и къ преступнымъ дѣяніямъ, учиненнымъ, но не наказаннымъ до дня вступленія сихъ законовъ въ силу. Если закономъ, дѣйствовавшимъ во время учиненія дѣянія, за сіе дѣяніе было установлено наказаніе менѣе строгое, то судъ уменьшаетъ наказаніе въ порядкѣ, ст. 53-й установленномъ. Если закономъ, дѣйствовавшимъ во время учиненія дѣянія, были установлены болѣе краткіе сроки давности, или возбужденіе

уголовнаго преслѣдованія допускалось только по частной жалобѣ, или дозволялось дѣло оканчивать примиреніемъ, то судъ въ сихъ отношеніяхъ руководствуется прежнимъ закономъ». Въ объясненіяхъ по поводу этой статьи редакторы проекта заявляютъ, что принятая ими система является наиболее цѣлесообразной и едва ли не единственно практически возможной. Едва ли это вѣрно, скажемъ мы. Во-первыхъ, съ теоретической точки зрѣнія, какъ намъ извѣстно изъ предыдущаго изложенія, весьма сомнительной является возможность выставить обратное дѣйствіе новаго закона въ качествѣ общаго принципа: во-вторыхъ, теорія Виндинга, положенная редакторами въ основу ихъ опредѣленій, не получила примѣненія на практикѣ даже въ тѣхъ государствахъ, гдѣ измѣненіе законовъ находится подъ контролемъ представителей общества и гдѣ, слѣдовательно, примѣненіе этой теоріи могло быть менѣе опаснымъ; въ третьихъ, примѣры Венгріи, Голландіи, Германіи и другихъ государствъ съ достаточной ясностью доказываютъ, что, вопреки утверженію редакторовъ проекта, практически возможны и системы, несходныя съ принятою ими.

Спрашивается, во имя чего же редакторы приняли такую постановку вопроса, при которой они разошлись съ большинствомъ теоретиковъ, отступивши отъ начала господствующаго въ общемъ правосознаніи? Что заставило ихъ отказаться отъ взглядовъ, составлявшихъ лучшее достояніе нашей отечественной практики и блистательно подтверждаемыхъ примѣромъ законодательной и судебной дѣятельности важнѣйшихъ государствъ Европы?—Отвѣтъ можетъ быть одинъ: редакторы были убѣждены въ правильности теоріи Виндинга, на которую они прямо указали, какъ на свой источникъ.

Пойдемъ далѣе. Принявъ теорію Виндинга, редакторы не рѣшились послѣдовательно провести ее и допустить безусловное примѣненіе новыхъ болѣе строгихъ законовъ къ дѣяніямъ, ранѣе учиненнымъ; а вѣдь это кардинальный пунктъ данной теоріи. Брать ее основу и измѣнять ея главные выводы,—это значитъ дѣйствовать непослѣдовательно и подрывать свою собственную аргументацію. Редакторы не хотѣли отказаться отъ мысли примѣнять новые законы, безразлично отъ ихъ строгости, по въ то же время не рѣшились дать въ новомъ кодексѣ примѣръ



жестокости, которая его рѣзко отдѣлила бы отъ другихъ современныхъ законодательствъ. Поэтому они избрали средній путь: они постановили смягчать въ порядкѣ 53-й ст. наказаніе въ тѣхъ случаяхъ, когда судъ найдетъ, что новое наказаніе строже существовавшаго во время совершенія преступленія. По поводу этого смягченія можно сказать многое. Съ точки зрѣнія Биндинга оно непослѣдовательно, съ точки зрѣнія противоположной доктрины—несостоятельно; оно является какимъ то среднимъ, неопредѣленнымъ наказаніемъ, отличающимся и отъ наказанія по закону времени совершенія и отъ такового по закону времени приговора. Такое смягченіе несправедливо, ибо въ тѣхъ случаяхъ, когда повышеніе репрессіи болѣе значительно, смягченное на одну степень наказаніе будетъ все таки строже наказанія по закону времени совершенія преступленія, а слѣдовательно участь преступника будетъ вопреки основному принципу отягчена; въ случаяхъ же незначительнаго возвышенія репрессіи смягченное въ порядкѣ 53-й ст. наказаніе можетъ оказаться меньшимъ, чѣмъ того требовалъ законъ времени совершенія, и такимъ образомъ преступникъ получитъ вполнѣ неосновательное списхожденіе. Далѣе, такое смягченіе ничѣмъ не гарантировано: оно не составляетъ права подсудимаго и зависитъ въ своемъ объемѣ отъ усмотрѣнія суда: иногда даже оно является совершенно невозможнымъ; такъ, напримеръ, когда по уложенію 1866 года полагается ссылка на поселеніе, а по проэкту каторга съ опредѣленнымъ мінімумомъ, преступникъ, согласно 1 п. 53-й ст. пойдетъ на каторгу; когда по уложенію непя, а по проекту арестъ, то послѣднее наказаніе по 2-му п. 53-й ст. смягчено быть не можетъ и т. п. Да и въ тѣхъ случаяхъ, когда смягченіе наказанія возможно, оно можетъ оказаться неосуществимымъ, если судъ въ виду обстоятельствъ, уменьшающихъ вину, понизилъ наказаніе въ предѣлахъ, предоставленныхъ его власти. Редакторы проекта указываютъ, что при сдѣланномъ ими существенномъ измѣненіи прежней лѣстницы наказаній, разрѣшеніе вопроса о сравнительной тяжести арестантскихъ отдѣленій и рабочаго дома съ одной стороны и исправительнаго дома—съ другой, тюрьмы по уложенію и тюрьмы по проекту, представляется дѣломъ не только труднымъ, но

и почти невозможнымъ, и что къ тому же сохраненіе на долгое время нѣмъ отмѣняемыхъ мѣстъ отбытія наказанія и притомъ не только для лицъ, уже въ нихъ находящихся, но и для вновь приговариваемыхъ, едва ли представляется желательнымъ. Точно также, по соображеніямъ редакторовъ, представляется несправедливымъ, а нѣрѣдко даже неосуществимымъ, обязательное сокращеніе размѣровъ вновь назначаемого наказанія, на примѣръ сроковъ его, по соображенію съ прежнимъ взысканіемъ: условія содержанія въ исправительномъ домѣ и въ арестантскихъ, на примѣръ, отдѣленіяхъ настолько различны, что ихъ уравненіе по срокамъ было бы совершенно формальнымъ.

По поводу этой аргументаціи нельзя не замѣтить, что она не отличается убѣдительностью. Редакторы указываютъ, что «въ пѣкоторыхъ случаяхъ» трудно или несправедливо рѣшать данный вопросъ сообразно желанію господствующей теоріи, выводы же свои распространяютъ на всѣ случаи измѣненія наказаній, а слѣдовательно и на тѣ, которые совершенно не подходятъ подъ вышеприведенныя соображенія. Затѣмъ, и при системѣ, установленной редакторами, не устраняется «трудное и почти невозможное» по ихъ словамъ дѣло сравнительной оцѣнки прежнихъ и новыхъ наказаній, ибо суду предписано смягчать въ порядкѣ 53-й статьи наказанія, болѣе строгія, сравнительно съ наказаніями по закону времени совершенія; слѣдовательно суду придется во всякомъ случаѣ дѣлать это «трудное и невозможное» дѣло. Не предполагаютъ же редакторы, что судъ не будетъ входить въ обстоятельную внутреннюю оцѣнку новыхъ видовъ наказанія, сравнительно со старыми, а будетъ ограничиваться одними внѣшними формальными признаками?

Мы уже говорили, что, когда государство вводитъ новые роды наказаній, оно имѣетъ право примѣнять ихъ къ дѣяніямъ, ранѣе совершеннымъ, но при этомъ важно, чтобы участь преступника не подвергалась отягченію. Для исполненія этихъ требованій должно принять во вниманіе не только сроки наказанія (комиссія права, утверждая, что это было бы несправедливо, да этого никто и не требовалъ), но и всѣ условія, связанныя съ наказаніемъ: продолжительность его, способъ отбыванія, послѣд-



ствія и т. п. Послѣ такой оцѣпки можно сравнить новый родъ наказанія съ прежнимъ и рѣшить, насколько новое наказаніе строже прежняго и въ какой мѣрѣ его слѣдуетъ понизить, чтобы оно потеряло этотъ характеръ. Такая постановка, согласная съ требованіемъ большинства теоретиковъ, вполнѣ возможна практически, вопреки утверженію редакторовъ проекта. Пашли же возможнымъ, вводя уложеніе въ 1846 году, составить таблицу сравнительной тяжести наказаній по старому и новому законамъ; почему же нельзя было составить такую таблицу и теперь? Не сомнѣваемся въ трудности этого дѣла, но не сомнѣваемся также и въ томъ, что это дѣло могутъ выполнить люди, богатые юридическимъ опытомъ и знакомые съ условіями тюремной жизни различныхъ режимовъ, а въ такихъ людяхъ, безспорно, не было недостатка въ редакціонной комиссіи.

До сихъ поръ мы говорили только о первой части 12-й ст.; вторая ея часть заслуживаетъ полного одобренія и вполнѣ целесообразно рѣшаетъ вопросъ о примѣненіи новыхъ законовъ о давности, о требованіи жалобы потерпѣвшаго и т. п.

Что же касается примѣненія болѣе мягкихъ промежуточныхъ законовъ, то редакторы проекта отвергли такое примѣненіе, заявляя, что для него не представляется никакихъ вѣскихъ основаній. Мы указывали уже во второй части нашей работы, почему это примѣненіе должно имѣть мѣсто, а потому повторяться не будемъ.

Изложенныя и разобранныя постановленія проекта вызвали массу замѣчаній. Въ пользу его безусловно высказались, насколько намъ извѣстно, только проф. Есиновъ и проф. Сергѣевскій. Первый изъ нихъ находилъ, что въ проектѣ данный вопросъ разрѣшенъ въ высшей степени удовлетворительно, но никакихъ доказательствъ въ подкрѣпленіе своего мнѣнія не привелъ: профессоръ же Сергѣевскій въ своихъ замѣчаніяхъ на проектъ говорилъ прежде, что устанавливаемое въ ст. 12-й смягченіе наказанія болѣе строгаго, чѣмъ назначалъ законъ времени совершенія преступленія, является «вполнѣ непослѣдовательнымъ изъятіемъ изъ общаго принципа, которое редакторы проекта создали, поддаваясь соображеніямъ гуманности, въ данномъ случаѣ совершенно неумѣстнымъ», т. е. другими словами проф. Сергѣевскій указывалъ на то, что если

проводить теорію Бицдинга, то надо проводить до конца. Въ новомъ же изданіи своего учебника проф. Сергіевскій говоритъ нѣчто иное: онъ признаетъ, что смягченіе новыхъ законовъ, если они примѣняются къ дѣяніямъ, ранѣ совершеннымъ и являются болѣе строгими, должно имѣть мѣсто по основаніямъ вполне всѣскимъ: въ наше время, по его словамъ, повышеніе репрессіи по большей части вызывается особыми, чрезвычайными обстоятельствами, такъ что дѣянія, совершенныя до наступленія этихъ обстоятельствъ, до введенія новыхъ строгихъ законовъ, не заслуживаютъ столь строгой кары и для нихъ наказаніе должно быть смягчено. Авторъ не говоритъ, должно ли оно быть смягчено по сравненію съ прежнимъ наказаніемъ, или по системѣ, рекомендуемой проектомъ, но изъ всего текста его рѣчи можно заключить, что онъ сторонникъ проекта. Такимъ образомъ прежній и новый взглядъ даннаго автора остались несогласованными.

Гораздо многочисленнѣе лагерь противниковъ проекта по данному вопросу; противъ ст. 12 возражали: Гейеръ, Г. Мейеръ, Шютце, Будзинскій, Владиміровъ, Палаузовъ, Пусторослевъ, Ф.-Резонъ, масса общихъ собраній судовъ, многіе изъ прокуратуры, юридическія общества при новороссійскомъ и казанскомъ университетахъ и др.

Комmissія, какъ видно изъ исправленнаго проекта, гдѣ данному вопросу посвящена 11 ст., не приняла во вниманіе сдѣланныхъ ей возраженій и оставила прежній текстъ безъ перемѣны на томъ основаніи, что предоставленіе суду права уменьшать наказаніе по его усмотрѣнію создавало бы полный судейскій произволъ, а начертаніе таблицы, если не допустить при этомъ полнаго произвола, представляется крайне затруднительнымъ за отсутствіемъ признака, могущаго служить масштабомъ сравненія.

Мы находимъ и эти позднѣйшіе доводы комиссіи мало убѣдительными: 1) масштабъ для сравненія есть, хотя и сложный: это, какъ мы говорили, сравненіе наказаній по ихъ продолжительности, способу отбыванія и послѣдствіямъ, 2) что дѣло сравненія возможно, доказала (не говоря объ историческихъ примѣрахъ) сама комиссія, давая въ ст. 55 проекта сравнительную оцѣнку устанавливаемыхъ родовъ наказанія, 3) если дѣло смяг-



ченія новыхъ строгихъ законовъ передать въ руки суда, то судъ долженъ руководствоваться вышеуказаннымъ масштабомъ, а не исключительно своимъ усмотрѣніемъ; опасеніе редакторовъ, слѣдовательно, въ данномъ случаѣ совершенно неосновательно и 4) при системѣ проэкта, не смотря на опасеніе судейскаго произвола со стороны комиссіи, этотъ произволь не вполне устраняется, ибо въ руки суда не дано ровно никакого руководства для сравненія новыхъ указаній закона со старыми.

Въ заключеніе нельзя не замѣтить, что общій принципъ, проводимый комиссіей, по которому къ дѣяніямъ, ранѣе совершеннымъ, долженъ примѣняться новый законъ, опасенъ у насъ въ Россіи болѣе, чѣмъ гдѣ нибудь, ибо, по справедливому замѣчанію проф. Владимірова, у насъ новый карательный законъ можетъ безпрепятственно быть испрошенъ въ теченіи 24-хъ часовъ послѣ свершенія преступленія и по тѣмъ же причинамъ сужденіе лица каждый разъ можетъ быть отсрочено для подведенія его подъ новый законъ. — Основываясь на всѣхъ приведенныхъ соображеніяхъ, мы полагаемъ, что ст. 11-ю проэкта слѣдовало бы по существу измѣнить въ ея редакціи. Пусть упраздняются прежнія мѣста заключенія, пусть примѣняются новые его виды, но пусть при этомъ одновременно не страдаютъ интересы обвиняемыхъ, которые нарушаются примѣненіемъ къ преступленію закона болѣе строгаго, чѣмъ законъ времени совершенія.

Мы съ своей стороны предложили бы слѣдующую формулу: «Постановленія вновь изданныхъ уголовныхъ законовъ примѣняются къ преступнымъ дѣяніямъ, учиненнымъ, но еще не получившимъ окончательнаго приговора, въ тѣхъ только случаяхъ, когда наказаніе, установленное новымъ закономъ, по сравненію сроковъ, способа отбыванія и послѣдствій его съ таковыми же по закону времени совершенія дѣянія, является болѣе снисходительнымъ къ участи преступника. Если же по сравненію наказаніе окажется болѣе строгимъ, то судъ, примѣняя новый законъ, смягчаетъ наказаніе въ такой мѣрѣ, чтобы оно не являлось уже строжайшимъ сравнительно съ наказаніемъ по закону времени совершенія. Въ случаѣ послѣдовательной смѣны нѣсколькихъ законовъ судъ примѣняетъ мягчайшій изъ нихъ, руковод-

ствуюсь вышесказанными правилами. Если закономъ времени совершенія дѣянія были установлены болѣе короткіе сроки давности, или возбужденіе преслѣдованія допускалось только по частной жалобѣ, или дозволялось дѣло оканчивать примиреніемъ, или вообще подсудимому предоставлялись какія либо права, по-вымъ закономъ отмѣненные, то судъ въ сихъ отношеніяхъ руководствуется прежнимъ закономъ».

Работа наша окончена. Въ ней мы держались того убѣжденія, что государство должно держаться извѣстныхъ границъ въ примѣненіи своей карательной власти, должно сообразоваться со взглядами и понятіями общества, для охраны интересовъ котораго существуетъ правосудіе. Мы видѣли, что голоса большинства представителей науки, исторической опытъ и современная законодательная и судебная практика Европы согласно стоятъ за правило: «только болѣе мягкій законъ долженъ имѣть обратное дѣйствіе». Мы утверждаемъ, что отвергать это положеніе вполнѣ или отчасти значитъ дѣлать шагъ назадъ и стараться свести жизненную науку уголовного права къ голой конструкціи логическихъ понятій, отвергая при этомъ самыя жгучія, самыя трепещущія положенія и принося ихъ въ жертву неумолимому божку, именуемому строго юридической точкой зрѣнія.

Мы смотримъ на дѣло иначе и вслѣдъ за многими представителями нашей науки, думаемъ, что юристъ, оставаясь юристомъ, можетъ не смотрѣть на разсматриваемые вопросы какъ на абстрактную задачу, можетъ принимать во вниманіе различныя жизненныя условія. Такой взглядъ мы проводили и въ данной работѣ.

**Главнѣйшія пособія:**

- Bekker: «Theorie des heutigen Deutschen Strafrechts», 1857, s. 194—200.  
Бѣлогриць—Котляревскій: «Конспектъ курса уголовного права», 1892, стр. 39—65.  
Бѣлогриць—Котляревскій: «Рецензія на лекціи проф. Таганцева», Юридич. Библиографія Демидовскаго Лицея, Ярославль, № 7.  
Bernier: „Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen“.  
Binding: „Die Normen und ihre Uebertretung“, ч. 1, 1890, гл. IV.  
Wächter: „Deutsches Strafrecht“, 1881, s. 78 ff.



- Владиміровъ: „Учебникъ уголовного права“, ч. общ., § 4.  
Garraud: „Précis. de droit criminel“, 1881, p. 70—86.  
Градвскій: „О дѣйствиі законовъ во времени“, Ж. Г. и Уг. Пр., 1873, кн. 4.  
Градвскій: „Начала русскаго государственнаго права“, I, §§, 83 и 85.  
Geib: „Lehrbuch des Deutschen Strafrechts“, ч. 2, 1862, § 69.  
Есиповъ: „Очеркъ уголовного права“, ч. общ., 1894, стр. 58 сл.  
Hälschner: „Das gemeine deutsche Strafrecht“, I, p. 1881. 116 ff.  
Haus: „Principes généraux du droit pénal Belge“, I, p. 120 ff.  
Кистяковскій: „Учебникъ уголовного права“, ч. общ., 1882, § 74.  
Köstlin: „System des deutschen Strafrechts“, 1855, § 24.  
Lainé: „Traité élémentaire de droit criminel“, I, 1881, p. 100 ff.  
Liszt: „Lehrbuch des deutschen Strafrechts“, 1884, s. 80—81.  
Малышевъ: „Курсъ общаго гражданскаго права Россіи“, I, стр. 201 сл.  
Неклюдовъ: „Конспектъ общей части уголовного права“, 1875, стр. 175.  
Протоколъ засѣданія с.-петербургскаго юридическаго общества отъ 8 января 1883.  
Сергѣевскій: „Русское уголовное право“, общ. ч., 1890, стр. 348—350.  
Сергѣевскій: „Замѣчанія на проектъ новаго уложенія“, стр. 89—90.  
Schwarze: „Der Wirkungskreis des Strafgesetzes betreffs der Zeit, des Raumes und der Personen“, Handbuch Holtzendorffa, II, 1871, s. 25 ff.  
Уголовное уложеніе. проектъ редакціонной комиссіи, объяснительная къ нему записка и матерьялы.  
Тагащевъ: „Лекціи по уголовному праву“, I, 1887, стр. 226—240.

## Борьба съ дѣтской преступностью и помощь безпризорнымъ дѣтямъ <sup>1)</sup>.

Выступая по приглашенію общества, поставившаго своей задачей помощь дѣтямъ, я рѣшился избрать для бесѣды такую тему, которая стояла бы въ связи съ этой задачей.

Помощь дѣтямъ въ самыхъ разнообразныхъ ея формахъ, имѣеть громадное социальное значеніе, ибо и наука, и жизненный опытъ свидѣтельствуютъ намъ о томъ, что чѣмъ меньше оказывается помощи, тѣмъ больше является дѣтей безпризорныхъ и заброшенныхъ, тѣмъ больше вырабатываются изъ этихъ кадровъ люди нравственно испорченные, нищие, бродяги и преступники.

Бесѣду свою я начну не съ общаго вопроса о дѣтяхъ, требующихъ попеченія, а съ частнаго вопроса о дѣтяхъ преступникахъ, ибо послѣдній, являясь результатомъ недостаточнаго попеченія о дѣтяхъ вообще, наиболее рѣзко бросается въ глаза.

### I.

Тотъ или иной взглядъ на преступниковъ-дѣтей всегда находится въ зависимости отъ взгляда общества на преступленіе и наказаніе вообще. Въ прежнее время преступленіе считали актомъ злой воли и не останавливались надъ изысканіемъ и объясненіемъ другихъ причинъ и источниковъ преступленія, причинъ того факта, что воля одного человѣка является злой, а другаго—не является. Преступленіе не вызывало размышленій; оно лишь будило въ обществѣ чувство злобы и негодованія, а это чувство, понятно, не могло диктовать ничего, кромѣ самыхъ жестокихъ каръ; оно

<sup>1)</sup> Публичная лекція, прочитанная въ г. Костромѣ 25 Марта 1901 года въ пользу вновь учрежденнаго костромскаго общества „Помощь дѣтямъ“.



выражалось въ разнообразныхъ и утонченныхъ способахъ мучить преступника, чтобы отомстить ему и утратить другихъ.

Если казнили, то казнили простымъ способомъ лишь въ видѣ милости, обычно же выбрались такіе мучительные способы казни, какъ колесованіе, закапываніе живымъ въ землю, сожженіе, свареніе въ котлѣ, заливаніе горла расплавленнымъ металломъ, посаженіе на колъ и т. п. При тѣлесныхъ наказаніяхъ или пускали въ ходъ орудія въ родѣ кнута, вырвавши мясо клочьями, или уродовали челоуѣка отрѣзываніемъ языка, ушей, выкалываніемъ глазъ, отрубленіемъ рукъ и т. п. Если преступника лишали свободы, бросая его въ тюрьму, то она была очень мало похожа на тюрьму современную; какъ ни плоха часто бываетъ послѣдняя, но она рай въ сравненіи съ тюрьмами прежняго времени; прежнія тюрьмы давали мало свѣта, а иногда являлись темницами въ буквальномъ смыслѣ этого слова; часто онѣ помѣщались въ глубокихъ подземельяхъ; холодъ, сырость, гниль, грязь, тѣснота и зловоніе были ихъ обыкновенными принадлежностями; даже о пропитаніи заключенныхъ почти не заботились; имъ не полагалось ни одежды, ни постелей, ибо послѣднія замѣняла гнилая солома; не было раздѣленій ни по роду преступленій, ни по возрасту, ни даже часто по полу; обученія, правильныхъ работъ, посѣщеній врача не было и въ поминѣ. Болѣзни, праздность, развратъ и полныи, ужасающій произволъ тюремнаго начальства, — вотъ обычная картина прежней тюрьмы.

Такъ относились общество и власти къ преступникамъ вообще; такъ или почти такъ они въ теченіе многихъ вѣковъ относились къ преступнымъ дѣтямъ и подросткамъ. Правда, уже римское право иногда освобождало дѣтей отъ наказанія или наказывало ихъ (за исключеніемъ болѣе тяжкихъ преступленій) мягче, чѣмъ взрослыхъ. Далѣе, каноническое право восприняло и развило этотъ принципъ и затѣмъ подъ вліяніемъ каноническаго права этотъ принципъ легъ въ основу уголовного законодательства важнѣйшихъ государствъ западной Европы. Но не будемъ дѣлать себѣ иллюзій: положеніе вещей улучшилось очень мало, ибо, во-первыхъ, къ дѣтямъ часто и въ болѣе позднее время примѣнялись самыя тяжкія наказанія, во-вторыхъ, возрастъ полной безответственности дѣтей

былъ слишкомъ низокъ и въ третьихъ, при смягченіи наказаній рѣдко измѣнялся родъ ихъ, а кромѣ того и болѣе мягкія наказанія обыкновенно отбывались совмѣстно со взрослыми.

Посмотримъ на факты. Въ своей знаменитой книгѣ «О смертной казни» проф. Кистяковскій безспорными данными доказалъ, что даже въ болѣе близкое къ намъ время бывали казни дѣтей: съ 1625 по 1630 годъ въ епископствѣ Бамбергскомъ въ числѣ 600 женщинъ было сожжено за колдовство 23 дѣвочки въ возрастѣ между 7 и 10 годами; то же наказаніе сожженіемъ примѣнялось по изслѣдованіямъ Солдана и Озенбрюгена въ 17 в. въ Швейцаріи, Виртембергѣ и другихъ мѣстахъ Германіи; даже относительно 18 вѣка мы имѣемъ свидѣтельство Блэкстона о смертномъ приговорѣ за убійство надъ двумя дѣтьми, изъ которыхъ старшее 10 лѣтъ и было казнено.

Самыя тяжкія тѣлесныя наказанія также обычно примѣнялись къ дѣтямъ, подлежащимъ, наиримѣръ, у насъ въ Россіи до половины 18 вѣка столь ужасному орудію, какъ кнутъ. Въ лучшемъ случаѣ дѣти попадали въ тюрьму, но мы знаемъ, какова была она, и для насъ ясно, что малолѣтніе должны были гибнуть тамъ физически и нравственно, должны были неизбѣжно пріобрѣтать порочныя и преступныя привычки и слѣдовательно выходили на свободу въ концѣ развращенными, отпѣтыми, съ отвращеніемъ къ труду и преступными планами въ головѣ.

Такова была истина по отношенію къ малолѣтнимъ и, какъ это ни трудно понять людямъ нашихъ дней, ни юристы, ни общество не протестовали противъ такого порядка вещей и даже совершенно не обращали на него вниманія. Мы съ своей стороны можемъ объяснить этотъ непопулярный фактъ лишь тѣмъ, что общество восприняло римскій взглядъ, гласившій: «malitia supplet aetatem», т. е. было убѣждено, что малолѣтніе, совершая преступленіе, проявляютъ установившуюся злую волю, являются достойными негодования и самаго суроваго возмездія, наравнѣ со взрослыми.

Иное отношеніе къ малолѣтнимъ преступникамъ сдѣлалось возможнымъ лишь съ эволюціей во взглядахъ общества на преступность вообще. Новыя нравственно-философскія движенія, под-



готовленныя долгимъ періодомъ времени, проявились уже въ 16 в., но получили распространеніе лишь къ концу 18 в.; судьбу этихъ движеній раздѣлялъ и вопросъ о преступныхъ и порочныхъ малолѣтнихъ. Радикальныхъ реформъ до конца 18 в. не было, ибо не произошло еще полнаго поворота во взглядахъ общества на преступленіе и наказаніе вообще, но въ области юстиціи появились уже отдѣльныя гуманитарныя попытки, отразившіяся и на участи малолѣтнихъ. Дѣло въ томъ, что страшное развитіе нищенства и бродячества заставило задуматься надъ мѣрами, которыя охраняли бы общество отъ этого зла,—это съ одной стороны, а съ другой—религіозныя ученія гуманитарнаго характера вызывали въ людяхъ болѣе дѣятельное, чѣмъ прежде, чувство состраданія.

Сперва въ Голландіи, а затѣмъ и въ Германіи, во второй половинѣ 16 вѣка было создано нѣсколько учреждений для призрѣнія безпріютныхъ и порочныхъ дѣтей, въ числѣ которыхъ принимались и дѣти-преступники, особенно же тѣ изъ нихъ, которыя были виновны въ бродяжествѣ.

Къ началу 18 вѣка эти заведенія стали частью закрываться, частью дифференцироваться, т. е. появились отдѣльныя учрежденія для призрѣнія съ одной стороны и отдѣльныя заведенія для преступныхъ дѣтей—съ другой.

Такъ въ началѣ второй половины 17 вѣка Филиппъ Франчи устроилъ во Флоренціи заведеніе для порочныхъ (и преимущественно для преступныхъ) мальчиковъ; ихъ держали для предотвращенія взаимной порчи въ одиночномъ заключеніи, приучая ихъ къ труду и стараясь дать имъ религіозно-правственное воспитаніе. Въ 1656 году подобное же заведеніе было устроено для мальчиковъ и дѣвочекъ въ Гентѣ; мальчики были отдѣлены отъ дѣвочекъ, но дѣти одного и того же пола находились въ общемъ заключеніи, хотя и со строгимъ воспрещеніемъ всякихъ разговоровъ. Далѣе, въ 1704 году папа Климентъ XI учредилъ въ Римѣ исправительное заведеніе для малолѣтнихъ преступниковъ—мальчиковъ съ общимъ заключеніемъ днемъ и съ раздѣленіемъ на ночь, а папа Климентъ XII присоединилъ сюда особое отдѣленіе для дѣвочекъ. Подобнаго же рода заведенія возникали и въ дру-

них мѣстахъ, напримѣръ въ Швейцаріи, гдѣ знаменитый педагогъ Іоаннъ-Генрихъ Несталлоци основалъ два заведенія для безпризорныхъ дѣтей и кромѣ того устроилъ въ Нейгофѣ близъ Берна земледѣльческую школу для дѣтей порочныхъ и преступныхъ.

Но нельзя не сознаться, что всѣ эти свѣтлыя попытки являлись единичными фактами и совершенно терялись въ массѣ безразличнаго отношенія со стороны общества къ тѣмъ особенностямъ, которыми отличается преступность малолѣтнихъ: да и самими творцами этихъ попытокъ болѣе двигало ихъ доброе сердце или религіозное убѣжденіе, нежели пониманіе сущности дѣла. Необходимо было, повторяемъ, коренной поворотъ во взглядахъ общества какъ на преступленіе, такъ и на наказаніе, чтобы вопросъ о порочныхъ и преступныхъ малолѣтнихъ былъ поставленъ на принципиальную почву и впервые сталъ получать болѣе радикальное разрѣшеніе.

Такая постановка вопроса есть дѣло XIX вѣка. Къ его началу философская мысль твердо выдвинула идею о правахъ личности, соединивъ эту идею съ протестомъ противъ жестокости наказаній. Она указала на то, что преступникъ есть все же человѣкъ, и что, уважая въ немъ права человѣка, нельзя его мучить безъ надобности. Далѣе, не могъ не обратить на себя вниманія тотъ фактъ, что господствовавшая цѣлыя вѣка идея устрашенія оказалась несостоятельной.

На алтарь правосудія было принесено безчисленное количество жертвъ; для подавленія преступности были пущены въ ходъ всѣ чудовищныя жестокости, какія только смогъ придумать умъ человѣческій; стоны казнимыхъ, истязаемыхъ и заживо погребенныхъ въ тюрьмахъ неслись отовсюду; пролились цѣлыя рѣки крови; казалось, что преступность должна была бы исчезнуть съ лица земли, что даже помыслы преступные должны были быть въ концѣ задавлены... Но дѣйствительность показала иное; она показала непрерывный и повсемѣстный ростъ преступности, она дала также цѣлый рядъ примѣровъ того, что преступленія совершались въ толпѣ, у подножія эшафота въ то время, когда на этомъ эшафотѣ совершалась казнь за совершенно тождественное преступленіе. Обществу пришлось такимъ образомъ убѣдиться, что од-



ними карами дѣлу не поможешь, и что взглядъ, объясняющій появленіе преступленій исключительно злою волей, — совершенно ошибоченъ. Отсюда проистекли чрезвычайно важные и обильные реформаторскими послѣдствіями выводы, благопріятно отразившіеся и на судьбѣ малолѣтнихъ преступниковъ. Во-первыхъ, жестокость наказаній стала смягчаться; во-вторыхъ, преступность была признана результатомъ сложныхъ причинъ, на изысканіе которыхъ и обратилась научная мысль, и, въ третьихъ, отъ наказанія, основаннаго на идеѣ возмездія стали переходить къ наказанію, основанному на идеѣ цѣлесообразности, т. е. пришли къ убѣжденію, что наказаніе, доставляя возможную безопасность обществу, должно дѣйствовать на преступника въ сторону возможнаго его приспособленія къ жизни въ рамкахъ закона, въ сторону его исправленія и уже во всякомъ случаѣ не ухудшенія. Развитие этихъ взглядовъ, наиболѣе интенсивное во второй половинѣ XIX вѣка вызвало рядъ крупныхъ реформъ и повело къ совершенно новой постановкѣ вопроса объ ответственности малолѣтнихъ.

Если трудно стало говорить о злой волѣ, какъ причинѣ преступленій взрослыхъ, то тѣмъ болѣе это пришлось признать относительно малолѣтнихъ, воля которыхъ слаба и неспособна къ серьезному контролю надъ ихъ дѣйствіями и, если и слѣдуетъ влеченіямъ разсудка, то послѣдній самъ по незрѣлости долженъ быть признавъ плохимъ вожатымъ. Но этого мало; серьезные научныя изслѣдованія сдѣлали безспорнымъ тотъ фактъ, что причины преступности малолѣтнихъ лежатъ внѣ ихъ воли. Если мы станемъ на сторону антропологовъ, мы должны будемъ признать главной причиною преступности малолѣтнихъ наследственность, т. е. обстоятельство отъ ихъ воли независящее; но и въ этомъ случаѣ для охраны общества слѣдуетъ рекомендовать мѣры воспитательно-исправительныя, ибо только путемъ этихъ мѣръ можетъ быть ослаблено вредное и грозящее обществу опасностью въ будущемъ вліяніе дурныхъ наследственныхъ предрасположеній.

Если же мы признаемъ, что роковой характеръ наследственности не доказанъ, что большинство малолѣтнихъ становится преступниками не вслѣдствіе наследственности отъ родителей-преступниковъ и нравственно-падшихъ, а скорѣе вслѣдствіе дурнаго

вліянія такихъ родителей и окружающей ихъ среды, то необходимость исправительно-воспитательныхъ, а не карательныхъ мѣръ едѣлается еще нагляднѣе.

Статистическія данныя даютъ полное подтвержденіе высказаннымъ положеніямъ, указывая на ужасающую зависимость преступности малолѣтнихъ отъ социальныхъ условій, отъ среды ихъ окружающей. По словамъ спеціальнаго изслѣдователя даннаго вопроса, проф. Богдановскаго, «въ Англіи и Франціи около  $\frac{1}{10}$  малолѣтнихъ преступниковъ суть дѣти отцовъ и матерей, бывшихъ также преступниками; около  $\frac{7}{10}$  суть плоды разврата, или же, какъ лишняя обуза, были брошены родителями на произволъ судьбы и припаты подъ чужой кровъ, а  $\frac{2}{10}$  принадлежатъ родителямъ, ведущимъ жизнь бродягъ, нищихъ или же публичныхъ женщинъ». Далѣе, констатировано, что въ большихъ городахъ существуетъ систематическая подготовка дѣтей къ преступленіямъ, особенно же къ ремеслу вора, что громадное большинство малолѣтнихъ преступниковъ никогда и ничему не училось и отъ рожденія было поставлено въ самыя неблагопріятныя нравственныя и экономическія условія. По даннымъ французской статистики, разработаннымъ виконтомъ д'Оссонвиллемъ, лишь 1% преступниковъ малолѣтнихъ происходятъ отъ достаточныхъ родителей, а 40% даже не могли видѣть по своему происхожденію ничего, кромѣ развращающихъ примѣровъ и уроковъ преступленія.

Если же мы обратимся къ вопросу о томъ, какія преступленія обычно совершаются малолѣтними, то мы увидимъ, что эти преступленія преимущественно заключаются въ бродяжествѣ, нищенствѣ и мелкихъ мошенничествахъ и кражахъ; эти преступленія по даннымъ французской статистики составляютъ около 84%, а по даннымъ русской статистики свыше 85% всего числа преступленій совершаемыхъ малолѣтними. Да это и понятно: въ болѣе ранніе годы жизни въ человѣкѣ сильнѣе всего говорятъ примитивныя потребности, особенно же голодь, жажда и нужда въ кровѣ для почлега: если нѣтъ родителей и близкихъ, если эти потребности приходится удовлетворять на собственный страхъ и рискъ, и притомъ не умѣя зарабатывать и не обладая достаточнымъ запасомъ физическихъ и нравственныхъ силъ, то что же мудренаго, если ма-



малолѣтній беретя за прошеніе милостыни, а при неудачѣ на этомъ пути переходитъ къ посягательствамъ на чужую собственность. Если онъ не попадаетя, опъ втягиваетя въ эту жизнь и приобрѣтаетя устойчивыя преступныя привычки; если попадаетя, его (по крайней мѣрѣ такъ было до недавняго времени) сажаютъ въ тюрьму и онъ тамъ опять таки развращаетя и выходитъ готовымъ преступникомъ.

Сознаніе ненормальности такого порядка не могло не привести къ реформамъ. Изслѣдованія причинъ преступности малолѣтнихъ показали, что эти причины составляютъ: развращенность и дурныя примѣры родителей и близкихъ, отсутствіе надзора съ дѣтства и какихъ бы то ни было заботъ о правильномъ воспитаніи ребенка, о насажденіи въ немъ нравственныхъ началъ, его обученіи и приученіи къ труду, и наконецъ крайняя нужда, благодаря которой не получаютъ удовлетворенія законнымъ способомъ самыя необходимыя потребности. Что же оставалось дѣлать при такомъ положеніи вещей? Примѣненіе обыкновенныхъ наказаній оказалось по свидѣтельству исторіи несостоятельнымъ; признавать малолѣтнихъ преступниковъ невмѣняемыми и оставлять ихъ на свободѣ,—это значитъ способствовать ихъ окончательному развращенію и гибели. Оставался только третій путь: помѣщать такихъ малолѣтнихъ въ особыя заведенія и тамъ, вѣдъ вредныхъ вліяній, заботиться о ихъ перевоспитаніи. На этотъ путь, единственно правильный и цѣлесообразный, и повернули болѣе новыя законодательства. Вспомнились забытыя было прецеденты изъ прежнихъ вѣковъ,—и вотъ уже съ 30-хъ годовъ XIX столѣтія снова появляются спеціальныя заведенія для малолѣтнихъ преступниковъ; они строятся на новыхъ началахъ и преслѣдуютъ не идею возмездія, а идею перевоспитанія. Таковы «Суровый домъ» близъ Гамбурга, возникшій благодаря просвѣщенной энергіи пастора Іоанна Вилхерна, такова стяжавшая себѣ громкую славу знаменитая колонія Меттрэ, близъ Тура, основанная въ 1839 г., т. е. шестью годами позже «Суроваго дома», трудами Демца и Куртейля, таковы созданныя въ началѣ пятидесятихъ годовъ Редгильская колонія въ Англіи и Нидерландское Меттрэ, основанное Зюрингаромъ.

Со второй половины XIX вѣка подобныя заведенія начинаютъ появляться почти во всѣхъ государствахъ цивилизованнаго міра. Кромѣ Германіи, Франціи, Англіи и Голландіи они появляются въ с. американскихъ соединенныхъ штатахъ, Даніи, Италіи, Бельгіи, Австріи, Венгріи, Швеціи и т. д., кончая и нашимъ отечествомъ. Чѣмъ далѣе идетъ время, тѣмъ больше возрастаетъ число этихъ заведеній, тѣмъ болѣе законодательная власть мѣняетъ свое отношеніе къ малолѣтнимъ преступникамъ, пачиная съ покровительства заведеніямъ, возникшимъ по частной инициативѣ, и кончая изданіемъ законовъ для поддержки этихъ заведеній, для созданія новыхъ и для замѣны наказаній малолѣтнимъ заключеніемъ въ такія заведенія. Таковы во Франціи законы 1850 и 1869 гг., въ Англіи законы 1854 и 1860 гг., въ Германіи законъ 1878 г., въ Россіи законъ 5 декабря 1866 г. и т. д. Появляются даже совершенно новые и оригинальные типы исправительныхъ заведеній, какъ напримѣръ, въ Америкѣ Эльмира.

Мы не будемъ подробно останавливаться на вопросѣ объ устройствѣ заведеній, возникшихъ въ силу приведенныхъ законовъ. Болѣе детальныя изслѣдованія могутъ выяснить и дѣйствительно выясняютъ, какая изъ системъ лучше, и какого типа заведенія болѣе удовлетворяютъ своему назначенію. Для нашей краткой бесѣды будетъ достаточно, если мы упомянемъ, что устраиваются какъ земледѣльческія колоніи, такъ и ремесленные пріюты, а въ частности въ Англіи даже школы мореплаванія. Практикуется (особенно въ Америкѣ) также отдача малолѣтнихъ преступниковъ на воспитаніе въ надежныя семьи подъ надзоромъ особыхъ правительственныхъ или общественныхъ агентовъ-ревизоровъ. Въ режимѣ замѣчается большое разнообразіе, ибо въ однихъ мѣстахъ онъ болѣе строгъ, а въ другихъ болѣе мягокъ; разнообразны и системы, ибо имѣются система казарменная, стремящаяся пріучить къ дисциплинѣ и исполненію долга, система семейная, стремящаяся подобіемъ семейной обстановки смягчить юную, но уже испорченную душу, и наконецъ, системы смѣшанныя.

Но какова бы ни была организація, основная идея остается вездѣ одна и та же; это идея перевоспитанія, просвѣщенія и пріученія къ честному, правильному труду. Что эта идея вѣрна,—



доказываетъ успѣхъ уже существующихъ заведеній, которыя многихъ спасли отъ гибели и, по свидѣтельству статистики, сильно понизили цифру рецидивистовъ, т. е. тѣхъ, которые были за преступленіе помѣщены въ исправительное заведеніе и по выходѣ изъ него снова стали на преступный путь.

И у насъ въ Россіи частная инициатива создала не мало такихъ заведеній, но они еще капля въ морѣ, сравнительно съ существующей потребностью, ибо всѣ эти заведенія пока вмѣщаютъ немногимъ болѣе 10% всего числа малолѣтнихъ преступниковъ. Закономъ 8 іюля 1897 г. расширено примѣненіе принудительнаго воспитанія; допущена въ замѣнъ наказаній (за исключеніемъ болѣе тяжкихъ дѣяній) отдача малолѣтнихъ въ возрастѣ отъ 14 до 17 л. въ исправительныя заведенія, особыя отдѣленія при тюрьмахъ и монастыри. Необходима дальнѣйшая общественная энергичная работа въ дѣлѣ созданія новыхъ исправительныхъ заведеній, ибо вопл ихъ перевоспитаніе, образованіе и приученіе къ труду становятся весьма проблематичными, а безъ этого не можетъ быть остановленъ печальный и грозный ростъ преступности малолѣтнихъ, невозможна и борьба съ преступностью взрослыхъ, кадры которыхъ пополняются малолѣтними, разъ послѣдніе вырастаютъ, не будучи твердо поставлены на честную дорогу.

## II

До сихъ поръ у насъ шла рѣчь почти исключительно о дѣтяхъ преступныхъ; мы убѣдились, что въ этомъ дѣлѣ обществу еще много предстоить работы; но даже если бы въ этой области уже были достигнуты самые блестящіе результаты, остановиться только на этомъ общество не имѣетъ права: оно не должно забывать, что кромѣ преступныхъ дѣтей существуютъ также дѣти безпріютныя, заброшенныя и наконецъ просто несчастныя. Не подумать о нихъ и жестоко и неpolitично, ибо изъ нихъ, если общество о нихъ не заботится, и развиваются дѣти-преступники.

Дѣтей, требующихъ заботы и попеченія со стороны общества, существуетъ громадное множество, и это множество, безъ принятія надлежащихъ мѣръ, будетъ все болѣе и болѣе возрастать. Дѣло въ томъ, что капиталистическій строй современнаго госу-

дарства окончательно распатала прежніе патріархальныя порядки; привлекая массу пролетаріата, являющагося въ поискахъ труда въ большіе городскіе центры и на фабрики, вынуждая матерей оставлять дѣтей для заработка, ибо при дороговизнѣ жизни заработокъ одного отца семейства не можетъ покрыть даже самыхъ насущныхъ расходовъ, капиталистическій строй ведетъ къ разложенію семьи и пагубно отражается на участи неповинныхъ дѣтей. Далѣе, социальныя условія опять таки создаютъ невозможныя условія жизни для цѣлой массы дѣтей. Вспомнимъ невинныхъ дѣтей, находящихся въ тюрьмахъ лишь потому, что тамъ сидятъ ихъ родители, вспомнимъ безпріютныхъ сиротъ, дѣтей нищихъ, дѣтей эксплуатируемыхъ, развращаемыхъ или же систематически истязаемыхъ,—вѣдь все это глубоко-прискорбныя и вредныя явленія, требующія энергичной работы для ихъ измѣненія.

Изъ всѣхъ указанныхъ категорій дѣтей раньше другихъ привлекли къ себѣ вниманіе общества и законодательства дѣти заброшенныя и безпріютныя. Мы уже знаемъ, что съ начала XVI в. стали возникать смѣшанныя учрежденія, куда такихъ дѣтей стали помѣщать наряду съ дѣтьми преступными. Далѣе, съ начала XVIII вѣка стали учреждать для безпризорныхъ дѣтей отдѣльныя заведенія и пріюты, получившіе широкое распространеніе въ XIX вѣкѣ, причемъ частью здѣсь дѣйствовала правительственная инициатива, а главнымъ образомъ частная благотворительность.

Цѣлый рядъ законовъ и мѣръ былъ выдвинутъ для помощи въ этомъ дѣлѣ, причемъ особенно энергичныя мѣры были приняты во Франціи и въ Англіи, на которыхъ мы и остановимся.

Во Франціи забота о безпризорныхъ дѣтяхъ въ средніе вѣка лежала на духовенствѣ, а въ болѣе позднее время высшее покровительство надъ ними принадлежало феодальнымъ властителямъ, но практически въ области призрѣнія дѣлалось очень мало. Позже стали появляться пріюты и воспитательныя дома, создаваемые какъ правительствомъ, такъ и частными благотворителями, но ихъ было очень мало, а частные изъ нихъ оказались весьма недолговѣчными. Лишь съ половины XIX в. создается т. наз. Assistance publique и съ этого времени борьба съ безпризорностью энергично развивается и становится на твердую почву. Компетенція это-



го учрежденія годъ отъ году расширяется, причемъ особыя полномочія предоставлены ему закономъ 1880 года. Присылаются безпріютныя дѣти мэрами, муниципальными совѣтниками, полиціей, членами благотворительныхъ обществъ, а иногда черезъ полицію и самими родителями, впавшими въ крайнюю нищету, болѣзнь и т. п. Способы помощи безпріютнымъ чрезвычайно разнообразны: ихъ размѣщаютъ и группами, и по одиночкѣ; ихъ отдаютъ и въ особыя пріюты, и въ промышленныя заведенія, и въ частныя имѣнія къ надежнымъ и сочувствующимъ дѣлу земледѣльцамъ для пріученія къ земледѣльческому труду.

Но кромѣ Assistance publique дѣйствуетъ еще цѣлый рядъ обществъ, заботящихся о безпризорныхъ и заброшенныхъ дѣтяхъ, какъ въ Парижѣ, такъ и во многихъ провинціальныхъ городахъ (Бордо, Тулонѣ, Марселѣ, Гаврѣ и др.). Трудями этихъ обществъ высоко-гуманное дѣло помощи дѣтямъ, ея требующимъ, поставлено на значительную высоту. Англія въ данномъ дѣлѣ очень скоро послѣдовала французской инициативѣ. Энергичныя хлопоты извѣстной дѣятельницы миссъ Карпентеръ и возникшее сильное общественное движеніе въ пользу заботы о безпріютныхъ привели къ изданію благотѣльныхъ законовъ 1857, 61, 66 и 70 годовъ. Появилась цѣлая масса неправительныхъ и ремесленныхъ школъ разнаго типа, причемъ послѣднія имѣютъ въ виду почти исключительно порочныхъ, безпріютныхъ и безпризорныхъ дѣтей: преступныя дѣти принимаются туда лишь по исключенію и лишь въ возрастѣ до 12 лѣтъ, ибо только тогда ихъ преступность, влѣдствіе ихъ возраста и маловажности проступковъ, какъ бы игнорируется и приравнивается къ безпризорности. Упомянутыя школы открываются главнымъ образомъ по частной инициативѣ; онѣ дѣлятся на признанныя официально и непризнанныя, и только первыя изъ нихъ пользуются денежною помощью отъ правительства; типы и режимъ этихъ школъ весьма разнообразны, но вездѣ основными началами являются серьезное воспитаніе, ученіе и обученіе какому нибудь ремеслу.

Въ виду того, что подобныхъ учреждений основано очень много, борьба съ безпризорностью дѣтей является въ Англіи особенно интенсивной; этому способствуетъ и прекрасная организація при-

влеченія малолѣтнихъ; учрежденъ институтъ т. наз. дѣтскихъ педделей, которые разыскиваютъ безпризорныхъ, а сверхъ того особымъ закономъ каждому предоставлено право задерживать и приводить къ суду для отсылки въ подлежащее заведеніе ребенка, который одинокъ, бродяжничаетъ или проситъ милостыню.

Такова постановка борьбы съ безпризорностью дѣтей въ передовыхъ странахъ, показывающихъ рациональный и достойный подражанія примѣръ другимъ странамъ, а въ особенности нашему отечеству.

Со временъ Екатерины Второй у насъ начинаются заботы о безпризорныхъ и даже создаются для нихъ пріюты; немало трудится на этомъ поприщѣ и частная благотворительность, но результаты пока весьма незначительны, ибо нѣтъ специальныхъ законовъ, которые широко регламентировали бы это дѣло и дали достаточный просторъ общественной инициативѣ, а кромѣ того уже существующихъ заведеній слишкомъ мало, да и тѣ находятся въ центрахъ, такъ что въ провинціи, а особенно въ глухихъ углахъ ея, можно сказать, господствуетъ полная безпріютность и безпризорность дѣтей, поставленныхъ по волѣ судьбы въ неблагоприятныя условія.

Но даже и при широкомъ развитіи пріютовъ и школъ для безпризорныхъ задача широкой помощи дѣтямъ отнюдь не является исчерпанной, ибо и дѣти, имѣющія семью, часто находятся въ такихъ условіяхъ, при которыхъ вмѣшательство общества необходимо.

Прежде всего мы должны подумать о дѣтяхъ преступниковъ. Нерѣдки комбинаціи, когда мать или отецъ, или оба они попадаютъ за преступленіе въ тюрьму и, такъ какъ дѣтей дѣвать некуда, то и ихъ помѣщаютъ туда же. Подобное ненормальное положеніе вещей у насъ въ Россіи имѣетъ мѣсто до сихъ поръ и ведетъ къ самымъ гибельнымъ послѣдствіямъ, приучая дѣтей къ тюрьмѣ и подвергая ихъ ея тлетворному вліянію. Необходима самая энергичная борьба съ этимъ зломъ въ формѣ созданія особыхъ пріютовъ для арестантскихъ дѣтей или же другихъ способовъ помѣщенія этихъ дѣтей для надзора и воспитанія.

Далѣе, заслуживаютъ особаго вниманія дѣти, работающія на фабрикахъ и въ ремесленныхъ заведеніяхъ. Тяжелыя условія



борьбы за существованіе привели въ настоящее время къ тому, что дѣти, которымъ бы надо еще учиться и только готовиться къ жизни, уже выступаютъ въ роли самостоятельныхъ добывателей себѣ куска хлѣба. Если въ области труда фабричнаго охрана дѣтскихъ интересовъ и достигается въ значительной степени нормировкой дѣтскаго рабочаго дня, запрещеніемъ ночныхъ работъ, обязательнымъ посѣщеніемъ школы и надзоромъ фабричной инспекціи, то все же и здѣсь имѣется широкое поле для частной помощи и благотворительности.

Въ области же ремесленнаго труда дѣло обстоитъ несравненно хуже, особенно у насъ въ Россіи. Кто изъ насъ не видѣлъ дѣтей, отданныхъ ремесленникамъ въ т. наз. «ученіе», кому изъ личнаго опыта или изъ литературы неизвѣстно, каково это «ученіе» и какова вообще жизнь этихъ дѣтей? Видъ наша ремесленная среда стоитъ очень невысоко; въ ней всецѣло господствуютъ нравы темпаго царства, невѣжество, грубость, часто граничащая съ жестокостью, произволь, пьянство и самодурство. А между тѣмъ ремесленной инспекціи пока не существуетъ, какъ не существуетъ и законовъ, которые дѣйствительно ограждали бы отъ жестокаго обращенія и отъ эксплуатаціи дѣтей-учениковъ, этихъ маленькихъ бѣлыхъ невольниковъ нашего времени. Вотъ гдѣ лежитъ одна изъ самыхъ серьезныхъ задачъ помощи дѣтямъ, вотъ куда должны обратиться взоры людей, интересующихся дѣломъ такой помощи.

Обратимся теперь къ дѣтямъ, имѣющимъ семью и живущимъ въ ея средѣ: такія дѣти находятся въ благопріятныхъ условіяхъ сравнительно съ тѣми дѣтьми, о которыхъ у насъ была до сихъ поръ рѣчь, но, во-первыхъ, и это бываетъ не всегда, а во-вторыхъ, сравнительная благопріятность не есть фактическое благополучіе, исключющее желательность и необходимость общественнаго содѣйствія и помощи.

Существуетъ много семействъ, которыя посильно заботятся о своихъ дѣтяхъ, но, не смотря на это, по бѣдности могутъ дать имъ слишкомъ мало. Дѣтей надо кормить досыта здоровой и питательной пищей, ихъ надо учить, имъ нужно сухое и свѣтлое помѣщеніе съ достаточнымъ количествомъ воздуха и многое другое, а откуда все это взять, когда средства семьи малы, когда

и простаго хлѣба не хватаетъ, а жить приходится въ темнотѣ и грязи, въ сырыхъ подвалахъ или на холодныхъ чердакахъ. Доставлять дѣтямъ такихъ семей посильную помощь, заботиться объ укрѣпленіи ихъ организма, объ ихъ умственномъ развитіи и о томъ, чтобы они побольше времени проводили внѣ анти-гигіеничной домашней обстановки, скрашивать ихъ жизнь скромными развлечениями, — и это громадная общественная задача, заслуживающая серьезнаго вниманія.

Но есть еще одна сторона вопроса. Какъ бы ни было хорошо поставлено дѣло помощи безпризорнымъ и нуждающимся въ попеченіи со стороны общества дѣтямъ, оно можетъ быть въ значительной мѣрѣ парализовано, если законодательство страны не ограждаетъ дѣтей отъ родительскаго произвола. Франція раньше другихъ странъ это поняла, и 24 іюня 1899 года тамъ появился законъ, который ограничиваетъ власть тѣхъ родителей, которые пьянствуютъ, предаются разврату, оставляютъ дѣтей безъ всякаго попеченія или приучаютъ ихъ къ пороку и преступленіямъ. Подобный законъ необходимъ или иначе у общества оказываются связанными руки, ибо порочные и негодные родители смотрятъ на дѣтей какъ на доходную статью, систематически ихъ развращаютъ и эксплуатируютъ и, пользуясь своей родительской властью, не желаютъ отдавать дѣтей въ приюты или для обученія, хотя имъ это и предлагаютъ.

У насъ въ Россіи закона, ограждающаго дѣтей отъ родительскаго произвола еще не издано, но есть надежда, что онъ скоро явится, ибо засѣдавшій въ 1900 г. петербургскій съѣздъ криминалистовъ обратилъ на этотъ вопросъ серьезное вниманіе и возбудилъ мотивированное ходатайство объ изданіи подобнаго закона.

### III

Очеркъ нашъ законченъ. Мы старались въ немъ возможно шире указать практикуемые средства борьбы съ дѣтской преступностью, мѣры помощи безпризорнымъ и нуждающимся въ попеченіи дѣтямъ и громадную соціальную важность возможно широкой постановки этихъ мѣръ. Къ длинному ряду учреждений, вѣдающихъ это дѣло на западѣ и у насъ за послѣднее время стали присоединяться



новья организации, а именно общества помощи дѣтямъ, говоря о которыхъ слѣдуетъ вспомнить много для нихъ потрудившагося у насъ въ Россіи педагога и лектора Радецкаго. Нѣкоторыя изъ этихъ обществъ, напр. петербургское, уже широко успѣло развить свою дѣятельность, другія, какъ костромское, еще дѣлаютъ свои первые шаги. Пожелаемъ же имъ полнаго успѣха и неослабной энергіи, какъ въ дѣлѣ активной помощи дѣтямъ, такъ и въ дѣлѣ избавленія дѣтей отъ излишнихъ страданій. Если ужасно страданіе вообще, то нѣтъ ничего ужаснѣе дѣтскихъ страданій. Если мы ихъ не видимъ, то мы должны помнить, что они есть, что ихъ много.

Обширна нива предстоящей дѣятельности; много нужно вложить въ нее и средствъ, и труда; но за то обильны будутъ и результаты; эти результаты: уменьшеніе числа преступленій, сохраненіе многихъ жизней отъ физической гибели и многихъ дѣтскихъ душъ отъ развращенія, а для такихъ результатовъ и трудная работа *должна* казаться нетрудной.

Главнѣйшія пособія:

- Альбицкій и Ширгентъ: „Исправительно-воспитательныя заведенія“, 1893.  
Aschrott: „Strafensystem und Gefängniswesen in England“, 1887.  
Aschrott: „Die Behandlung der verwahrloster und verbrecherischen Jugend“, 1892.  
Appelius: „Die Behandlung jugendlicher Verbrecher und verwahrloster Kinder“, 1892.  
Богдановскій: „Молодые преступники“, 1870.  
Дриль: „Наши исправительно-воспитательныя заведенія“, Ж. М. Ю., 1898.  
Föring: „Die Zwangserziehung und die Bestrafung Jugendlicher“, см. Holztendorff und Jagemann: „Handbuch des Gefängniswesens“, II, 1888.  
Казаринъ: „Эльмирская реформаторія“ (брош.), 1900.  
Кистяковскій: „Молодые преступники“, 1878.  
Пусторослевъ: „Наказательно-исправительныя заведенія для малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ преступниковъ“, 1893.  
Rauch: „Etude sur l'enfance coupable“, 1890.  
Roussel: „Rapport sur la protection des enfants“, 1888.  
Таганцевъ: „Объ отвѣтственности малолѣтнихъ преступниковъ“, 1872.  
Тальбергъ: „Исправительныя пріюты и колоніи въ Россіи“, Ж. М. Н. П., 1882.  
Thiry: „Cours de droit criminel“, 1895, ch. IV.  
Thiry: „Le patronage des enfants“, 1889.  
Thiry: „La protection de l'enfance“, 1890.  
Тардъ: „Малолѣтніе преступники“ (брош.), русск. перев.  
Zucker: „Schuld und Strafe der jugendlichen Verbrecher“, 1899.

## Общая характеристика новыхъ учений въ уголовномъ правѣ <sup>1)</sup>.

Переживаемая нами за послѣднюю четверть вѣка эпоха въ наукѣ уголовного права отмѣчена оживленіемъ чрезвычайно бурнаго характера; это Sturm und Drang въ полномъ смыслѣ этихъ словъ. Мирное и спокойное научное состояніе было потревожено: пропесся цѣлый вихрь новыхъ учений, причемъ институты, прежде казавшіеся безспорными и неизблѣмыми, подверглись смѣлымъ ударамъ критической мысли и на первый планъ были выдвинуты цѣлый рядъ вопросовъ, о которыхъ раньше и рѣчи не было. Казалось бы, что по крайней мѣрѣ понятіе о наукѣ уголовного права должно было остаться неприкосновеннымъ, но и этого не случилось. До послѣдняго времени уголовное право разсматривали какъ юридическую дисциплину, которая изучаетъ преступленіе и наказаніе какъ отвлеченныя юридическія понятія; эта наука имѣла строго очерченный характеръ и определенное содержаніе. Въ послѣднее-же время существовавшій взглядъ поколеблелъ; отъ науки уголовного права потребовали, чтобы она включила въ себя вспомогательныя дисциплины, изучающія какъ органическій міръ преступниковъ, такъ и тѣ социальныя условія, благодаря которымъ возникаютъ преступленія; вмѣсто уголовного права одни стали говорить о криминологіи, другіе объ уголовной социологіи. Само собою разумѣется, что при такихъ условіяхъ должна была завязаться ожесточенная борьба между сторонниками стараго и новаго. Инициаторами борьбы явились еще въ семидесятыхъ годахъ антропологи, первой же бомбой, взрывъ которой произвелъ

<sup>1)</sup> Вступительная лекція, прочитанная въ сентябрѣ 1897 года въ кіевскомъ университетѣ св. Владиміра. Въ 1898 году повторена въ видѣ публичной лекціи въ г. Елисаветградѣ въ пользу общества грамотности и напечатана въ кіевскихъ университетскихъ извѣстіяхъ и отдѣльной брошюрой.



страшный шумъ, было сочиненіе о преступномъ чловѣкѣ туринскаго профессора судебной медицины Чезаре Ломброзо. Дальнѣйшія его работы въ связи съ работами его учениковъ и послѣдователей, между которыми особенной извѣстностью пользуются Энрико Ферри и Гарофало, создали серьезное научное движеніе, получившее наименованіе антропологической или позитивной школы уголовного права. Дождемъ посыпалось во всѣхъ странахъ и на всѣхъ языкахъ посвященные новой школѣ критическіе этюды, причѣмъ въ первыхъ изъ нихъ мы напрасно стали бы искать примирительнаго тона и спокойнаго обсужденія: слишкомъ жгучи были затронутые вопросы, слишкомъ серьезны заявленныя реформаторами требованія. Здѣсь скрывается причина того факта, что антропологическая школа встрѣтила съ одной стороны энтузіастовъ послѣдователей, а съ другой — упорныхъ враговъ, не желающихъ признавать въ новыхъ ученіяхъ ничего добраго.

Антропологи съ своей стороны не молчали и съ горячимъ убѣжденіемъ отстаивали добытыя ими данныя. Полемика стала разгораться все больше и больше, посвященная ей литература стала дѣлаться почти необразимой, — и вотъ въ это именно время начали появляться работы третьяго направленія, окрещеннаго соціологическимъ, которыя мало-по-малу образовали стройную научную систему и привели къ образованію грандіознаго явленія: мы имѣемъ въ виду созданіе международнаго союза уголовного права, насчитывающаго сотни членовъ юристовъ во всѣхъ образованныхъ странахъ и создавшаго статутъ, въ основѣ котораго лежатъ уголовно соціологическія ученія.

Такимъ образомъ, новыя ученія въ области уголовного права могутъ быть сведены къ двумъ типамъ: ученію антропологовъ и ученію соціологовъ, хотя понятно, что наряду съ этими основными типами существуетъ цѣлый рядъ переходныхъ формъ, какъ отъ одного новаго направленія къ другому, такъ и отъ одного изъ новыхъ направленій къ ученіямъ прежней школы, получившей въ устахъ новаторовъ названіе классической, но не въ смыслѣ стройности и основательности, а въ смыслѣ искусственности, рутинности и застоя; названіе скорѣе пропическое, чѣмъ комплиментарное, если позволено будетъ такъ выразиться.

Мы различали антропологическое направление отъ социологическаго, ибо каждое изъ нихъ, какъ мы увидимъ дальше, имѣеть свои особенности; но мы далеки отъ мысли считать указанныя направленія не только враждебными, но и рѣзко обособленными: во-первыхъ, между ними есть много точекъ соприкосновенія: во-вторыхъ, существуетъ много ученыхъ, стоящихъ на рубежѣ между первымъ и вторымъ направлениемъ; такъ французскаго криминалиста Тарда одни (Ломброзо, Закревскій) причисляютъ къ антропологамъ, а другіе (Спасовичъ, Пржевальскій)—къ социологамъ; знаменитаго ученика Ломброзо, профессора Ферри, считаютъ весьма виднымъ представителемъ антропологической школы, а между тѣмъ онъ признаетъ преступленіе не только біологическимъ, но и социальнымъ явлениемъ, важнѣйшій трудъ его носитъ названіе уголовной социологіи, онъ членъ международнаго союза уголовного права, основаннаго социологами, и цѣли этого союза признаетъ тождественными съ тѣми цѣлями, которыя преслѣдуетъ антропологическая школа; наконецъ, въ-третьихъ, оба указанныя направленія не являются чѣмъ то законченными и установившимся; ростъ ихъ идетъ непрерывно и принимаетъ форму тѣснаго сближенія, ибо отъ своихъ первоначальныхъ притязаній совершенно исключить изъ науки юридическую сторону преступленія и наказанія, а также дать преступности исключительно біологическое объясненіе—антропологи мало по малу отступаютъ, въ нападкахъ же своихъ на строго-классическую доктрину они сходятся съ криминалистами социологами.

Такимъ образомъ, антропологическое и социологическое направленія, не сливаясь совершенно, становятся все болѣе и болѣе родственными, что и даетъ возможность при разборѣ многихъ вопросовъ говорить объ этихъ направленіяхъ одновременно.

Теперь, приступая къ оцѣнкѣ новыхъ ученій по существу, мы прежде всего считаемъ необходимымъ отмѣтить то интересное обстоятельство, что оцѣнка этихъ ученій въ литературѣ, особенно же въ нашей отечественной, по большей части страдаетъ неопредѣленностью, а подчасъ и противорѣчіями. Такъ, профессоръ Сергѣевскій въ статьѣ своей: «Основные вопросы наказанія въ новѣйшей литературѣ» относится къ новымъ ученіямъ весьма пес-



симпатически и дѣлаетъ по ихъ адресу цѣлый рядъ ироническихъ замѣчаній и упрековъ; совершенно неожиданнымъ поэтому является заключеніе его статьи, гдѣ послѣ отрицательной оцѣнки новаго направленія авторъ тѣмъ не менѣе заявляетъ, что въ этомъ направленіи «со всѣми его ошибками и неизбежной путаницей заключается источникъ мудрости и свѣта, источникъ новыхъ знаній въ пользу человѣчества и славу науки». Подобную же последовательность мы находимъ въ статьѣ В. Д. Спасовича: «Новыя направленія въ наукѣ уголовнаго права». Относительно антропологической школы авторъ признаетъ, что эта школа не дала никакихъ положительныхъ результатовъ, а относительно социологовъ (въ лицѣ Тарда) замѣтилъ, что ихъ идеи скорѣе блестящи, чѣмъ солидны; однако же въ концѣ своей работы авторъ утверждаетъ, что новое движеніе въ уголовномъ правѣ является возможнымъ, что этимъ движеніемъ открыты новые горизонты, и что въ непродолжительномъ времени вся область уголовнаго права и процесса явится въ до неузнаваемости новымъ видѣ. Не чужды противорѣчій и обстоятельный трудъ объ антропологической школѣ профессора Вульфферга. Въ первой части этого труда авторъ ставитъ въ заслугу новой школѣ то обстоятельство, что она выработала вспомогательныя уголовному праву дисциплины; во второй же части уже отрицается и эта заслуга, и значеніе указанныхъ дисциплинъ.

Мы думаемъ, что уже на основаніи приведенныхъ примѣровъ можно сказать, что новыя теченія въ уголовномъ правѣ имѣютъ чрезвычайно серьезное значеніе; очевидно, они дали такую массу важнаго матеріала и настолько потрясли предшествовавшее имъ научное міросозерцаніе, что уяснить себѣ ихъ значеніе, не впадая въ противорѣчія, найти точки соприкосновенія и примиренія между старымъ и новымъ—оказывается чрезвычайно затруднительнымъ.

Тѣмъ не менѣе обязанность выработать себѣ опредѣленный взглядъ на новое движеніе въ наукѣ лежитъ на каждомъ криминалистѣ. Даже самые ожесточенные противники этого движенія признаютъ, что оно дало рядъ вѣрныхъ критическихъ замѣчаній относительно старой доктрины и поколебало многіе изъ устоевъ,

на которых эта доктрина покоилась: далѣе, борьба между представителями разныхъ ученій идетъ до сихъ поръ, хотя и чужда прежняго ожесточенія; стоять въ сторонѣ отъ нея едва ли удобно; каждый криминалистъ въ такую эпоху долженъ прямо и смѣло выставить знамя со своимъ научнымъ credo и стать въ ряды тѣхъ, на сторонѣ которыхъ онъ признаетъ научную правду. А для этого прежде всего необходимо посчитаться съ новыми ученіями и уяснить себѣ ихъ значеніе.

Мы такимъ образомъ расходимся во взглядахъ съ В. Д. Набоковымъ, который недавно въ своей вступительной лекціи во имя принципа раздѣленія труда между юристами, социологами и пату-ралистами, а также въ виду отсутствія у насъ систематизаціи юридическихъ знаній, предлагалъ не увлекаться стремленіями въ новыя интересныя области, куда проложили путь Ломброзо, Ферри, Гарофало и др. Если справедливо, что углубляться въ эти области иногда можетъ заставить «самолюбивое желаніе наклеить надъ своими изслѣдованіями ярлыкъ «естественно-научныя», то не менѣе справедливо и то, что идти въ эти области можетъ также заставить стремленіе къ истинѣ и желаніе видѣть изучаемую науку освѣженною притокомъ живой воды новыхъ ученій, если въ этихъ ученіяхъ по изслѣдованію дѣйствительно окажется живая вода.

Вотъ тѣ предварительныя замѣчанія, которыя мы считали необходимымъ сдѣлать до разбора новыхъ ученій по существу. Обратимся теперь къ этому разбору.

Какія бы работы мы ни начали разсматривать, антропологическія или социологическія, и тамъ и здѣсь сразу бросается въ глаза та основная черта новыхъ направленій, что они совершенно отказываются отъ метафизическихъ априорныхъ построеній, вмѣняя ихъ въ смертный грѣхъ прежней классической школы; статистика, опытъ и по возможности всестороннее изученіе міра преступниковъ, а также способствующихъ развитію преступности социальныхъ условій,— вотъ идеаль, который поставили себѣ новаторы. Правда, на практикѣ данный идеаль часто не осуществлялся и его носители впадали въ крайности: пользованіе статистическими данными часто оказывалось одностороннимъ; ихъ подгоняли къ какой нибудь предвзятой идеѣ и такимъ образомъ на положитель-



ной, повидимому, почвъ воскрешали метафизику; затѣмъ, проводя аналогію между соціальными явленіями и явленіями естественно-историческими, эти явленія иногда въ пылу научнаго увлеченія отождествляли, результатомъ чего являлись такіе очевидные абсурды, какъ, на примѣръ, признаніе со стороны Ломброзо преступности въ мірѣ неодушевленномъ, въ мірѣ растений; наконецъ, даже данныя, добытыя положительнымъ методомъ, нерѣдко подвергались совершенно произвольному толкованію, благодаря чему изслѣдователи, считая открытыя ими факты эмпирическими законами, на дѣлѣ давали лишь смѣлыя гипотезы. Вотъ тѣ отрицательныя данныя, которыя, не составляя постояннаго элемента въ работахъ новаторовъ, тѣмъ не менѣе нерѣдко тамъ встрѣчаются. Должно ли это вести къ огульному осужденію новаго движенія? Намъ кажется, что нѣтъ: преувеліченія, увлеченія, нѣкоторая односторонность, — все это неизбѣжные спутники горячей борьбы во имя идеи, какова бы она ни была, разъ эта идея является новой и съ бою должна пролагать себѣ дорогу въ неизслѣдованныхъ еще областяхъ; во время борьбы трудно быть спокойнымъ, объективнымъ и безпристрастнымъ; отсюда и возможность всякихъ ошибокъ. Въ особенности же указанное явленіе имѣетъ мѣсто, когда дѣло касается вопросовъ не отвлеченныхъ, а животрепещущихъ, жизненныхъ, связанныхъ съ массою злободневныхъ интересовъ, а именно такимъ является вопросъ о преступности и мѣрахъ борьбы съ нею. Не даромъ одинъ изъ знаменитѣйшихъ криминалистовъ нашего времени профессоръ Францъ Листъ выговариваетъ себѣ свободу измѣнять нынѣ высказываемые имъ взгляды и указываетъ, что, строя эти взгляды на эмпирической основѣ жизненныхъ явленій, онъ «не находится въ счастливомъ положеніи тѣхъ діалектиковъ, которые изъ одного апріорнаго, произвольно взятаго понятія, конечно, могутъ выстроить зданіе въ одномъ стилѣ».

Поэтому, оставивъ въ сторонѣ многія частныя, противорѣчивыя построенія сторонниковъ новаго направленія въ наукѣ уголовного права, мы ограничимся ихъ кардинальными положеніями. Первое изъ нихъ мы уже изложили: это введеніе въ уголовное право экспериментальнаго метода и окончательное упраздненіе въ

немъ метафизики. Такое положеніе на нашъ взглядъ заслуживаетъ полнаго одобренія, ибо, какъ справедливо указываютъ новаторы, уголовное право слишкомъ много вдалось въ абстрактныя построенія, игнорируя жизненную сторону вопроса о преступности. По словамъ извѣстнаго бельгійскаго криминалиста Пириса, до сихъ поръ «для науки уголовного права преступникъ былъ абстрактнымъ типомъ, а не живымъ, дѣйствующимъ человекомъ, преступленіе было не актомъ реальной жизни, а юридической формулой, впесенной въ кодексъ, наконецъ, наказаніе являлось теоретической системой, принятой учеными, которые не считались съ природою преступленія». Еще болѣе ярко проводитъ подобную же мысль Lammasch, имѣя въ виду главнымъ образомъ положеніе науки уголовного права въ Германіи. Онъ указываетъ, что «классическая криминальная юриспруденція, избирая предметомъ своихъ изслѣдованій преимущественно юридическія понятія преступленія и наказанія и ихъ логическую конструкцію, упустила изъ виду, что преступленіе и наказаніе существуютъ и проявляются въ мірѣ реальномъ (der Thatsachen); благодаря этому отдѣльные изслѣдователи, доводя до крайности ошибку своихъ предшественниковъ, дошли до современной схоластики, такъ мѣтко окрещенной Терпигомъ «юриспруденціей понятій». Авторъ настаиваетъ на необходимости изучать факты физической и психической жизни, лежащія въ основѣ понятій преступленія и наказанія; только тогда, по его мнѣнію, изученіе преступности перестанетъ быть одностороннимъ и она будетъ изучена въ совокупности ея проявленій, такую, какою она является въ дѣйствительности.

Соглашаясь съ указаніями приведенныхъ авторовъ, мы думаемъ, что реформа въ области уголовного права была необходимою, но въ то же самое время мы отнюдь не допускаемъ, что вѣковая работа человѣческой мысли, направленная на изученіе преступленія, какъ отвлеченнаго юридическаго понятія, была безплодною; преступленіе, являющееся посягательствомъ на охраняемый правомъ интересъ, какъ фактъ, измѣняющій юридическую природу извѣстныхъ отношеній, можетъ быть разсматриваемо съ точки зрѣнія этихъ отношеній, съ точки зрѣнія т. сказ. технической; въ этомъ отношеніи заслуги прежней школы неоспоримы:



она формулировала цѣлый рядъ общихъ принциповъ, а также много сдѣлала для техники въ области судебной практики и законодательства. Если нѣкоторые изъ антропологовъ и пытались оспаривать эти заслуги, если они и выражали желаніе выбросить за бортъ все до сихъ поръ сдѣланное въ уголовномъ правѣ, то это было лишь увлеченіе, имѣвшее мѣсто на первыхъ порахъ, въ разгаръ борьбы и страстей. Теперь же, за самыми немпогими исключениями, позитивисты-новаторы, какъ антропологи въ лицѣ Ферри и Гарофало, такъ и социологи въ лицѣ, напримѣръ, Листа, Принса и Ламмаша—не отрицаютъ заслугъ предшествовавшей школы; они признаютъ плодотворными ранѣе сдѣланныя изслѣдованія, но указываютъ, что прекрасно разработана лишь одна сторона задачи, а другая до сихъ поръ остается открытой.

На эту то именно сторону и обратила вниманіе новая школа. Она справедливо указала, что въ преступленіи нужно видѣть не только отвлеченное юридическое понятіе, но и социальное жизненное явленіе; упуская это изъ виду и оперируя надъ преступленіемъ, какъ надъ исключительно абстрактнымъ понятіемъ, мы неизбежно впадемъ въ односторонность и схоластику; наши выводы въ этомъ случаѣ теряютъ подъ собой жизненную почву; они висятъ въ воздухѣ и могутъ оказаться эфемерными, не взирая на стройность построенія и послѣдовательность отвлеченно-логическаго разсужденія. Вотъ между прочимъ одна изъ причинъ того факта, что юстиція въ своихъ отправленіяхъ часто являлась слишкомъ формальной и безличной, и что цѣлый рядъ научныхъ системъ терпѣлъ крушеніе при столкновеніи съ жизнью. Новая школа желаетъ, чтобы ея выводы были болѣе устойчивыми и односторонность изученія признаетъ крупнымъ недостаткомъ, съ которымъ необходимо бороться; поэтому новая школа вступаетъ на путь изученія преступнаго міра и условій общественной среды, наиболѣе оказывающихъ вліяніе на возникновеніе и развитіе преступности; она такимъ образомъ желаетъ, введя массу новаго и свѣжаго матеріала, вдохнуть новую жизнь въ науку, изучающую преступленіе и наказаніе.

Плодотворности указаннаго пути не отрицали и нѣкоторые изъ представителей классической школы, но одни изъ нихъ, какъ

напримѣръ профессоръ Духовской, начертавъ стройную программу реформы въ области уголовного права, не осуществили этой программы даже въ собственныхъ дальнѣйшихъ трудахъ; другіе, какъ Гольцендорфъ, не рѣшились разстаться съ цѣльностью классическаго міросозерцанія, хотя при разборѣ отдѣльныхъ вопросовъ не разъ попадали въ коллизію съ этимъ міросозерцаніемъ, ибо ясно сознавали, что абстракціи мало, и что, изучая науку, близко соприкасающуюся съ жизнью, необходимо изучать и эту жизнь въ ея разнообразныхъ проявленіяхъ; наконецъ, третьи, какъ профессоръ Сергѣевскій, признали невозможнымъ практически осуществить мысль о предлагаемыхъ реформахъ на томъ главномъ образомъ основаніи, что уголовное право съ одной стороны, а социологія и антропологія—съ другой, оперируютъ различными методами. Но вѣдь самый вопросъ и заключался въ томъ, чтобы внести въ науку уголовного права новый методъ и такимъ путемъ расширить ея горизонты; поэтому ссылка на нынѣ существующую разницу методовъ, на нынѣ взглядъ, не можетъ сохранить за собою доказательной силы. Что эта ссылка погрѣшила противъ истины, доказала сама жизнь: появился рядъ замѣчательныхъ работъ, осуществляющихъ идеи новаго направленія и въ то же время въ полномъ смыслѣ слова относящихся къ уголовному праву,— это работы Листа, Приуса, Гарро, Фойницкаго и др. ученыхъ, вошедшихъ въ составъ членовъ международнаго союза уголовного права; мало этого, въ самый статутъ указаннаго союза внесены такія два важнѣйшія положенія: 1) цѣль уголовного права составляетъ борьба съ преступностью, разсматриваемой какъ общественное явленіе и 2) въ виду этого наука уголовного права и уголовные законы должны считаться съ антропологическими и социологическими изслѣдованіями о преступности и преступникахъ. Принятіе этихъ двухъ положеній массою криминалистовъ, примкнувшихъ къ союзу, на нашъ взглядъ, является блистательнымъ доказательствомъ того, что относительно своей главной, руководящей идеи новаторы одержали полную побѣду.

Пойдемъ далѣе и для болѣе правильной оцѣнки ученій покойной школы посмотримъ, съ какими реальными условіями жизни приходится считаться въ наши дни наукѣ уголовного права.



Во всѣхъ (кроме Англїи) цивилизованныхъ государствахъ, гдѣ правильно поставлена уголовная статистика, она констатировала за послѣднее время непрерывный ростъ преступности вообще и страшное усиленіе рецидива въ частности. Вѣра въ цѣлебную силу существующей карательной системы не могла не пошатнуться, и общество стало лицомъ къ лицу съ вопросомъ, что дѣлать въ виду явной опасности, какъ съ нею бороться?

Старая доктрина не могла дать отвѣта на этотъ вопросъ, ибо она привыкла считаться съ преступленіемъ, какъ съ готовымъ фактомъ, и оцѣнивать его послѣдствія, а здѣсь нужно было обратить вниманіе на причины факта, нужно было поработать съ помощью методовъ, которые до сихъ поръ были чужды уголовному праву. До сихъ поръ боролись съ преступленіями, какъ съ отдѣльными явленіями и при томъ исключительно какъ съ проявленіями злой воли индивида, теперь же сдѣлалось очевиднымъ и нагляднымъ, что такого образа дѣйствій недостаточно, что такимъ путемъ нельзя достигнуть прочныхъ результатовъ.

Передъ криминалистами ясно обрисовалась задача выработать новый образъ дѣйствій для болѣе успешной борьбы съ преступностью, со дня на день растущей и являющейся грознымъ социальнымъ явленіемъ.

За рѣшеніе этого наболѣвшаго вопроса и взялась новая школа уголовного права. Не желая повторить какую нибудь ошибку прошлаго, новаторы прежде всего бросили ретроспективный взглядъ на отношенія, существовавшія между обществомъ и преступниками; они высели убѣжденіе, прекрасно сформулированное извѣстнымъ криминалистомъ Ферри въ слѣдующихъ словахъ: «Въ средніе вѣка видѣли въ преступномъ человѣкѣ лишь преступника, забывая о человѣкѣ; классическая школа, напротивъ того, видѣла въ преступномъ человѣкѣ лишь человѣка, забывая о преступникѣ; позитивная же школа признала необходимымъ возстановить нарушенное равновѣсіе, изучая преступнаго человѣка и одновременно уважая права человѣческой личности въ преступникѣ, а права общества въ честныхъ людяхъ». Осуществляя эту идею на практикѣ, новаторы отказались отъ всякаго отвлеченнаго сентиментализма, а также отъ всякой ненужной жестокости; они стали

проповѣдовать спокойную, чуждую увлеченій борьбу съ преступностью, основанную на идеѣ цѣлесообразности. Поэтому прежде всего они сочли необходимымъ ознакомиться съ причинами или факторами преступности.

Основываясь на безспорныхъ положеніяхъ, что нѣтъ ни дѣйствія, ни явленія безъ причины, и что, не зная причинъ и не воздействуя на нихъ, нельзя измѣнить и слѣдствій, реформаторы постарались опредѣлить ту сумму разнообразныхъ взаимодействующихъ причинъ, результатомъ которыхъ является измѣняющаяся и сильно возрастающая въ наши дни преступность. Статистика въ этой области дала чрезвычайно поучительныя данныя. Съ одной стороны оказалось, что преступность зависитъ отъ цѣлаго ряда соціальныхъ условій, въ особенности же отъ экономическихъ, ибо годы, напримѣръ, неурожая влекутъ обыкновенно за собой увеличеніе преступленій противъ имущества; съ другой стороны установлена нѣкоторая зависимость числа преступленій и отъ условій космическихъ, особенно въ сферѣ преступленій противъ личности и противъ нравственности; наконецъ, разностороннія наблюденія надъ преступнымъ міромъ привели изслѣдователей къ убѣжденію, что на совершеніе преступленій оказываетъ сильное вліяніе та или иная психофизиологическая конструкція дѣятелей. Старая теорія, сводившая всю преступность исключительно къ злой волѣ преступника, оказалась такимъ образомъ несостоятельной; путемъ всесторонняго изслѣдованія пришли къ выводу, что факторы преступности весьма разнообразны. Правда, что и въ этой области далеко еще до окончательныхъ, согласно принимаемыхъ выводовъ; одни стоятъ за такую классификацію факторовъ, другіе—за иную; одни придаютъ большее значеніе факторамъ соціальнымъ, другіе—антропологическимъ; мы, вслѣдъ за Листомъ, Фойницкимъ, Принсомъ и другими, склонны думать, что преобладающую роль играютъ соціальныя факторы, но объ этомъ подробнѣе мы скажемъ дальше, пока же ограничимся указаніемъ на тотъ знаменательный фактъ, что изученіе факторовъ преступности далеко подвинулось впередъ, и что заслугу новаторовъ въ области даннаго вопроса признаютъ даже крайніе приверженцы старой доктрины.



Изучая факторы преступности, новая школа исходила из убѣжденія, что для успѣшной борьбы съ преступностью необходимо воздѣйствовать на эти факторы. Наказаніе исключительно направляется на личность дѣятеля, на личные факторы преступности, но оно не оказываетъ никакого дѣйствія на другія категоріи факторовъ; значить помимо наказанія необходима система другихъ мѣръ, мѣръ предупредительныхъ въ самомъ обширномъ смыслѣ этого слова. Борьба съ народнымъ невѣжествомъ и предрассудками путемъ широкаго распространенія образованія въ массахъ, борьба съ алкоголизмомъ, который является однимъ изъ бичей современнаго человѣчества, всякаго рода мѣры для доставленія работы людямъ, въ ней нуждающимся, попеченіе о сиротахъ, заброшенныхъ дѣтяхъ и дѣтяхъ преступниковъ, стремленіе улучшить современное экономическое положеніе пролетаріата, доставленіе народу разумныхъ развлеченій и т. п., — вотъ вопросы, которые выдвинуты нынѣ на первый планъ, вотъ задачи, достиженіе которыхъ должно успѣшно отразиться на области дѣйствій правосудія. Конечно, задача не легка и справедливо указаніе, что самые смѣлые реформаторы не могутъ повернуть по своему усмотрѣнію теченія жизни; но важно и то, если будетъ выполнена хоть часть программы и прогрессія преступности изъ возрастающей превратится въ убывающую. Даже небольшой успѣхъ въ этой области явится прекраснымъ подтвержденіемъ одного изъ девизовъ новой школы: «лучше предупреждать, чѣмъ карать».

Но одного предупрежденія въ свою очередь недостаточно; опытъ жизни доказываетъ, что во все времена и у всехъ народовъ, на какой бы ступени цивилизаціи они ни стояли, существуетъ преступность въ тѣхъ или иныхъ формахъ. Раньше мечтали, что съ улучшеніемъ соціальнаго строя преступность можетъ исчезнуть; теперь, когда изученіе факторовъ преступности далеко подвинулось впередъ, такія мечты оказываются утопіей: во-первыхъ, улучшеніе соціальнаго строя, какъ дѣло рукъ человѣческихъ, имѣетъ свои предѣлы; оно не можетъ быть доведено до такого совершенства, чтобы организація человѣческаго общества не имѣла рѣшительно никакихъ пятенъ, а только въ по-

слѣдимъ случаѣ совершенно исчезли бы соціальные факторы, порождающіе преступность; во-вторыхъ, кромѣ соціальныхъ факторовъ существуютъ еще космическіе и антропологическіе, на которыхъ улучшение соціального строя можетъ отражаться лишь косвенно; можно, слѣдовательно, стремиться къ измѣненію и уменьшенію преступности, уничтожить же ее невозможно; преступность будетъ существовать уже потому, что человѣчество не можетъ быть выкроено по одному идеальному шаблону; оно всегда будетъ составлять пеструю массу индивидовъ съ разнообразными страстями и всякими особенностями и дефектами психофизиологической организаціи; личныхъ такъ сказать факторовъ преступности упразднить нельзя, а поэтому, пока люди будутъ людьми, а не ангелами, будетъ существовать и преступность.

Новая школа уголовного права, отстаивая самую широкую систему предупредительныхъ мѣръ, не закрываетъ глазъ на дѣйствительность и не думаетъ, чтобы этими мѣрами можно было ограничиться, не прибѣгая къ мѣрамъ карательнымъ; она признаетъ необходимость и неизбежность наказанія, но во взглядахъ на сущность и организацію послѣдняго совершенно расходится съ прежней школой.

Преступникъ для прежней школы былъ отвлеченнымъ понятіемъ; налагая наказаніе за то или иное преступное дѣйствіе, она не интересовалась личностью преступника; всѣ преступники въ ея глазахъ являлись одинаковыми носителями злой воли, требующей возмездія; если и налагалось болѣе высокое наказаніе за рецидивъ, то и въ этомъ случаѣ требовался лишь голый фактъ повторенія преступленія послѣ отбытія наказанія вполнѣ или въ части, тогда какъ, если бы обращалось должное вниманіе на личность преступника, прежде всего долженъ былъ бы ставиться вопросъ о томъ, какія причины побудили данное лицо снова впасть въ преступленіе, что это за лицо, и является ли оно особенно опаснымъ для общества ремесленникомъ, специалистомъ преступленія.

Поставивъ на первый планъ идею охраны общества отъ преступленій, новая школа отвергла въ наказаніи принципъ возмездія, столь тонко прикрываемый разными мягкими названіями, какъ напримѣръ, «необходимое искупленіе», «воздающая спра-



ведливость» и т. п.; наказаніе, по ея мнѣнію, должно бороться съ личными факторами преступности, поскольку это возможно; оно поэтому должно преслѣдовать много цѣлей, но главною изъ нихъ должна быть цѣль доставить обществу возможную безопасность. Наказаніе должно быть цѣлесообразнымъ, а поэтому въ каждомъ данномъ случаѣ правосудіе должно считаться съ тѣмъ, какого рода личность передъ нимъ паходится. Правосудію въ достиженіи этой задачи должна помочь наука, изучая міръ преступниковъ и его особенности.

Труды въ этомъ направленіи уже сдѣланы; главная заслуга здѣсь принадлежитъ представителямъ итальянской антропологической школы; но къ сожалѣнію послѣдніе слишкомъ поспѣшно обобщили обрабатываемыя ими данныя и признали рѣшенной всю задачу, тогда какъ серьезныя критическія работы, посвященныя разбору данного рѣшенія, доказали, что въ немъ масса погрѣшностей, и что положительныхъ данныхъ для серьезно обоснованныхъ научныхъ выводовъ еще слишкомъ мало.

Тѣмъ не менѣе начало изученію преступнаго міра положено, причемъ выяснилось, что этотъ міръ не представляетъ единства и однообразія, что преступники не могутъ быть разсматриваемы по одному и тому же шаблону, какъ ошибочно ихъ разсматривала прежняя школа. Появилась идея классификаціи преступниковъ и организаціи мѣръ борьбы, сообразно съ этой классификаціей; данная идея еще не получила полного и окончательнаго развитія; важность классификаціи признава, но единства этой классификаціи еще нѣтъ: Ломброзо, Ферри, Листъ, Фойницкій и др. предложили разныя классификаціи; конгрессы криминальной антропологии принимали одну, международный союзъ уголовного права—другую, новѣйшіе законодательные проекты отчасти воспроизводятъ третью. Но важно уже и то, что самый принципъ классификаціи признавъ, и что теперь строго отличаютъ преступность острую, называемую также случайной, и преступность хроническую (привычную, профессиональную).

Большую будущность должно имѣть также указанное Гардомъ дѣленіе преступности на сельскую и городскую; если въ будущемъ законодательства станутъ считаться съ этимъ дѣленіемъ,

это будетъ, по нашему глубокому убѣжденію, одна изъ весьма плодотворныхъ реформъ вообще, а для государствъ съ преобладающимъ сельскимъ населеніемъ—въ особенности. Тогда прекратится то ненормальное явленіе, что попадающій въ тюрьму горожанинъ, въ большинствѣ случаевъ пролетарій, привыкшій жить и работать въ тѣсныхъ, закрытыхъ и антисанитарныхъ помѣщеніяхъ, мало измѣняетъ внѣшнія условія своей жизни, тогда какъ сельскій обыватель, оторванный отъ простора полей и привычки жить и работать на открытомъ воздухѣ, попадая въ тюрьму, страдаетъ отъ рѣзкаго измѣненія въ режимѣ своей жизни и мало находитъ утѣшенія даже въ тюремномъ трудѣ, ибо трудъ этотъ въ большинствѣ случаевъ ему новъ, непривыченъ и непригоденъ для будущей жизни на свободѣ среди деревенской обстановки.

Какіе же практическіе выводы слѣдуютъ изъ признанія необходимости классифицировать преступниковъ?—Выводы очень важные: въ зависимость отъ классификаціи новая школа ставитъ организацію и примѣненіе какъ системы наказаній, такъ и другихъ мѣръ безопасности. Первый случай здѣсь—это тотъ, когда преступное дѣяніе совершено лицомъ невмѣняемымъ: классическая школа, исходя изъ положенія, что дѣяніе невмѣняемаго не составляетъ преступленія, исключала эти случаи изъ сферы своего вѣдѣнія и за небольшими исключеніями отпускала такого невмѣняемаго на свободу, причемъ онъ, естественно, могъ являться постоянной угрозой для общественной безопасности. Новая школа взглянула на дѣло иначе: не признавая возможнымъ наказывать невмѣняемыхъ, она въ видахъ охраны общества потребовала, чтобы въ законодательствахъ были сформулированы мѣры изолированія подобныхъ лицъ, причемъ съ своей стороны предложила устройство учрежденій для содержанія и лѣченія лицъ ненормальныхъ вообще и особыхъ пріютовъ для совершившихъ преступленіе алкоголиковъ въ частности; вернуться назадъ въ общество лицо изъ данной категоріи можетъ только послѣ того, когда особо составленная коммиссія признаетъ, что оно совершенно поправилось или безусловно не можетъ угрожать общественной безопасности.

Далѣе, идея классификаціи преступниковъ выражается въ томъ, что, имѣя дѣло съ преступникомъ вмѣняемымъ, задаются



вопросомъ, случайный ли это преступникъ, новичекъ въ области преступленія, или упорный врагъ общества, преступникъ по профессіи; при этомъ для большей правильности вывода обращаютъ вниманіе какъ на свойство мотивовъ, вызвавшихъ извѣстное преступленіе, такъ и на способы его совершенія: въ зависимости отъ всѣхъ этихъ данныхъ и опредѣляется наказаніе.

Этотъ пунктъ мы считаемъ центральнымъ въ ученіи новой школы и особенно плодотворнымъ для будущаго: гуманность классической школы была нѣсколько односторонней, ибо она главнымъ образомъ отражалась на болѣе тяжелыхъ и опасныхъ преступникахъ, какъ на примѣръ, при системѣ поглощенія большимъ наказаніемъ меньшихъ, когда субъектъ признаетъ виновнымъ въ нѣсколькихъ преступленіяхъ, а также при господствѣ принципа, что и рецидивистамъ не слѣдуетъ измѣнять родъ наказанія, переходя отъ низшаго къ болѣе суровому высшему; сюда же относятся и частое примѣненіе къ рецидивистамъ краткосрочныхъ наказаній лишеніемъ свободы. Наоборотъ, къ лучшей части преступнаго люда старая доктрина относилась весьма сурово; она, исходя изъ идеи возмездія, проповѣдывала, что каждое преступленіе безусловно должно быть наказано, тогда какъ новая школа признаетъ въ извѣстныхъ случаяхъ возможнымъ лишь условное осужденіе (въ виду случайнаго характера преступленія, отсутствія низкихъ и позорныхъ мотивовъ, въ виду неслышнаго вознагражденія потерпѣвшаго и т. п.). Затѣмъ, система правонаруженій въ большинствѣ кодексовъ была построена такъ, что правонаруженіе постигало одинаково и упорнаго злодѣя и лицо, совершившее извѣстное дѣяніе въ первый разъ въ порывѣ страсти или подъ давленіемъ особенно неблагоприятно сложившихся обстоятельствъ; наконецъ, такое же нивелированіе замѣчалось въ области прочихъ наказаній, на примѣръ тюрьмы, куда съ одобренія старой доктрины наравнѣ съ ворами и мошенниками попадали лица, совершившія убійство по неосторожности, виновники т. наз. формальныхъ преступленій и другихъ дѣяній, чуждыхъ позорнаго характера.

Новая школа пошла совершенно обратнымъ путемъ; она классифицируя преступниковъ и обращая серьезное вниманіе на мотивы ихъ дѣяній, проповѣдуетъ строгость къ худшимъ изъ пре-

ступнаго люда, къ упорнымъ и опаснымъ врагамъ общественнаго порядка; но та же школа несетъ проповѣдь истиннаго гуманизма туда, гдѣ этотъ гуманизмъ наиболѣе умѣстенъ и не можетъ вредить общественнымъ интересамъ; она противъ злоупотребленія тюрьмой и другими современными карательными мѣрами, отъ которыхъ старается уберечь всѣхъ новичковъ на преступномъ пути и лицъ, дѣянія которыхъ не свидѣтельствуютъ о нравственной испорченности.

Въ виду изложенныхъ соображеній, мы признаемъ несправедливыми иногда высказываемыя въ нашей литературѣ утвержденія, будто въ трудахъ новой школы можно искать чего угодно, кромѣ гуманности; мы стоимъ на совершенно обратной точкѣ зрѣнія, ибо не считаемъ истинной гуманностью отвлеченный сентиментализмъ, котораго дѣйствительно чуждается новая школа.

Принимая программу этой послѣдней въ томъ видѣ, какъ она нами изложена, мы съ своей стороны сдѣлаемъ лишь одну оговорку: на объективную сторону преступленія должно быть обращено большее вниманіе, чѣмъ это дѣлаютъ поваторы, внесшіе столь много цѣннаго въ разработку субъективной стороны. Мы думаемъ, что это пробѣль, который скоро будетъ восполненъ, ибо и теперь поваторы не допускаютъ условнаго осужденія по отношенію къ тяжкимъ преступленіямъ, а слѣдовательно косвенно признаютъ значеніе и объективной стороны преступленія. Но необходимо и прямое признаніе: во-первыхъ, по объективной сторонѣ можно отчасти судить и о субъективной; напримѣръ, кража и убійство съ цѣлью ограбленія одинаково проникнуты корыстнымъ мотивомъ, но послѣднее изъ этихъ преступленій, являясь посягательствомъ на неизмѣримо болѣе цѣнное правовое благо чѣмъ въ первомъ случаѣ, въ то же время даетъ настолько серьезныя указанія на жестокость и нравственную испорченность дѣятеля, что этого послѣдняго необходимо признать опаснымъ врагомъ общества, хотя бы онъ совершилъ преступленіе и въ первый разъ. Далѣе, интересы самого же общества требуютъ, чтобы существовала гарантія индивидуальной свободы, выражающаяся въ принципѣ: „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“, а этотъ послѣдній всецѣло держится на признаніи важности объективной стороны



преступленія: какъ бы лицо ни казалось опаснымъ, какими бы зловѣщими признаками оно ни отличалось, его нельзя подвергнуть наказанію или иной мѣрѣ аналогичнаго по своему значенію характера, пока оно на дѣлѣ не обнаружитъ своихъ преступныхъ наклонностей; иначе мы получимъ «чтеніе въ сердцахъ», гораздо болѣе угрожающее обществу, чѣмъ свободное существованіе въ немъ опасныхъ индивидовъ. Это, повидимому, понимаютъ, хотя иногда прямо и не высказываютъ, сторонники новой школы; мы думаемъ такъ потому, что представители антропологической вѣтви этой школы даже на первыхъ порахъ увлеченій открытымъ ими преступнымъ типомъ (о которомъ рѣчь будетъ далѣе) не допускали возможности наказывать до совершенія преступленія лицъ, носящихъ хотя бы и всѣ признаки даннаго типа, а для признанія природенной преступности неизмѣннымъ условіемъ помимо прочаго ставили наличность рецидива. Наконецъ, наиболѣе ярко важность объективной стороны преступленія выступаетъ передъ нами, если мы обратимъ вниманіе на интересы потерпѣвшаго: лицо, потерпѣвшее отъ преступленія, имѣетъ право требовать отъ суда, какъ носителя государственной власти, чтобы этотъ послѣдній сдѣлалъ все возможное для возстановленія интересовъ, нарушенныхъ преступленіемъ, а эти интересы всецѣло опредѣляются объективной стороной преступленія, игнорировать которую очевидно невозможно. Если потерпѣвшій понесъ матеріальный ущербъ, то для удовлетворенія его достаточно возмѣщенія этого ущерба, наказаніе же исключительно можетъ имѣть въ виду охрану общественныхъ интересовъ; но, если потерпѣвшій понесъ ущербъ моральный, то въ данномъ случаѣ компенсаціей ему можетъ послужить только наказаніе виновнаго; это наказаніе, очевидно, должно сообразоваться съ объективной стороной преступленія, а не только съ соображеніями относительно общественнаго интереса.

Мы такимъ образомъ раздѣляемъ точку зрѣнія новаторовъ, въ силу которой карательная дѣятельность государства должна имѣть главною цѣлью охрану общественныхъ интересовъ путемъ цѣлесообразной борьбы съ преступностью, но въ то же время мы считаемъ необходимымъ относиться съ полнымъ вниманіемъ къ объективной сторонѣ преступленія и къ правамъ потерпѣвшаго; только

въ этомъ случаѣ судъ, способствуя развитію и укрѣпленію въ гражданахъ чувства законности, дастъ обществу полное удовлетвореніе и будетъ имѣть твердую точку опоры для борьбы съ произволомъ и самоуправствомъ.

Мы до сихъ поръ говорили о новомъ движеніи въ наукѣ уголовного права, какъ о чемъ то единомъ, не разбирая пунктовъ разногласія, благодаря которымъ новая школа распадается на два (хотя и родственныхъ) направленія: антропологическое и соціологическое. Теперь намъ необходимо разсмотрѣть важнѣйшіе изъ этихъ пунктовъ; центральнымъ изъ нихъ мы считаемъ ученіе антропологовъ о преступномъ типѣ и прирожденной преступности. Это ученіе было выдвинуто инициаторомъ прогрессивнаго движенія въ наукѣ извѣстнымъ Ломброзо, можно сказать, создавшимъ уголовную антропологию. Его основная идея заключалась въ томъ, что для успѣха въ борьбѣ съ преступностью необходимо всестороннее изученіе преступнаго міра. Приступивъ къ такому изученію и произведя массу взвѣшиваній, снимковъ, разспросовъ, наблюденій и вычисленій, Ломброзо пришелъ къ выводу, что среди преступниковъ преобладаетъ особый типъ, отмѣченный извѣстными рѣзкими чертами физическими и психическими; эти черты преступнаго типа Ломброзо призналъ прирожденными — и такимъ образомъ пришелъ къ выводу, что среди преступниковъ большинство прирожденныхъ, т. е. предназначенныхъ къ преступленію отъ рожденія.

Типъ, выведенный Ломброзо, является чрезвычайно сложнымъ; прежде всего преступникъ изображается какъ человѣкъ съ болѣе низкимъ біологическимъ развитіемъ; онъ имѣетъ рядъ анатомическихъ, психическихъ и патологическихъ особенностей. Съ внѣшней стороны преступники обладаютъ въ строеніи головы и чертахъ лица массой аномалій: малая или клиновидная форма, а также ассиметрія въ строеніи черепа, т. наз. надбровныя дуги, сильно развитыя челюсти, рѣдкіе зубы, скудный ростъ бороды, косоглазіе, безобразно длинныя руки и т. п.; съ внутренней стороны преступники также по большей части являются непормальными: у нихъ мало развито или совершенно отсутствуетъ нравственное чувство, которое даетъ обыкповенному человѣку сильную точку



опоры для подавленія въ себѣ преступныхъ искушеній; далѣе, у нихъ отсутствуеть предусмотрительность, соображеніе о послѣдствіяхъ, которыя вытекаютъ изъ ихъ дѣяній какъ для нихъ самихъ, такъ и для окружающихъ.

Обсуждая эти особенности и сопоставляя преступниковъ съ одной стороны съ помѣшанными, а съ другой съ дикарями, Ломброзо пришелъ къ заключенію, что въ прирожденномъ преступникѣ сказывается или атавизмъ, — жестокость безпричинная и часто совершенно звѣрская, или нравственное помѣшательство, или послѣдовательная дегенерация, или скрытая эпилепсія, или, наконецъ, соединеніе и смѣшеніе указанныхъ формъ. Ломброзо не отрицаетъ существованія преступниковъ помѣшанныхъ и случайныхъ, но въ основу классификаціи онъ кладетъ найденный имъ типъ прирожденного преступника. Послѣдователи и единомышленники Ломброзо признаютъ также существованіе типа прирожденного преступника, причемъ % такихъ прирожденныхъ въ общей массѣ преступнаго люда сильно колеблется у отдѣльныхъ изслѣдователей (отъ 20 до 60%).

Этотъ отправной пунктъ ученія антропологовъ подвергся самой ожесточенной критикѣ и въ настоящее время отвергается не только сторонниками т. наз. классической доктрины, но и криминалистами социологами. Разница заключается въ томъ, что первые отрицаютъ существованіе преступнаго типа вообще, а вторые говорятъ, что этотъ типъ существуетъ, но что это не типъ прирожденного преступника.

Если мы вспомнимъ глубоко вѣрное замѣчаніе Ферри, что для рѣшенія вопроса о существованіи преступнаго типа необходимо дѣйствительно изучать преступный міръ, а не только разсуждать о немъ въ тиши кабинета, то естественно, что отрицанія преступнаго типа, дѣлаемая съ логически-отвлеченной точки зрѣнія, теряютъ въ нашихъ глазахъ всякую силу; за или противъ мы можемъ рѣшить вопросъ о преступномъ типѣ только на основаніи результатовъ, полученныхъ компетентными наблюдателями и изслѣдователями тюремной жизни и преступнаго міра. Большинство же послѣднихъ категорически заявляетъ, что достаточно посѣщать тюрьмы — и явится твердое убѣжденіе въ существованіи

преступнаго типа и его разновидностей. Принсъ, например, говоритъ, что при входѣ въ келью тотчасъ и вполнѣ можно отличить рецидивистовъ и даже видъ ихъ, — грабителей, воровъ, убійцъ.

Такимъ образомъ существованіе преступнаго типа утверждается, но это далеко не означаетъ признанія того типа прирожденнаго преступника, который защищаетъ Ломброзо. Во-первыхъ, въ этомъ типѣ смѣшаны такія формы, какъ скрытая энцефалія и нравственное помѣшательство, тогда какъ по справедливому указанію профессора Вульфѣрта, не только соединеніе этихъ формъ, но и существованіе ихъ порознь сильно оспаривается специалистами; во-вторыхъ, внесенная сюда же теорія атавизма грѣшитъ невѣрной аналогіей преступника съ дикаремъ, ибо черты, приписываемыя Ломброзо дикарю, далеко неполнѣ соответствуютъ собранному о дикихъ народахъ этнографическому матеріалу; въ-третьихъ, въ основѣ всей постройки Ломброзо лежитъ чрезмѣрное возвеличеніе закона наследственности, тогда какъ этотъ законъ далеко не является исключительнымъ и находитъ себѣ противобѣсъ въ констатированномъ массою наблюдений законѣ приспособленія къ средѣ; мало того, самый законъ наследственности не имѣетъ роковой силы въ области преступности: недостатки и дурныя склонности родителей могутъ не только сохраняться или усиливаться въ потомствѣ, но и погашаться, когда качества родителей противоположны; а затѣмъ, если извѣстно, что дѣтямъ передаются отъ родителей извѣстныя органическія черты и предрасположенія, напримеръ, къ болѣзнямъ, то съ другой стороны весьма сомнительна передача по наследству чертъ приобрѣтенныхъ; последнее положеніе можетъ быть подтверждено интересными примѣрами, которые мы находимъ у Принса: у родителей, лишившихся руки или ноги, рождаются дѣти, лишенныя этого недостатка, у евреевъ, въ теченіе многихъ вѣковъ практикующихъ обрѣзаніе, рождаются дѣти совершенно нормальныя и т. п.

Мы не будемъ больше останавливаться на возраженіяхъ, которыя уже сдѣланы Ломброзо или которыя можно ему сдѣлать по поводу его типа прирожденнаго преступника; всѣхъ этихъ возраженій такая масса, что ихъ трудно не только разобрать, но



даже перечислить. Мы считаемъ уже на основаніи приведеннаго матерьяла доказаннымъ, что существованіе преступности органической или прирожденной должно быть отвергнуто. Правда, преступность, какъ и всякое другое занятіе, можетъ создать и создать типы; она можетъ наложить на человѣка извѣстныя клейма, многія изъ которыхъ уже въ настоящее время вѣрно указаны антропологами; профессиональные преступники образуютъ особый типическій классъ.—отсюда типъ, такъ же отмѣченный своеобразными чертами, какъ и типы солдата, артиста, каменотеса, священнослужителя и т. п., но все это типы социальныя, а не прирожденные. Преступный типъ создаетъ не природа, а особія условія преступной жизни, пробуждающей и развивающей отрицательныя стороны человѣческой природы. Такимъ образомъ, не зная, что скажетъ антропология въ будущемъ, въ настоящее время мы должны признать, что ея не доказано существованіе типа прирожденнаго преступника: этотъ типъ мы признаемъ не органическимъ, а социальнымъ.

Въ силу указанныхъ соображеній, мы и второй спорный пунктъ между антропологами и социологами о сравнительной важности органическихъ и социальныхъ факторовъ, рѣшаемъ въ томъ смыслѣ, что главное значеніе должно быть привано за социальными факторами преступности.

Однако отсюда еще не слѣдуетъ, что антропологию можно выбросить за бортъ, какъ думаютъ нѣкоторые увлекающіеся сторонники классической доктрины. Во-первыхъ, преувеличенные выводы антропологовъ носятъ въ себѣ зерно истины: наследственность, не имѣя того роковаго характера, который ей приписали антропологи, все же замѣтно сказывается въ человѣческой жизни, какъ это безспорно установлено научными данными; затѣмъ, не становясь отъ природы преступникомъ, человѣкъ тѣмъ не менѣе отъ рожденія получаетъ извѣстныя психо-физиологическія особенности, извѣстныя предрасположенія; развиваются эти данныя, измѣняются, атрофируются и пр. подъ вліяніемъ социальныхъ условій, которымъ поэтому мы и придаемъ главное значеніе въ области преступности, подкладка же ихъ все же остается органической. Во-вторыхъ, неоспоримая заслуга антропологовъ заключается въ

изслѣдованіи и описаніи жизни и привычекъ преступнаго люда; эти изслѣдованія во многомъ могутъ оказать услугу трудной работѣ правосудія.

Поэтому мы думаемъ, что Ломброзо имѣлъ полное право сказать: «отъ моего труда, можетъ быть не останется камня на камнѣ, но идея, породившая этотъ трудъ, никогда не погибнетъ». Эта идея, идея цѣлесообразной борьбы съ преступностью при помощи изученія преступнаго міра, оказалась глубоко жизненной; она вызвала къ жизни антропологическую школу, она усвоена и принята криминалистами соціологами съ той лишь необходимой поправкой, что соціологическая школа потребовала изученія какъ преступнаго міра, такъ и условій среды, среди которой послѣдній живетъ и дѣйствуетъ.

Указаннымъ различіемъ во взглядахъ на преступный типъ и сравнительное значеніе факторовъ преступности еще не устраняется различіе во взглядахъ между антропологической и соціологической вѣтвями новаго движенія; можно указать на вопросы о неопредѣленномъ наказаніи, о правахъ потерпѣвшаго, о подготовкѣ криминалистовъ и т. д.

Но различіе въ этихъ вопросахъ не имѣетъ столь важнаго принципиальнаго значенія, чтобы соглашеніе было невозможнымъ. Мы думаемъ, что со временемъ оно явится, ибо за послѣднее время замѣчается сильное стремленіе къ сближенію между антропологами и соціологами. Какъ мы уже упоминали, антропологи (въ лицѣ ихъ виднѣйшаго представителя Ферри) смягчаютъ крайности своихъ прежнихъ выводовъ и признаютъ своей программу, выставленную соціологами.

Общій очеркъ новыхъ ученій нами законченъ. Мы должны теперь посчитаться съ возраженіемъ, которое обыкновенно дѣлается сторонникамъ новой школы; ихъ часто упрекаютъ въ преувеличеніи заслугъ новаго направленія и въ умаленіи значенія работъ классической школы. Этотъ упрекъ справедливъ по отношенію къ прошлому: вспомнимъ заявленныя новой школой на первыхъ порахъ притязанія упразднить совершенно уголовное право и замѣнить его новыми дисциплинами. По отношенію же къ настоящему — дѣло иное: указанныя притязанія мало по малу исчезаютъ; они были вызваны горячимъ увлеченіемъ вновь открытыми горизон-



тами и полемическим задоромъ, но когда новое движеніе стало спокойнѣе и труды новаторовъ подверглись серьезному обсужденію, верхъ взяла здравая научная мысль, которая неизблемо установила значеніе для уголовного права прежнихъ юридическихъ изслѣдованій и, во имя органически-прочнаго развитія науки, воззвала къ плодотворной реформѣ, а не къ научной революціи. Такова на нашъ взглядъ постановка даннаго вопроса въ трудахъ Ферри, Листа, Гарофало, Припса, Гарда, Фойницкаго и другихъ виднѣйшихъ представителей новаго движенія въ разныхъ его отбѣнкахъ.

Указанный упрекъ идетъ и далѣе. «Почему (спрашиваютъ у представителей новой школы) вы присваиваете себѣ всѣ прогрессивныя идеи науки уголовного права? Развѣ старая школа не думала о борьбѣ съ преступностью, развѣ не она выработала понятіе о рецидивистахъ, систему обращенія съ малолѣтними преступниками, идею досрочнаго освобожденія и другіе глубоко жизненные институты? На какомъ же основаніи вы умаляете ея заслуги?»

Мы на затронутый вопросъ смотримъ такимъ образомъ: новая школа отнюдь не можетъ претендовать на то, что всѣ ея построенія созданы совершенно самостоятельно, внѣ всякой связи съ предшествующимъ. Никакая идея не можетъ сразу привиться и получить примѣненіе, если почва для нея совершенно не подготовлена и въ воздухѣ не носится ничего ей родственнаго. Работы новаго направленія могли возникнуть и получить признаніе только потому, что почва для нихъ была подготовлена работами статистиковъ, френологовъ, психопатологовъ и криминалистовъ прежняго направленія. Но одно дѣло высказывать идеи мимоходомъ, выработывать отдѣльные (хотя и важныя) институты, не объединяя ихъ въ гармоническое и систематическое цѣлое, а другое—дать извѣстной идеѣ полное воплощеніе въ жизни и связать предлагаемыя реформы и институты въ одну стройную научную систему, проникнутую отъ начала до конца этой идеей.

До Беккаріи многіе высказывались противъ пытокъ и казней, а до появленія новой школы многіе криминалисты старались выработать и дѣйствительно выработывали серьезные научные институты, но Беккарія создалъ новую систему, показавъ въ цѣльной

и стройной картинѣ всѣ недостатки старой; ему за это принадлежить заслуга реформатора-иниціатора; то же самое сдѣлала новая школа уголовного права—и въ этомъ ея заслуга.

Итакъ, обзоръ новаго научнаго движенія привело насъ къ убѣжденію, что это движеніе отличается жизнеспособностью и силой. Уголовное право больше не можетъ оставаться чисто абстрактной наукой и покониться на одиѣхъ логическихъ конструкціяхъ. Какъ наука, тѣсно связанная съ общественной жизнью и имѣющая громадное значеніе для многихъ отраслей этой жизни, уголовное право должно считаться съ реальными жизненными условіями, должно сообразоваться въ своихъ ученіяхъ съ результатами антропологическихъ и соціологическихъ работъ.

Мы съ своей стороны твердо вѣримъ въ такой исходъ научной борьбы, которая хотя и продолжается еще на нашихъ глазахъ, но уже чужда прежняго ожесточенія. Залогъ успѣха новой школы мы видимъ, между прочимъ, и въ томъ, что уголовныя законодательства разныхъ странъ начинаютъ воспринимать въ себя новыя идеи, тогда какъ въ этой области прогрессъ обыкновенно сказывается чрезвычайно медленно. Отголоски новаторскихъ стремленій встрѣчаются даже въ сравнительно консервативныхъ проектахъ уголовныхъ уложеній (русскомъ и австрійскомъ); что же касается норвежскаго и обще-швейцарскаго проектовъ, то на нихъ новыя ученія отразились уже въ весьма значительной степени. Характернымъ примѣромъ здѣсь можетъ служить тотъ фактъ, что напримѣръ, швейцарскій проектъ говоритъ уже не только о наказаніи, но и о мѣрахъ безопасности; онъ придаетъ громадное значеніе привычкѣ къ преступной дѣятельности и обращаетъ серьезное вниманіе на мотивы преступленія.

Нельзя съ увѣренностью сказать, какъ скоро должна кончиться борьба между старымъ и новымъ въ наукѣ уголовного права, но рано или поздно она все-таки кончится. Въ грядущемъ примиреніи и дружной работѣ для общей цѣли лежитъ залогъ будущаго процвѣтанія нашей реформированной науки.

**Главнѣйшія пособія:**

Бѣлгеридъ-Котляревскій: „Задача и методъ науки уголовного права“ (К. Ун. Изв., 1891 г.).



- Дриль: „Малолѣтніе преступники“ (эгодь о факторахъ преступности и мѣрахъ борьбы съ преступностью), М. 1888.
- Духовской: „Задачи науки уголовного права“ (Вр. Д. Юр. Л., 1873 г.).
- Есиповъ: „Очеркъ русскаго уголовного права“, Варш., 1894 г.
- Ферри: „Преступленія и преступники въ наукѣ и въ жизни“, переводъ, Москва, 1890 г.
- Ferri: „Sociologie criminelle“, Par., 1893 г.
- Фойницкій: „Ученіе о наказаніи въ связи съ тюрьмовѣдѣніемъ“, СПб., 1889 г.
- Joly: „Le combat contre le crime“, Par., 1892 г.
- Garofalo: „La criminalologie“, Par., 1890 г.
- Liszt: „Lehrbuch des Deutschen Strafrechts“, 8-е изд., В. 1897 г.
- Liszt: „Kriminalpolitische Aufgaben“ (Zeitschr. f. d. ges. Strafr., В. IX, X, XII).
- Liszt: „Die psychologischen Grundlagen der Kriminalpolitik“ (Z. f. d. g. Str., 1896 г., В. XVI).
- Lombroso: „L'antropologie criminelle et ses récents progrès“, P. 1890 г.
- Lammasch: „Criminalpolitische Studien“ (Gerichtssaal, 1890 г., В. XLIV).
- Lucchini: „Le droit pénal et les nouvelles théories“, 1892 г.
- Maus: „De la justice pénal“, 1892 г.
- Набоковъ: „Содержаніе и методъ науки уголовного права“ (Ж. Юр. Об., 1896 г. Декабрь).
- Принсъ: „Новыя доктрины уголовного права“, пер. Н. Р., СПб., 1897 г.
- Prins: „Criminalité et répression“, Brux., 1886 г.
- Пржевальскій: „Профессоръ Францъ Листъ и его основныя воззрѣнія на преступленіе и наказаніе“ (Сб. прав. и общ. зн., т. 6, 1896 г.).
- Сергѣевскій: „Преступленіе и наказаніе какъ предметъ юридической науки“ (Юр. В., 1879 г., 12).
- Сергѣевскій: „Антропологическое направленіе въ изслѣдованіяхъ о преступленіи и наказаніи“ (Юр. В., 1892 г., Февр.).
- Сергѣевскій: „Основные вопросы наказанія въ новѣйшей литературѣ“ (Ж. Г. и У. Пр., 1893 г., кн. 4).
- Спицкій: „Моралистическое направленіе въ уголовномъ правѣ“ (Сб. прав. и общ. зн., 1895 г., т. 4).
- Schmidt: „Die Aufgaben der Strafrechtspflege“, 1895 г.
- Сліозбергъ: „Новое социологическое направленіе въ уголовномъ правѣ“ (Ж. Г. и Уг. Пр., 1888 г., кн. 4).
- Спасовичъ: „Новыя направленія въ наукѣ уголовного права“ (В. Евр., 1891 г., кн. 10).
- Stoos: „Der Kampf gegen das Verbrechen“, Bern, 1894 г.
- Таганцевъ: „Лекціи по уголовному праву“, в. 1—4, 1888—1892 г., СПб.
- Tarde: „La philosophie pénale“, 1892 г.
- Вульфбертъ: „Антрополого-позитивная школа уголовного права въ Италіи“, в. 1 и 2, 1887 и 1893 г., Москва.
- Закревскій: „Объ ученіяхъ уголовно-антропологической школы“, Харьковъ, 1893 г.

## Основанія и цѣли государственной дѣятельности, направленной на борьбу съ преступностью <sup>1)</sup>.

Вопросъ о характерѣ и задачахъ дѣятельности государства по отношенію къ преступности не могъ являться особо сложнымъ, пока господствовала всеобъясняющая теорія «злой воли», какъ единого источника преступленій. Нужно было всачески разить карами эту злую волю, что съ надеждой на успѣхъ повсемѣстно и дѣлалось.

Но тотъ же самый вопросъ значительно усложнился, когда, во-первыхъ, упомянутая надежда на успѣхъ оказалась напрасной, а во вторыхъ, появились данныя моральной статистики, затронувшей и сферу преступнаго. Оказалось, что въ области дѣяній, повидимому совершенно произвольныхъ, существуютъ свои законы, и что въ частности ростъ преступности обуславливается цѣлымъ рядомъ социальныхъ, антропологическихъ и космическихъ данныхъ, что эти данныя, получившія названіе факторовъ преступности, чрезвычайно разнообразны, а слѣдовательно преступленія не творятся по произволу. Въ добавокъ къ этому новѣйшія психологическія работы показали, что даже волиѣ сознательныя дѣйствія человѣка не свидѣтельствуютъ о полной автономности его воли, ибо сознательные процессы въ значительной мѣрѣ обуславливаются предшествовавшей имъ бессознательной мозговой работой, — рефлексами, эмоціями и т. п., такъ что, по прекрасному выраженію Спасовича, сознательное можетъ быть уподоблено верхушкѣ дерева, освѣщенной солнцемъ, тогда какъ стволъ его находится въ полумракѣ, а корни остаются совершенно въ тѣни.

Нельзя утверждать, что мысли, подобныя изложеннымъ, явля-

<sup>1)</sup> Вступительная лекція, прочитанная въ Демидовскомъ Юридическомъ Лицеѣ 3 марта 1899 года.



лись тѣмъ то совершенно новымъ; на вѣрномъ пути стояли уже многіе философы—детерминисты какъ поваго, такъ и древняго міра, но 1) ихъ воззрѣнія остались безъ всякаго вліянія на уголовное законодательство, а 2) ихъ гипотетическія положенія получили характеръ достовѣрности лишь съ появленіемъ правильно разработанныхъ данныхъ моральной статистики и психологіи.

Итакъ, вѣрный путь былъ найденъ. До сихъ поръ борьба съ преступностью была неуспѣшной вслѣдствіе незнанія факторовъ, творящихъ эту преступность. Пока неизмѣнными оставались причины, неизмѣнно появлялись одни и тѣ же слѣдствія. Теперь убѣдились, что для устраненія послѣднихъ необходимы не только наказанія, которыя не оказываютъ прямого вліянія на причины преступности, но и широкій рядъ мѣръ, прямо направленныхъ на эти причины.

Но благодаря этому вопросъ о борьбѣ съ преступностью оказался чрезвычайно труднымъ, а вмѣстѣ съ тѣмъ расширился какъ объемъ государственной дѣятельности, направленной на эту борьбу, такъ и рамки науки уголовного права, вѣдающей вопросъ о преступности. Раньше наука уголовного права разсматривала лишь преступленіе и наказаніе какъ отвлеченныя конструктивныя понятія, теперь она вынуждена имѣть въ виду и реальную подкладку этихъ понятій. Репрессію стали понимать шире: это уже не только совокупность наказаній во всѣхъ ихъ видахъ, но и совокупность всѣхъ другихъ мѣръ, разъ они предпринимаются послѣ преступленія и по поводу его. Кромѣ репрессіи уголовное право вынуждено обратить вниманіе и на превенцію, т. е. изучать и разрабатывать по возможности шире систему предупредительныхъ мѣръ.

Далеко не всѣ еще криминалисты согласны съ такого рода расширеніемъ области уголовного права: противъ него раздавались и раздаются голоса сторонниковъ формальнаго пониманія права, отстаивающихъ т. наз. строго юридическую точку зрѣнія; но мы вступать съ ними въ полемику здѣсь не будемъ: мы имѣли уже случай высказаться по этому поводу въ другой работѣ<sup>1)</sup>, а полемика потребовала бы много времени и завела бы насъ слиш-

<sup>1)</sup> См. выше «Новыя направленія въ наукѣ уголовного права».

комъ далеко отъ главнаго предмета нашей бесѣды. Мы упомянемъ лишь, что за расширеніе рамокъ науки уголовного права говорить не какая нибудь кабинетная теорія, а сама жизнь: она выдвинула на сцену вопросъ о факторахъ преступности и о мѣрахъ борьбы съ ней. Весь вопросъ поэтому сводится къ простѣйшимъ положеніямъ: 1) можно ли оставить безъ вниманія вновь добытыя научныя данныя и 2) какой наукѣ ближе всего вѣдать эти данныя.

Перваго никто изъ противниковъ защищаемой нами постановка вопроса не утверждаетъ. Второй же пунктъ или оставляютъ безъ отвѣта, или ссылаются на социологію. Но вѣдь общая социологія имѣетъ свои болѣе широкія задачи, вопросъ о преступности имѣетъ для нея лишь второстепенное значеніе и стоитъ въ ряду съ цѣлой массой другихъ вопросовъ; необходима, слѣдовательно, отдѣльная спеціальная вѣтвь социологіи — уголовная социологія, которая, служа какъ и уголовное право цѣлямъ правосудія, можетъ быть объединена съ послѣднимъ въ понятіи науки уголовного права въ широкомъ смыслѣ этого слова. Такое объединеніе является даже прямо необходимымъ, пока уголовная социологія еще не выработалась: отсылать къ ней во имя охраны строго юридическаго характера уголовного права,—это значить выбрасывать за бортъ самыя серьезные жизненные вопросы.

Рядъ криминалистовъ и далъ посильный отвѣтъ на эти вопросы. Стройной, выработанной въ деталяхъ системы еще нѣтъ, да ея и требовать нельзя въ виду новизны дѣла: много еще спорнаго и неопредѣленнаго, но есть пункты болѣе выясненные—и вотъ о нихъ мы и скажемъ нѣсколько словъ.

Примѣняемая государствомъ наказанія направляются на личность преступника; они могутъ поэтому воздѣйствовать лишь на факторы преступности, коренящіеся въ самой личности; на факторы же, лежащіе внѣ личности, воздѣйствовать путемъ наказанія невозможно; слѣдовательно, разъ послѣдніе факторы существуютъ (а это безспорно доказано моральной статистикой), необходимы помимо наказанія другія мѣры, образующія область предупрежденія. Здѣсь, въ рамкахъ краткаго изложенія, мы можемъ лишь упомянуть, что установлена безспорная зависимость пре-



ступности отъ народнаго невѣжества и предразсудковъ, отъ недостатковъ экономическаго строя, отъ алкоголизма, отъ размѣровъ призрачнаго безпомощныхъ и неспособныхъ къ работѣ, отъ климатическихъ условій и т. п. Сообразно съ этимъ памѣченъ рядъ мѣръ: рядъ требованій относительно распространенія образованія, рациональной помощи пролетаріату и другихъ улучшеній современнаго соціальнаго строя, безъ которыхъ успешная борьба съ преступностью невозможна.

Но и здѣсь приходится встрѣчать возраженія. Говорятъ, что ни наука, ни правосудіе ничего не выигрываютъ отъ теоріи предупрежденія. Не трудно сказать: распространяйте образованіе, улучшайте экономическія условія и т. п., по думать, что отъ такихъ совѣтовъ дѣйствительно въ мірѣ настанетъ идеальная гармонія и преступность исчезнетъ, это непростительная утопія: жизнь имѣетъ свое теченіе, котораго не можетъ повернуть по своему усмотрѣнію никакая реформаторская теорія.

Въ такихъ возраженіяхъ вѣрное, очевидно, перемѣшано съ невѣрнымъ: мы сами не вѣримъ въ полное исчезновеніе когда либо преступности, ибо многіе факторы ея не зависятъ отъ улучшеній соціальнаго строя, да и самъ послѣдній, какъ всякое дѣло рукъ человѣческихъ, можетъ лишь приближаться къ идеалу. Вѣрно также, что ни отъ какой проповѣди міръ неизмѣнится внезапно, какъ бы по мановенію волшебной руки, ибо весь міровой процессъ идетъ путемъ эволюціи; но развѣ этой эволюціи не должна всѣми силами способствовать всякая наука, развѣ не высшая ея задача служить въ своей области истинному прогрессу? Если вредное дѣйствіе важнѣйшихъ факторовъ преступности будетъ хоть отчасти ослаблено путемъ возможныхъ въ данное время и при данныхъ условіяхъ разумныхъ мѣръ, то и это на первое время совершенно достаточная заслуга.

Не будемъ же отнимать у науки уголовного права благородной задачи пробуждать общество отъ инертности и говорить ему: «Твоя преступность — это во многихъ отношеніяхъ твое собственное отраженіе. Ты боишься роста преступности; тебя ужасаютъ совершаемыя злодѣянія, такъ знай же, что это зло не уменьшится, пока не будутъ приложены всѣ силы къ врачеванію

современныхъ язвъ соціального строя. Приноси необходимыя жертвы, а наука тебѣ укажетъ лучшіе пути и средства». Чѣмъ болѣе чуткости окажется къ такому призыву какъ со стороны общества, такъ и со стороны государственной власти, чѣмъ болѣе будетъ сдѣлано въ этомъ направленіи, тѣмъ усильнѣе пойдетъ и борьба съ преступностью.

Съ вопросомъ о предупредительныхъ мѣрахъ, которыя должны быть примѣняемы въ виду грядущихъ преступленій, мы такимъ образомъ покончили; но это рѣшеніе лишь половины задачи; мы должны еще обратиться къ вопросу о томъ, что дѣлать съ преступленіями наличными, совершившимися и совершающимся. Это вопросъ объ организациі мѣръ репрессивныхъ. Мы уже говорили, что факторы преступленія находятся какъ внѣ преступника, такъ и внутри его.

Вотъ съ этими то послѣдними факторами и ведется борьба путемъ репрессивныхъ мѣръ, важнѣйшей изъ которыхъ является наказаніе. Начало такой борьбы отстоитъ отъ насъ безконечно далеко; по словамъ Листа (Lehrbuch, 6, § 2), сравнительное правовѣдѣніе показываетъ намъ, что исходный пунктъ въ исторіи наказанія совпадаетъ съ началомъ исторіи человѣчества. Наказаніе выражается въ самыхъ разнообразныхъ видахъ; оно проходитъ длинный путь развитія отъ формъ примитивно — грубыхъ до формъ, носящихъ на себѣ печать утонченной цивилизациі, но по существу своему оно является первичнымъ историческимъ фактомъ. Мы не думаемъ, что такая почтенная давность можетъ сама по себѣ оправдать существованіе наказанія: вѣдь такія явленія, какъ рабство, религіозная нетерпимость, война и многое другое, также имѣютъ за себя многовѣковое существованіе; съ одинаковымъ основаніемъ можно бы, значить, оправдать и ихъ. Ищемъ, поэтому, другихъ основаній.

Вопросъ о томъ, на чемъ зиждется право государства наказывать, относится къ числу наиболѣе разработанныхъ, но и наиболѣе спорныхъ вопросовъ въ наукѣ уголовного права. Обыкновенно при разборѣ его начинаютъ съ теорій, отрицающихъ право государства на наказаніе, но такихъ теорій, строго говоря, не существуетъ. Если правильно понимать сущность наказанія, если



не видѣть въ немъ возмездія, то окажется, что всѣ отрицанія направлены не на сущность наказанія, а или на существующія формы его, или на право возмездія, которое вовсе не является конститутивнымъ элементомъ наказанія. Возьмемъ относящіеся сюда взгляды нашего великаго писателя, зпатока преступной души Достоевскаго и знаменитаго англійскаго филантропа Роберта Оуэна. За границей широко распространено мнѣніе, что Достоевскій принципиально отвергалъ наказаніе и не вѣрилъ въ необходимость и справедливость земнаго правосудія и указывалъ на слова Господа: «Мнѣ отмщеніе, и Азъ воздамъ.»

Это мнѣніе, на нашъ взглядъ, проистекаетъ изъ недостаточнаго знакомства съ произведеніями Достоевскаго, и отчасти изъ ихъ неправильнаго пониманія. Глубокое состраданіе къ преступнику еще не составляетъ отрицанія наказанія. Въ романѣ «Преступленіе и наказаніе» ясно просвѣчиваетъ идея, что наказаніе является исправленіемъ причиннаго зла, что оно даетъ успокоеніе совѣсти преступника, примиряя его путемъ страданія съ самимъ собой. Еще опредѣлениѣ высказывается Достоевскій въ «Дневникѣ писателя»: здѣсь онъ прямо признаетъ индивидуальную вину и вооружается противъ взгляда, оправдывающаго всѣ преступленія давленіемъ среды: онъ выставляетъ идею долга и защитнику, выставившему въ процессѣ объ истребаніи отцомъ малолѣтней дочери доводъ, что отецъ былъ виѣ себя, возражаетъ, что нельзя быть виѣ себя въ подобныхъ случаяхъ, а на объясненіе вліяніемъ среды звѣрскаго истребанія въ другомъ дѣлѣ мужемъ жены отвѣчаетъ вопросомъ, почему же не всѣ изъ этой среды такъ дѣйствуютъ, а лишь нѣкоторые.

Что же касается Оуэна, то основа его ученія заключалась въ томъ, что зло не составляетъ необходимой части человѣческой природы, такъ какъ посредствомъ правильно поставленнаго воспитанія можно передѣлать всякую природу. Отрицая такимъ образомъ антропологическіе факторы, причину преступности Оуэнъ видѣлъ исключительно въ факторахъ соціальныхъ. Въ развитіи и существованіи преступности онъ единственнымъ виновникомъ признавалъ государство: жизнь высшаго класса такова, что она неминуемо влечетъ этотъ классъ къ пороку и преступленію; да и вообще

чувства и убѣжденія чловѣка образуются помимо его воли, а изъ нихъ то и вытекають его поступки, а въ томъ числѣ и преступленія. Поэтому Оуэнъ требовалъ отъ государства, чтобы оно отказалось отъ своего права метить, наказывая тѣхъ, кого оно само довело до преступленія, а взамѣнъ этого выдвинуло самую широкую систему предупредительныхъ мѣръ и главнымъ образомъ позаботилось о воспитаніи подрастающихъ поколѣній, при правильной постановкѣ котораго изъ міра исчезнутъ обманъ и насиліе.

Изложенныя идеи ихъ творецъ пытался провести и въ жизнь, завѣдуя основанной имъ фабрикой-общиной въ Нью-Ланаркѣ. Въ теченіе 16 лѣтъ въ этой общинѣ почти не примѣнялись наказанія, слѣдуемая по англійскимъ законамъ, но это не исключало примѣненія мѣръ,носящихъ волюнтаристическій характеръ, какъ денежный штрафъ, выраженіе порицанія со стороны выбранныхъ для разбора дѣла товарищей, объявленіе поступка безчестнымъ и даже изгнаніе изъ общины. Такимъ образомъ наказаніе не исчезло; оно лишь приняло болѣе мягкія формы; оказалось, что примѣняя теорію Оуэна на практикѣ, нельзя избѣжать карательныхъ мѣръ. Но мало того, и при чисто теоретическомъ разсмотрѣніи оказывается, что 1) взгляды Оуэна грѣшатъ полнымъ отрицаніемъ роли индивидуальных или антропологическихъ факторовъ, и 2) что, отрицая наказаніе какъ отмщеніе, возмездіе, онъ не отрицалъ наказанія какъ мѣры охраны, мѣры воздѣйствія на преступнаго индивидуума для его приспособленія къ закономѣрной жизни въ обществѣ; вопросъ о наказаніи, понимаемомъ въ последнемъ смыслѣ, и послѣ теоріи Оуэна остался открытымъ.

Вотъ тѣ данныя, на основаніи которыхъ мы заключаемъ, что ни Оуэнъ, ни тѣмъ болѣе Достоевскій наказанія принципально не отвергали; они были лишь противъ наказанія, какъ отмщенія, они были противъ существующихъ формъ его, въ чемъ съ ними во многихъ отношеніяхъ согласны какъ представители моральной статистики, которыхъ не разъ ошибочно зачисляли въ ряды отрицателей наказанія, такъ и многіе изъ сторонниковъ т. наз. новаго направленія въ уголовномъ правѣ. Да и въ самомъ дѣлѣ принципальное отрицаніе наказанія является едва ли возмож-



нымъ. Одно за другимъ совершаются на глазахъ общества преступленія; безспорно, что значительная доля отвѣтственности за нихъ падаетъ на само общество, но можно ли вывести отсюда, что общество должно отказаться отъ всякой реакціи?—Несомнѣнно нѣтъ: какъ справедливо говоритъ Листъ, «пока государство и общество имѣютъ право на существованіе, до тѣхъ поръ нѣтъ нельзя отказать въ правѣ защищаться отъ дѣяній, угрожающихъ ихъ существованію... даже анархіи пришлось бы (если бы она восторжествовала) защищаться отъ возвращенія низвергнутаго ею порядка (Determinismus und Strafrecht, s. 1)». Общество представляетъ собою сложный конгломератъ отношеній и интересовъ; для того, чтобы въ немъ не было войны всѣхъ противъ всѣхъ, для того, чтобы предотвратить саморазложеніе, общество должно регулировать извѣстными нормами существующія въ немъ взаимоотношенія и поддерживать авторитетъ этихъ нормъ принудительными мѣрами, безъ которыхъ повиновеніе нормамъ со стороны многихъ индивидовъ являлось бы болѣе чѣмъ сомнительнымъ. Каждый членъ общества имѣетъ право требовать охраны своихъ законныхъ интересовъ отъ неправомѣрнаго на нихъ посягательства; безнаказанность такихъ посягательствъ губительно отразилась бы на самомъ обществѣ, подрывая вѣру въ общественную власть и въ господство законности, порождая явное и тайное недовольство и благопріятствуя развитію самоуправства.

Итакъ, принудительныя мѣры необходимы для поддержанія въ обществѣ порядка, для охраны управомоченныхъ интересовъ и наконецъ, для предохраненія общества отъ разложенія. Основаніемъ права примѣнять принудительныя мѣры является такимъ образомъ необходимость этихъ мѣръ; главною изъ этихъ мѣръ является наказаніе, а потому обоснованіемъ права наказанія также является его необходимость.

Но существуютъ и другія точки зрѣнія. По вопросу о томъ, на чемъ зиждется право наказанія, дана такая масса теорій, что, какъ справедливо замѣтилъ профессоръ Сергіевскій, можно поставить въ заслугу криминалисту, если онъ къ безчисленному множеству существующихъ теорій не прибавитъ своей новой теоріи. Обыкновенно всѣ эти теоріи излагаются послѣдовательно, съ от-

тѣненіемъ пунктовъ ихъ разногласія, но въ послѣднее время, особенно въ нѣмецкой наукѣ, замѣчается обратное стремленіе, которому и мы будемъ слѣдовать, а именно, отбросивъ въ сторону всѣ частныя разногласія и несущественные элементы, будемъ искать въ этихъ теоріяхъ не различія, а сходства; постараемся уловить лишь главныя теченія породившей ихъ мысли. Съ такой точки зрѣнія всѣ относящіяся сюда теоріи (кромѣ несамостоятельныхъ и эклектическихъ) распадутся на двѣ группы, въ зависимости отъ общаго философскаго міровоззрѣнія ихъ авторовъ, въ зависимости отъ того, стоятъ ли они ближе къ абстракціи и идеализму, или къ опытному методу и реализму. Первое изъ этихъ воззрѣній преимущественно основывается на вѣрѣ въ свободу чело-вѣческаго духа, въ его господство надъ матеріей, словомъ въ то, что обыкновенно называютъ свободой воли; второе, исходя изъ законмѣрности всего, происходящаго въ мірѣ, отрицаетъ возможность какихъ либо изъятій изъ закона причинности, а потому не признаетъ и свободы воли. Какъ это ни странно, но въ области уголовнаго права идеализмъ главнымъ образомъ выразился въ ученіи о возмездіи за преступленія, реализмъ же въ ученіи о пѣлесообразной борьбѣ съ преступленіями, основанной на изученіи ихъ причинъ. Такъ, Кантъ, отрицая свободу воли въ мірѣ реальномъ, помѣстилъ ее въ мірѣ ноуменовъ, мірѣ непознаваемой истинной сущности всего существующаго; онъ вывелъ понятіе свободы изъ нравственнаго закона и объявилъ, что наказаніе является неизбѣжнымъ послѣдствіемъ преступленія, что это категорическій императивъ нашего разума, и что, еслибы завтра міръ долженъ былъ разрушиться, сегодня, не смотря на это, должны быть казнены уже осужденные преступники.

Далѣе, Гегель выставилъ теорію, по которой весь міръ является саморазвивающеюся идеей. За тезисомъ, который является положительнымъ элементомъ, является антитезисъ, — элементъ отрицательный; но на отрицаніи развитіе идеи остановиться не можетъ; гармонія требуетъ отрицанія этого прежняго отрицанія и такимъ образомъ правильность восстанавливается съ завершеніемъ всего логическаго процесса. Преступленіе является отрицаніемъ, посягательствомъ частной воли на всеобщую; оно ничтожно само



въ себѣ и требуетъ въ свою очередь отрицанія. Равновѣсіе возстановляется путемъ наказанія, которое является такимъ образомъ возмездіемъ, требуемымъ въ силу развитія идеи, возмездіемъ діалектическимъ.—Это слѣдовательно, теорія возмездія.

Наконецъ, сюда же должны быть отнесены защитники идеи справедливости; они говорятъ, что всякое преступленіе должно быть наказано во имя этой идеи. Воля человека свободна отъ принужденія; каждый виновный добровольно и свободно вступаетъ на путь преступленія, поэтому справедливость, это высшее начало общественной жизни, требуетъ, чтобы виновные получали возмездіе за свои дѣянія.

Мы не будемъ подробно разбирать этихъ теорій; по нашему мнѣнію для опроверженія ихъ достаточно указать, что они оторваны отъ жизни, исходятъ изъ априорныхъ произвольно взятыхъ положеній, противорѣчатъ доказанному существованію факторовъ, управляющихъ волею и ведущихъ къ преступленію, а кромѣ того эти теоріи, проповѣдая высокія начала, на практикѣ ведутъ къ излишней жестокости, къ наказанію въ формѣ отщепенія. Особенно интересно видѣть, какой оборотъ принимаетъ идея справедливости. Мы не отрицаемъ ея роли, ибо признаемъ важное значеніе въ уголовномъ правѣ моральнаго элемента, но оказывается, что если этотъ элементъ выдвинуть на первый планъ и затираетъ все остальное, если чуть не единственной задачей права объявляется служеніе идеѣ справедливости, то на практикѣ столь полное смѣненіе морали и права ведетъ къ очень печальнымъ послѣдствіямъ. Доказать, что дѣйствительно справедливость требуетъ въ каждомъ случаѣ наказанія и именно такого, а не иного,—невозможно. И вотъ приходятъ незамѣтно къ утверженію, что всякое наказаніе справедливо, приходятъ къ перенесенію на криминальную почву тезису Гегеля о разумности всего существующаго. Въ результатѣ же появляются извѣстные литературныя примѣры, какъ съ кафедры проповѣдовалось, что эшафотъ—это мѣсто, гдѣ торжествуетъ справедливость, палачъ—это служитель высокой идеи, а кнутъ—это то, чего требуетъ для своего умиротворенія страждущая душа преступника, требуетъ во имя той же идеи справедливости (Баршевъ, Жозефъ де-Местръ и др.).

Вотъ соображенія, на основаніи которыхъ мы предпочитаемъ, отказавшись отъ идей съ метафизической окраской, идти вмѣстѣ съ тѣми криминалистами, которые, признавая основаніемъ для права наказанія его необходимость для общества и, допуская наказаніе лишь въ предѣлахъ этой необходимости, проповѣдуютъ не возмездіе, а спокойную борьбу съ лежащими въ личности факторами преступности, борьбу отъ начала до конца проникнутую идеей цѣлесообразности. Частичныя предложенія въ этомъ смыслѣ были сдѣланы уже давно авторами т. наз. отпосительныхъ теорій (Фихте, Мартина, Фейербаха и т. д.). Въ повѣйшее время сдѣланы обобщенія; вмѣсто монистическихъ теорій, признававшихъ одну какую либо цѣль наказанія, явились теоріи, убѣдительно доказавшія необходимость множественности цѣлей, и всѣ эти теоріи, привлекая къ себѣ широкій кругъ сторонниковъ въ средѣ повѣйшихъ криминалистовъ, сходятся въ обоснованіи наказанія его соціальной необходимостью.

Но вопросъ объ обоснованіи наказанія, не исчерпываетъ всего понятія о репрессивной дѣятельности государства. Мы должны рассмотреть еще и задачи этой дѣятельности, выражающейся въ наказаніи и другихъ по существу близкихъ къ нему мѣрахъ. Конечно, данный вопросъ тѣмъ легче рѣшить, чѣмъ полнѣе и всестороннѣе онъ будетъ охваченъ, но къ сожалѣнію въ литературѣ преимущественно встрѣчается обратное къ нему отношеніе. Одни увлекаются почти исключительно объективной стороной преступления, т. е. количествомъ и качествомъ причиненнаго вреда, другіе—субъективной стороной, —свойствами самого преступника; одни преувеличиваютъ до невозможности значеніе мотивовъ прія, тѣхъ побужденій, которыя руководили преступникомъ, другіе же, наоборотъ, совершенно игнорируютъ этотъ пунктъ и т. п. Поэтому трудно дать теорію возможно полную, но не эклектическую въ смыслѣ чего то склееннаго изъ наудачу взятыхъ обломковъ разныхъ теорій. Въ нашей посильной попыткѣ рѣшенія вопроса мы будемъ исходить изъ того положенія, что преступленіе является фактомъ чрезвычайно сложнымъ, а потому эта сложность должна отразиться на организаціи наказанія и на его задачахъ.

Когда совершилось преступленіе, не слѣдуетъ упускать изъ виду тѣхъ вопросовъ, которые съ нимъ связаны. Въ повѣйшее



время на первый планъ выдвинуть вопросъ о субъектѣ преступленія, о факторахъ, коренящихся въ личности преступника. Кто совершитель, упорный ли онъ врагъ общества или робкій новичекъ на преступномъ пути, каковы его прошлое, его качества, его настроеніе относительно правопорядка, степень его опасности для общества. Безъ полученія отвѣта на эти вопросы, невозможно выбрать мѣру наиболее цѣлесообразную, наиболее пригодную для даннаго пидвида, а отвѣтъ возможенъ лишь тогда, когда на основаніи изученія преступнаго міра положены основы классификаціи преступниковъ. Въ настоящее время это уже сдѣлано и, хотя въ подробностяхъ согласія нѣтъ, но широкимъ признаніемъ пользуется основное положеніе, что пужно строго отдѣлять преступниковъ привычныхъ и профессиональныхъ отъ преступниковъ случайныхъ, и что, сообразно съ такимъ различіемъ, нужно принимать и соотвѣтствующія мѣры воздѣйствія.

Второй чрезвычайно существенный вопросъ заключается въ томъ, какое дѣяніе совершено индивидомъ; это вопросъ относительно объективной стороны преступленія, относительно количества вреда и опасности, заключающихся въ этомъ преступленіи. Ошибка старой школы уголовного права состояла въ томъ, что объективному моменту придавалось чрезмѣрное и почти исключительное значеніе; реакція со стороны новаго направленія, выдвинувшаго на первый планъ моментъ субъективный, была поэтому необходимой, но, какъ и всякая реакція, она на первыхъ порахъ зашла слишкомъ далеко, почти совершенно игнорируя моментъ вреда, тяжесть учиненнаго, т. е. все то, что до сихъ поръ составляло главный предметъ изученія для науки уголовного права, понимаемой какъ строго юридическая дисциплина. Когда же пылъ борьбы повемногу остылъ, вопросъ сталъ ставиться болѣе правильно. Выдающіеся новаторы (какъ Листъ и Ферри) принимаютъ съ благодарностью все до сихъ поръ добытое старой доктриной; они признаютъ полезнымъ изученіе преступленія и наказанія, какъ юридическихъ понятій и лишь вооружаются противъ исключительно абстрактнаго и формальнаго изученія, требуя наряду съ нимъ разработки данныхъ соціологіи, антропологіи и психо-физиологіи. Да это и понятно: съ вопросомъ о наказаніи

за преступления связаны весьма разнообразные интересы. Такъ, для общества важна охрана его безопасности, но далеко безразлично и количество причиненнаго вреда, ибо въ большинствѣ случаевъ, чѣмъ болѣе значительное благо нарушено, тѣмъ значительнѣе и степень внушаемой дѣянiемъ опасности. Затѣмъ нельзя не считаться и съ интересами потерпѣвшаго, которому главнымъ образомъ важна объективная сторона, т. е. не столько свойства личности, причинившей ему вредъ, сколько количество этого вреда. Въ современномъ государствѣ потерпѣвшiй лишень права расправляться съ преступникомъ, но общественная власть, самостоятельно назначая наказанiе, должна помнить, что интересы потерпѣвшаго безразличны для права и для закономѣрнаго теченiя общественной жизни: поэтому власть должна считаться съ нанесеннымъ потерпѣвшему матеріальнымъ вредомъ, присуждая ему убытки, и съ вредомъ моральнымъ, назначая наказанiе между прочимъ и по соображенiю съ этимъ послѣднимъ: иначе открывается широкая дорога нежелательному самосуду и самоуправству.

Наконецъ, объективная сторона преступления имѣеть громадную важность какъ для интересовъ преступника, такъ и для интересовъ каждаго индивида, входящаго въ составъ общества. 1) нельзя не считаться съ интересами преступника, ибо мы не имѣемъ никакого права признать, что каждый совершитель преступления, уже въ силу одного этого факта становится безправнымъ и лишеннымъ охраны; 2) никто не гарантированъ въ томъ, что онъ не совершитъ никогда вреднаго для общества дѣянiя, но что, спрашивается, случилось бы съ гражданской свободой, если бы объективная сторона преступленiй не была точно опредѣлена въ кодексахъ и если бы государственная власть, владѣющая столь громадными силами, могла, ссылаясь на опасность того или иного индивида, примѣнять противъ него мѣры, какія ей заблагоразсудится?— Вотъ соображенiя, которыя заставляютъ насъ признать, что для наказанiя чрезвычайно важна какъ субъективная, такъ и объективная сторона преступленiя и что, слѣдовательно посвященныя изслѣдованiю этой стороны юридическiя работы въ тѣсномъ смыслѣ этого слова имѣють полный raison d'être, хотя они и не имѣють исключительнаго и исчерпывающаго значенiя для ученiя о наказанiи.



Третьимъ важнымъ вопросомъ, съ которымъ необходимо считаться учению о наказаніи является вопросъ о мотивахъ преступленія. Особое къ себѣ вниманіе этотъ вопросъ вызвалъ лишь въ самые послѣдніе годы; его выдвинуло убѣжденіе, что для цѣлесообразнаго примѣненія наказанія необходимо выяснитъ тѣ побужденія, благодаря которымъ было совершено то или другое преступленіе. Безъ знанія этихъ побужденій невозможно пролить правильный свѣтъ ни на личность виновника, ни на совершенное имъ дѣяніе. Послѣднее, разъ неизвѣстны мотивы, является сплошь и рядомъ психологической и юридической загадкой, не поддающейся рѣшенію. Кромѣ того, мотивы обрисовываютъ моральную сторону дѣянія, къ которой столь чутко относится общественное правосознаніе; доказательствомъ этого являются безчисленные вердикты присяжныхъ засѣдателей; послѣдніе не останавливаются даже надъ оправданіемъ подсудимаго въ тѣхъ случаяхъ, когда съ формальной точки зрѣнія вина на лицо, а между тѣмъ мотивы преступленія заслуживаютъ сочувствія, а иногда даже одобренія. Поэтому, мы съ удареніемъ повторяемъ, что наказаніе, призванное удовлетворять весьма сложнымъ задачамъ, порожденнымъ благодаря преступленію, не можетъ имѣть какой либо одной цѣли; для того, чтобы быть дѣйствительнымъ средствомъ цѣлесообразной борьбы съ преступностью, оно должно считаться не только съ личностью преступника и съ совершеннымъ имъ дѣяніемъ, но и съ мотивами, вызвавшими это дѣяніе къ жизни. — Въ заключеніе намъ остается сказать о мѣрахъ, не составляющихъ наказанія, но ему родственныхъ. Мы подразумѣваемъ мѣры безопасности. Наказаніе, по господствующимъ въ нашей наукѣ понятіямъ, есть принудительная мѣра, которая направлена на лицо вмѣняемое, а потому и несущее уголовную отвѣтственность за свои поступки. Но существуетъ цѣлый рядъ лицъ (душевно-больные, дѣти, лица, находившіяся въ безсознательномъ состояніи и т. д.), которымъ ихъ дѣянія вмѣняться не могутъ; нормы права писаны не для этихъ лицъ; дѣйствию закона не могутъ подлежать тѣ, которые, говоря языкомъ нашего новаго проекта уголовного уложенія, «не могли понимать свойства и значенія имъ совершаемаго или руководить своими поступками». Въ тѣхъ случаяхъ, когда

эти лица являются опасными для общества, вмѣсто наказанія все же необходимы, очевидно мѣры, которыя, устраняя опасность, воздѣйствовали бы и на источникъ, изъ котораго протекаютъ въ томъ или другомъ случаѣ вредоносныя дѣянія. Но наука уголовного права до сихъ поръ удѣлила мало вниманія этой задачѣ. Она исключала невмѣняемыхъ изъ своего вѣдѣнія, основываясь на томъ, что гдѣ нѣтъ вѣнченія, нѣтъ и преступленія, а слѣдовательно уголовного права вопросъ не касается. Лишь въ последнее время этотъ порядокъ измѣнился: уголовное право должно было принять и эти случаи въ свое вѣдѣніе, разъ было признано, что оно должно считаться съ вопросомъ о правильной постановкѣ борьбы съ дѣянiami, нарушающими правопорядокъ, каковы бы эти дѣянія ни были и отъ кого бы ни исходили. Такимъ образомъ, наряду съ ученіемъ о наказаніи, развилось ученіе о мѣрахъ безопасности. Одинъ изъ повѣйшихъ уголовныхъ кодексовъ (проектъ обще-швейцарскаго уложенія) уже подробно останавливается на этихъ мѣрахъ и помѣщаетъ ихъ въ особомъ отдѣлѣ вмѣстѣ съ наказаніями. Эти мѣры весьма разнообразны: они заключаются въ отсылкѣ совершившихъ преступленіе душевнобольныхъ въ дома, для этихъ лицъ устроенные, алкоголиковъ въ спеціальныя пріюты для леченія ихъ болѣзни, бродягъ и тунеядцевъ—въ рабочіе дома, неспособныхъ къ труду—въ заведенія общественаго призрѣнія, малолѣтнихъ—въ исправительно-воспитательныя учрежденія и т. п.

Вотъ картина современной правильно поставленной борьбы съ преступностью. Наша родина въ этомъ отношеніи далеко отстоитъ отъ идеала и, можно сказать, еще только вступаетъ на правильный путь. Ну что же: тѣмъ отвѣтственнѣе и пріятнѣе является работа каждаго криминалиста, вѣрящаго въ свою науку и желающаго ея плодотворнаго воздѣйствія на жизнь. Безразлично, приходится ли работать на почвѣ теоріи или на почвѣ практики. Необходимо только, уважая въ нашей наукѣ юридическій формальный элементъ, въ то же время помнить, что прогрессъ ея возможенъ лишь при широкомъ пониманіи ея задачъ и освѣженіи ея содержанія данными, почерпнутыми изъ міра дѣйствительности, а не изъ міра отвлеченно-схоластическихъ построеній.



## Наука уголовного права и ея составные элементы <sup>1)</sup>.

„Dem Juristen, als Techniker, dem seine begrenzte Aufgabe der praktischen Durchführung bestimmter Rechtsordnung genau gegeben ist, verbleibt dann nichts, als einfach jener Weisung nach nun durchzugreifen; dem Juristen, als philosophisch denkendem Manne, geziemt die Frage; ob dies Gebot, das wir jetzt unterstellen, so, wie es ist, denn auch sein sollte.“

R. Stammer.

„Bitter wird uns noch heute unsere politische oder kritische Aufgabe bestritten; gerade die officielle Jurisprudenz unserer Hochschulen sträubt sich noch immer in vielen selbst ihrer besten Vertreter, mindestens durch passives Verhalten, gegen deren Anerkennung.“

P. Oertmann.

### I.

Въ жизни наукъ, какъ и въ жизни обществъ человѣческихъ, не существуетъ ровнаго, неустаннаго, спокойнаго и безболѣзненнаго развитія. Мы должны признать это даже относительно такъ называемыхъ чистыхъ наукъ, если вспомнимъ хотя бы исторію открытій Галлилея въ астрономіи, но въ области наукъ прикладныхъ, а въ особенности соціальныхъ, это сказывается преимущественно. Указанныя науки знаютъ и бури революцій, и періоды реформаціонные, и періоды затишья, и разгары реакцій.

Да иначе и невозможно: наука есть отраженіе жизни человѣчества и не можетъ не раздѣлять судьбы ея; попытки совершенно изолировать науку отъ жизни всегда вели къ ея упадку и омертвѣнію, сколь бы благими цѣлями ни вдохновлялись авто-

<sup>1)</sup> Первоначально эта статья явилась въ печати въ Журн. Мин. Юстиц., сентябрь, 1902 г. Въ основу ея легла вступительная лекція, прочитанная въ томъ же году въ Харьковскомъ университетѣ.

ры этихъ попытокъ. Сверхъ того, абсолютная истина недостижима; возможно только приближеніе къ ней, неустанные поиски истины, и они связаны съ попытками проникнуть въ область неизвѣстнаго, связаны съ созданиемъ теорій и гипотезъ, которыя, питая науку, въ то же время не прививаются сразу: старые взгляды борются съ новыми и противопоставляютъ новымъ контр-теоріи и контр-гипотезы; въ результатъ кое-что отвергается, а кое-что принимается и объявляется истиной; но принятое черезъ нѣсколько времени въ свою очередь подвергается сомнѣнію и начинаетъ оспариваться; вновь закипаетъ борьба несходныхъ мнѣній и т. д.

Эта борьба, являющаяся источникомъ безконечнаго прогресса науки, съ разной интенсивностью въ разные періоды происходила и въ наукѣ уголовного права, имѣющей за собой многовѣковое существованіе; удовлетворяя запросамъ жизни, подвергаясь натиску ея требованій, наука уголовного права пережила нѣсколько формаций, измѣняясь какъ по своей формѣ, такъ и по содержанію. Здѣсь трудно было бы дать очеркъ этихъ измѣненій въ ихъ исторической перспективѣ, но нельзя не отмѣтить, что за послѣдніе два вѣка реформаціонныя движенія проявились особенно сильно; первое изъ нихъ ознаменовало собою послѣднюю четверть XVIII вѣка и вызвало повсемѣстную реформу уголовного законодательства, второе совершается на нашихъ глазахъ, начиная съ послѣдней четверти XIX вѣка и сулитъ еще болѣе обильные плоды, ибо за столѣтіе гений и трудъ человѣчества накопили массу матеріала, который, будучи внесенъ въ науку уголовного права, не можетъ не двинуть ея далеко впередъ.

И осталась область юриспруденціи не осталась чуждой могучему реформаціонному движенію, о которомъ идетъ рѣчь, но наиболѣе ярко оно отразилось на наукѣ уголовного права, ибо она отличается особой чуткостью и разносторонностью; какъ справедливо замѣтилъ Вальбергъ, „въ томъ и заключается привлекательность, слава и опасность науки уголовного права, что оно, какъ никакая другая отрасль правовыхъ наукъ, можетъ быть изучаемо съ различнѣйшихъ точекъ зрѣнія и что все богатство его содержанія только тогда ясно будетъ сознано, когда для углубленія и укрѣп-



ленія его научныхъ приобрѣтеній и итоговъ будутъ позаимствованы новыя точки зрѣнія изъ пограничныхъ съ нимъ областей знанія“<sup>1)</sup>).

Сверхъ того необходимо указать, что уголовное право, гдѣ рѣшаются вопросы, затрагивающіе важнѣйшія жизненные блага гражданъ и важнѣйшіе интересы обществѣ, всегда находится въ живой связи съ политическими формами, правовыми, этическими и экономическими идеалами и потребностями общества.

Изъ обширной уголовно-правовой сферы, захваченной новымъ движеніемъ, мы избрали для изслѣдованія вопросъ о томъ, изъ какихъ элементовъ должна слагаться и въ какихъ предѣлахъ должна выступить въ наше время наука уголовного права. Дѣло въ томъ, что смѣлымъ ударамъ критической мысли подверглись не только отдѣльные институты, прежде казавшіеся безспорными и незыблемыми, но и самое понятіе науки уголовного права и объемъ ея компетенціи. Издавна укрѣпился и запялъ господствующую позицію тотъ взглядъ, что наука уголовного права есть юридическая дисциплина, изучающая преступленіе и наказаніе, какъ отвлеченныя юридическія понятія, т. е. взглядъ, ставившій науку уголовного права въ тѣсныя, строго очерченныя рамки и подчеркивающій ея, такъ сказать, формальный характеръ. Въ двадцатый же вѣкъ мы вошли съ цѣлымъ рядомъ новыхъ требованій, стремящихся то къ поглощенію уголовного права другими науками, то къ расширенію его предѣловъ, то, наконецъ, къ скромной связи его съ другими науками; благодаря этому, накапливается масса матеріала, предлагаются новыя дисциплины, выдвигаются новыя задачи. Криминалисту необходимо разобраться во всемъ этомъ и рѣшить, что должно произойти съ его наукой, о чемъ она можетъ сказать— „это не мое дѣло“, а о чемъ — нѣтъ, въ какомъ направленіи, для какихъ проблемъ и съ помощью какихъ методовъ должна вестись научная разработка.

Когда заходитъ рѣчь о расширеніи рамокъ науки уголовного права, то и въ германской, и въ нашей литературѣ нерѣдко указываютъ, что преимущественно „подобныя мнѣнія слышатся среди

<sup>1)</sup> Wahlberg: „Criminalistische und nationalökonomische Gesichtspunkte“, Vorrede, S. V.

неспеціалістів“<sup>1)</sup>; т. е., иными словами, даютъ понять, что за расширение указанныхъ рамокъ ратуютъ главнымъ образомъ люди недостаточно компетентные. Это указаніе столь перѣдкое, что его не мѣшаетъ разобрать. Допустимъ на минуту, что оно справедливо; и въ этомъ случаѣ оно не можетъ быть убѣдительнымъ аргументомъ въ пользу сохраненія узкихъ рамокъ науки уголовного права: 1) неспеціалисты смотрятъ со стороны и могутъ быть вполне непристрастными, и 2) неспеціалисты не разъ уже сослужили великую службу уголовному правосудію; при изученіи исторіи уголовного права мы на каждомъ шагѣ видимъ, что творцами новыхъ ученій и великихъ реформъ являлись не криминалисты, а иногда даже и не юристы въ тѣсномъ смыслѣ этого слова, а (употребляя образное выраженіе Прынса)<sup>2)</sup> „мыслители съ яснымъ и вѣрнымъ взглядомъ на вещи и людей, для которыхъ великая книга жизни не была закрытой книгой“. Вспомнимъ хотя бы Локка, Томазія, Вольфа, Беккарію и Вольтера: они, во имя разныхъ лозунговъ, которыми являлись то природныя права человѣка, то чистый разумъ, то общественная польза, то гуманность, требовали реформъ, вызвали ихъ и оставили глубокій слѣдъ въ наукѣ уголовного права, тогда какъ спеціалисты-криминалисты, съ пользою служа своему времени разработкой и толкованіемъ уголовного законодательства, въ то же время являлись тормазомъ научному прогрессу, ибо упорно боролись противъ реформаторскихъ идей, отстаивая каждую пядь традиціонныхъ научныхъ понятій и не заботясь объ удовлетвореніи назрѣвшихъ потребностей духа.

Значитъ, если бы и въ наши дни за реформу въ наукѣ уголовного права стояли неспеціалисты, это еще не рѣшило бы спорнаго вопроса. Но въ дѣйствительности дѣло обстоитъ иначе. Хотя и теперь большинство криминалистовъ (особенно въ Германіи) стоитъ за „правовѣрную юриспруденцію“, хотя и теперь встрѣчаются криминалисты (напр., Petit и Marie), которые утверждаютъ, что *всякое* преступленіе *одинаково* нарушаетъ правопорядокъ и моральный законъ, а потому возстаютъ противъ широкой инди-

1) См., напримѣръ, Н. С. Таганцевъ, ук. ст., Право № 51, стр. 2281.

2) Pains: „Léçon d'ouverture du cours d'histoire de la pénalité (годъ не указанъ), р. 88—89.



видуализація наказанія, хотя и теперь Биндингъ, высокоавторитетный нѣмецкій криминалистъ, этотъ Карпцовъ нашего времени, признаетъ преступникомъ лишь нарушителя *нѣмецкой* нормы, упорно отстаиваетъ формальный взглядъ на преступленіе и наказаніе и въ основу всей своей системы кладетъ обязанность послушанія со стороны гражданъ, какъ будто насажденіе послушанія можетъ являться само по себѣ главнѣйшей задачей для власти,—но, съ другой стороны, очень многіе криминалисты требуютъ компромиссовъ, измѣняющихъ прежній характеръ науки уголовного права, и стоятъ за сближеніе между строго-юридической и социально-этической точками зрѣнія, а цѣлый рядъ криминалистовъ, рѣшительныхъ сторонниковъ „новаго курса“, требуетъ фундаментальной перестройки современнаго научнаго знанія. Если мы укажемъ, что сюда относятся такіа выдающіяся имена, какъ Гарофало, фан-Гамель, Ферри, Фойницкій, Листъ, Принсъ, если мы прибавимъ сюда цѣлый рядъ болѣе молодыхъ криминалистовъ, какъ Гоклеръ, Дорато, Есиповъ, Кюшъ, Леффлеръ, Риго, Розенфельдъ, Ривьеръ, Салейль, Пюнтковскій и мн. др., то мы можемъ рѣшительно отвергнуть утвержденіе, будто бы расширенія рамокъ науки уголовного права требуютъ главнымъ образомъ неспециалисты.

Переходя теперь къ рѣшенію вопроса по существу, мы можемъ отмѣтить три основныхъ типа теорій, несогласныхъ между собой въ опредѣленіи границъ науки уголовного права.

Одни находятъ, что уголовное право, въ томъ видѣ, въ какомъ оно до сихъ поръ существовало, не только не можетъ быть признано наукой, но и не имѣетъ права на существованіе; впредь оно должно потерять свой юридическій характеръ и раствориться въ антропологию и социологию. Другіе требуютъ, чтобы уголовное право оставалось той строго-юридической наукой, какой оно было до сихъ поръ, и по прежнему занималось юридической конструкціей, т. е. изученіемъ преступленія и наказанія, какъ отвлеченныхъ юридическихъ понятій; устраняя изъ науки уголовного права антропологическій и социологическій матеріалъ, какъ не юридическій, а потому и не входящій въ область права, обработку его предоставляютъ другимъ, „вспомогательнымъ дисциплинамъ“, но признаютъ (одни въ большей степени, а другіе—въ меньшей),

что съ выводами этихъ дисциплинъ наука уголовного права должна считаться. Наконецъ, третьи требуютъ, чтобы наука уголовного права, не растворяясь ни въ какой другой наукѣ, широко раздвинула свои рамки и занималась не только преступленіемъ и наказаніемъ, какъ отвлеченными юридическими понятіями, но и ихъ соціально-біологической подкладкой, т. е. изучала также и *преступность въ ея цѣломъ*, съ ея факторами и ея живыми дѣятелями, пользуясь уже готовымъ матеріаломъ гдѣ онъ есть (конечно, при условіи его серьезной критической провѣрки), и изыскивая необходимый матеріалъ, если его нѣтъ на лицо; результатомъ такой постановки дѣла должны явиться не только необходимыя разъясненія настоящаго, но и строго научныя указанія относительно будущаго.

Хорошо разобратъ въ изложенныхъ взглядахъ мѣшаютъ нѣкоторыя неблагопріятныя обстоятельства, а главнымъ образомъ непоследовательность многихъ криминалистовъ, несоответствіе между ихъ программными взглядами на науку уголовного права и осуществленіемъ этихъ взглядовъ, вольное и невольное закрываніе глазъ на цѣлую серію существенныхъ фактовъ или на выводы, неизбежно вытекающіе изъ принятыхъ основныхъ положеній, и т. д. Такъ, напримѣръ, нѣредко признаніе важности „вспомогательныхъ дисциплинъ“ остается совершенно платоническимъ и на дѣлѣ не реализуется, и нѣредко, наоборотъ, признаніе важности юридическаго изученія парализуется цѣлымъ рядомъ дальнѣйшихъ разсужденій.

Для того, чтобы не запутаться, мы будемъ идти путемъ послѣдовательнаго разрѣшенія тѣхъ отдѣльныхъ простыхъ вопросовъ, на которые разбивается сложный основной вопросъ.

## II.

Можно ли изучать преступленіе и наказаніе исключительно съ юридической ихъ стороны? Если можно, то имѣетъ ли цѣну и важность такое изученіе? Вотъ, на что мы должны прежде всего отвѣтить. Первый вопросъ, казалось бы, не долженъ вызывать сомнѣній: безконечная вереница старыхъ, а отчасти и новыхъ, учебниковъ, монографій и статей не допускаетъ сомнѣній въ по-



ложительномъ отвѣтѣ; только такое изученіе и составляло, по всеобщему преже мнѣнію криминалистовъ, содержаніе и суть науки уголовного права. Правда, въ упомянутыхъ трудахъ перѣдко попадаются мѣста, гдѣ авторы спускаются съ отвлеченно-юридическихъ высотъ, разсуждаютъ о реальныхъ требованіяхъ, предъявляемыхъ жизнью къ дѣятельности правосудія, и даже дѣлаютъ экскурсіи, совершенно лишеныя юридическаго характера, но вѣдь все это можно рассматривать, какъ „прискорбныя отступленія“ отъ общей принципіальной точки зрѣнія. Рассматривая же социальную жизнь людей, нельзя отрицать того признака, что эта совмѣстная жизнь является вышнимъ образомъ упорядоченной, т. е. регулируемой вышше-обязательными нормами <sup>1)</sup>, а слѣдовательно нельзя отрицать и того, что можно изучать этотъ вышній порядокъ, эти нормы и юридическія отношенія, изъ нихъ вытекающія. Это будетъ изученіе лишь *формы а не содержанія*, ибо содержаніе составляетъ сама социальная жизнь, оставляемая этимъ изученіемъ въ сторонѣ; это изученіе рассматриваетъ матеріалъ лишь съ одной стороны, послѣ своимъ спеціальнымъ угломъ зрѣнія, но тѣмъ не менѣе *производитъ его вообще возможно* точно такъ же, какъ можно изучать поверхность земли, оставляя въ сторонѣ свойства почвы и содержаніе пѣдръ, а слѣдовательно въ частности возможно и юридическое изученіе *преступленія и наказанія*, т. е. изученіе юридической стороны явленій, происходящихъ изъ нарушенія нормъ, снабженныхъ карательной санкціей, нормъ уголовно-правовыхъ.

Но здѣсь мы встрѣчаемся съ возраженіями со стороны Э. Ферри и П. Дорадо. По мнѣнію Ферри, занимаясь юридической стороной преступленія и наказанія, дѣлать недѣлимое; юридическое изученіе, какъ нѣчто самостоятельное и отдѣльное отъ соціологическаго изученія, существовать не можетъ; оно имѣетъ въ своей основѣ „несовершенную и старую идею юридическихъ явленій“; нельзя отрицать, что преступленіе, изучаемое, какъ юридическое явленіе, остается тѣмъ же самымъ, когда его изучаютъ, какъ социальное явленіе; достаточно правильно опредѣлить естественные факторы преступленія, и тогда станетъ яснымъ, что „желаніе

<sup>1)</sup> Ср. Stammler, ук. соч., В. I, S. 91 и 108.

отдѣлить антропологическое (naturelle) и социологическое изученіе преступленія отъ юридическаго его изученія является абсурднымъ“<sup>1)</sup>.

Сходно высказывается и Дорадо, утверждая, что „правовой порядокъ (l'ordre des lois) и естественный порядокъ явленій (l'ordre des phénomènes naturels) суть одно и то же“; законы дѣятельности и существованія человѣческаго общества не являются и не должны быть ничѣмъ инымъ, какъ выраженіемъ постояннаго и однообразнаго способа дѣйствій (manière), посредствомъ котораго общество и каждый изъ его членовъ осуществляютъ свои функціи при наступленіи однихъ и тѣхъ же причинъ“. Невозможно познать и провѣрить законы, управляющіе жизнью общества, не зная фактовъ, которые производятъ эти законы, не анализируя элементовъ, факторовъ каждаго явленія, каждаго социальнаго движенія<sup>2)</sup>.

Не трудно замѣтить, что вся аргументація Ферри сводится къ утвержденію того, что юридическіе явленія суть, ибо всякое юридическое явленіе въ то же время есть и социальное явленіе. Но отсюда вытекаетъ лишь тождество объектовъ юридическаго и социологическаго изученія и еще отнюдь не подрываются права перваго изъ нихъ на существованіе; вѣдь одинъ и тотъ же объектъ можетъ быть изучаемъ съ разныхъ сторонъ. Можно думать, что юридическое изученіе недостаточно для образованія отдѣльной науки, достойной этого имени, и не сможетъ достигнуть въ полномъ объемѣ даже своихъ специальныхъ цѣлей, но отсюда все-таки еще не вытекаетъ невозможность юридическаго изученія преступленія и наказанія.

Что же касается аргументація Дорадо, то она сходна съ аргументаціей Ферри и вызываетъ тѣ же возраженія; сверхъ нихъ можно еще указать на существующее у Дорадо смѣшеніе понятій: сперва онъ говоритъ о законахъ, подразумѣвая законы уголовные, гражданскіе и т. д., а затѣмъ, когда утверждается тождество законовъ и естественныхъ феноменовъ, когда характеризуются эти законы и способы ихъ изученія, то оказывается, что здѣсь подразумѣваются уже иные законы, — тѣ управляющіе ходомъ событій за-

<sup>1)</sup> Ferri, Sociol. crimin., p. 579—580.

<sup>2)</sup> Dorado Pedro, ук. ст., p. 312—313.



коны, открывать и изучать которые должна социология. Путем такого смѣшенія понятій, очевидно, нельзя доказать то чего хочет авторъ.

Итакъ преступленіе и наказаніе могутъ быть предметомъ юридическаго изученія, преслѣдующаго свои спеціальныя техническія задачи. Оно изучаетъ выступающія на историческую сцену правовыя нормы и вытекающія изъ нихъ правоотношенія; оно старается путемъ сознательной юридической конструкціи обнять весь этотъ матеріалъ, овладѣть имъ, заключивъ его въ точныя понятія, и выяснитъ содержаніе правовыхъ опредѣленій; оно существовало раньше и можетъ существовать впредь <sup>1)</sup>.

Но имѣетъ ли такое изученіе важность и цѣну?

Отвѣчая на этотъ вопросъ, мы должны принимать во вниманіе всѣ результаты, уже добытые путемъ юридическаго изученія преступленія и наказанія; этому изученію посвятила весь свой трудъ такъ называемая классическая школа уголовного права, такъ что, давая отрицательный отвѣтъ на поставленный вопросъ, мы eo ipso должны признать ея вѣковую работу бесплодной.

Неудивительно, что отрицательный отвѣтъ дается весьма рѣдко и притомъ чаще встрѣчается не въ прямомъ, а въ замаскированномъ видѣ. Въ прямомъ мы его встрѣчаемъ у Дорадо, въ замаскированномъ—у Ферри и нѣкоторыхъ другихъ <sup>2)</sup>.

Мы не будемъ здѣсь разсматривать цѣликомъ теорій указанныхъ авторовъ и ихъ предложеній для реформированія науки уголовного права: пока мы должны остановиться лишь на ихъ отношеніи къ юридическому элементу этой науки. Уже изъ того, что они отрицаютъ возможность отдѣльнаго и самостоятельнаго юридическаго изученія, можно было усмотрѣть, что этому изу-

<sup>1)</sup> Ср. Stammler, ук. соч., В. I, S. 165—166.

<sup>2)</sup> Мы беремъ Дорадо и Ферри, какъ болѣе яркихъ представителей отрицательнаго отношенія къ юридическому изученію, но такое отрицательное отношеніе скрываетъ и у другихъ авторовъ, напримѣръ, у Lombroso въ его „L'homme criminel“, у Крепелина въ его „Abschaffung d. Strafm.“ и др. Изъ новѣйшей литературы можно указать на работу Martinez Ruiz, „La sociologia criminal“, Madrid, 1899, см. рец. въ Scuola positiva, 1901, № 1 и на статью R. de la Grasserie: „L'avenir du droit pénal“. По словамъ послѣдняго (р. 1 ff.), „le droit pénal subit une crise violente où son nom même est changé... Le vieux droit pénal... termine sa carrière... Un nouveau droit... c'est le droit pénal basé sur la seule défense individuelle et sociale“ и т. д.

ченію они придають мало цѣны; и дѣйствительно они высказываются въ такомъ смыслѣ.

Взглядъ Дорадо отличается крайнимъ скептицизмомъ; до сихъ поръ, по его мнѣнію, уголовное право имѣло основнымъ базисомъ свободу воли, и потому съ паденіемъ этого базиса оно не имѣетъ болѣе *raison d'être*, и его мѣсто должно быть занято другими дисциплинами; какими,—авторъ точнаго отвѣта не даетъ; его общее положеніе гласитъ, что „*la science du droit doit disparaître et être absorbée par la sociologie*“, въ частности же относительно криминальнаго матеріала указывается, что онъ долженъ принадлежать не правовой наукѣ, а „различнымъ наукамъ и особенно социологій“, т. е. уголовное право замѣняется уже не одной социологіей. Упразднивъ юридическій элементъ въ уголовномъ правѣ, авторъ смѣло принимаетъ всѣ выводы, вытекающіе изъ такой посылки; онъ говоритъ только о дѣятелѣ, совершенно игнорируя дѣяніе, причемъ замѣняетъ „субъективную и личную отвѣтственность коллективной и объективной“. Несмотря на такую замѣну, индивидуальное наказаніе все-таки остается; оно должно потерять характеръ кары и слагаться изъ вознагражденія за вредъ и „устраненія опасности въ будущемъ“, являясь мѣрой предупредительной и неопредѣленной по сроку (*jugements provisionels*). Принципъ „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“ долженъ быть упраздненъ, хотя его пинѣ, какъ отмѣчаетъ самъ авторъ, весь міръ считаетъ палладіумомъ гражданской свободы. Авторъ даже требуетъ, чтобы судьямъ была предоставлена *безграничный* просторъ<sup>1)</sup>, и безъ доказательствъ утверждаетъ, что рекомендуемый имъ „*l'arbitrage judiciaire*“ не повредитъ свободѣ гражданъ, что „уголовная социологія воспрепятствуетъ злоупотребленіямъ судей“ (?!), что это будетъ „не капризный провзволъ античнаго измѣренія наказаній, а произволъ просвѣщенный, раціональный“, и т. д.<sup>2)</sup>

Переходя ко взглядамъ Ферри по данному вопросу, нельзя не отмѣтить ихъ неопредѣленности и противорѣчивости; неодно-

<sup>1)</sup> Говоримъ „безграничный“, ибо авторъ хочетъ, чтобы судья могъ „*incriminer tous les faits, qui lui paraîtront incriminables et appliquer à leurs auteurs les mesures protectrices et tutélaires, qu'il jugera convenables*“. Дальше этого идти некуда.

<sup>2)</sup> Doraдо, ук. ст., р. 314—324, особ. 322.



кратно признавалъ онъ до послѣдняго времени важность юридическаго изученія и заслуги въ этомъ направленіи классической школы уголовного права <sup>1)</sup>), но на ряду съ этимъ столь же неоднократно и также до послѣдняго времени принимается такая постановка вопросовъ и выдвигаются такіе тезисы, изъ которыхъ вытекаетъ прямо или косвенно совершенное отрицаніе важности и полезности юридическаго изученія. Это изученіе въ глазахъ Ферри не болѣе, какъ схоластика, ибо одинъ изъ лучшихъ учебниковъ уголовного права, — учебникъ Листа, — онъ прямо именуется «*traité scolastique*» и въ томъ же духѣ отзывается о другихъ работахъ юридическаго характера; затѣмъ уголовная социологія, по мнѣнію Ферри, должна включить въ себя и біологическій, и социологическій и юридическій матеріалъ, а между тѣмъ въ написанной имъ «Уголовной социологіи» именно юридическій матеріалъ совершенно отсутствуетъ. Но особенно ясно обнаруживается та истинная цѣна, которую Ферри придаетъ юридическому элементу, въ моменты, такъ сказать, критическіе, напримѣръ, когда, не ограничиваясь общими фразами, изыскиваютъ какой-нибудь компромиссъ, *на дѣль* доказывающій уваженіе и къ новому, и къ старому; каковъ бы ни былъ этотъ компромиссъ, онъ презрительно именуется эклектизмомъ; самыя прогрессивныя реформаторскія попытки отвер-

<sup>1)</sup> См. Э. Ферри: «Преступленія и преступники въ наукѣ и въ жизни», пер. 1890, стр. 7—8, 14; тамъ сказано: «невѣрно, будто позитивная школа желаетъ окончательно уничтожить классическую; она поступила бы безразсудно, если бы... отвергла все то, что служитъ историческимъ продуктомъ мыслительной и жизненной дѣятельности. . . Первая половина юридической задачи уже рѣшена (классической школой)». Отдавая преимущество изслѣдованіямъ антропологическаго и социологическаго характера, Ферри тѣмъ не менѣе говорилъ категорически, что «*необходимо* изучить преступленіе само по себѣ, какъ юридическую сущность». И позже (см. «*Sociologie crimin.*», фр. пер. 1893, р. 575, 591—592) Ферри повторялъ признаніе заслугъ классической школы и, утверждая, что наука уголовного права «въ своей основѣ и способахъ изслѣдованія должна стать вѣтвью социологіи», признавалъ, что она «должна *оставаться вполне* (tout en restant) *юридической наукой* въ своихъ результатахъ и своей конечной цѣли». Онъ же указалъ на *цѣльность юридическаго изученія* въ словахъ: «*Tout le travail sur l'anatomie juridique du crime et surtout de chaque crime et délit individuellement examiné est certes la partie la plus vivante encore des théories classiques et celle que la sociologie criminelle plus facilement organisera dans son système de défense sociale*». Въ томъ же духѣ Ферри говоритъ какъ въ своей рѣчи о Беккари и Каррара, такъ и въ послѣднемъ итальянскомъ изданіи (1900) своей уголовной социологіи.

гаются, разъ онѣ имѣютъ исходнымъ пунктомъ преступленіе и сохраняютъ юридическій характеръ, разъ онѣ «прививаются къ древу существующей науки и практики». «Вся современная уголовная юстиція сосредоточивается вокругъ преступленія, какъ юридической сущности, вся юстиція будущаго будетъ сосредоточиваться на преступникѣ, какъ біо-психической личности, которая живетъ и дѣйствуетъ въ той или иной соціальной средѣ»: поэтому никакія примирительныя попытки «не могутъ пустить корней»; нѣтъ средняго пути; необходимые для прогресса науки новые методы «не выжуются съ изученіемъ преступленія, какъ абстрактной юридической сущности» <sup>1)</sup>.

Такова постановка вопроса у Дорадо и Ферри. Не соглашаясь съ ихъ доводами, мы утверждаемъ, что слѣдуетъ прямо и категорически признать важность юридическаго изученія для науки уголовного права. Мы не допускаемъ, чтобы можно было признать безплодной вѣковую работу человѣческой мысли, направленной на изученіе преступленія и наказанія, какъ отвлеченныхъ юридическихъ понятій. Мы знаемъ уже, что преступленіе, какъ фактъ, измѣняющій юридическую природу извѣстныхъ отношеній, можетъ быть разсматриваемо съ точки зрѣнія этихъ отношеній, равнымъ образомъ и наказаніе можетъ быть изучаемо и какъ родовое понятіе, и въ его отдѣльныхъ формахъ, въ качествѣ явленія, регулируемаго определенными нормами, т. е. также съ точки зрѣнія юридической. Теперь намъ остается доказать важность и необходимость такого изученія.

Эту важность мы усматриваемъ въ томъ, что изученіе юридической стороны преступленія и наказанія даетъ строгую и ясную систематизацію матеріала, заключающагося въ уголовномъ законодательствѣ, формулируетъ рядъ вытекающихъ изъ него общихъ принциповъ, вырабатываетъ техническіе приемы, освѣщаетъ какъ современное состояніе отдѣльныхъ институтовъ, такъ и историческую перспективу ихъ развитія, и такимъ образомъ способствуетъ работѣ на пользу правосудія и укрѣпленію въ жизни начала законности.

<sup>1)</sup> Ferr i, „Sociol. crimin.“, p. 584, 580, 14 и др.; „Rev. pénitent.“, 1898, 8, p. 1411—1412; ср. аналогичные его взгляды въ „Justice pénale“.



Начало законности, противопоставляемое пачаламъ произвольности, усмотрѣнія и т. д., есть основной лозунгъ въ жизни правовыхъ государствъ нашего времени; не вездѣ еще достигнуто его полное господство и не даромъ далось оно, а путемъ долгой исторической борьбы съ порядками, возвращенія которыхъ желать, казалось бы, невозможно. Въ области уголовно-правовой это начало законности находитъ свое выраженіе въ принципѣ „*nullum crimen, nulla poena sine lege*“, который выдвинуть для защиты гражданской свободы и интересовъ отдѣльныхъ индивидовъ; уголовный законъ, указывая, какое дѣяніе (или поведеніе, слагающееся изъ ряда точно указанныхъ признаковъ) можетъ влечь за собою карательныя послѣдствія, охраняетъ не только правопорядокъ и общество, но и посягающаго на правопорядокъ индивида, служа ему оплотомъ противъ всемогущества государства и намѣчая рамки, въ предѣлахъ которыхъ карательная власть можетъ двигаться, но ни въ какомъ случаѣ за нихъ не можетъ выйти <sup>1)</sup>.

Необходимость гарантій личности обыкновенно *вообще* не отвергается, но, можетъ быть такихъ гарантій не нужно для личности *преступной*? Утвердительно отвѣтить на этотъ вопросъ мы можемъ лишь въ томъ случаѣ, если признаемъ, что интересы преступной личности выходятъ изъ предѣловъ права и что, разъ кто-либо совершилъ преступленіе, онъ *eo ipso* лишается всего того, что связано съ положеніемъ гражданина въ *правовомъ государствѣ*, и можетъ стать объектомъ произвольныхъ экспериментовъ <sup>2)</sup> Ясно, что такого признанія сдѣлать нельзя: исторіи извѣстно время безграничныхъ полномочій судебной власти; оно дало картину безчисленныхъ и ужасающихъ злоупотребленій, опасаться которыхъ всегда можно и должно; оно вызвало необходимую и благодѣтельную реакцію и выработало то правоубѣжденіе, что правосудіе должно быть не основанной на произволѣ и усмотрѣніи борьбой съ „опасными и подозрительными“, а строго закономѣрной реакціей, т. е. борьбой, руководящейся началомъ закон-

<sup>1)</sup> Ср. Liszt: „*Determin. Gegner*“, Z. f. d. g. S. 1893, В. 13, S. 356—358. Въ нашей литературѣ особенно энергичнымъ защитникомъ начала законности является Л. І. Петражицкій.

<sup>2)</sup> Ср. Л. С. Бѣлогрицъ-Котляревскій, Юрид. Библиограф. Демид-Юрид. Лицея, № 7.

пости. Отказываться от этого начала и от закономернаго отправленія правосудія значитъ дѣлать громадный шагъ назадъ, возвращаться отъ правового государства къ полицейскому и такимъ образомъ терять добытые тяжелой борьбой культурные плоды <sup>1)</sup>).

Дорато не согласенъ съ этимъ; онъ думаетъ, что вреда отъ отмѣны принципа „nullum crimen“ не послѣдуетъ; но гдѣ же доказательства? Ихъ у Дорато нѣтъ; онъ просто исповѣдуетъ то, во что вѣруетъ; но, разъ исповѣданіе переносится въ область науки, то всѣ пераздѣляющіе вѣры автора могутъ требовать доказательствъ, тѣмъ болѣе, что рѣчь идетъ не о какомъ-либо мелкомъ вопросѣ, а объ одной изъ кардинальнѣйшихъ проблемъ человѣческаго общежитія. Авторъ голословно увѣряетъ, что злоупотребленіямъ судебной властвіи оспрещаетъ наука и именно уголовная социологія; но какимъ образомъ она это сдѣлаетъ? гдѣ у нея для этого реальныя силы? Отвѣта у автора мы не находимъ, а потому, отдавая должное его прекрасной вѣрѣ въ безграничную мощь науки, мы все-же предпочитаемъ оставаться на твердой почвѣ, т. е. считаться съ историческимъ опытомъ и реальными фактами дѣйствительности: тогда мы должны будемъ признать, что желателенъ не „просвѣщенный и рациональный“ произволъ (да и гдѣ гарантія, что онъ будетъ именно таковымъ?), а твердый юридическій порядокъ, при сохраненіи котораго остается и необходимость *юридическаго изученія*.

Дорато могъ бы спросить насъ, къ чему же гарантія для преступной личности, если упраздняется самое наказаніе. „Ни къ чему“,—отвѣтили бы мы, если бы *дѣйствительно произошло* такое упраздненіе. Но на дѣлѣ этого нѣтъ: Дорато отмѣняетъ названіе изказанія, а не его сущность, ибо безъ цѣлаго арсенала мѣръ ограниченія и лишенія свободы индивида не можетъ быть исполнена задача „устраненія опасности отъ преступника въ будущемъ“. А разъ это такъ, то важность юридическихъ гарантій, а слѣдовательно и работъ юридическаго характера остается внѣ спора.

Изученіе юридическое сдѣлается бесполезнымъ и излишнимъ только тогда, когда не будетъ надобности, охраняя правовой по-

<sup>1)</sup> Ср. Merkel, „Lehrbuch“, S. 24.



рядокъ и гарантируемые имъ матеріальные и духовные интересы, примѣнять къ нарушителямъ стѣсняющія ихъ свободу мѣры и имѣть законы, регулирующіе примѣненіе этихъ мѣръ; равно будетъ оно бесполезнымъ и въ томъ случаѣ, если человѣчество придетъ къ столь безграничной вѣрѣ въ своихъ судей, что, отказавшись отъ уголовного кодекса, дастъ имъ власть свободно «вязать и рѣшить», примѣняя «необходимыя мѣры» къ кому угодно и за что угодно. Но для этого нужно, чтобы всѣ люди (а въ частности судьи), измѣнивъ свою человѣческую природу, приблизились къ ангеламъ, чтобы не было на землѣ ни зла, ни какихъ бы то ни было недостатковъ соціального строя, ни дурныхъ страстей. Поэтому предоставимъ утопистамъ рисовать эти райскія картины: имъ не мѣсто въ позитивной наукѣ.

Ферри высказывается менѣе опредѣленно, чѣмъ Дорадо, по и его теорія грѣшитъ забвеніемъ потребностей настоящаго. Допустимъ на мигу, что относительно будущаго онъ правъ и что въ будущемъ все уголовное право сведется къ изученію преступника, а юридическому изученію преступленія и наказанія не будетъ мѣста. Но вѣдь ни одна наука не имѣетъ права ограничиваться тѣмъ, что *будетъ* важно, тѣмъ болѣе, что неизвѣстно, *когда* это будетъ. Настоящее также въ правѣ требовать отъ науки отвѣта на свои запросы, на свои потребности. Настоящій общественный строй нормируется въ области правосудія уголовнымъ кодексомъ, уголовными законами, имѣющими своимъ отправнымъ пунктомъ преступленіе и признающими послѣдствіемъ преступленія наказаніе. Какъ для всего общества, такъ и въ частности для служителей правосудія, необходимо, чтобы это правосудіе озарялось свѣтомъ науки, изучался и разрабатывался матеріалъ, заключающійся въ уголовномъ законодательствѣ и чтобы этотъ казуистическій и раздробленный матеріалъ былъ сводимъ въ стройную систему, гдѣ ясно видны были бы общіе и основныя принципы, гдѣ всякая частность могла бы быть подведена подъ опредѣленную родовую и видовую категорію.

Для удовлетворенія этихъ потребностей необходимо изучать преступленіе и наказаніе съ формально-юридической ихъ стороны; безъ такого изученія практика лишится авторитетнаго руководства

и качественно понизится, а, благодаря этому, пострадает и общество, не получающее удовлетворения своимъ существеннымъ запросамъ, и сама наука, ибо, отворачиваясь отъ несоотвѣтствующихъ ей вкусамъ порядковъ настоящаго, она утрачиваетъ связь съ жизнью и не исполняетъ своего назначенія, не говоря уже о томъ, что юридическій элементъ является для нея твердой опорой, ибо—какъ прекрасно формулировалъ Листъ,—«безъ точнаго знанія дѣйствующаго права во всѣхъ его развѣтвленіяхъ, безъ полнаго обладанія закоподательной техникой, безъ строгой узды логически-юридическаго мышленія», наука, служащая нуждамъ уголовного правосудія, легко можетъ выродиться «въ поверхностный, безъ руля носящійся по волпамъ, раціонализмъ»<sup>1)</sup>.

Итакъ, въ настоящемъ Ферри не правъ, но, чтобы окончательно уяснить его теорію, необходимо провѣрить его прогнозъ относительно будущаго.

Возможно ли допустить, что криминальная наука, перенеся изученіе на преступника, когда-либо будетъ совершенно игнорировать преступленіе? Мы категорически даемъ отрицательный отвѣтъ, рядъ основанийъ для котораго былъ уже нами высказанъ при разборѣ аргументовъ Дорадо: теперь намъ остается лишь сдѣлать необходимое дополненіе.

Мы понимаемъ, если какой-нибудь утопистъ говорить, что въ прекрасномъ будущемъ преступленія исчезнутъ съ лица земли, а слѣдовательно не будутъ и преступниковъ; такой утопистъ можетъ предсказывать упраздненіе за ненадобностью и всего уголовного права. Но разъ кто-либо допускаетъ появленіе преступниковъ и въ будущемъ, разъ сохраняетъ науку, вѣдающую *преступниковъ*, онъ долженъ признать, что эта наука не можетъ игнорировать и *преступленія*. Противоположный взглядъ могъ возникнуть въ разгарѣ острой полемической борьбы, какъ яркая антитеза стараго взгляда, желаннаго изучить преступленіе и только преступленіе: но существу же этотъ взглядъ не имѣетъ права на существованіе; онъ основывается на явномъ недоразумѣніи и на нарушеніи законовъ логики: нельзя говорить объ изученіи производнаго понятія, не давая научнаго опредѣленія производящаго по-

<sup>1)</sup> Liszt, Lehrbuch, 5 Aufl., S. 6—7; ср. 6 Aufl. S. 2—3.



нiя и совершенно игнорируя это послѣднее: преступникъ—значитъ совершитель преступленiя, ergo необходимо знать, что такое преступленiе, какiя дѣянiя въ данной странѣ признаются преступными, и т. д., а въ этомъ и заключается юридическое изученiе преступленiя, которое желаетъ упразднить Ферри.

Не помогаетъ въ данномъ вопросѣ и сравненiе уголовного права съ медициною <sup>1)</sup>. Мы увидимъ далѣе, что это сравненiе весьма полезно, а потому не можемъ согласиться съ мнѣнiемъ профессора Кистяковскаго, будто «модное сравненiе науки уголовного права съ медициной мало говорить уму позитивнаго криминалиста» <sup>2)</sup>; но не слѣдуетъ этимъ сравненiемъ злоупотреблять и дѣлать изъ него ложные выводы. Иногда говорятъ, что «новѣйшая медицина не знаетъ болѣзней, а знаетъ только больныхъ», и по аналогiи дѣлаютъ выводъ, что и уголовное право должно изучать только преступниковъ, бросивъ «старую методу» изученiя преступленiй. Это—даже болѣе, чѣмъ софизмъ; здѣсь ложень и выводъ, и большая посылка: не можетъ быть больного *вне* какой-либо болѣзни, и, если не можетъ быть правильнаго научнаго лѣченiя безъ знанiя даннаго *больною* и особенности *ею организма*, то его же не можетъ быть безъ предварительнаго установленiя *наличности* именно такой, а не иной, *болѣзни* и безъ знанiя *ея* свойствъ и особенностей: въ зависимости отъ послѣднихъ приходится при разныхъ болѣзняхъ къ одному и тому же больному применять совершенно *различныя* врачебныя средства и, наоборотъ, пользоваться сходными средствами разныхъ больныхъ, страдающихъ одинаковою болѣзнию <sup>3)</sup>.

Отсюда ясно, что, какъ бы мы ни представляли себѣ науку уголовного права, нельзя, осповываясь на сравненiи съ медициной, отвергать необходимость юридическаго изученiя преступленiя. Нельзя этого дѣлать и путемъ ссылки на новыя критерiи наказанiя. Даже, если бы выдвинутый въ послѣднее время антропологической школой критерiй опасности отъ преступника (*temibilità*)

1) Ferrì, «Преступленiя и преступники», стр. 14 и мн. др.

2) Кистяковскiй, указ. реценз., стр. 221.

3) Ср. Lucchini, ук. соч., 74 - 77; Вульфгертъ, «Антроп. позит. школа», I, стр. 262, 267.

сдѣлался единственнымъ мѣриломъ наказанія, если бы при опредѣленіи рода и вида наказанія принимался во вниманіе исключительно субъективный моментъ съ полнымъ игнорированіемъ объективнаго <sup>1)</sup>, то и тогда не упразднилось бы окончательно значеніе преступленія: пусть преступленіе не служитъ болѣе *важнѣйшимъ основаніемъ* при опредѣленіи наказанія, пусть оно будетъ лишь *поводомъ* къ примѣненію наказанія, опредѣляемаго другими моментами,—и въ этомъ случаѣ сохраняется необходимость всесторонне, главнымъ же образомъ съ юридической точки зрѣнія, изучать этотъ поводъ. Отмѣняя правило «наказаніе соотвѣтствуетъ преступленію», критерій опасности можетъ оставлять неприкосновеннымъ правило «*nullo crimen sine lege*»; только высказавшись за отмѣну и этого послѣдняго правила, мы навсегда покопчимъ съ необходимостью изучать преступленіе. Въ противномъ случаѣ, для признанія кого-либо преступникомъ, необходимо сперва, чтобы было совершено дѣяніе, противорѣчащее уголовному закону, или рядъ дѣйствій, по закону характеризующихъ поведеніе, признаваемое преступнымъ; затѣмъ необходимо установить составъ извѣстнаго опредѣленнаго, а не какого-либо иного, преступленія и виновно-причинную связь между фактами, съ одной стороны, и виновнымъ—съ другой; вся процедура должна вестись въ установленномъ порядкѣ и съ соблюденіемъ цѣлаго ряда формальностей; лишь съ завершеніемъ ея обвинительнымъ приговоромъ мы получаемъ возможность говорить о преступникѣ.

Это сознаютъ болѣе или менѣе ясно всѣ противники юридического изученія и потому обыкновенно не даютъ ни работъ по особенной части и судопроизводству, ни точной формулировки своихъ отвѣтовъ на вопросы о томъ, должно ли по прежнему

<sup>1)</sup> Мы этого не допускаемъ: для общества далеко не безразлично количество причиненнаго извѣстнымъ дѣяніемъ вреда; чѣмъ больше вредъ, тѣмъ чувствительнѣе онъ и тѣмъ больше вызываетъ тревоги и волненія; затѣмъ для потерпѣвшаго, интересы котораго слѣдуетъ имѣть въ виду и по взгляду крайнихъ сторонниковъ «новаго курса», гораздо важнѣе объективная сторона, количество причиненнаго ему матеріальнаго и моральнаго вреда, чѣмъ свойства личности нарушителя; наконецъ еще болѣе важна, о чемъ выше уже было подробно сказано, объективная сторона для самого преступника, интересовъ котораго также нельзя совершенно игнорировать. Ср. Ч у б и н с к і й, «Общая характ. новыхъ ученій», стр. 16—17.



составлять процессуальные кодексы и вносить в материальные кодексы обрисовку разных типов преступлений, а если не должно, то кто и в каком порядке будет признаваем преступником и т. п.

Правда, эти же противники юридического изучения обыкновенно «не ставят точек над і» и до совершения преступления не допускают возможности применять к «преступнику» наказание, за исключением одного Дорадо. Многие даже прямо или косвенно признают важность преступления и не идут до конца в отрицания не только первой, но и второй половины принципа — «nullum crimen, nulla poena sine lege»; но такие уступки достаточными признаны быть не могут, раз на ряду с ними продолжают говорить о невозможности примирения старого с новым, о необходимости сосредоточить изучение на преступнике и т. п.

Мы приводили уже те места, где Ферри, противореча сам себе, признает важность юридического изучения и заслуги в этом направлении классической школы. Столь же непоследовательными являются и многие другие: отвергая важность деяния и сосредоточиваясь исключительно на деятеле, обыкновенно, когда речь заходит о наказании, контрабандой, под флагом важности тех или иных особенностей деятеля, восстанавливают важность того же деяния, а следовательно и его изучения. Так, условное осуждение предлагалось применять лишь к виновникам менее тяжких и вредных деяний: затѣм, говоря о «прирожденных преступниках», даже на первых порах увлечения новым открытием, самые крайние из новаторов не допускали возможности наказывать до совершения преступления даже тех, которые являются носителями всех важнейших стигматов и признаков «преступного типа», а для признания кого-либо природным преступником, помимо прочаго, ставили непременным условием наличие рецидива. Далѣе, сторонник самых суровых мер борьбы с наиболее опасными преступниками — Гарофало — признает таковыми лишь совершителей «естественнаго» преступления, обнаруживающаго отсутствие у преступника чувств сострадания и честности (*pietà* и *probità*); но на ряду с этимъ указано, что «естественное преступление нарушает социальныя нормы *высшей*

важности, и безнравственность его должна быть доступной *всеобщему сознанию*; очевидно, что такимъ образомъ наиболѣе опасными преступниками явятся не только наиболѣе закоренѣлые, но и совершители наиболѣе тяжкихъ и вредоносныхъ дѣяній, слѣдовательно значеніе *дѣянія* отчасти возстаивается <sup>1)</sup>.

Мало того, оказалось, что въ дѣлѣ классификаціи преступниковъ и ихъ научнаго изученія по группамъ необходимо считаться съ преступленіемъ; одинъ изъ болѣе вдумчивыхъ и осторожныхъ послѣдователей уголовно-антропологической школы, докторъ Марго, изучая преступниковъ, классифицировалъ ихъ въ зависимости отъ рода совершенныхъ ими преступленій, ибо призналъ, что «органическія, фізіологическія и психическія особенности преступниковъ различаются соотвѣтственно различнымъ родамъ ихъ преступности» <sup>2)</sup>. Наконецъ и русскій представитель указанной школы, Д. А. Дриль, прямо призналъ значеніе преступленія: по его словамъ, «понятіе «преступникъ» есть понятіе юридическое и, по своему характеру, условное. Преступникъ это тотъ, кто нарушилъ уголовный законъ. Иного опредѣленія нѣтъ и быть не можетъ, и его вполне достаточно. Хотя и въ средѣ такъ называемыхъ честныхъ людей встрѣчаются люди, сходные по своимъ особенностямъ съ преступниками, но они не могутъ быть названы ими. Они могутъ быть названы людьми предрасположенными къ преступленію, людьми порочными, дурными и проч., но никакъ не преступниками. Но и это прямое призваніе важности юридическаго элемента не помѣшало автору въ другомъ мѣстѣ своего труда отречься отъ солидарности съ тѣми, которые «исходятъ отъ преступленія, какъ строго обограниченнаго дѣянія», и высказаться за соглашеніе новаторовъ съ классиками только подъ условіемъ капитуляціи послѣднихъ и безъ указанія соотвѣтственныхъ уступокъ со стороны первыхъ <sup>3)</sup>.

Теперь, чтобы покопчить съ вопросомъ о значеніи юридическаго изученія, намъ остается только указать, что послѣдова-

<sup>1)</sup> Garofalo, ук. соч., р. 1—37.

<sup>2)</sup> Marro, «I caratteri dei delinquenti», 1889; цит. по указ. соч. Дриля, стр. 21—22.

Дриль, указ. соч., стр. 50, 96—97.



тельные выводы из доктрины лиц, желающих изучения преступника и окружающей его среды, но не желающих юридического изучения преступления, оказались бы настолько вопиющими, что с ними никогда не помирилось бы здоровое общественное правосознание.

Например, мы знаем из наблюдений опытных тюремщиков над тюремными сидельцами, что совершители менее тяжких преступлений часто труднее поддаются исправлению и легче становятся рецидивистами, чем совершители более тяжких преступлений, например, убийцы. Возьмем мелкого карманного ворюшку, отягченного дурной наследственностью, многократного рецидивиста, мало подающего надежды на исправление, но за то никогда не переходившего к более тяжким преступлениям, словом представителя той низшей категории преступников — «длинноруких», — о которых с презрением говорит крупный преступник — Мавръ — в «Заговоре Фіеско» Шиллера и с таким же презрением отзывается современные аристократы преступности. Исходя из критерия «опасности», игнорируя действие и основываясь исключительно на «биосоциологическом наследовании преступника», в данном случае, чтобы быть последовательным, нужно применить беззачинное заключение и притом в учреждении с более строгим режимом, предназначенным для неисправимых, т. е., например, у нас в России — на каторгу, в Италии — в эргастоло и т. д. <sup>1)</sup>

И наоборот, последовательность требует, чтобы совершители самых тяжких преступлений, например, корыстного убийства или изнасилования, если они провипились в первый раз и не имеют дурной наследственности, были отнесены в категорию наиболее подающих надежду на исправление, а следовательно наименее опасных и заслуживающих и более мягкого режима, и сравнительно короткого заключения!

Все изложенное приводит нас к выводу, что преступление и его объективная сторона имеют бесспорную важность и что попытки отрицать эту важность, а вместе с тем и значе-

<sup>1)</sup> Ср. van Calker, ук. соч., S. 34, 46.

ніе юридическаго изслѣдованія преступленія и наказанія, покоятся на недоразумѣніи, соединены съ противорѣчіями, слабо обоснованы теоретически, а практически или невыполнимы, или грозятъ самыми опасными, несоотвѣтствующими общественному правосознанію и вѣковой культурѣ, послѣдствіями <sup>1)</sup>.

Юридическое изслѣдованіе преступленія и наказанія не только возможно, не только важно, но и *необходимо*. Это должно признать и помнить разъ навсегда и при какихъ бы то ни было реформаторскихъ предложеніяхъ.

### III.

Итакъ юридическое изученіе преступленія и наказанія необходимо. Но не все необходимое есть вмѣстѣ съ тѣмъ и *единственно* необходимое, поэтому на очереди у насъ стоятъ вопросы, можетъ ли наука уголовного права ограничиться юридическимъ изученіемъ, достигнетъ ли она въ этомъ случаѣ всѣхъ своихъ существенныхъ цѣлей и сохранитъ ли право называться наукой, въ полномъ и истинномъ смыслѣ этого слова.

Прежде все слѣдуетъ установить, что мы будемъ называть наукой, ибо иначе мы повторимъ ошибку тѣхъ криминалистовъ, которые сводятъ уголовное право къ исключительно юридическому изученію преступленія и наказанія и въ то же время именуютъ его наукой, не заботясь о томъ, можно ли пользоваться такимъ наименованіемъ.

При рѣшеніи этого вопроса, можно указать признаки, которые по общему признанію входятъ въ понятіе науки. По опредѣленію, согласно этимъ признакамъ, наука есть систематическое и производимое съ помощью опредѣленныхъ методовъ изученіе какой-либо категоріи явленій или существъ (органическихъ и неорганическихъ) <sup>2)</sup>. Въ опредѣленіи дальнѣйшихъ признаковъ мнѣнія расходятся, причемъ различаютъ науки чистыя, науки прикладныя и искусства.

<sup>1)</sup> На важность юридическаго изученія и на невозможность игнорировать преступленіе, сводя все къ преступнику, особенно энергично указывали въ своихъ работахъ Гарро, Луккини, Листъ, Меклеръ, Вульфертъ, Бѣлогрицъ-Котляревскій, Сѣргѣевскій и Таганцевъ.

<sup>2)</sup> Ср. Maпouvrier, указ. ст. въ «*Rév. intern. de sociol.*» p. 243, 247.



Одни считаютъ приведенные признаки достаточными и далѣе не идутъ. Но съ этимъ мы согласиться не можемъ, ибо приведенная формула не даетъ отвѣта на вопросъ о предѣлахъ научнаго изученія и о цѣляхъ, преслѣдуемыхъ этимъ изученіемъ. Идя же далѣе, мы встрѣчаемъ разнообразіе во взглядахъ. Въ силу перваго изъ нихъ, отъ науки требуютъ, чтобы она включала въ себя *изысканіе и формулированіе* законовъ возникновенія и развитія тѣхъ явленій или существъ, которыя состоятъ въ ея вѣдѣніи; разъ это требованіе не выполнено, говорятъ уже объ искусствѣ, а не о наукѣ въ точномъ смыслѣ этого слова <sup>1)</sup>. Согласно же второму взгляду, изысканіе и формулированіе законовъ, о которыхъ шла рѣчь, обязательны не для всѣхъ наукъ, а лишь для такъ называемыхъ чистыхъ наукъ; что же касается наукъ прикладныхъ, т. е. имѣющихъ цѣлью служить практическимъ нуждамъ человѣчества и отвѣчать на запросы дѣйствительности, то для этихъ наукъ необязательно самостоятельное изысканіе законовъ явленій, но все, добытое по ихъ части чистыми науками, онѣ обязаны принимать въ основаніе и утилизировать, применяя къ жизни <sup>2)</sup>.

Ни то, ни другое изъ предложенныхъ рѣшеній насъ вполнѣ не удовлетворяетъ. Если факторы, производящіе извѣстныя явленія, уже найдены, если уже формулированъ рядъ законовъ, управляющихъ возникновеніемъ этихъ явленій, то неужели можно не признать права на названіе наукой за дисциплиной, которая, не дѣлая новыхъ открытій, въ то же время всесторонне утилизируетъ для нуждъ человѣчества уже имѣющійся матеріалъ и, положивъ его въ основу, затѣмъ систематизируетъ самыя явленія? Мы этого не думаемъ, ибо не признаемъ «науки для науки», а или науку для изысканія истины, или науку для приложенія того, что уже найдено, т. е., другими словами, мы отказыва-

<sup>1)</sup> Д. С. Милль: «Система логики», пер. 1878 г., особ. стр. 497, гдѣ терминъ «искусство» энергично подчеркнутъ; ср. Maunvier, указ. ст., р. 242—243.

<sup>2)</sup> О. Контъ и его многочисленные послѣдователи, см. Троицкій: «Учебникъ логики», стр. 19 и сл.; ср. Cuche, указ. ст. въ «Rév. pénit.», 1900, р. 467.

емя признать, будто наука перестает быть наукой, обращаясь къ рѣшенію практическихъ проблемъ жизни человѣчества.

Что же касается втораго рѣшенія, то оно вполнѣ пригодно для только-что разобраннаго нами случая, но за то оставляетъ безъ рѣшенія случай противоположный: возьмемъ прикладную дисциплину, изучающую и систематизирующую явленія, надъ которыми еще мало работала чистая наука или работала, хотя и много, но съ малыми результатами; несомнѣнно, что данная прикладная наука должна этими результатами воспользоваться, но, въ виду ихъ незначительности, она сама достигнетъ слишкомъ малаго: чтобы ея полезность для жизни увеличилась, она должна сама искать факторовъ и законовъ явленій, ею изучаемыхъ: раздѣленіе труда хорошо при богатствѣ, а не при бѣдности; прикладная наука должна дать максимумъ полезности, а его она не дастъ, отворачиваясь отъ трудной работы, на томъ основаніи, что это не ея дѣло. Трудная работа можетъ остаться безрезультатной, но тогда ученый имѣетъ право сказать «*fecit quod potui*» и ограничиться систематизаціей матеріала, законовъ развитія котораго онъ не нашелъ. Это будетъ печальная необходимость, но ее нельзя возводить въ принципъ.

Мы такимъ образомъ признаемъ дѣленіе наукъ на чистыя и прикладныя, но въ основу кладемъ не свободу отыскивать или не отыскивать законы явленій (мы видѣли, что эту свободу далеко не всегда должны имѣть и прикладныя науки), а исключительно цѣль научнаго изслѣдованія <sup>1)</sup>. Чистыя науки не имѣютъ цѣлью непосредственнаго служенія практическимъ нуждамъ человѣчества; онѣ стремятся лишь къ расширенію познаній о вселенной и ея составныхъ частяхъ, явленіяхъ и законахъ; къ достиженію возможной истины; сфера ихъ пытливости поэтому безгранична; науки же прикладныя стремятся къ достиженію практическихъ цѣлей, а потому въ своемъ изслѣдованіи могутъ ограничиваться болѣе тѣсными предѣлами, но онѣ суть науки, а не искусства и не ремесла, именно потому и постольку, поскольку изученіе и систематизація изучаемыхъ ими явленій и достиженіе необхо-

<sup>1)</sup> Этотъ критерій принимаетъ и Н. П.—скій; см. ук. ст., стр. 5—8.



димыхъ утилитарныхъ цѣлей производятся *научно*, т. е. основываются на максимумѣ доступнаго въ данное время познанія факторовъ и законовъ этихъ явленій.

Обращаясь теперь къ уголовному праву, мы прежде всего должны отмѣтить, что чистой наукой, какъ бы мы ни обрисовывали предѣлы ея компетенціи, оно признано быть не можетъ, ибо оно признано служить практическимъ потребностямъ челоувѣчества въ области правосудія; оно можетъ быть, слѣдовательно, или искусствомъ, или прикладной наукой<sup>1)</sup>.

Сохраниваетъ ли оно право называться наукой (прикладной), если оно ограничивается исключительно юридическимъ изученіемъ? Такъ какъ въ такомъ видѣ уголовное право беретъ явленія *in abstracto*, съ одной лишь специфической ихъ стороны, отказывается отъ изученія ихъ жизненной подкладки, а также оставляетъ внѣ сферы своего вѣдѣнія факторы, вызывающіе на свѣтъ эти явленія, и законы ихъ развитія, то оно должно быть

<sup>1)</sup> Проф. Колоколовъ въ своей работѣ: «О соучастіи въ преступленіи» признаетъ двѣ науки уголовного права, — чистую и прикладную. Этотъ взглядъ, безусловно принять бытъ не можетъ: можно брать широко или узко предѣлы вѣдомства уголовного права, но это ни въ какомъ случаѣ не даетъ права искусственно расчленять единую, цѣльную и всегда обязанную имѣть въ виду свои необходимыя утилитарныя цѣли дисциплину и дѣлать изъ нея двѣ отдѣльныхъ науки. На ту же ошибочную почву сталъ и Фельдштейнъ, болѣе подробно развивающій теорію Колоколова (см. Фельдштейнъ: «Ученіе о формахъ виновности», 1902, стр. 8—12). Что же отводится на долю *чистой* науки уголовного права? Она должна «имѣть главнѣйшимъ образомъ дѣло съ *правомъ историческимъ*, съ *правомъ положительнымъ*», а затѣмъ должна заняться «изученіемъ данныхъ *доктрины права*». Какая же это чистая наука? Почва положительнаго права, даже взятаго въ исторической перспективѣ, слишкомъ узка; въ ней заключается только одна юридическая сторона явленій, ограничиваясь которой, мы не откроемъ социальныхъ законовъ, регулирующихъ эти явленія въ ихъ цѣлостности; такое ограниченіе не вяжется даже съ самымъ понятіемъ чистой науки. Что же касается «доктрины права», то всякая доктрина есть синонимъ комплекса научныхъ теорій; значитъ, чистой наукѣ уголовного права рекомендуется изучать научныя юридическія теоріи. Но вѣдь эти теоріи—необходимая часть науки, а слѣдовательно никакъ нельзя выставлять ихъ въ качествѣ отдѣльнаго отъ науки объекта для ея изслѣдованій. Г. Фельдштейнъ вноситъ серьезную прибавку къ теоріи Колоколова, указывая на необходимость изученія «факторовъ, которые опредѣляютъ собою общій ходъ развитія уголовного права», но, къ сожалѣнію, это лишь «прибавка», а не исправленіе въ цѣлсмъ по существу неправильной теоріи.

признано не наукой, а искусством; чтобы быть прикладной наукой, оно должно расширить рамки своего изучения.

Такой ответ вытекает как из нашего, так и из двух других разобранных нами взглядов на объем и цели прикладной науки, ибо спорным является, как мы видели, лишь вопрос о том, насколько для прикладной науки обязательно *самостоятельное изыскание* законов явлений, необходимость же знать эти законы и класть их в основу научных построений оставалась вне спора.

Но существует еще одно определение, которое мы признали неполным и недостаточным; теперь мы укажем сверх того, что оно не дает необходимого критерия для отделения науки от не-науки. Если мы будем признавать наукой всякое систематическое и производимое с помощью определенных методов изучение известной категории существ или явлений, то наукой придется признать и руководства по искусствам, и руководства по ремеслам, и даже руководства к толкованию слов или к знанию «хорошего тона» в обществе. Ведь каждое из таких руководств, охватывая определенную сферу явлений или существ, может быть построено систематически и с применением методов сравнительного, исторического и т. д. Недаром и в наши дни можно услышать о науке и профессорах каллиграфии, о науке кулинарной, спортивной и т. д. Поэтому мы предпочитаем определения более точные и не влекущие за собой злоупотребления термином «наука», хотя бы эти злоупотребления не бросались ярко в глаза и не влекли за собой унижения науки; к разряду же таких «благовидных» злоупотреблений термином «наука» мы относим и тот случай, когда наукой, а не искусством, именуется уголовное право в его строго юридической обрисовке.

Не мы первые в этом случае говорим об искусстве. Уже двадцать лет тому назад, характеризуя уголовное право, как дисциплину строго юридическую, проф. Сергеевский допускал, что в таком виде оно будет не наукой в точном смысле этого слова, а искусством, и указал, что искусство также имеет право на существование являясь необходимым продолжением и



приложением науки <sup>1)</sup>. Сходные взгляды высказываются и в наши дни. Такъ, Манувриэ къ искусствамъ, на ряду съ механическими и эстетическими искусствами, относитъ мораль, политику и все право (а въ томъ числѣ и уголовное, объемля всю эту область терминомъ «антропотехнія» (Anthropotechnie) <sup>2)</sup>. Кюшъ, отводя уголовному праву «чисто юридическое изученіе преступленій и наказаній, установленныхъ положительнымъ закономъ», признаетъ его наукой лишь въ томъ случаѣ, если оно введено въ систему тѣсно связанныхъ между собою наукъ, всесторонне изучающихъ біологическую и социальную стороны преступности, ея факторы и законы развитія <sup>3)</sup>. Наконецъ, Н. П—скій, указывая, что формула сторонниковъ исключительно юридическаго изученія «представляетъ собою барьеръ, затрудняющій доступъ въ уголовное право всѣмъ, направляющимся противъ вѣковой рутины, теченій», убѣдительно доказываетъ, что при ограниченіи предѣловъ уголовного права, согласно съ этой формулой, оно должно именоваться искусствомъ, а не «громкимъ именемъ науки уголовного права» <sup>4)</sup>.

Итакъ, необходимо или расширить предѣлы вѣдомства науки уголовного права, или признать его искусствомъ, ограничивъ его строго-юридическимъ содержаніемъ. Многіе выбираютъ второй путь, хотя при этомъ продолжаютъ говорить о «наукѣ уголовного права», чего, какъ мы уже знаемъ, не слѣдовало бы дѣлать. При такой постановкѣ вопроса, и цѣли, преслѣдуемая разработкой уголовного права, суживаются, и само оно, такъ сказать, мельчаетъ и упрощается. Но, можетъ быть, этихъ ограниченныхъ цѣлей уголовное право достигнетъ скорѣе и лучше? Можетъ быть, упрощеніе его влечетъ за собою особо полезные результаты? По-

<sup>1)</sup> Sergiewsky, указ. ст. въ „Zeitschr. f. d. g. Str.“, S. 218—219.

<sup>2)</sup> Manouvrié, указ. ст. въ „Rév. intern. de soc.“, p. 247—249. Авторъ допускаетъ, что уголовное право можетъ сдѣлаться изъ искусства прикладной наукой, но для этого оно можетъ и должно „recevoir un certain degré d'orientation scientifique“; источникъ—антропология, понимаемая авторомъ столь широко, что ею захватывается значительная часть социологии; см. p. 242, 251.

<sup>3)</sup> G u s h e, указ. ст. въ „Rév. pénit.“, p. 474—476.

<sup>4)</sup> Н. П—скій, указ. ст., стр. 2—3, 6—8; ср. мое „Мотивъ“, стр. 96—97, 100, 90, 92; ср. также вѣрныя и обстоятельные доводы проф. П і о н т к о в с к а г о, указ. ст., стр. 3 и 17.

смотримъ. Возьмемъ Биндинга. Онъ умалчиваетъ обо всемъ, что выходитъ за строго-юридическіе предѣлы. Неоднократно съ особой любовью повторяетъ онъ тезисъ: «наука уголовного права всегда должна быть и оставаться наукой (?) практическаго позитивнаго права»; вообще важность юридическаго элемента онъ доказываетъ сильно и убѣдительно, но, почему *только* этотъ элементъ долженъ входить въ науку уголовного права, онъ не выясняетъ. Далѣе тотъ же Биндингъ говоритъ: «юриспруденція становится недостойной своего имени, если она сводится лишь къ «законовѣдѣнію» (sich in blossе «Gesetzkunde» verkehren liess), и своей наукѣ ставитъ задачей не только «содѣйствіе къ пониманію даннаго правосостоянія», но и «выработку лучшаго права для будущаго»; но вторая половина задачи всегда у Биндинга стояла и стоитъ на второмъ планѣ, а вопросы о томъ, достижимо ли полное рѣшеніе этой задачи на почвѣ строго юридической, и о томъ, чѣмъ будетъ юриспруденція отличаться отъ законовѣдѣнія, — остаются во многихъ отношеніяхъ открытыми»<sup>1)</sup>.

У проф. Сергѣевскаго мы читаемъ: «Изслѣдуя юридическую природу преступнаго дѣянія и наказанія и формулы права, эту природу опредѣляющія, наука уголовного права (наука въ неточномъ смыслѣ, — прибавимъ мы, — ибо въ точномъ смыслѣ проф. Сергѣевскій соглашался признать ее искусствомъ) служитъ практической цѣли — дать руководство къ правильному пониманію и примѣненію, критикѣ и составленію уголовного закона. Этимъ опредѣляется содержаніе уголовного права, какъ науки юридической»<sup>2)</sup>.

Итакъ, уголовное право отказывается отъ изученія *реальной* стороны явленій преступности, ограничиваясь ихъ *формальной*, юридической стороной; оно знаетъ преступныя дѣянія и наказанія и не хочетъ знать ни преступности въ ея цѣломъ, ни борьбы съ нею, какъ цѣлымъ. При всемъ этомъ уголовному праву указывается работа и для настоящаго, и для будущаго, ставятся сложныя цѣли. Посмотримъ, можно ли достигнуть этихъ цѣлей, оставаясь въ предѣлахъ исключительно юридическихъ.

1) Binding, указ. ст. въ „Zeitschr. f. d. g. Str.“, S. 17—19 ff., 29.

2) Сергѣевскій, указ. учебн., стр. 1 сл.



Цѣль для настоящаго—дать руководство къ правильному пониманію и примѣненію уголовнаго закона. Что эта цѣль важна и что достигнуть ее безъ разработки юридическаго матеріала невозможно, мы безусловно согласны, какъ мы это и указали при разборѣ мнѣній Ферри и Дорадо, но мы убѣждены и въ томъ, что достиженіе указанной цѣли въ полномъ объемѣ невозможно, если мы захотимъ ограничиться однимъ юридическимъ изученіемъ: его вполне достаточно для пониманія уголовныхъ законовъ, но недостаточно для ихъ примѣненія. Дѣло въ томъ, что уголовно-правовыя формулы не примѣняются непосредственно къ жизни. Каждый судебный практикъ, въ руководство которому онѣ даются, раньше, чѣмъ опредѣлить, какой въ данномъ случаѣ передъ нимъ видъ субъективной виновности и пр. и какія юридическія послѣдствія должно связать съ этимъ случаемъ, долженъ предварительно позаботиться объ установленіи состава преступленія и выработать убѣжденіе въ томъ, имѣетъ ли мѣсто самая виновность. Вотъ здѣсь-то исключительно юридическій багажъ оказывается крайне недостаточнымъ<sup>1)</sup>. Теоретическіе выводы, которыми вооруженъ судебный дѣятель, не помогаютъ, когда не знаешь, можно ли ихъ приложить, да и сами они могутъ оказаться эфемерными, невзирая на стройность построенія и послѣдовательность отвлеченно логическаго разсужденія, когда жизненная подкладка явленій оказывается иной, чѣмъ мы воображали, не прибѣгая къ ея непосредственному изученію. Вотъ почему рядъ абстрактныхъ, хотя и весьма глубокомысленныхъ системъ, терпѣлъ крушеніе при столкновеніи съ жизнью, вотъ почему уголовная юстиція въ своихъ отправленіяхъ столь часто являлась формальной и безсильной, вотъ почему судебный практикъ часто бредетъ ощупью тамъ, гдѣ при запасѣ надлежащихъ свѣдѣній онъ шелъ бы твердо и съ открытыми глазами.

Для уголовнаго права въ его строго-юридической обрисовкѣ, какъ справедливо замѣтилъ Принсъ, „преступникъ является абстрактнымъ типомъ, а не живымъ, дѣйствующимъ человѣкомъ, преступленіе является не актомъ реальной жизни, а юридической формулой,

<sup>1)</sup> Ср. Liszt, ук. ст. въ „Zeitschr. f. d. g. Str.“, 1900, S. 162—164; Weirich, ук. ст. „Werth und Bedeutung“, S. 15—18.

внесенной въ кодексъ, наконецъ, наказаніе является теоретической системой, принятой учеными, которые не считались съ природой преступленія“<sup>1)</sup>. Ограничиваясь одной юридической стороной, мы упускаемъ изъ виду, что преступленіе и наказаніе существуютъ и проявляются въ мірѣ реальномъ, а, доходя въ этомъ отношеніи до крайностей, мы можемъ дойти и до вырожденія юриспруденціи въ схоластику<sup>2)</sup>; судебный же дѣятель, вращаясь именно въ мірѣ реальномъ, сталкиваясь не съ преступленіемъ *in abstracto*, а съ преступленіемъ, облеченнымъ въ плоть и кровь, остается безъ надлежащаго руководства науки въ дѣлѣ примѣненія закона: ему нужны факты психической и физической жизни, лежащіе въ основѣ понятій преступленія и наказанія, нужны свѣдѣнія о правахъ, привычкахъ, наклонностяхъ преступнаго люда, о пріемахъ и способахъ преступной дѣятельности и т. д., а этихъ необходимыхъ свѣдѣній въ наукѣ уголовного права онъ не находитъ.

Такимъ образомъ даже потребностямъ *настоящаго* узко поставленная наука уголовного права (т. е. точнѣе — искусство уголовного права) не удовлетворить и достиженія указанныхъ ей цѣлей не обезпечить. При игнорированіи юридической почвы неисполнима важная задача правильнаго пониманія законовъ, а отчасти и задача ихъ правильнаго примѣненія; но, для надлежащаго выполненія второй изъ указанныхъ задачъ, наука уголовного права должна расширить свои рамки, включивъ въ свое вѣдѣніе и матеріалъ не строго-юридическій. Еще менѣе для узко поставленной науки уголовного права возможно давать правильныя указанія для будущаго, „дать руководство къ правильной критикѣ и составленію уголовного закона“, приготовить „лучшее право“, какъ этого хотятъ Биндингъ и Сергѣевскій.

Для того, чтобы что-либо критиковать и реформировать, нужно отдѣлиться отъ существующаго и подлежащаго критикѣ матеріала и имѣть возможность стать выше его. Для того, чтобы критически отнестись къ дѣйствующему праву и дать указанія для составленія новаго, лучшаго, нельзя оставаться въ сферѣ отвле-

<sup>1)</sup> Prins: „Causerie sur les doctrines nouvelles du droit pénal“, 1896, p. 2—4.

<sup>2)</sup> Lammersch, указ. ст. въ „Gerichts.“, S. 148, 150; ср. Ferri, „Sociol. crimin.“, p. 9—11.



ченно-юридическихъ понятій; эта сфера связана съ существующимъ правопорядкомъ и почерпаетъ въ немъ критеріи, тогда какъ для самой скромной критически-реформаторской дѣятельности необходимы новыя свѣжіе критеріи <sup>1)</sup>). Спрашивается, гдѣ же почерпнуть ихъ?

Иногда говорятъ, что можно дѣйствовать „на основаніи данныхъ практики и началъ науки“, но и съ этой слишкомъ общей формулой согласиться нельзя: наука можетъ и должна считаться съ данными практики, но эти данные не могутъ доставить руководящихъ принциповъ, ибо практика подчинена наукѣ и дѣйствуетъ лишь въ предѣлахъ существующихъ законовъ, освѣщаемыхъ наукою: недостатки практики могутъ ясно указать, *что* нужно реформировать, но никакъ не то, *какъ* нужно реформировать. Что же касается „началъ науки“, то они могутъ быть весьма полезны, если самая наука понимается въ широкомъ смыслѣ, но эти же самыя начала не помогутъ и не дадутъ искомымъ критеріевъ, развѣ подъ научной разработкой понимается „изученіе существующаго права, отвлеченіе отъ этого матеріала общихъ началъ и установленіе такимъ путемъ догмы права“ <sup>2)</sup>).

Не получимъ мы искомымъ критеріевъ и при допущеніи приведенной формулы тѣмъ, чѣмъ ее пополняетъ Н. С. Таганцевъ. Глубокоуважаемый авторъ говоритъ, что дѣйствующее право можетъ быть критикуемо „съ двойной точки зрѣнія: его устойчивости и его жизнеспособности“, и, какъ на основаніи для критики, сверхъ „данныхъ практики и началъ науки“, указываетъ „опытъ другихъ народовъ и отечественную исторію права“ <sup>3)</sup>. Говоря другими словами, научная критика настоящаго и предложенія для лучшаго будущаго <sup>4)</sup> строятся, кромѣ догматическаго, на историческомъ и сравнительномъ изученіи правоваго матеріала.

Но изученіе исторіи правовыхъ формъ, которое можетъ дать намъ серьезный матеріалъ для оцѣнки ихъ „устойчивости“, далеко

1) Ср. Бѣлогриць-Котляревскій, указ. ст. „Кіевск. Унив. Изв.“, т. 10; Піонтковскій, ук. ст., стр. 18.

2) Н. С. Таганцевъ, указ. ст., „Право“, № 52, стр. 2341—2344.

3) Ibidem.

4) О предложеніяхъ для будущаго прямо не сказано, но, во-первыхъ, они отчасти *implicite* входятъ въ понятіе научной критики, а, во-вторыхъ, самъ Н. С. Таганцевъ въ постоянно вноситъ эти предложенія въ свои же труды.

не часто даетъ вѣрные критеріи для оцѣнки ихъ „жизнепригодности“: для того, чтобы рѣшить, пригодна ли для жизни данная норма, а, если непригодна, то въ какомъ духѣ слѣдуетъ измѣнить ее, — необходимо смотрѣть не только вглубь прошлаго, но и въ суть настоящаго и вѣроятнаго будущаго; жизнь неустанно движется впередъ; она уводитъ со сцены за ненадобностью вопросы и нормы, когда-то жгучіе, и выдвигаетъ новыя проблемы, иногда совершенно невѣдомыя прошлому.

Безспорно, что съ давнихъ временъ въ исторіи желаютъ видѣть руководящую нить и что и социологи, и политики, и юристы стараются почерпнуть изъ нея критеріи и практическіе рецепты. И дѣйствительно исторія указываетъ, какъ дѣйствовали при извѣстныхъ обстоятельствахъ, какія нормы выдвигали и что изъ этого послѣдовало; она можетъ научить насъ не повторять ошибокъ прошлаго, т. е., какъ не надо реформировать; она можетъ дать и кое-какія положительныя указанія въ томъ случаѣ, когда ситуація настоящаго сходна съ уже пережитымъ гдѣ-либо историческимъ моментомъ; но, какъ только передъ нами новая ситуація, новыя проблемы и еще неизвѣданные пути, съ помощью исторіи уже нельзя дать ни полной критической оцѣнки дѣйствующаго права, ни тѣмъ болѣе основательныхъ и дѣйствительно научныхъ предложеній для будущаго. Коротко говоря, историческое изученіе даетъ науки для потребностей настоящаго нѣкоторыя основанія и иногда, а не всѣ и не всегда.

Это положеніе остается въ силѣ и при дополненіи историческаго метода сравнительнымъ. Какъ вѣрно указалъ Штаммлеръ, „посредствомъ сравненія различныхъ правовыхъ установленій и сходныхъ другъ съ другомъ институтовъ въ сущности достигается лишь возможность понять въ отдѣльности точнѣе и лучше каждый изъ нѣсколькихъ сравниваемыхъ объектов..., но посредствомъ одного сравненія отнюдь нельзя получить самостоятельнаго третьяго, стоящаго выше обихъ (или нѣсколькихъ, прибавимъ мы) сравниваемыхъ объектов“<sup>1)</sup>. Примѣняя сравнительный методъ, мы можемъ сказать, насколько та или иная норма нашего права

<sup>1)</sup> Stammeler, ук. соч., В. I, S. 10.



лучше или хуже иностранной нормы, но даже и при этомъ мы должны принимать въ соображеніе соціальныя условія, потребности и особенности нашего и иноземцаго строя; иначе та норма, которую на основаніи сравненія мы рекомендуемъ, какъ лучшую, можетъ оказаться непримѣнимой. Дать же *всестороннюю* оцѣнку дѣйствующаго права, въ полномъ объемѣ оцѣнить его „жизнепригодность“, а тѣмъ болѣе предложить для будущаго что-либо, возвышающееся надъ сравниваемыми нормами и соответствующее дѣйствительнымъ потребностямъ, мы при помощи сравнительнаго метода и даже при комбинаціи его съ методомъ историческимъ не сможемъ. Пробѣлы, оставляемые только историческимъ изученіемъ, *лишь отчасти* восполняются, какъ мы видѣли, изученіемъ сравнительнымъ.

Итакъ, несмотря на всю важность юридическаго изученія, одно оно не можетъ заполнить собою все содержаніе науки уголовного права даже въ томъ случаѣ, когда, не ограничиваясь догматикой, мы прибѣгнемъ къ помощи историческаго и сравнительнаго методовъ. Уголовное право въ его строго-юридической обрисовкѣ не только теряетъ характеръ науки, въ истинномъ смыслѣ этого слова, но и въ этомъ видѣ не можетъ выполнить всесторонне даже тѣхъ задачъ, которыя считаютъ необходимыми сами сторонники его строго-юридическаго характера, а тѣмъ болѣе задачъ болѣе широкихъ.

Поэтому, если бы суженіе рамокъ науки уголовного права и давало какой-нибудь плюсъ, то этотъ плюсъ долженъ потерять свое значеніе въ виду указанныхъ нами неизбежныхъ и весьма важныхъ минусовъ. Въ чемъ же заключается этотъ плюсъ?

Одни о немъ прямо не говорятъ, другіе указываютъ на его отрицательныя достоинства, т. е. на невыгоды, связанныя съ расширеніемъ рамокъ науки уголовного права.

Къ первымъ принадлежали проф. Кистяковскій. Сохраненія узкихъ рамокъ науки уголовного права онъ не отстаивалъ принципиально, но признавалъ, такъ сказать, дѣломъ печальной необходимости. Возражая профес. Духовскому, который одинъ изъ первыхъ потребовалъ расширенія рамокъ науки уголовного пра-

ва <sup>1)</sup>, Кистяковскій говорилъ: «Если авторъ считаетъ неправильнымъ взглядъ на уголовное право, какъ науку, изучающую только преступленіе..., какъ отрывочное явленіе, безъ изученія его причинъ..., то можно ему сдѣлать вопросъ: что же авторъ прикажетъ *пока* дѣлать нашей наукѣ, когда нормы жизни общественной, въ которыхъ она не госпожа, таковы, что приходится прежде всего изучать только преступленіе и полагаемое за оное наказаніе»... <sup>2)</sup>.

Мы думаемъ, что этотъ глубоко пессимистическій взглядъ принять бытъ не можетъ: хотя наша наука и не госпожа въ нормахъ соціальной жизни, но къ ея голосу тѣмъ больше будутъ прислушиваться, чѣмъ глубже и научнѣе будутъ ея выводы и ея требованія; никому неизвѣстно, когда придетъ часть крупныхъ соціальныхъ реформъ, но и въ ожиданіи ихъ криминалистъ не долженъ прятаться, подобно улиткѣ, въ свою юридическую раковину, а долженъ и съ своей стороны указывать на ту часть соціальной реформы, осуществленіе которой необходимо для нуждъ уголовного правосудія; услышать его или не услышать, — это вопросъ другой, и не его вина, если не услышатъ. Да и въ предѣлахъ пастоящаго, какъ мы уже видѣли, у криминалиста есть не мало насущной работы, выходящей за строго-юридическія рамки.

Привлекательную сторону взгляда Кистяковского составляло то, что въ будущемъ онъ допускалъ расширеніе рамокъ науки уголовного права и не возводилъ въ принципъ сохраненія ея строго-юридическаго характера. Не даромъ въ указанной статьѣ онъ одобряетъ Духовскаго за то, что тотъ «вездѣ старается найти *основаніе* для установленія понятія о преступленіи и наказаніи не логически вѣрное только, но и соотвѣтствующее общественному благу» <sup>3)</sup>, не даромъ въ своей извѣстной работѣ о смертной казни онъ обратилъ столь серьезное вниманіе на соціологическую сторону вопроса.

<sup>1)</sup> Мы говоримъ «одинъ изъ первыхъ», ибо уже въ 1873 году за весьма широкое раздвиженіе рамокъ нашей науки высказался проф. Фойницкій; см. ук. ст. «Судебн. Журн.».

<sup>2)</sup> Кистяковскій, ук. ст. въ «Кіевск. Унив. Извѣст.», стр. 221.

<sup>3)</sup> Ibidem, стр. 233.



Обратимся теперь къ невыгодамъ, о которыхъ идетъ рѣчь у принципиальныхъ защитниковъ строго-юридической постановки науки уголовного права. Здѣсь мы видимъ цѣлый рядъ старыхъ, а отчасти и новыхъ криминалистовъ (Бишингъ, Гельшперъ, Г. Мейеръ, Меркель, Грегоровичъ, Вульфертъ, Мари, Petit и мн. др.), по наиболѣе подробно вопросъ разобранъ Н. С. Таганцевымъ и Н. Д. Сергѣевскимъ, которые далеко ушли отъ обычнаго въ западной литературѣ аргумента: «расширять рамки науки уголовного права нельзя, ибо она въ такомъ случаѣ потеряетъ свой юридическій характеръ». Этотъ аргументъ мы оставимъ въ сторонѣ, ибо не признаемъ науки для науки и не видимъ ничего сакральнаго въ существующей обрисовкѣ предѣловъ вѣдомства разныхъ наукъ; поэтому потеря какой-либо наукою ея теперешняго характера не испугала бы насъ, разъ эта потеря необходима для болѣе плодотворнаго служенія жизни. Да и о потерѣ говорить нельзя, разъ юридическій элементъ въ наукѣ не уничтожается, а лишь дополняется и углубляется. Это невыгоды мнимыя.

Реальныя же невыгоды усматриваются тогда, если въ науку уголовного права вносится изученіе антропологическаго и социологическаго матеріала, ибо такое положеніе дѣль «теоретически не соотвѣтствовало бы основнымъ началамъ классификаціи отдѣльныхъ отраслей знанія, а практически послужило бы только ко взаимному вреду разработки этихъ отдѣльныхъ отраслей изслѣдованія, такъ какъ онѣ разнятся и по методамъ или пріемамъ изученія матеріала, и по преслѣдуемымъ ими цѣлямъ» <sup>1)</sup>. «Если уголовное право будетъ изучать . . . условія, въ силу коихъ в средѣ коихъ создается преступникъ, выраженіе этой преступности и даже ея послѣдствія», то среди массы этихъ данныхъ затеряется, конечно, изслѣдованіе юридической природы «выраженія преступности» (т. е. преступленія). «Осуществленіе такой задачи, особенно при университетскомъ преподаваніи, было бы не только непосильнымъ бременемъ, но вредно отразилось бы на обработкѣ и изученіи предмета, какъ всякое бессистемное, а потому, по

<sup>1)</sup> Таганцевъ, ук. ст., «Право», № 51, стр. 2282; ср. Сергѣевскій, ук. уч., стр. 16—17.

необходимости, диллетантское изложение свѣдѣній, собранныхъ изъ самыхъ разнообразныхъ областей знанія» <sup>1)</sup>. «Такое соединеніе можетъ быть механическимъ, но отнюдь не внутреннимъ» <sup>2)</sup>.

Итакъ первый аргументъ—разница методовъ и цѣлей. Мы думаемъ, что такой разницы быть не должно. Конечно, общая антропология и общая социология имѣютъ задачи и цѣли, болѣе широкія и отличающіяся отъ цѣлей науки уголовного права, но отдѣльныя спеціальныя вѣтви этихъ наукъ,—уголовная антропология и уголовная социология,—именно въ силу своего обособленія и выдѣленія сближаются по цѣлямъ съ наукой уголовного права во многихъ своихъ пунктахъ, а вѣдь только эти пункты, а не цѣликомъ всю уголовную антропологию и социологию, предлагается внести въ науку уголовного права (о включеніи общей антропологии и социологии, конечно, и рѣчи быть не можетъ, да никто такого включенія и не предлагаетъ). Уголовная антропология и уголовная социология могутъ дать двоякаго рода матеріалъ: матеріалъ, который не можетъ быть использованъ для нуждъ правосудія, и матеріалъ, который можетъ быть использованъ для этихъ нуждъ и долженъ быть использованъ; первый въ нихъ входитъ именно потому, что онъ—часть общей антропологии и социологии, а потому должны говорить о преступленіи и преступникѣ *все*, что характеризуетъ преступленіе, какъ социальное явленіе, и преступника, какъ организмъ; указанная часть *всего*, конечно, не входитъ въ науку уголовного права, и добывается она съ цѣлями, этой последней наукѣ чуждыми.

Другое дѣло—вторая часть, второй матеріалъ: и онъ полезенъ для общей антропологии и социологии, и онъ не чуждъ цѣлей этихъ наукъ, но, такъ какъ этотъ матеріалъ освѣщаетъ тѣ стороны социального явленія, именуемаго преступленіемъ, и тѣ свойства преступной личности, знаніе которыхъ можетъ дать твердую опору работѣ правосудія, такъ какъ, если бы не было мысли плодотворно послужить цѣлямъ правосудія, изъ социологии и антропологии не выдѣлилась бы ихъ *уголовная* часть, то относительно

<sup>2)</sup> Таганцевъ, *Ibid.*, № 52, стр. 2339.

<sup>3)</sup> Сергѣевскій, *ук. уч.*, стр. 16—17.



даннаго матеріала нельзя противопоставлять цѣли науки уголовного права цѣлямъ уголовной антропологии и уголовной социологии.

Оспариваемая нами теорія упорно желаетъ видѣть въ уголовной антропологии и уголовной социологии чистыя науки, т. е. науки, чуждыя служенію практическимъ потребностямъ жизни, но, во-первыхъ, и общая антропология и социология могутъ включатьъ въ себя и прикладную ихъ часть,—примѣръ — работы Гумпловича въ Австріи и Стронина у насъ въ Россіи, а, во-вторыхъ, уголовная антропология и социология, такъ недавно еще выдѣлившіяся въ особыя вѣтви, съ самаго своего появленія никогда не ограничивались поисками истины, а почти всегда, наоборотъ, соображались съ потребностями правосудія и стремились служить этимъ потребностямъ, т. е. быть и науками прикладными, чему примѣровъ масса: работы Ломброзо, Ферри, Тарда, Жоли, Фойницкаго, Дриля и мн. др. Работы же, совершенно чуждыя указаннаго характера, *eo ipso* не дадутъ и матеріала, подлежащаго включенію въ науку уголовного права.

Такимъ образомъ различіе цѣлей рѣшительнымъ аргументомъ не является.

Обратимся къ различію методовъ. На нее оспариваемая теорія ссылается, принимая формулу Спенсера, который классификацію наукъ строилъ, раздѣляя ихъ другъ отъ друга по предмету, цѣли и методу. Методы уголовного права—логическій (въ догматикѣ), историческій и сравнительный; это же—методы, которыми оперируютъ уголовная антропология и социология, или по крайней мѣрѣ всегда могутъ оперировать: никакихъ препятствій для этого быть не можетъ. Остаются методъ экспериментальный и методъ статистическій<sup>1)</sup>. Этимъ методамъ, яко-бы, должна оставаться чуждой наука уголовного права, въ то время какъ они играютъ главную роль въ уголовной антропологии и социологии.

Что наука уголовного права до недавняго времени дѣйствительно оставалась имъ чуждой,—сомнѣнію не подлежитъ; но,

<sup>1)</sup> Мы принимаемъ здѣсь идею Гумпловича, который высказался такъ: «Статистика—не наука, а методъ, примѣнимый и цѣлимый во всѣхъ наукахъ... ибо она не имѣетъ самостоятельнаго предмета для изслѣдованія, а каждая наука (медицина, политическая экономія, метеорологія и т. д.) пользуются ею для своихъ цѣлей. См. L. Gumplowicz, ук. соч., стр. 14; Sp. Gaugaud, ук. ст., р. 12—13.

чтобы такъ дѣло осталось и на будущее время, — весьма и весьма сомнительно. Оспариваемая теорія упорно не желаетъ видѣть, что въ кругъ ея доказательствъ входитъ *petitio principii*: вся ея аргументація сводится къ тому, что доказывается «непримѣнимость» методовъ уголовной антропологии и социологии «къ теоретическому и практическому изученію уголовного права, какъ науки юридической»<sup>1)</sup>. Эта непримѣнимость виѣ спора, разъ незыблемо установлено, что наука уголовного права должна сводиться къ одной «юридической конструкціи»; но вѣдь это еще какъ-разъ и требуется доказать (и, какъ мы уже видѣли, доказать нельзя), вѣдь самый вопросъ о методахъ былъ выдвинутъ для доказательства того положенія, что наука уголовного права не должна включатьъ въ свои рамки антропологическаго и социологическаго матеріала.

Стоя же на противоположной точкѣ зрѣнія и признавъ необходимость расширенія рамокъ науки уголовного права, мы eo ipso допускаемъ примѣненіе ея и новыхъ методовъ: этихъ методовъ требуетъ вновь вводимый матеріалъ, всесторонняя разработка котораго для нуждъ правосудія безъ нихъ невозможна.

Да и съ принципіальной точки зрѣнія еще можно было бы спорить, является ли примѣненіе того или иного метода необходимымъ критеріемъ для классификаціи наукъ; эта часть формулы Спенсера весьма мотивированно отвергается въ послѣднее время многими (вслѣдъ за Н. Я. Гротомъ, поставившимъ свои возраженія въ статьѣ: «Къ вопросу о классификаціи наукъ»). И дѣйствительно, трудно спорить противъ указанія на то, что «именно въ отношеніи методовъ изслѣдованія менѣе всего можетъ быть допущена цеховая замкнутость отдѣльныхъ наукъ. Вѣдь методъ — это орудіе въ рукахъ изслѣдователя, и ограничивать изслѣдователя какимъ-либо однимъ методомъ — это значитъ лишить его права воспользоваться всѣми орудіями, нужными для того, чтобы расчислить путь къ истинѣ»<sup>2)</sup> и достигнуть (прибавимъ мы) всѣхъ необходимыхъ цѣлей наилучше и въ полномъ объемѣ.

<sup>1)</sup> Таганцевъ, ук. ст., „Право“ № 51, стр. 2283—2284.

<sup>2)</sup> Н. П—скій, указ. ст., стр. 10; Ср. Шонтковскій, ук. ст. стр. 18—19.



Но, говорять намъ, если вы широко раздвинете рамки науки уголовного права, то это вредно отразится на изученіи и разработкѣ уголовного права <sup>1)</sup>).

Мы не знаемъ, почему это должно случиться. Юридическій элементъ въ нашей реформированной наукѣ не пострадаетъ, а тѣмъ болѣе не «затеряется», ибо бесспорная его важность какъ для нуждъ правосудія, такъ и для самой науки уголовного права, и признана, и подробно мотивирована: этотъ элементъ будетъ и долженъ стоять на первомъ планѣ, ибо наукѣ уголовного права по прежнему вмѣняется въ главную обязанность забота о *lege lata lege ferenda*. Прекратится лишь прежняя вредная односторонность, не будутъ игнорироваться новыя необходимыя данныя о реальной жизненной подкладкѣ изучаемыхъ явленій: изслѣдователь будетъ интересоваться не только отдѣльными преступленіями, но и преступностью въ ея цѣломъ, а своей наукѣ поставить не только цѣль способствованія поддержанію правопорядка, но и болѣе широкую и плодотворную цѣль — способствовать наилучшей организаціи правосудія и наиболее успѣшной, основанной на твердыхъ научныхъ данныхъ, борьбѣ съ преступностью.

Въ погонѣ за пурификаціей науки уголовного права, въ опасеніяхъ за цѣлость и неприкосновенность юридическаго элемента, и проблематическія выгоды, какъ мы видели, не достигаются, а вредъ, и притомъ вредъ огромный, на лицо: сведеніе жизненной науки уголовного права къ конструкціи юридическихъ понятій влечетъ за собой то, что самыя жгучія, самыя трепещущія нужды, самыя жизненные и серьезные вопросы оставляются безъ разсмотрѣнія и приносятся въ жертву неумолимому божку именуемому строгой юридической точкой зрѣнія.

Берется одна лишь форма, мы же хотимъ, чтобы бралась и форма, и содержаніе. При этомъ мы не понимаемъ, почему изученіе сдѣлается «безсистемнымъ и диллетантскимъ», почему вновь включаемый въ науку уголовного права матеріалъ будетъ ложиться на нее «непосильнымъ бременемъ» и состоять изъ «хаоса» разнообразныхъ данныхъ. Мы думаемъ, что, наоборотъ, безсистем-

<sup>2)</sup> См. выше выводы Н. С. Таганцева и Н. Д. Сергѣевскаго.

нымъ и диллетантскимъ будетъ знакомство криминалиста съ данными уголовной социологіи и антропологіи именно до тѣхъ поръ, пока сохраняется взглядъ на эти данныя, какъ на нѣчто необязательное и не входящее въ систему «юридической науки»; разъ же эти данныя будутъ признаны матеріаломъ своимъ, а не чужимъ, и притомъ матеріаломъ, разработка котораго обязательна, поскольку онъ можетъ быть пригоденъ для нуждъ правосудія, къ нему придется отнестись серьезно, а тогда и за строгой систематизаціей его дѣло не станетъ. «Хаоса» и «непосильнаго бремени» мы не ждемъ, ибо, какъ мы уже указывали, рѣчь идетъ не о томъ, чтобы втиснуть въ рамки науки уголовного права всю уголовную социологію и антропологію цѣликомъ (это было бы дѣйствительно хаосъ, и притомъ никому не желаемый), а лишь о томъ, чтобы въ науку уголовного права былъ включенъ тотъ необходимый антропологическій и социологическій матеріалъ, разработка котораго необходима для цѣлей, преслѣдуемыхъ наукой уголовного права, которыя въ данномъ отношеніи близки и къ правильно понимаемымъ цѣлямъ уголовной антропологіи и социологіи.

Что работа криминалиста при такой постановкѣ дѣла будетъ и сложнѣе, и тяжелѣе,—это бесспорно, но, чтобы она была невыполнима, это доказать нельзя. Съ теченіемъ времени задачи каждой прикладной науки усложняются, но за то работа ея становится плодотворнѣе. То же происходитъ и съ наукой уголовного права, расширенія рамокъ которой требуетъ не какая-нибудь кабинетная теорія, а сама жизнь. Эта жизнь выдвигаетъ новыя и сложные проблемы, которыя не получаютъ разрѣшенія въ старыхъ рамкахъ науки. Что лучше для науки—идти на встрѣчу новымъ требованіямъ жизни, служеніе которымъ составляетъ ея величайшую и благороднѣшую задачу, и расширять такимъ образомъ свои предѣлы, или гордо оберегать эти предѣлы, какъ нѣчто священное и непогрѣшимое, закрывая глаза на все остальное,—относительно отвѣта, казалось бы, сомнѣнія быть не можетъ. Время девиза «*pereat mundus, fiat justitia*» ушло безвозвратно; новыя же девизы требуютъ и новой постановки науки, разъ она желаетъ остаться достойной этого имени.



IV.

Мы изложили теорію сторонниковъ строго юридической постановки уголовного права, но до сихъ поръ мы ихъ брали, такъ сказать, въ чистомъ видѣ. Обыкновенно же, со времени появленія новыхъ теченій въ наукѣ уголовного права, эти теоріи излагаются съ различными прибавками, имѣющими характеръ компромисса, въ которомъ, видимо, чувствуется невозможность оставаться на почвѣ исключительно юридической.

Мы ничего не имѣли бы противъ *дѣйствительнаго* компромисса, т. е. основаннаго на обоюдныхъ уступкахъ по убѣжденію въ той части истины, которая заключается въ противорѣчивыхъ аргументахъ спорящихъ сторонъ. За такой дѣйствительный компромиссъ и высказываются Листъ, Фойницкій, Принсъ, Духовской, Пюнтковскій, Спяцкій и мн. др. За него же прежде ратовалъ Ферри, за него высказался и его стремился, между прочимъ, выработать Брюссельскій конгрессъ уголовной антропологии. *Обосновать и защитить компромиссъ между чистымъ классицизмомъ и крайнимъ позитивизмомъ, отрицающимъ значеніе юридическаго изученія, стремится и пишущій эти строки.*

Но предлагаются компромиссы и другаго рода, которые можно назвать *кажушимися* компромиссами; они состоятъ въ томъ, что, на ряду съ положеніями, заключающими въ себѣ уступку взглядамъ противниковъ, излагаются положенія, совершенно подрывающія значеніе сдѣланной уступки или же въ томъ, что сдѣлавъ извѣстныя уступки, противникамъ въ бесѣдѣ о програмныхъ вопросахъ, въ дальнѣйшемъ изложеніи не реализуютъ этихъ уступокъ, а продолжаютъ разсуждать такъ, какъ будто ничего и уступлено не было.

Примѣръ такого компромисса мы уже видѣли въ болѣе позднихъ работахъ Ферри, который сдѣлалъ уступки классической школѣ, но послѣдующими разсужденіями совершенно парализовалъ значеніе этихъ уступокъ; отчасти то же мы видѣли у Дриля, но гораздо больше подобныхъ примѣровъ даетъ классическій лагерь.

Обычный компромиссъ, предлагаемый этимъ лагеремъ, заключается въ томъ, что прямо признается научность, важность,

пользность и даже необходимость антропологического и особенно социологического изучения; признается также, что такому изучению уголовное право многим обязано в прошлом и еще больше будет обязано в будущем. Но, сделав такое признание, одни спокойно забывают о нем, а другие говорят, что указанным изучением должны заниматься родственные (вспомогательные) уголовному праву дисциплины, выводами которых должна (а по мнению некоторых, лишь может) пользоваться наука уголовного права, которая по прежнему не должна тем не менее включать в себя никакого не-юридического материала и обязана сохранить неизменной свою юридическую природу<sup>1)</sup>.

Трудно найти более неопределенную и противоречивую постановку трактуемого вопроса. На это мы уже имели случай указать в другой работе<sup>2)</sup>, а потому не останавливались бы на этом пункте подробно; но наше указание признали неправильным высокоавторитетный отечественный криминалист<sup>3)</sup>, а потому мы считаем необходимым развить и еще раз подтвердить свое указание.

Вопрос о расширении рамок науки уголовного права был выдвинут новыми направлениями в этой науке; такое расширение есть *conditio sine qua non*, без которого прогресс науки уголовного права признается невозможным; отставив включение в науку уголовного права не-юридического материала, новаторы занялись почти исключительно разработкой именно этого материала, давая очень мало для уголовного права, как «науки строго юридической».

Для последовательной и чуждой противоречивой оценки новых направлений, очевидно, необходимо одно из двух: или признать, что новаторы правы, и отказаться от сведения науки

<sup>1)</sup> Представителями такого компромисса являются: M. Puglia, см. Feggi, „Sociol. crimin.“ p. 577—578; Garraud, ук., ст., p. 13—14; Сергѣевскій, ук. уч., стр. 4—6 и мн. др.

<sup>2)</sup> Чубинскій. „Общая характеристика новых учений в уголовномъ правѣ“, стр. 3—4.

<sup>3)</sup> Н. С. Таганцевъ, ук., ст. „Право“, № 51, стр. 228; авторъ указываетъ, что мы неправы, находя противоречіе во взглядахъ криминалистовъ классическаго направленія на вопросы, выдвинутые новыми течениями в наукѣ уголовного права.



уголовнаго права къ изученію исключительно юридическому или, оставаясь при прежнемъ взглядѣ на науку уголовнаго права, доказать, что основныя идеи новаторовъ несостоятельны.

Въ дѣйствительности же мы видимъ ошибку иную. В. Д. Спасовичъ относительно антропологической школы призналъ, что эта школа не дала никакихъ положительныхъ результатовъ, а относительно социологовъ (въ лицѣ Гарда) замѣтилъ, что ихъ идеи скорѣе блестящи, чѣмъ солидны; проф. Сергѣевскій отнесся къ новымъ направленіямъ весьма пессимистически, разошелся съ ними по основнымъ вопросамъ и сделалъ по ихъ адресу рядъ ироническихъ замѣчаній и упрековъ. Но, несмотря на это, первый изъ указанныхъ авторовъ заявилъ, что наука уголовнаго права много годы пребывала въ застоѣ, а теперь закипѣвшее въ ней движеніе является могучимъ и открываетъ новыя горизонты, благодаря чему «въ непродолжительномъ времени вся область уголовнаго права и процесса явится въ до неузнаваемости новомъ видѣ»; второй же изъ указанныхъ авторовъ въ заключеніе призналъ, что въ новомъ направленіи «со всѣми его ошибками и неизбежной путаницей заключается источникъ мудрости и свѣта, источникъ новыхъ знаній въ пользу человѣчества и славу науки»<sup>1)</sup>.

Если наука уголовнаго права дѣйствительно пребывала въ застоѣ, если новыя ученія, открывая новыя горизонты, являются могучими, заключаютъ въ себѣ источникъ мудрости и свѣта, если, идя по путямъ, ими указываемымъ, можно оживить науку и поработать для ея славы и для пользы человѣчества, то не очевидна ли необходимость выполнить главное, основное и безусловное требованіе этихъ новыхъ ученій, т. е. расширить рамки науки уголовнаго права, включивъ въ нее изученіе необходимаго пенеюридическаго матеріала? А между тѣмъ и до сихъ поръ мы слышимъ отказъ въ этомъ требованіи и повтореніе старой формулы у многихъ, среди которыхъ энергично раздается голосъ и проф. Сергѣевского.

<sup>1)</sup> Спасовичъ. „Новыя направленія въ наукѣ уголовнаго права“, Вѣстн. Евр., 1891, кн. 10; Сергѣевскій. „Основные вопросы наказанія“, Журн. Гр. и Уг. Пр., 1893 г., кн. 4; см. нашу ук. брош. „Общая характеристика“, стр. 3—4, гдѣ приводится и аналогичное противорѣчіе у проф. Вульфберга.

А то выходит такъ: вы, г.г. новаторы указываете вѣрный путь; ваши работы не-юридическаго характера цѣнны и важны; онѣ вызовутъ (да уже и вызываютъ) перевернуть въ наукѣ уголовнаго права, но мы по этому пути не поидемъ, въ область своей науки изслѣдованіе того, что мы признали важнымъ, не включимъ и будемъ по прежнему заниматься только юридическимъ изученіемъ понятій преступленія и наказанія. Кажется, противорѣчіе очевидно!

Теперь вамъ остается доказать, что это противорѣчіе не устраняется, а лишь увеличивается, прибавками къ старой формулѣ, имѣющими характеръ компромисса, о которомъ выше была рѣчь.

Прежде всего въ основу компромисса кладется признаніе важности изслѣдованій не-юридическаго характера; первенство отдается социологическимъ изслѣдованіямъ, которыя уже оказали существенное вліяніе какъ на пересмотръ и переработку цѣлаго ряда отдѣльныхъ ученій и системъ (система наказаній вообще, системы тюремнаго заключенія, мѣръ предупредительныхъ и т. д.), такъ и на созданіе новыхъ формулъ и институтовъ; антропологическія изслѣдованія отводятся на второй планъ, но признается, что и они внесли уже вкладъ въ уголовное право (особенно же изученіемъ и классификаціей преступниковъ въ интересахъ цѣлесообразной репрессіи), а современемъ могутъ внести еще больше <sup>1)</sup>.

Нѣкоторые криминалисты идутъ еще дальше. Гарро прямо говоритъ, что только уголовная социологія и уголовная антропологія могутъ дать уголовному праву новую научную ориентировку (*orientation*), что онѣ должны проникать другъ въ друга и другъ на друга воздѣйствовать (*se pénétrer et réagir l'une sur l'autre*) <sup>2)</sup>. Н. С. Таганцевъ высказываетъ положенія, съ которыми согласятся не только Листъ, но даже и Ферри: «Преступное дѣяніе не есть абстрактная формула, а жизненное понятіе, дѣяніе вредное или опасное для лица и общества; карательная дѣятельность государства не есть логическое послѣдствіе, самодовлѣющее проявленіе карающей Немезиды, а цѣлесообразная дѣятельность, направленная къ осуществленію общей государственной задачи—содѣйст-

<sup>1)</sup> См. ук. раб. Гарро, р. 16—20; Таганцевъ, стр. 2286—2287; Сергѣевскій, ук. уч., стр. 4—6, 16 и др.

<sup>2)</sup> Garraud, *ibid.*, р. 15.



вовать всемірно личному и общественному развитію»<sup>1)</sup>. Въ другомъ мѣстѣ читаемъ: «Задачу *научнаго изученія* карательной дѣятельности составляетъ устраненіе недостатковъ (въ организаціи и приѣмахъ наказанія) путемъ *опытнаго и всесторонняго* изученія различныхъ видовъ преступности, тщательное изслѣдованіе возможныхъ средствъ борьбы съ ней»<sup>2)</sup>. Еще далѣе видимъ признаніе того, что «развитіе работъ по уголовной антропологіи и особенно соціологіи *обусловливаетъ прогрессъ уголовного права*». Наконецъ даже прямо признается, что «необходимымъ подспорьемъ для оцѣнки жизнепримѣнимости существующихъ нормъ уголовного права и мѣръ государственной борьбы съ преступленіями, для опредѣленія направленія дальнѣйшихъ реформъ—должно быть *изслѣдованіе той роли, которую играютъ преступленіе и наказаніе въ соціальной жизни; условій, содѣйствующихъ или препятствующихъ развитію преступности, тѣхъ типическихъ особенностей, которыя проявляетъ классъ преступниковъ и съ которыми имѣетъ дѣло государственное правосудіе*»<sup>3)</sup>.

Вѣрно, прекрасно, безспорно,—только и сможетъ сказать новаторъ, прочитавъ приведенныя воодушевленныя и убѣдительныя строки. Даже той уступки, которую дѣлаютъ остальные авторы, кромѣ Гарро и Таганцева, достаточно для признанія отсутствія права на существованіе у прежняго узкаго взгляда на предѣлы науки уголовного права: если антропологическія и соціологическія изслѣдованія настолько важны, что не только оказываютъ вліяніе на пересмотръ и переработку цѣлыхъ отдѣловъ и институтовъ уголовного права, но даже создаютъ новые отдѣлы и институты въ этой наукѣ, то, очевидно, eo ipso расширяются предѣлы этой науки, вносятся въ нее новыя задачи, и ея прежній узко юридическій характеръ измѣняется, какъ несоотвѣтствующій новымъ развившимся научнымъ взглядамъ и потребностямъ<sup>4)</sup>.

<sup>1)</sup> Таганцевъ, ук. ст., «Право» № 51, стр. 2285, 2286, 2287.

<sup>2)</sup> Таганцевъ, «Лекціи», стр. 129; курсивъ вездѣ нашъ.

<sup>3)</sup> Таганцевъ, ук. ст., «Право» № 51, стр. 2285, 2286, 2287.

<sup>4)</sup> Ср. Бѣлогриць-Котляревскій, ук. ст. въ «Кіевск. унив. изв.», стр. 9; къ сожалѣнію, проф. Котляревскій не сдѣлалъ полностью выводовъ, вытекающихъ изъ его правильныхъ критическихъ замѣчаній, и ограничился указаніемъ на необходимость болѣе широкой и цѣлесообразной постановки ученія о наказаніи».

Что же касается Гарро, а въ особенности Таганцева, то для нихъ возвратъ къ старой формулѣ, очевидно, невозможенъ; даже трудно что нибудь прибавить къ ихъ обрисовкѣ задачъ уголовного права, а аргументація Таганцева окончательно поражаетъ чистый классицизмъ: вѣдь этотъ классицизмъ видѣлъ въ преступленіи «абстрактную формулу», онъ былъ противъ «всесторонняго изученія», онъ находилъ невозможнымъ примѣнять «опытный» методъ, онъ не хотѣлъ «изслѣдовать роль преступленія и наказанія въ соціальной жизни» и не хотѣлъ признавать «типическихъ особенностей класса преступниковъ»; онъ наконецъ отвергалъ, что «прогрессъ науки уголовного права обусловливается развитіемъ работъ по уголовной антропологии и особенно соціологии». Указывая на невозможность такой постановки науки уголовного права, авторъ косвенно не только разбиваетъ при помощи неотразимой аргументаціи формулу, сводившую все уголовное право къ изученію одной юридической конструкціи, но и памѣтилъ въ общихъ чертахъ содержаніе необходимой реформы. Всякое разнорѣчіе между нимъ и новаторами должно бы пасть, но..., развернувъ предыдущую главу нашей статьи, мы увидимъ, что глубокоуважаемый авторъ старается доказать невозможность расширенія предѣловъ науки уголовного права и отвергаетъ предложенія въ этомъ смыслѣ какъ радикальныя, такъ и «болѣе умѣренныя», по его же собственному признанію. Изученіе преступной личности допускается, далѣе, «лишь постольку, поскольку она проявляется въ преступномъ дѣяніи», наконецъ, предметомъ курса уголовного права (а слѣдовательно, и дѣломъ науки уголовного права) объявляется... «изученіе юридической конструкціи преступныхъ дѣяній и вызываемой ими карательной дѣятельности государства, изученіе совокупности нормъ, опредѣляющихъ наказуемость преступныхъ дѣяній»... <sup>1)</sup>.

Уступка «новому курсу» такимъ образомъ берется назадъ, почва для дѣйствительнаго и серьезнаго компромисса теряется, а

<sup>1)</sup> Таганцевъ, ук. ст. «Право», № 52, стр. 2337—2338. Гарро также высказывается за то, чтобы весь не-юридическій матеріалъ вѣдался другими родственными науками, а уголовное право осталось при изученіи преступленія и наказанія, какъ «юридическихъ явленій»; см. Bagaud, ук. ст., стр. 13—14. Аналогичны предложенія Сергѣевского, Вульфберта и мн. др.



въ результатъ противорѣчіе, существовавшее у другихъ единомышленниковъ автора, становится яркимъ и вынуклымъ.

Чѣмъ же пытаются примирить это противорѣчіе? Прежде всего указываютъ, что изгнаніе изъ науки уголовного права не-юридическаго элемента не равноспильно отрицанію значенія этого элемента для той же науки уголовного права. Разработку этого элемента предоставляютъ другимъ наукамъ, которыя однакоже должны находиться въ связи съ уголовнымъ правомъ и «помогать» послѣднему. Криминалисту предписывается изучать преступленіе и наказаніе *только*, какъ юридическія понятія, но онъ долженъ быть знакомъ съ трудами изъ области «вспомогательныхъ» наукъ, долженъ «считаться» съ ихъ данными, пользоваться ихъ «выводами» и брать эти выводы въ качествѣ «отправныхъ пунктовъ» для своей всегда и неизмѣнно «юридической» работы <sup>1)</sup>.

Но такая постановка вопроса и неопредѣленна, и практически невыполнима, и неправильна <sup>2)</sup>. Неправильна она потому, что зиждется на такомъ пониманіи характера и цѣлей уголовного права, съ одной стороны, и уголовной антропологіи и социологіи — съ другой, которое, какъ мы видѣли въ предыдущей главѣ нашей статьи, вѣрнымъ признано быть не можетъ. Непредѣленна потому, что оставляетъ открытымъ вопросъ, при какихъ юридическихъ конструкціяхъ криминалистъ обязанъ «считаться съ родственными науками», а при какихъ можетъ не считаться, а также вопросъ, *въ какой мѣрѣ* долженъ онъ производить эти счеты и какъ ему поступить, чему отдавать предпочтеніе, если его абстрактные и «строго-юридическіе» выводы окажутся въ противорѣчій съ не-юридическими, но основанными на точныхъ и проверенныхъ данныхъ, выводами родственныхъ наукъ; и вѣдь это вопросы не праздныя; они возникаютъ теперь, а съ прогрессомъ уголовной социологіи и антропологіи будутъ возникать еще чаще.

<sup>1)</sup> Таганцевъ, ук. ст.; «Право», № 51, стр. 2285, 2287; Garraud, указ. ст., р. 15—20; Puglìа, ук. ст., см. Ferrì, «Sociol. crimin.» р. 577—578; Сергѣевскій, ук. уч., стр. 16—17; Вульффертъ, ук. ст. во «Временникъ Дем. Лиц», стр. 32—33. Ср. Stammler, ук. соч., S. 165, 168.

<sup>2)</sup> Обширно и убѣдительно, но съ вѣсколько иной точки зрѣнія, чѣмъ мы, возражаетъ противъ сходныхъ теорій Ферри; см. Ferrì, «Sociol. crimin.», р. 580—583; сравни также Liszt, «Zweckgedanke Z. f. d. G. S. 1833, B. III, S 47.

Наконецъ указанное предложеніе и практически невыполнимо. Если криминалистъ будетъ брать изъ вспомогательныхъ наукъ необходимыя ему для юридическихъ построений выводы и данныя, такъ сказать, въ готовомъ видѣ, безъ серьезной критической ихъ *провѣрки*, то онъ будетъ дѣйствовать ненаучно: въ наукѣ нельзя пѣть съ чужаго голоса, и притомъ даже не стараясь дать себѣ отчетъ, не фальшиво ли поетъ первый голосъ. Не забудемъ кромѣ того, что ни антропология, ни социология не являются точными науками; онѣ не могутъ давать аксіомъ, какъ это дѣлаетъ математика, оперирующая надъ точными и отвлеченными величинами: формулируемые ими законы суть законы въ неточномъ смыслѣ; указываемые факторы преступности, а равно и другіе конечные выводы должны быть принимаемы лишь постольку, поскольку *доказано*, что въ основѣ высказанныхъ положеній лежатъ вѣрныя и строго провѣренныя данныя. Обойтись безъ этихъ положеній криминалистъ, какъ признаютъ и наши оппоненты, не можетъ, но онъ также не можетъ и не долженъ сооружать свои юридическія постройки, заимствуя для нихъ у другихъ фундаментъ, прочности котораго онъ самъ не провѣрилъ и о составѣ и свойствахъ котораго знаетъ лишь изъ словъ другихъ <sup>1)</sup>.

Если же криминалистъ будетъ относиться критически къ тому не-юридическому матеріалу, который онъ будетъ заимствовать, если онъ будетъ въ случаяхъ сомнѣнія перерабатывать этотъ матеріалъ, если для каждаго своего предложенія онъ будетъ искать твердыхъ позитивныхъ основаній и разъяснять, почему онъ призналъ прочнымъ тотъ не юридическій фундаментъ, на которомъ создаются его построения, то такимъ образомъ рамки науки уголовного права расширятся: кромѣ юридическаго матеріала въ ней будетъ разматриваться, а при надобности и перерабатываться, и необходимый не-юридическій матеріалъ, т. е. будетъ сдѣлано какъ-разъ то, чего не хотятъ допустить сторонники формальнаго пониманія науки уголовного права, выдвинувшіе разобранный нами компромиссъ.

<sup>1)</sup> Ср. Н. П—скій, ук. ст., стр. 7, а также Gauckler, ук. ст., р. 1—2, гдѣ указана необходимость «fixer les principes qui déterminent la nature de la pénalité et la fonction du droit pénal».



Если же мы вспомним, что уголовная социология и уголовная антропология суть дисциплины молодые и далеко еще не установившіяся, если признаем, что еще на многие из насущных для криминалиста вопросов они не дают достаточно разработанного отвѣта, то мы пойдемъ еще далѣе и потребуемъ, чтобы въ этихъ случаяхъ криминалистъ самостоятельно искалъ необходимыхъ ему научныхъ основъ и разрабатывалъ ихъ. Высказывая это, мы призываемъ къ наукѣ уголовного права тотъ взглядъ на задачи и обязанности прикладной науки, который былъ нами развитъ въ третьей главѣ нашей статьи.

## V.

Труденъ путь, на который вступаетъ наука уголовного права, расширяя свои предѣлы. При ограниченіи однимъ юридическимъ матеріаломъ задача значительно упрощается, и многие «проклятые вопросы» устраняются. На вопросы—растетъ ли преступность и какая, можно ли предупреждать преступленія и какіе пути для этого оказываются лучшими, дѣйствительными ли и насколько являются современныя карательныя системы въ борьбѣ съ преступностью, какія мѣры огражденія могутъ быть приняты относительно невмѣняемыхъ совершителей преступленій, и т. д.— криминалистъ, сторонникъ строго юридическаго пониманія науки уголовного права, отвѣтитъ: «это не мое дѣло, обращайтесь къ другимъ дисциплинамъ» и спокойно перейдетъ къ занятію своими конструкціями. Криминалисту же, стороннику болѣе широкаго пониманія науки уголовного права, приходится отъ поверхности явленій идти въ глубь ихъ, гдѣ многое еще темно и невѣдомо, куда падаютъ лишь робкіе лучи разсвѣта, гдѣ на каждомъ шагѣ можно наткнуться на подгнившій фундаментъ красиваго сверху зданія, содержащаго много привычныхъ и излюбленныхъ квартиръ, гдѣ наконецъ массы новыхъ не систематизированныхъ, не всегда стройныхъ, но порой грозныхъ данныхъ не укладываются въ готовыя формулы и настойчиво требуютъ къ себѣ вниманія. Съ благодарностью долженъ онъ принимать при исполненіи своей задачи всякую помощь отъ другихъ наукъ, поскольку ими разработанъ необходимый ему матеріалъ,

по и самъ долженъ заняться посильнымъ его изысканіемъ и разработкой, памятуя, что, если *теперь* онъ будетъ настаивать на строгомъ распределеніи труда между науками, то отъ этого прежде всего пострадаетъ *всёю наука*.

Въ какомъ же видѣ явится и изъ какихъ элементовъ составитъ расширенная наука уголовного права? На этотъ вопросъ надо дать полный и точный отвѣтъ и въ интересахъ самого дѣла, и для избѣжанія упрека, будто «требованія (о расширеніи рамокъ науки уголовного права) представляются до сихъ поръ мало выясненными, а соответствующая имъ программа изслѣдованія неуловимою» <sup>1)</sup>.

Для отвѣта мы должны подвести итоги тѣмъ замѣчаніямъ, которыя нами уже были сдѣланы, а затѣмъ эти замѣчанія дополнить.

Въ современномъ правовомъ государствѣ господствуетъ или по крайней мѣрѣ должно господствовать начало законности. Въ области уголовного права это начало находитъ свое выраженіе въ принципѣ: «*nullum crimen, nulla poena sine lege*»; общественный строй нормируется съ этой стороны уголовными законами, которые имѣютъ своимъ отправнымъ пунктомъ преступленіе и и устанавливають его послѣдствія, т. е. легализируютъ отправленіе правосудія. Какъ у всего общества, такъ и въ частности у служителей правосудія, практическихъ юристовъ, существуетъ потребность въ томъ, чтобы научно изслѣдовался матеріалъ, заключающійся въ уголовномъ законодательствѣ, и чтобы этотъ казуистическій и раздробленный матеріалъ былъ сводимъ въ стройную систему, гдѣ ясно видны были бы общіе и основныя принципы, гдѣ всякая частность подводилась бы подъ определенную родовую и видовую категорію. Этой потребности знанія и пониманія уголовного закона прежде всего служить наука уголовного права. Первая часть, первый составной элементъ ея есть такимъ образомъ *уголовная догматика* <sup>2)</sup>.

<sup>1)</sup> Сергѣевскій, ук. уч., стр. 18; ср. также Lucchini (ук. соч., рѣф., р. 1—2).

<sup>2)</sup> Эту часть иногда именуютъ «уголовнымъ правомъ въ тѣсномъ смыслѣ». Мы сами, вслѣдъ за Листомъ, употребляли этотъ терминъ, но предпочитаемъ отъ него отказаться для большей ясности въ терминологіи.



Но одна догматика не может заполнить собою все содержание науки уголовного права. Общество, страдающее от зла преступленія, имѣетъ право предъявлять къ наукѣ болѣе обширныя требованія; болѣшаго требуетъ и само понятіе, связываемое со словомъ «наука».

Давая въ догматикѣ изученіе юридической оболочки явленій, наука не можетъ игнорировать и реальной, жизненной подкладки этихъ явленій. Ихъ совокупность составляетъ родовое понятіе «преступность», и эта преступность является грознымъ социальнымъ явленіемъ, которое, какъ свидѣтельствуемъ опытъ, не только не уничтожается, но даже можетъ увеличиваться, если борьба съ нимъ ведется исключительно путемъ примѣненія наказаній. Какъ же бороться съ этимъ зломъ? Чтобы дать научный отвѣтъ, нужно изслѣдовать его причины; оно есть слѣдствіе какихъ-то причинъ, не открывъ которыхъ и не воздействуя на нихъ, нельзя измѣнить и слѣдствія.

2) Изслѣдованіе причинъ, которыми обуславливается возникновеніе, развитіе и измѣненіе преступности, и образуетъ вторую часть, второй составной элементъ науки уголовного права. Въ этомъ отношеніи уже сдѣлано не мало, причемъ констатированы три группы причинъ или факторовъ преступности: факторы личные (біологическіе, антропологическіе), лежащіе внутри чловѣка, — его физическая и психическая организація со всѣми ея свойствами, предрасположеніями, особенностями, дефектами и т. д.; факторы социальные — политическіе, экономическіе и т. д., и факторы космическіе — климатъ, температура и т. п. Дальнѣйшія изысканія дадутъ наукѣ еще болѣе твердую точку опоры <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> При изслѣдованіи первыхъ двухъ группъ факторовъ криминалистъ работаетъ рука объ руку съ уголовнымъ социологомъ и уголовнымъ антропологомъ, поскольку матеріалъ, разрабатываемый послѣдними, можетъ имѣть непосредственное значеніе для борьбы съ преступностью и для наилучшаго отправленія правосудія. Что же касается факторовъ космическихъ, то надъ ними могла бы работать уголовная физика, о которой говоритъ Кюшъ (ук. ст., р. 476); но такой науки нѣтъ. Но это не помѣшало Ферри и Фойницкому заняться самостоятельнымъ изслѣдованіемъ этихъ факторовъ. Здѣсь мы видимъ подтвержденіе необходимости той широкой постановки науки уголовного права, которую мы защищаемъ: не находя нужныхъ данныхъ въ другихъ наукахъ, названные криминалисты приступаютъ къ самостоятельному ихъ изысканію и изслѣдованію.

Эту часть науки уголовного права обыкновенно именуют криминологіей <sup>1)</sup>. Но этотъ терминъ является нехарактернымъ, а къ тому же и неудобнымъ; его часто употребляютъ въ болѣе широкомъ смыслѣ, вплоть до объятія имъ всей науки уголовного права <sup>2)</sup>. Поэтому мы предпочитаемъ называть эту часть науки— *уголовной этиологіей*.

Данныя уголовной этиологіи дадутъ возможность научно по-  
ставить третью часть, третій составной элементъ науки уголов-  
наго права,—*уголовную политику*, но онѣ же (въ особенности  
данныя антропологическаго характера) дадутъ массу цѣнныхъ свѣ-  
дѣній и для отправленія правосудія въ настоящемъ: легче убѣж-  
даться въ виновности или невинности, легче оцѣнивать улики,  
легче выбрать болѣе подходящую мѣру и родъ наказанія, если  
вооруженъ знаніями, обрисовывающими преступниковъ не in ab-  
stracto, а какъ живыхъ людей съ ихъ привычками и особенностямъ.

Подъ уголовной политикой мы разумѣемъ ту часть науки  
уголовнаго права, которая призвана служить цѣлямъ будущаго,  
давая указанія для надлежащей постановки дѣла борьбы съ пре-  
ступленіемъ какъ путемъ социальныхъ реформъ, такъ и путемъ соз-  
данія лучшаго уголовного законодательства; она такимъ образомъ  
распадается на политику превентивную и политику репрессивную.

Мы говоримъ о социальныхъ реформахъ, ибо непосредственно  
измѣнять реформами можно только социальные факторы преступ-  
ности, затѣмъ на личные факторы преступности непосредственно  
можно воздѣйствовать только болѣе цѣлесообразно поставленной  
системой репрессій, которую можетъ дать улучшенное на основаніи  
опытныхъ данныхъ уголовное законодательство. Посредственно же  
на эти факторы можно воздѣйствовать путемъ тѣхъ же социаль-  
ныхъ реформъ: образованіе и воспитаніе могутъ смягчать дурныя  
наклонности; улучшеніе экономическихъ условій жизни пролета-  
ріата можетъ уменьшить явленія вырожденія и т. д. То же можно  
сказать и о факторахъ космическихъ: непосредственное воздѣй-  
ствіе на нихъ почти невозможно; посредственно же силу ихъ  
могутъ ослаблять тѣ же социальные реформы: холодъ не вызоветъ

<sup>1)</sup> Listz, ук. ст., Zeitschr. 1900, S. 166; Пюнтковскій, ук. ст., стр. 6.

<sup>2)</sup> Garofalo и Wargа, см. Wargа, ук. соч., I. S. 173 ff.



кражи, если есть чѣмъ топить, зной не доведетъ споръ къ ссорѣ до убійства, если хорошее воспитаніе приучило человѣка сдерживать гнѣвные порывы, и т. п.

Мы не хотимъ сказать, что реформаторскія предложенія и особенно проекты улучшенія въ законодательствѣ должны составлять исключительно на основаніи данныхъ уголовной этиологии. Эти данныя безспорно составляютъ необходимый реалистическій фундаментъ; только съ помощью его станетъ возможнымъ прочное развитіе науки, ибо только такимъ путемъ будетъ ослабленъ крайній субъективизмъ отдѣльныхъ теоретиковъ и навсегда прекратится возможность производить реформы по вдохновенію, по выставленнымъ априорно тезисамъ, по формуламъ, диктуемымъ одностороннимъ и сухимъ доктринализмомъ и т. п.; словомъ, только тогда требованіе Конта «*savoir pour révoir*» вступитъ въ полную силу.

Но есть и еще данныя, съ которыми также должна считаться уголовная политика. Эти данныя, во-первыхъ—историческія, и во-вторыхъ—идеалистическія.

Исторія вырабатываетъ извѣстный складъ жизни, извѣстный запасъ матеріальныхъ средствъ и т. д. Со всѣмъ этимъ необходимо считаться, ибо, какъ бы прекрасны и какъ бы научно обоснованы ни были наши желанія и предложенія, они могутъ настолько отличаться отъ существующаго, что при немедленномъ осуществленіи они не принесутъ всѣхъ чаемыхъ плодовъ или захирѣютъ подъ вліяніемъ явныхъ и скрытыхъ, активныхъ и пассивныхъ противодѣйствій и условій. Лучше ограничиться болѣе скромными предложеніями, но за то болѣе осуществимыми.

Примѣромъ, достойнымъ подражанія, является въ данномъ случаѣ Ферри, который формулируетъ принципы, вытекающіе изъ разработаннаго имъ матеріала, но, переходя къ уголовно-политическимъ предложеніямъ, ограничиваетъ эти предложенія по соображенію о тѣхъ или иныхъ условіяхъ исторически сложившейся дѣйствительности.

Но этого еще мало. Мы можемъ самымъ научнымъ образомъ, и считаясь съ историческимъ положеніемъ вещей, построить вѣрную, цѣлесообразную и дѣйствительную уголовно-политическую систему, и тѣмъ не менѣе эта система не удовлетворитъ того самаго общества,

охрана котораго имѣется въ виду, по крайней мѣрѣ не удовлетворить его лучшихъ представителей. Въ наши дни преступность сильно возрастаетъ, рецидивъ умножается; можетъ быть, на почвѣ вполне научныхъ данныхъ уголовной этиологіи мы придемъ къ уголовно-политическому выводу, что лучший способъ борьбы (лучшій — въ смыслѣ болѣе дѣйствительнаго способа) съ этими печальными явленіями на почвѣ репрессивныхъ мѣръ, которыя необходимы всегда, какъ бы широко ни примѣнялись мѣры превентивныя, — это широкое примѣненіе смертной казни и пожизненнаго заключенія не только къ совершителямъ тягчайшихъ преступленій, но и къ упорнымъ совершителямъ преступленій маловажныхъ. Весьма вѣроятно, что, примѣняя этотъ реально-обоснованный выводъ на практикѣ, мы бы достигли полезныхъ результатовъ въ смыслѣ уменьшенія преступности, но существуютъ соображенія, въ силу которыхъ лучше достигнуть меньшихъ результатовъ, но смягчить свои уголовно-политическія предложенія. У общества есть извѣстный этический и идейный капиталъ, изъ котораго вытекаютъ понятія о справедливомъ и несправедливомъ, возвышенномъ и низкомъ; благодаря этому, обществу можетъ претить путь, который дастъ матеріальныя выгоды, но оскорбитъ его идеалы. И вотъ уголовный политикъ не долженъ никогда въ своихъ предложеніяхъ упускать этихъ идеаловъ изъ виду, памятуя, что «не о единомъ хлѣбѣ живѣтъ человѣкъ» и что у общества много задачъ, а не только задача бороться съ преступностью, которая удовлетворяетъ лишь одной изъ потребностей человѣчества; поэтому борьба должна вестись такъ, чтобы не оскорблялись другія потребности человѣчества, а въ число ихъ входитъ, какъ одна изъ важнѣйшихъ, потребность въ уваженіи къ его этическому и идейному капиталу.

Итакъ расширенная наука уголовного права должна состоять изъ уголовной догматики, уголовной этиологіи и уголовной политики <sup>1)</sup>; слѣдовательно, уголовное право есть наука, система-

<sup>1)</sup> Мы не упоминали отдѣльно не объ исторіи уголовного права, ни о сравнительномъ изученіи права другихъ государствъ, ни, наконецъ, о философіи уголовного права, ибо всѣ эти элементы необходимы для лучшей постановки уголовной догматики, служатъ ея дополненіемъ и должны излагаться вмѣстѣ съ ней. Такого отдѣльнаго упоминанія не дѣлаютъ и другіе криминалисты, какъ-то Листъ, Гоклеръ, Гарро, Фойницкій, Калькеръ, Пюнтковскій и другіе.



тически изучающая какъ юридическую сторону отдѣльныхъ проявленій преступности съ ихъ послѣдствіемъ въ видѣ наказанія, такъ и генезисъ преступности въ ея цѣломъ; освѣщая существующее уголовное законодательство и существующіе способы борьбы съ преступностью, она стремится къ болѣе успѣшной и цѣлесообразной организаціи этой борьбы въ будущемъ путемъ указанія необходимыхъ для этого соціальныхъ реформъ и выработки на твердыхъ основаніяхъ лучшаго уголовного законодательства.

Здѣсь мы находимъ возможнымъ вернуться къ перѣдко (у Духовскаго, Ферри, Кюша и др.) упоминаемой аналогіи между уголовнымъ правомъ и медициной; мы знаемъ, что ею можно злоупотреблять, разѣ невѣрно обрисовава задача медицины: но безъ такихъ злоупотребленій данное сравненіе вѣрно и полезно. Какъ медикъ долженъ знать болѣзни съ ихъ существенными признаками, безъ знанія которыхъ невозможенъ правильный діагнозъ, такъ и юристъ долженъ знать преступленія и законный ихъ составъ; какъ медикъ пуждается въ знаніи вызывающихъ болѣзни причинъ, находящихся какъ внѣ больныхъ, такъ и въ ихъ организмѣ, съ его большей или меньшей устойчивостью и предрасположеніями, такъ и криминалистъ долженъ быть знакомъ съ факторами преступности, находящимися какъ внѣ преступниковъ, такъ и въ нихъ самихъ. Наконецъ, какъ врачъ, озабочиваясь борьбою съ болѣзнями, не можетъ ограничиваться лѣченіемъ заболѣвшихъ и указаніемъ наилучшихъ способовъ лѣченія, но долженъ разрабатывать и мѣры наилучшаго предупрежденія болѣзней, такъ и юристъ-криминалистъ долженъ, не ограничиваясь изученіемъ современныхъ ему наказаній и предложеніями лучшей вепрессивной системы, обратить самое серьезное вниманіе на широкую организацію мѣръ превентивныхъ <sup>1)</sup>.

<sup>1)</sup> По послѣднему вопросу (включеніе въ науку уголовного права превентивныхъ мѣръ) особенно подробно высказался Што с с ъ (см. его *Kampf gegen d. Verbrechen*, S. 19); его главный и самый вѣрный аргументъ—признаніе того, что превенція и репрессія преслѣдуютъ одинаковую цѣль—дѣйствительную борьбу съ преступностью,—сроденъ съ аргументомъ, приведеннымъ нами. Онъ указалъ, что „тщательное отдѣленіе превенціи отъ репрессіи еще и нынѣ въ уголовномъ правѣ почитается классическимъ“, но что требовать этого отдѣленія такъ же нерационально, какъ требовать отъ врача, чтобы онъ не занимался мѣрами гигиены. „Государство, ведущее борьбу съ преступностью, чтобы обезпечить себѣ по-

При изгнаніи изъ науки уголовного права какого-либо изъ указанныхъ нами элементовъ она или потеряетъ характеръ науки, или не достигнетъ одной изъ существенно важныхъ цѣлей, т. е. и въ томъ, и въ другомъ случаѣ не дастъ шахинши'а полезности, который можно отъ нея требовать въ интересахъ человѣчества, которому она призвана служить <sup>1)</sup>.

Какимъ же именемъ назвать нашу расширенную науку? Одни называютъ ее уголовной соціологіей (Ферри) другіе—уголовной антропологіей (Ломброзо), третьи—кримінологіей (Гарофало), четвертые (Листъ, Пюнтковскій) по прежнему—наукой уголовного права.

Мы присоединяемся къ послѣднимъ. Уголовная соціологія есть вѣтвь общей соціологіи, въ нее не можетъ входить, какъ составная часть, ни уголовная догматика, имѣющая строго юридическій характеръ, ни та часть этиологіи, которая разсматриваетъ біологическія данныя.

Наоборотъ, въ уголовную антропологію не можетъ войти ни та же уголовная догматика, ни та часть этиологіи, которая изучаетъ матеріалъ соціологической. Терминъ „кримінологія“ не удобенъ, какъ родовой, ибо употребляется въ качествѣ видового

---

бѣду, дѣйствуетъ то однимъ, то другимъ оружіемъ, то ими обоими. Теоретики, которые желали бы тщательнѣе „очистить“ уголовное право отъ превентивныхъ мѣръ, изгоняютъ эти мѣры изъ уголовныхъ кодексовъ и уголовной юстиціи, но они забываютъ о реальной связи (*Zusammengehörigkeit*) превенціи и репрессіи. Сходная теорія съ большою силой и убѣдительною рѣчью была развита у Ферри; см. Ferris: „Sociol. crimin.“, p. 248—258.

<sup>1)</sup> При указаніи составныхъ элементовъ уголовного права мы не упоминали о нѣкоторыхъ дисциплинахъ, упоминаемыхъ другими. Отмѣтимъ поэтому вкратцѣ, что „пенологія“, т. е. ученіе о наказаніи и его возможно лучшей организаціи, не составляетъ отдѣльнаго элемента науки уголовного права, ибо входитъ частью въ уголовную догматику, частью въ уголовную политику. То же нужно сказать и о „тюрмовѣдѣніи“, которое есть лишь часть пенологіи. Далѣе, „пенитенціарная наука“, о которой говорятъ въ послѣднее время французы (см., напримѣръ, ук. ст. Кюша), есть не что иное, какъ уголовная политика, ограничивающаяся мѣрами репрессивными и оставляющая въ сторонѣ превентивныя. Ея пропагандисты берутъ это названіе лишь потому, что считаютъ терминъ „уголовная политика“ малопонятнымъ по обычному французскому словоупотребленію и по тому и неудобопрививаемымъ; наконецъ уголовная психологія и уголовная психопатологія суть части уголовной антропологіи. Что же касается уголовной антропологіи и уголовной соціологіи, то и о нихъ и объ ихъ отношеніи къ уголовному праву мы уже нѣсколько разъ имѣли случай говорить.



(мы уже видѣли, что иѣкоторые прилагаютъ этотъ терминъ къ уголовной этиологіи) и, говоря о преступленіи, имѣетъ прототипомъ также видовой терминъ „пенелогія“, говорящій о наказаніи.

Терминъ „наука уголовного права“<sup>1)</sup> удобенъ потому, что, хотя и не является точнымъ, ибо не все имъ охватываемое въ данномъ случаѣ будетъ „правомъ“ въ строгомъ смыслѣ, но не порождаетъ путаницы и недоразумѣній, указываетъ, что новая расширенная наука есть не что иное, какъ болѣе широкая постановка той же науки уголовного права, которая имѣетъ за себя многовѣковое существованіе, и ярко выражаетъ, что юридическій элементъ не упраздненъ, а лишь дополненъ съ оставленіемъ его на первомъ планѣ. Если же намъ скажутъ, что въ новомъ видѣ уголовное право уже не будетъ юридической наукой, а потому должно переименовать имя, то мы отвѣтимъ, что болѣе подходящаго имени мы не знаемъ, а съ тѣмъ, что оно перестало быть юридической наукой, не согласны въ силу соображеній, приведенныхъ нами выше при защитѣ стараго, по родного и привычнаго всѣмъ намъ криминалистамъ имени.

## VI.

Установивъ содержаніе и составные элементы науки уголовного права въ томъ видѣ, какъ мы ихъ понимаемъ, мы для завершенія нашего очерка должны указать какъ на обстоятельства, способствовавшія такому расширенію вообще, такъ и въ особенности на труды лицъ, оказавшихъ этому расширенію особенное содѣйствіе.

Если справедливо, что требованія реформы въ наукѣ уголовного права *въ полномъ объемѣ* выставляются только съ послѣдней четверти истекшаго XIX вѣка, то столь же справедливо, что отдѣльные элементы реформы были указаны гораздо раньше или по крайней мѣрѣ была подготовлена для нихъ почва. Въ другомъ мѣстѣ мы прослѣдимъ ихъ развитіе, здѣсь же, въ предѣлахъ журнальной статьи, мы можемъ отмѣтить лишь важнѣйшіе пункты.

<sup>1)</sup> Strafrechtswissenschaft или gesamte Strafrechtswissenschaft, по терминологіи Листа.

Прежде всего отдѣльныя, а иногда даже систематизированныя требованія уголовно-политическаго характера мы встрѣчаемъ уже въ трудахъ Платона и Аристотеля, т. е. въ той сѣдой древности, когда о наукѣ уголовного права въ смыслѣ юридическомъ еще не было и рѣчи. Еще большее развитіе уголовно-политическія идеи получаютъ у поэтовъ, философовъ, а отчасти и юристовъ Рима, а также въ первый періодъ развитія каноническаго права у такихъ, напримѣръ, выдающихся мыслителей, какъ блаженный Августинъ. Затѣмъ, подъ вліяніемъ цѣлаго ряда неблагоприятныхъ историческихъ условій, факель уголовно-политической мысли едва-едва не угасаетъ, и даже столь яркія явленія, какъ гуманизмъ и реформація, не заставляютъ его разгорѣться. Что же касается трудовъ специалистовъ криминалистовъ, то они преимущественно отличаются узко-практическимъ характеромъ и не содержатъ въ себѣ идей, могущихъ обновить науку уголовного права; имѣя значеніе уголовно-догматическое, они чужды элемента уголовно-политическаго. Даже вліяніе реформаторскихъ идей естественнаго права сказывается въ наукѣ уголовного права весьма поздно, ибо только во второй половинѣ XVIII вѣка возникаетъ могучій реформаторскій потокъ (въ трудахъ Беккариа, Ментескье, Вольтера и др.); выдвинувшій уже не отдѣльныя уголовно-политическія предложенія, а цѣлыя системы уголовно-политическаго характера.

Какъ ни враждебно отнеслась правовѣрная юриспруденція къ этимъ системамъ, какъ упорно ни оставила каждую пядь существующаго строя, какъ ни отрецивалась отъ включенія уголовно-политическаго матеріала въ науку уголовного права, сила развившихся прогрессивныхъ идей взяла свое и не только вызвала рядъ крупнѣйшихъ реформъ, но и заставила криминалистовъ признать, что они въ своей наукѣ обязаны говорить какъ о существующемъ, такъ и о томъ, что *должно* существовать. Такимъ образомъ уголовно-политическій элементъ получилъ впервые подобающее ему значеніе. И вотъ мы видимъ, что уже въ 1816 г. объ уголовной политикѣ говоритъ авторитетный криминалистъ того времени Böhmér<sup>1)</sup>; о ней упоминаетъ и Фейербахъ; ей серьезное

<sup>1)</sup> Böhmér, „Handbuch der Litteratur des Criminalrechts mit besonderer Rücksicht auf Kriminalpolitik“, 1816.



мѣсто отводить въ своихъ трудахъ и признають ее составнымъ элементомъ науки уголовного права Henke, Kappler, Kleinschrod и мн. др. <sup>1)</sup>).

Но затѣмъ уголовная политика не удержалась въ уже занятыхъ ею позиціяхъ, и наука уголовного права снова вернулась къ догматизму, хотя уже въ видѣ историко-догматизма. Причинъ этому было много; мы ихъ усматриваемъ частью во вліяніи исторической школы (которая, хотя и не была столь реакціонной, какъ представляется это некоторымъ, но все-же выдвинула юристамъ главный тезисъ: „смотри назадъ, а не впередъ“), частью въ томъ, что уголовному праву нужно было переварить сложный матеріалъ, проникшій изъ теорій въ законы, т. е. ставшій изъ уголовно-политическаго уголовно-догматическимъ, и въ увлеченіи этой задачей незамѣтно былъ воскрешенъ старый узкій практицизмъ подъ громкимъ именемъ „философіи положительнаго права“, частью наконецъ въ томъ, что сама уголовная политика не имѣла твердой, позитивной почвы подъ ногами и противопоставляла дѣйствующему праву предложенія, продиктованныя почти исключительно отвлеченно-идейными соображеніями.

Уголовно-политическій матеріалъ исчезаетъ изъ учебниковъ и монографій, и если и допускается, то какъ бы изъ снисхожденія и допускается лишь, такъ сказать, на задворки.

Но такое положеніе дѣлъ не могло длиться безъ конца, ибо уголовная политика необходима какъ для отвѣта на насущные запросы жизни, такъ и для удовлетворенія потребности человеческого ума критически относиться къ существующему и желать лучшаго. Она снова воскресаетъ и расцвѣтаетъ въ небывалыхъ размѣрахъ, но уже безъ риска когда нибудь погибнуть, ибо теперь она становится на прочную почву и получаетъ надежную опору въ уголовной этиологіи, въ новой отрасли науки уголовного права, образовавшейся благодаря трудамъ уголовныхъ антропологовъ и уголовныхъ соціологовъ, широко воспользовавшихся данными

<sup>1)</sup> Henke: „Handbuch des Kriminalrechts und der Kriminalpolitik“, 1823; Kappler: „Handbuch der Litteratur des Criminalrechts“, 1838; Kleinschrod даетъ обзоръ итальянскихъ авторовъ, говорившихъ объ уголовной политикѣ, см. Alte Archiv. d. Criminalr., V. I; Нерр специально изслѣдуетъ „Benthams Kriminal-Politik“ и т. д.

статистики и экспериментальнымъ методомъ. Наука уголовного права снова постепенно расширяется и припимаетъ надлежащій и законченный видъ.

Задавшись вопросомъ, кто наиболѣе способствовалъ такому расширенію, мы укажемъ на Ферри, Принса и Листа за границей и И. Я. Фойницкаго у насъ, но лепту свою въ это дѣло внесли Вальбергъ, Тардъ, Гоклеръ, Кюшъ, Гарофало, Пюнтковский и мн. др.

Не соглашаясь съ Ферри въ пунктахъ, уже нами указанныхъ, мы тѣмъ не менѣе не можемъ не отдать должнаго этому талантивому, энергичному и просвѣщенному борцу за реформу науки уголовного права, въ высшей степени обладающему инициативой и оригинальнымъ мышленіемъ. Онъ много поработалъ для установленія факторовъ преступности и для широкой постановки превенціи, онъ пламенно отстаивалъ необходимость для нашей науки новыхъ путей и методовъ, онъ мѣтко указалъ односторонность и недостаточность абстрактнаго изученія. Много у него ошибокъ и много ложныхъ увлеченій, много крайности и нетерпимости, но за то много и положительнаго элемента, которымъ широко пользовались и нынѣ пользуются какъ его безусловные единомышленники, такъ и цѣлый рядъ болѣе умѣренныхъ по направленію криминалистовъ, а въ томъ числѣ и Листъ, и длинная фаланга молодыхъ романскихъ ученыхъ.

Въ меньшей степени оригинальнымъ является Листъ; цѣлый рядъ идей онъ заимствуетъ у антропологовъ, а въ вопросѣ о томъ, включить ли въ уголовное право разработку не-юридическаго матеріала, онъ высказывалъ не мало колебаній, пока отъ компромисса въ духѣ Гарро перешелъ къ компромиссу дѣйствительному и серьезному. Но и въ своихъ заимствованіяхъ, и въ своихъ колебаніяхъ онъ остается крупнымъ ученымъ и крупнымъ мыслителемъ; чужія идеи и чужой матеріалъ онъ перерабатываетъ такъ основательно и освѣщаетъ съ такихъ интересныхъ точекъ зрѣнія, что все кажется новымъ и становится необычайно убѣдительнымъ, но къ этому чужому онъ прибавляетъ и массу своего, всегда смѣлаго, всегда интереснаго; онъ чуждъ косности и рутинны, онъ рѣшительно идетъ впередъ, когда убѣжденъ, что это нужно сдѣлать;



онъ уважаетъ изъ стараго то, что нужно уважать; онъ не утомимъ въ пропагандѣ своихъ научныхъ взглядовъ и во всякаго рода организаторствѣ, плодомъ котораго явился какъ грандіозный Международннй союзъ криминалистовъ, такъ и чрезвычайно важное для науки изданіе современнаго сравнительно уголовного законодательства во всѣхъ государствахъ міра.

Всѣ эти качества въ высшей степени способствуютъ тому, чтобы Листъ сдѣлался центральной фигурой, главой школы. Его онъ и является, а, такъ какъ при его громадномъ вліяніи онъ высказывается за расширеніе науки уголовного права, такъ какъ онъ воскресилъ въ Германіи уголовную политику и указалъ для нея прочныя позитивныя основы, то ему едва ли не болѣе, чѣмъ другимъ, обязана наука уголовного права тѣмъ, что ея новая постановка находитъ все болѣе и болѣе приверженцевъ.

Что же касается Принса, то программными вопросами онъ занимался менѣе, чѣмъ Ферри и Листъ, но онъ далъ много вѣрныхъ указаній на необходимость реформировать науку уголовного права и далъ первый въ литературѣ трудъ, *практически* доказавшій возможность соединенія въ наукѣ уголовного права юридическаго элемента съ научно обоснованнымъ политическимъ или, какъ его называетъ самъ авторъ, «соціально-криминалогическимъ»<sup>1)</sup>. Тому же расширенію рамокъ науки уголовного права онъ послужилъ и другими своими учеными трудами, и тѣмъ, что вмѣстѣ съ Листомъ и ванъ-Гамелемъ явился основателемъ Международнаго союза криминалистовъ, начавшаго свою дѣятельность съ признанія недостаточности для науки одного юридическаго изученія.

Обращаясь наконецъ къ нашему отечеству, мы можемъ указать, что о расширеніи науки уголовного права у насъ начали говорить едва ли не раньше, чѣмъ гдѣ бы то ни было.

Уже въ 1865 году, не высказываясь прямо за расширеніе рамокъ науки уголовного права, *de facto* перешелъ въ своей работѣ далеко юридическіе предѣлы Неклюдовъ и при этомъ далъ указаніе, справедливость котораго остается незыблемой и лишь требуетъ дополнительныхъ указаній. «Уголовная политика госу-

<sup>1)</sup> Prins, ук. соч. «Science pénal et droit positif», 1899.

дарства», — сказал онъ, — «основанная на уголовной статистикѣ, будетъ государственная мудрость, противъ которой будетъ безсильна всякая борьба, потому что каждая такая мѣра, каждый такой законъ будетъ, по прекрасному выраженію Цицерона, *non lata, sed nata*, т. е. не созданнымъ искусственно, но выработаннымъ жизнью, а жизнь не можетъ противодействовать своимъ же собственнымъ потребностямъ и благу»<sup>1)</sup>. Если мы прибавимъ сюда, что научная разработка этой уголовной политики составляетъ одну изъ главнѣйшихъ задачъ криминалиста, то получимъ формулу, дальше которой во времена Неклюдова нельзя было пойти, ибо объ уголовной социологіи и антропологіи еще и рѣчи не было.

Въ 1872 году, т. е. также раньше итальянцевъ-антропологовъ, проф. Духовской развилъ широкую программу науки уголовного права, не упомянувъ лишь о несуществовавшихъ тогда данныхъ уголовно-антропологическаго характера. Онъ указалъ на необходимость, не ограничиваясь строго-юридической работой, приступить къ широкому изученію причинъ преступности: онъ возложилъ на уголовное право обязанность указывать государству средства для успѣшной борьбы съ преступностью и для реорганизации карательныхъ мѣръ въ духѣ отказа отъ теоріи возмездія. Онъ же серьезно и убѣдительно подчеркнул, что наука уголовного права должна вѣдать превентивныя мѣры и не стѣсняться указаніемъ необходимымъ социальныхъ реформъ<sup>2)</sup>.

Почти одновременно выставилъ свою теорію проф. Фойницкій, впоследствии ее дополнившій и донинѣ вѣрный ей въ ея основныхъ чертахъ. Авторъ самъ указываетъ, что по разнымъ причинамъ онъ не могъ подробно развить своихъ взглядовъ на науку уголовного права, но и безъ такого развитія его теорія имѣетъ большую важность, какъ одна изъ самыхъ первыхъ попытокъ въ корень реформировать пониманіе предѣловъ и задачъ науки уголовного права. Особою интересно то, что авторъ съ удареніемъ отмѣтилъ значеніе того личнаго фактора, признаніе важности котораго позже легло въ основу уголовно-антропологическихъ работъ, хотя въ то же время авторъ далеко былъ отъ непривзанія

<sup>1)</sup> Неклюдовъ: «Уголовно-статистическіе этюды», этюдъ I, 1865, стр. 5.

<sup>2)</sup> Духовской, указ. ст., стр. 29—32.



серьезной роли и других факторовъ (соціальныхъ и космическихъ) и изученіе всѣхъ ихъ поставилъ въ обязанность наукѣ уголовнаго права <sup>1)</sup>.

Сопоставляя статью, въ которой была впервые развита теорія проф. Фойницкаго, съ его послѣдовавшими трудами, мы думаемъ, что во взглядахъ проф. Фойницкаго и заключается основа серьезнаго компромисса между крайними мнѣніями враждующихъ въ наукѣ уголовного права лагерей: онъ глубоко уважаетъ юридическій элементъ въ нашей наукѣ, ибо уголовной догматикѣ посвящены два его капитальныхъ труда; онъ признаетъ и то, что мы именуемъ уголовной этиологіей, ибо не только рекомендуетъ изучать факторы преступности, но сдѣлалъ и свой личный взглядъ въ эту область; онъ переноситъ центръ тяжести, когда рѣчь идетъ о борьбѣ съ зломъ преступности, съ отдѣльныхъ преступленій на преступность въ ея цѣломъ, а когда рѣчь идетъ о наказаніи отдѣльнаго лица, то онъ требуетъ, чтобы смотрѣли не только на совершенное преступленіе, но и на все «личное состояніе преступности» даннаго индивида. Такимъ образомъ получаетъ признаніе и элементъ уголовно-политическій.

Изъ новѣйшихъ русскихъ криминалистовъ расширеніе рамокъ науки уголовного права отстаиваютъ Есиповъ и Пюнтковскій <sup>2)</sup>. Последний отчетливо и убѣжденно защищаетъ схему, родственную схемѣ Листа и въ своихъ основныхъ чертахъ сходную со схемой, принятой и нами.

Планъ и основы реформы, въ необходимости которой мы убѣждены, были такимъ образомъ уже намѣчены. Наши задачи свелись къ тому, чтобы подробнѣе мотивировать эту реформу и защитить ее отъ многочисленныхъ и разнообразныхъ возраженій.

Итоги нашего труда подведены. По существу своему, онъ является попыткой примирить крайніе взгляды, не желающіе дать должнаго мѣста въ нашей наукѣ, съ одной стороны, юридическому, а съ другой — политическому и этиологическому элементамъ; мы убѣждены, что серьезный и искренній компромиссъ теперь

<sup>1)</sup> Фойницкій, ук. ст. въ Суд. Журн., 1879 г.; ср. его же «Ученіе о наказаніи», 1889, стр. 42 сл. и предисл.

<sup>2)</sup> Пюнтковскій, ук. ст., стр. 3—23; Есиповъ, ук. уч., стр. 4—16.

нуженъ нашей наукѣ, ибо ей давно пора устанавливаться въ определенныхъ границахъ послѣ періода интенсивной программной борьбы, а этого она не можетъ сдѣлать до тѣхъ поръ, пока одна борющаяся сторона будетъ держаться лозунга— «все старое на смарку», а другая будетъ отворачиваться отъ всѣхъ новаторскихъ предложеній, повторяя, что въ наукѣ уголовного права «все обстоитъ благополучно».

Но примирительныя попытки имѣютъ одно неудобство: ихъ часто обвиняютъ въ эклектизмѣ, чему яркій примѣръ,— Ферри, для котораго всякій, не желающій оставаться чистымъ классикомъ, по въ то же время не желающій принимать крайнія стороны новаго курса, есть эклектикъ (а этому термину Ферри придаетъ смыслъ самый поносительный). Не чужда такихъ упрековъ и наша литература, гдѣ при разборѣ теорій примирительнаго характера часто съ ироніей говорится о «нивелировкѣ», «сглаживаніи крайностей» и т. п.

Мы имѣли однажды уже случай говорить по этому поводу <sup>1)</sup>, теперь же считаемъ нужнымъ высказаться еще подробнѣе. Мы сами противъ такихъ эклектическихъ теорій, которыя представляютъ изъ себя пеструю амальгаму, составленную изъ на удачу взятыхъ обломковъ и кусковъ разныхъ несогласныхъ между собою теорій. Но можетъ быть эклектизмъ и другаго рода: когда сложность отвѣта является органически необходимой, ибо вопросомъ затрогиваются явленія сложные, связанные съ массой побочныхъ вопросовъ и интересовъ, а потому простой и односторонній отвѣтъ оставляетъ въ сторонѣ часть ихъ, приносить въ жертву все остальное въ пользу одной излюбленной части. Въ этихъ случаяхъ мы за сложность, т. е. за эклектизмъ. Не будемъ забывать справедливаго замѣчанія Берштейна, что «эклектизмъ часто является лишь естественной реакціей противъ доктринерскаго стремленія выводить все изъ одного положенія или обесуждать все по одному и тому же методу.... Онъ есть возмущеніе здраваго смысла противъ свойственнаго всякой отдѣльной доктринѣ стремленія подгонять мысль подъ одинъ шаблонъ.... Безъ стрем-

<sup>1)</sup> См. нашу указ. раб. «Мотивъ», стр. 102.



ленія къ единообразному пониманію вещей нѣтъ научнаго мышленія; но жизнь шире всякихъ теорій, и самая строгая доктрина должна въ концѣ концовъ обратиться къ эклектизму»<sup>1)</sup>).

Мы уверены, что для науки уголовного права такой моментъ наступилъ; мы увѣрены, что сложное явленіе преступности требуетъ столь же сложной и разносторонней научной разработки; оно не ждетъ, оно все болѣе и болѣе усиливается, а потому желательно скорѣйшее соглашеніе относительно программныхъ вопросовъ: дальше открывается трудный, но за то плодотворный путь дружной научной работы, направленной къ великой задачѣ, — къ ослабленію одного изъ золь, тяготящихся надъ чело-вѣчествомъ.

*Примѣчаніе.* Литература по вопросамъ, затрагиваемымъ данной статьей почти необъятна, ибо трудно найти криминалиста, который въ разѣ не высказался бы по вопросу о предѣлахъ и содержаніи своей науки. Остановливаясь на главнѣйшихъ источникахъ, мы должны указать на литературу, приведенную выше въ статьѣ: «общая характеристика новыхъ ученій въ уголовномъ правѣ», а также на слѣдующія работы:

Binding: «Strafgesetzgebung, Strafjustiz und Strafrechtswissenschaft in normalen Verhältniss zu einander», Zeitschr. f. d. ges. Strafr., B. I. 1881.

Weinrich: «Strafrecht und Kriminalpolitik», Zeitschr., B. 17.

Weinrich: «Werth und Bedeutung der Kriminal-Antropologie und Sociologie für die Strafrechts pflege der Gegenwart», sep. Abdr. (годъ не указанъ).

Вульфбертъ: «Методы содержаніе и задачи науки уголовного права», Врем. Демид. Юрид. Лиц., 1891.

Warga: «Die Abschaffung der Strafknechtschaft», I, 1896.

Garraud: «Rapports du droit pénal et de la sociologie criminelle», Arch. de l'anthrop. crimin. et des sciences pénales, t. I, 1886.

Gauckler: «De la peine et de la fonction du droit pénal au point de vue sociologique», Paris—Lyon (годъ не указанъ).

De la Grasserie: «L'avenir du droit pénal», La scuola positiva nella giurisprudenza penale, 1901, № 1.

Gumplowicz: «Sociologie und Politik», 1892.

V. Hamel: «Criminal-Aetiologie», Z. f. d. g. Strafr., 1901.

Dorado: «La sociologie et le droit pénal», Ann. de l'instit. intern. de sociologie, 1895, I.

Дриль: «Преступность и преступники», 1895.

Ferri: «La justice pénale», 1898.

Frassati: «Die Stellung des Strafrechts und die neuen Bestrebungen», Serichts., B. 49.

Фойнишкій: «Уголовное право, его предметъ, его задачи», Суд. ж., 1873.

Кистяковскій: Рецензія на ст. Духовскаго: «Задачи науки уголовного права», Кіев. Унив. Изв., 1874, Дек.

<sup>1)</sup> Берштейнъ — «Историческій матеріализмъ», перев., стр. 16.

- Van Calker: «Politikals Wissenschaft», 1898.  
Cuche: «Un peu de terminologie», Bev. pénitent., 1900.  
Cuche: «La science pénitentiaire, son domain, sa méthode», Ann. de l'univers. de Grenoble, t. XIII, 1901.  
Liszt: «Die Aufgaben und die Methode der Strafrechtswissenschaft», Z. f. d. g. S., 1900, B. 20.  
Liepmann: «Einleitung in das Strafrecht», 1900.  
Maillard: «La politique criminelle», 1899.  
Manouvrier: «L'Anthropologie et le droit», Bev. intern. de sociol., 1894, 4—5.  
Meger Hago: «Lehrbuch d. deutsch. Strafrechts», 1895.  
Merkel: «Lehrbuch d. deutsch. Strafrechts», 1899.  
Mittermayer: «Neuere Bichtungen im Strafwesen», Schweir. Zeifchr. für Strfr., 1901.  
Netter: «Das Princip der Vervollkommnung als Grundlage der Strafrechtsreform», 1900.  
Oertmann: «Rechtswissenschaft und Rechtspolitik», Preuss. Parb., 1897, B. 88, H. 2.  
V. Petrazycki: «Die Lehre von Einkommen», B. I—II.  
П—ский: «Къ вопросу о объёмъ науки уголовного права», 1902.  
Понтковскій: «Наука уголовного права, ея предметъ, задачи, содержание и значение», 1895.  
Prins: «Science pénal et droit positif», 1899.  
Saleilles: «L'individualisation de la peine», 1898.  
Stoos: «Was ist Kriminalpolitik», Schwiz. Zeitschr. für Strafr., 1894.  
Sergiewsky: «Das Verbrechen und die Strafe als Gegenstand der Rechtswissenschaft», Zeitschr. f. g. ges. Str., 1881, B. I.  
Stammler: «Wirtschaft und Recht», 1896, B. I—II.  
Таганцевъ: «Предметъ науки уголовного права», Право, 1901, №№ 51 и 52.  
Чубинскій: «Общая характеристика новыхъ учений въ уголовномъ правѣ», 1898.  
Чубинскій: «Мотивъ преступной дѣятельности и его значение въ уголовномъ правѣ», 1900.



## Значеніе въ уголовномъ правѣ мотива преступной дѣятельности и его связь съ новыми теченіями въ этой наукѣ <sup>1)</sup>).

Послѣдняя четверть истекающаго вѣка отмѣчена чрезвычайнымъ оживленіемъ науки, изучающей область преступленія и наказанія; въ изобиліи появились реформаторскія попытки, и смѣлымъ критическимъ нападкамъ подверглись даже такія положенія, которыя издавна признавались безспорными и непоколебимыми; прежнему пониманію задачъ и предѣловъ науки уголовного права было противопоставлено новое пониманіе, и закипѣла борьба, которая не окончилась и до нашихъ дней, хотя и вступила въ болѣе спокойный фазисъ, вслѣдствіе взаимнаго уясненія противниками многихъ недоразумѣній и отказа отъ нѣкоторыхъ слишкомъ острыхъ требованій, заявленныхъ на первыхъ порахъ. Мы думаемъ, что еще не настало время окончательнаго и полнаго подведенія итоговъ, но что уже въ достаточной мѣрѣ выяснилась необходимость извѣстнаго компромисса между старой доктриной, получившей названіе классической, и новыми доктринами, — антропологической и социологической.

Классическая доктрина главное вниманіе удѣляла объективному моменту и сосредоточивала свое изученіе на преступленіи; реакція новаго времени, наоборотъ, стала рѣзко подчеркивать субъективный моментъ и выдвигать на первый планъ преступника, тогда какъ для гармоническаго развитія науки необходимо признаніе важности обоихъ указанныхъ моментовъ.

Не будемъ забывать прежде всего, что о преступникѣ нельзя говорить до тѣхъ поръ, пока мы не имѣемъ передъ собой пре-

<sup>1)</sup> Рѣчь передъ диспутомъ на степень магистра уголовного права, произнесенная въ Декабрѣ 1900 года въ Московскомъ Университетѣ. Первоначально была напечатана въ журналѣ «Вѣстникъ права», Февраля 1901 г.

ступленія и не докажемъ въ строго установленномъ порядкѣ, что именно извѣстное лицо совершило извѣстное преступленіе. Въ правовомъ государствѣ въ интересахъ гражданской свободы охраняется принципъ «*nullum crimen, nulla poena sine lege*», точно указывающій тѣ условія, при наличности которыхъ къ виновному можетъ быть примѣнено наказаніе; такимъ образомъ, преступленіе является опорнымъ пунктомъ, исходною точкою, которую нельзя игнорировать.

Отсюда вытекаетъ важность преступленія, важность объективнаго момента, важность направленныхъ на эту сторону спеціально-юридическихъ изслѣдованій, ибо этимъ путемъ развивается и укрѣпляется грандіозная идея законности, и правосудіе является не борьбой съ «опасными и подозрительными», основанной на произволѣ, а строго закономѣрной реакціей противъ совершителей опредѣленныхъ дѣяній, которая законъ признаетъ преступленіями.

Уваженіе ко всеѣмъ указаннымъ моментамъ и составляетъ заслугу стараго классическаго направленія; нападки на него въ этомъ отношеніи слѣдуетъ признать несостоятельными: одна часть задачи была хорошо разрѣшена. Но оставалась другая часть задачи, которую старая школа оставляла въ забвеніи, въ чемъ и заключались ея капитальныя ошибки; эту часть и выдвинули на первый планъ новыя научныя теченія.

Дѣло въ томъ, что старая школа мало обращала вниманія на живую человѣческую личность, совершающую преступленія; она оперировала съ преступленіемъ и наказаніемъ, какъ съ абстрактными понятіями, забывая, что въ дѣйствительности эти понятія являются облеченными въ реальную плоть и кровь, имѣютъ серьезныя причины и тѣсно связаны съ ходомъ общественной жизни. Не считаясь съ социальнымъ значеніемъ преступленія и наказанія, уголовное право какъ бы не замѣчало, что его абстрактные выводы часто оказываются висящими въ воздухѣ, и что реальная подкладка изучаемыхъ явленій часто является совершенно иной, чѣмъ предполагалось по ходу вопліѣ послѣдовательнаго, но и вопліѣ отвлеченнаго логическаго разсужденія.

Новыя направленія, особенно же такъ называемое социологическое, обратили все свое вниманіе на эту сторону; они задались



вопросомъ, въ какой мѣрѣ прежняя постановка уголовного права содѣйствовала обществу въ достиженіи важнѣйшей цѣли,—возможнаго уменьшенія преступности путемъ цѣлесообразной и разносторонней борьбы съ ней. Выводы получились неутѣшительные; игнорированіе жизни принесло печальные плоды; была констатирована непрерывный ростъ преступности вообще и рецидива въ частности, а вмѣстѣ съ тѣмъ не могла не пошатнуться вѣра въ цѣлебную силу существовавшихъ теоретическихъ рецептовъ. Такимъ образомъ выяснилась необходимость для науки не только считаться съ преступленіемъ, какъ съ готовымъ фактомъ, и оцѣнивать его послѣдствія, но и вникать въ причины, изучать генезисъ преступности, считаться съ живыми людьми и съ социальнымъ значеніемъ ихъ противозаконнаго поведенія. Реформа науки уголовного права сдѣлалась необходимой. Вооружась девизомъ: «необходимо вникать въ глубь явленій, не ограничиваясь изученіемъ ихъ виѣшней стороны», представители новыхъ направленій прежде всего занялись серьезнымъ изученіемъ превенціи, т. е. тѣхъ мѣръ, которыя должны предотвращать появленіе преступленій и способствовать ихъ уменьшенію, а для этого понадобилось обстоятельное изслѣдованіе факторовъ, т. е. родовыхъ причинъ преступности. Далѣе, стали подробно изучать міръ преступниковъ, который долго являлся какой то terra incognita, и создавать необходимыя классификаціи, а надъ всѣми этими изслѣдованіями доминировать стала идея о цѣлесообразности наказанія, о его возможной индивидуализаціи и соответствіи воззрѣніямъ общества, среди котораго преступники живутъ и въ интересахъ котораго не него налагается наказаніе.

И прежде встрѣчались лица съ подобными взглядами: цѣлый рядъ великихъ реформаторовъ въ области уголовного права опирался не на абстракціи, а на реальную почву общественнаго интереса: вспомнимъ хотя бы Беккарію и Вольтера. Но эти реформаторы не были юристами въ тѣсномъ смыслѣ этого слова: правовѣрные юристы боролись противъ ихъ идей, упорно отстаивая каждую пядь существовавшего юридическаго строя; господствовали и даже до послѣднихъ дней живутъ иные взгляды, иные понятія. И въ наши дни многіе ведутъ борьбу со всякой новой идеей, не

заботясь о томъ, какъ глубоко расходятся они съ общественнымъ правосознаніемъ; таковы, напримѣръ, французскіе криминалисты Petit и Magie, утверждающіе, что *всякое* преступленіе *одинаково* составляетъ посягательство на правопорядокъ и моральный законъ, а потому возстающіе противъ широкой индивидуализаціи наказанія, основанной на вниманіи къ субъективному моменту; таковъ и Биндинъ, признающій преступникомъ лишь нарушителя *нормы*, упорно отстаивающій формальный взглядъ на преступленіе и наказаніе и игнорирующій социальную сторону этихъ понятій.

Тѣмъ не менѣе поваторское движеніе въ уголовномъ правѣ растетъ, крѣпнетъ, и, выдвигая новыя проблемы, упорно борется за проведеніе ихъ въ жизнь.

Въ тѣсной связи съ указанной борьбой стоитъ и судьба вопроса, избраннаго нами для изслѣдованія, т. е. вопроса о значеніи въ уголовномъ правѣ мотива преступной дѣятельности.

Это одинъ изъ давно назрѣвшихъ вопросовъ, но выдвинуть онъ на первый планъ лишь въ послѣднее время, ибо классическая школа удѣляла ему сравнительно мало вниманія. Можетъ быть трудно найти другой вопросъ, относительно котораго возрѣнія общества такъ кардинально расходились бы съ сохраняющимися въ силу традиціи взглядами юристовъ; юристы признавали мотивъ несущественнымъ элементомъ уголовного права: разъ на лицо былъ умыселъ, они не хотѣли идти дальше, не интересовались, какъ онъ возникъ и что его вызвало; при наличности, напримѣръ, убійства преимущественно старались узнать, существовало ли предумышленіе, вопросъ же о томъ, чѣмъ было вызвано это убійство, корыстью или состраданіемъ, завистью и злобой или негодованіемъ по поводу незаслуженнаго тяжкаго оскорбленія, — отодвигался на задній планъ: признаніе наличности извѣстнаго мотива обычно (да и то не всегда) могло влечь за собою лишь небольшое смягченіе наказанія въ мѣрѣ.

Но не такъ уже издавна смотрѣло на вопросъ о мотивѣ общество и представительница его взглядовъ — общая литература. Общество (поскольку оно имѣло доступъ въ судъ и было осведомлено о дѣятельности суда) всегда интересовалось личностью



преступника и мотивами, вызвавшими его преступление. Писатели, избирая сюжетом преступление, обыкновенно старались проникнуть во внутренний мир преступника, найти те тайны и скрытые пружины, те мощные двигатели, которые приводят человека к преступлению и неизгладимыми чертами характеризуют общественно-правственное значение этого преступления. Вот на какой почве общество и литература искали разницы между преступниками, вот почему наряду с образами продажного убийцы, дельца и развращенного вора, были известны и такие образы, как Чепчу, убившая своего отца кардинала, спасая свою девическую честь, как Карль Мооръ, как св. Криспиль.

Таким образом, можно утверждать, что специальная юридическая оценка деяний обыкновенно шла вразрез с их социально-этической оценкой. Но в таком ненормальном положении дело не могло остаться, да и не осталось; изучение более новых течений в науке уголовного права и в законодательствах, предпринятое нами в книге, которая сегодня является предметом диспута, позволяет нам утверждать, что происходит сближение между юридической и социально-этической точкой зрения, благоприятно отразившееся на судьбе вопроса о мотиве: в науке растет внимание к мотиву, вызванное как соображениями психологического и этического характера, так и изменившимися взглядами на задачи и потребности правосудия; более новые законодательные течения также начинают серьезно считаться с мотивами преступной деятельности.

Невольно возникает вопрос, каким образом могло так долго длиться обратное положение вещей, при котором мотив имѣлъ так мало значения? Намъ кажется, что причинъ было двѣ: во-первыхъ, господство въ уголовномъ правѣ индетерминистическихъ идей; разъ волю считали свободной и признавали, что она всецѣло можетъ господствовать надъ мотивами, стоило ли обращать вниманіе на послѣдніе; во-вторыхъ, имѣла значеніе организація суда. До введенія института присяжныхъ засѣдателей и гласности судопроизводства судъ представлялъ собою замкнутую область, окутанную канцелярской тайной; общество мало знало о его дѣятельности и о его критеріяхъ при оцѣнкѣ дѣяній; оно считало

область суда чужимъ для себя и неинтереснымъ дѣломъ, общественная, бытовая, этическая оцѣнка дѣяній доступна въ судѣ неимѣла; народному правосознанію была закрыта возможность оказать освѣжающее вліяніе на судебную дѣятельность, судѣ же былъ связанъ въ своей оцѣнкѣ дѣяній законами, не удѣлявшими достаточно вниманія вопросу о мотивахъ.

Когда же появилась гласность процесса и судѣ присяжныхъ, общество стало интересоваться судомъ; присяжные оказались весьма чуткими къ мотивамъ преступленій: они стали давать снисхожденіе, а то и прямо выносить оправдательные вердикты въ тѣхъ случаяхъ, когда формальная оцѣнка дѣянія оказывалась въ противорѣчій съ оцѣнкой по совѣсти его соціальнаго значенія; такимъ обходнымъ путемъ удовлетворялось общественное правосознаніе, а несоотвѣтствіе между легальнымъ и социальнымъ взглядомъ на мотивъ не такъ рѣзко бросалось въ глаза, тогда какъ при разрѣшеніи подобныхъ случаевъ на точномъ основаніи закона быстро и ярко выяснилась бы необходимость коренной реформы по вопросу о значеніи мотива какъ въ наукѣ, такъ и въ законодательствѣ.

Такъ или иначе, но мы не должны забывать, что, во-первыхъ, присяжные судятъ лишь важнѣйшія дѣла, а, во-вторыхъ, обходной путь всегда хуже прямого, въ такомъ же великомъ дѣлѣ, какъ судебное, особенно нежелателенъ.

Отсюда вытекаетъ необходимость настаивать на реформѣ и добиваться новаго научнаго освѣщенія вопроса о значеніи мотива въ уголовномъ правѣ, и мы видимъ, что за послѣднее время вопросъ о мотивѣ привлекъ къ себѣ серьезное вниманіе науки и законодательства и вызвалъ движеніе въ этой области.

Къ этому движенію примыкаетъ и наше изслѣдованіе, представляющее собой посылную попытку разработать данныя, отвѣчающія давно созрѣвшей научной потребности.

Мы не придаемъ своей работѣ исчерпывающаго значенія, а лишь стараемся подробно намѣтить надлежащій путь для рѣшенія этого весьма сложнаго и серьезнаго вопроса. Наша задача состояла въ томъ, чтобы поставить разсматриваемый вопросъ на принципиальную почву и установить спорные пункты, гармонирующіе



съ данными психологии и этики и соотвѣтствующіе какъ общественному правосознанію, такъ и потребностямъ правосудія.

Не придавая мотиву исключительнаго и всепоглощающаго значенія и не считая ученіе о мотивѣ панацеей, пригодной для исцѣленія всѣхъ существующихъ въ уголовномъ правѣ недостатковъ, мы будемъ вполне удовлетворены, если получить признаніе та мысль, что въ уголовномъ правѣ долженъ играть значительную роль этический элементъ, и что какъ для науки уголовного права, такъ и для законодательства существуетъ необходимостью самымъ серьезнымъ образомъ считаться съ мотивами преступной дѣятельности, ибо на этихъ мотивахъ главнымъ образомъ зиждется этико-соціальная оцѣнка совершаемыхъ преступленій. Вниманіе къ мотиву должно отразиться на конструкціи цѣлаго ряда уголовно-правовыхъ ученій, особенно-же на отдѣлахъ, трактующихъ вопросы объ условіяхъ, при которыхъ происходитъ освобожденіе отъ наказанія, а также опредѣленіе рода наказанія и его размѣровъ: соотвѣтствующія измѣненія желательны и въ законодательствѣ.

Не останавливаясь на болѣе подробныхъ выводахъ, которые изложены въ тезисахъ, извлеченныхъ изъ нашей книги, мы укажемъ еще лишь на одну сторону интересующаго насъ вопроса.

Въ настоящее время, какъ уже было нами сказано, борьба между разными научными направленіями потеряла свой жгучій характеръ, но далеко еще не закончилась. Вопросъ о мотивѣ имѣетъ ту важность, что на принятіе его во вниманіе могутъ согласиться представители самыхъ разнообразныхъ воззрѣній: мотивъ характеризуетъ и дѣяніе, и дѣятеля, т. е. удовлетворяетъ противоположнымъ исходнымъ точкамъ спорящихъ научныхъ направленій. А чѣмъ больше будетъ сближенія, чѣмъ солидарнѣе будетъ работа представителей науки, тѣмъ авторитетнѣе и полезнѣе для практики будутъ ея выводы, тѣмъ больше высокихъ и серьезныхъ началъ будетъ внесено въ жизнь, а вѣдь въ плодотворномъ служеніи этой жизни, въ принесеніи человѣчеству максимальной возможной пользы и заключается величайшая и благороднѣйшая задача каждой науки.

---

## О значеніи уголовно-политического элемента въ наукѣ уголовнаго права <sup>1)</sup>).

Вопросъ, подвергнутые нами спеціальному пѣслѣдованію въ книгѣ „Очерки уголовной политики“, какъ показываетъ уже самое ея заглавіе, относятся къ области такъ называемой уголовной политики. Въ виду этого намъ представляется вполне умѣстнымъ прежде всего установить значеніе и объемъ термина „уголовная политика“.

При произнесеніи слова „политика“ у насъ обыкновенно сейчасъ же возникаетъ представленіе о вопросахъ и мѣрахъ въ сферѣ государственнаго управленія или въ сферѣ международныхъ сношеній. Эти вопросы главнымъ образомъ имѣются въ виду и въ томъ случаѣ, когда конструируютъ политику, какъ науку, какъ это, напримѣръ, имѣло мѣсто въ трудахъ покойнаго русскаго соціолога Струнина.

Но уже болѣе определеннымъ и съ особой окраской является терминъ „политика“, когда говорятъ о политикѣ права. Дѣло въ томъ, что, приступая къ изученію какой-либо области регулируемыхъ правомъ явленій, мы можемъ не довольствоваться догматическимъ изученіемъ, т. е. систематизаціей и освѣщеніемъ даннаго матеріала въ той обрисовкѣ, которая ему дана дѣйствующими правовыми нормами; мы можемъ также стремиться къ уясненію того, нельзя ли въ данной области добиться болѣе плодотворныхъ результатовъ, и что для этого надо сдѣлать; мы такимъ образомъ отъ существующаго переходимъ къ желаемому и должному въ области права и ищемъ путей для проведенія этого желаемаго въ жизнь. Все это и составляетъ область политки права.

<sup>1)</sup> Рѣчь передъ докторскимъ диспутомъ, произнесенная въ актовомъ залѣ университета Св. Владиміра въ Кіевѣ 19-го января 1905 г. Первоначально была напечатана въ „Журналѣ Минист. Юстиціи“, мартъ 1905 г.



Въ каждой отрасли права можно стремиться къ лучшему, т. е. ставить себѣ политическія задачи, и сообразно этому можетъ идти рѣчь о политикѣ финансовой, гражданской, уголовной и другихъ.

Такимъ образомъ уголовная политика есть отрасль той области права, которая именуется уголовнымъ правомъ; она входитъ въ науку уголовного права въ качествѣ составного ея элемента и стремится въ области преступленія и наказанія найти путь къ лучшему и болѣе свѣтлому будущему.

Къ сожалѣнію, признаніе важности и необходимости политическаго элемента въ каждой юридической наукѣ еще далеко отъ общаго признанія. Какъ справедливо однажды замѣтилъ проф. Эртманъ, даже въ наши дни энергично оспариваютъ право на существованіе политической задачи права; по крайней мѣрѣ официальная юриспруденція высшихъ школъ, даже въ лицѣ многихъ ея лучшихъ представителей, постоянно борется противъ признанія важности этой задачи, если не активно, то пассивно.

Это общее явленіе распространяется и на сферу науки уголовного права; и здѣсь политическому элементу приходится вести борьбу за существованіе и доказывать свою полноту. Вотъ почему особое вниманіе къ этому элементу нашей науки казалось намъ не только важнымъ, но и необходимымъ, вотъ почему мы остановились на уголовно-политическихъ проблемахъ и избрали ихъ для изслѣдованія.

Конечно, при умаленіи, а тѣмъ болѣе при изгнаніи уголовного-политическаго элемента, задачи науки уголовного права значительно упрощаются, ибо криминалистъ пріобрѣтаетъ право отвѣчать: „это не мое дѣло“, когда задаютъ вопросы о томъ, растетъ ли преступность и какая, какіе пути являются лучшими для предупрежденія преступленій, насколько дѣйствительными въ дѣлѣ борьбы съ преступностью являются современныя карательныя системы и т. п.

Но вопросы эти все-же существуютъ, и наука, вѣдающая область преступленія и наказанія, если она хочетъ быть дѣйствительно наукой въ полномъ и лучшемъ смыслѣ этого слова, не должна отворачиваться отъ насущныхъ запросовъ, предъявляемыхъ ей жизнью; общество страдающее отъ зла преступленія, можетъ

требовать от науки уголовного права, чтобы она, не ограничиваясь разработкой юридической стороны преступления и наказания, сказала свое компетентное слово и о томъ, какъ наилучше организовать дѣло борьбы съ преступностью въ ея цѣломъ, какъ ослабить это грозное социальное зло, и какъ вообще добиться наилучшей постановки уголовного правосудія. Отвѣтъ на всѣ эти вопросы должна дать уголовная политика; она, опираясь на исследование причинъ, которыми обуславливается возникновение, развитие и изменение преступности, и пользуясь всѣми другими доступными ей способами и матеріалами, должна намѣчать необходимые реформы и стремиться къ выработкѣ наилучшаго уголовного законодательства.

Такая постановка дѣла представляется намъ неизбежной. Идя по слѣдамъ Конта, наряду со статикой въ каждой общественной наукѣ мы должны не забывать о динамикѣ; вѣдь законъ постоянства находитъ коррективы и необходимое дополнение въ томъ законѣ движенія, на который такъ настойчиво и энергично указывалъ въ нашей наукѣ покойный кievскій криминалистъ А. Ф. Кистяковский.

Самое стремленіе къ этому движенію, способность, не довольствуясь настоящимъ, критически относиться къ нему и искать лучшаго будущаго, есть та часть науки, которая отвѣчаетъ на самыя чистые, благородные и важные запросы человеческого духа.

Мы не будемъ распространяться о томъ, чѣмъ отвѣчаетъ на эти запросы въ своей сферѣ уголовная политика, и въ какихъ предѣлахъ она должна ихъ рѣшать. Посильный отвѣтъ на эти вопросы потребовалъ отъ насъ цѣлой книги; теперь же мы можемъ ограничиться уже приведеннымъ обоснованіемъ необходимости въ нашей наукѣ уголовно-политического элемента и сдѣланной общей обрисовкой его задачъ.

Для большей же ясности трактуемыхъ вопросовъ мы позволимъ себѣ коснуться въ краткихъ словахъ нѣкоторыхъ историческихъ перспективъ.

Здѣсь наиболѣе характернымъ намъ представляется тотъ фактъ, что въ то время, какъ правильная постановка уголовно-политического элемента въ наукѣ уголовного права является дѣ-



ломъ новаго времени, отдѣльныя уголовно-политическія проблемы затрагиваются уже въ глубокой древности, когда еще и рѣчи не было о специально-юридическихъ изслѣдованіяхъ. Уже это одно указываетъ на ихъ величайшую жизненность и важность и свидѣтельствуетъ о глубинѣ мысли тѣхъ, кто ихъ впервые выдвинулъ.

Такъ и было на самомъ дѣлѣ, ибо выдвинули ихъ корифеи греческой философской мысли. Эти корифеи, работая надъ разрѣшеніемъ важнѣйшихъ проблемъ бытія, нерѣдко занимались одновременно и начертаніемъ идеаловъ индивидуальной и государственной жизни, а потому касались и дѣла правосудія и здѣсь поставили и рассмотрѣли рядъ важныхъ уголовно-политическихъ вопросовъ. По ихъ слѣдамъ потомъ пошли многіе представители юридической мысли Рима, и такимъ образомъ были заложены прочныя уголовно-политическія основы.

Еслибы развитіе идей древняго міра непрерывно продолжалось и дальше, если бы весь намѣченный матеріалъ былъ основательно использованъ для нуждъ правосудія, исторія показала бы намъ картину уголовныхъ порядковъ, совершенно несходную съ той, которая была въ дѣйствительности и которая конмаромъ встаетъ передъ нами при словахъ «средніе вѣка».

Но великія идеи не умираютъ.

Послѣ мрачнаго средневѣковья, въ теченіе котораго уголовно-политическая мысль является подавленной и на каждое мало-мальски прогрессивное ученіе приходится по нѣскольку ученій, вносившихъ мракъ и суевѣріе и дышавшихъ первобытною жестокостью, настаютъ лучшія времена; уголовно-политическая мысль начинаетъ расти, крѣпнуть и становиться на путь почти непрерывнаго прогрессивнаго развитія. Во второй половинѣ XVIII вѣка уже возникаетъ могучій реформаторскій потокъ, который приводитъ къ испроверженію всего стараго правосудія, къ организаціи дѣла правосудія на новыхъ началахъ гуманности и уваженія къ чело-вѣческой личности и къ созданію уголовной политики, какъ научной дисциплины, обязанной вырабатывать указанія не только для дѣла каръ, но и для великаго дѣла предупрежденія преступленій.

Далѣе, послѣ нѣкотораго затишья, въ послѣдней четверти XIX вѣка съ новою силою возникаетъ новое бурное реформатор-

ское движеніе, которое широко разростается на нашихъ глазахъ и обѣщаетъ для дѣла уголовнаго правосудія массу цѣннаго и плодотворнаго, ибо за столѣтіе гений и трудъ человѣчества добыли важные матеріалы, которые, если будутъ надлежащимъ образомъ использованы, далеко двинуть впередъ и науку, и жизнь, воспринимаящую указанія науки.

Но та же самая исторія, которая даетъ намъ картину побѣднаго шествія и роста уголовно-политическихъ идей, даетъ въ то же время убѣдительныя указанія на необходимость скорѣе реформировать науку уголовнаго права, прочно поставивъ въ ней уголовно-политическій элементъ и отрѣшившись такимъ образомъ отъ строго юридической обрисовки науки уголовнаго права. Последняя должна стать дисциплиной юрико-политической, и представители ея должны твердо воспринять убѣжденіе, что для нихъ такъ же необходима работа для лучшаго будущаго въ области уголовнаго правосудія, какъ и работа для настоящаго путемъ разработки юридической оболочки явленій, именуемыхъ преступленіемъ и наказаніемъ.

Пока увлеченіе второй задачей будетъ отодвигать на задній планъ первую, останется живучимъ и то прискорбное явленіе, констатируемое въ исторіи уголовно-политическихъ ученій, что въ наукѣ уголовнаго права творцами новыхъ идей и великихъ реформъ весьма часто являлись не только не криминалисты, но даже и не юристы въ тѣсномъ смыслѣ этого слова.

И вотъ въ то время, когда за лучшее правосудіе боролись эти, по прекрасному выраженію одного изъ историковъ, «мыслители съ яснымъ и вѣрнымъ взглядомъ на вещи и людей, для которыхъ великая книга жизни не была закрытой книгой», специалисты-криминалисты обычно являлись тормозомъ дѣлу научнаго и жизненнаго прогресса, упорно боролись противъ реформаторскихъ идей и, отстаивая каждую пядь традиціонныхъ научныхъ понятій и установившихся порядковъ уголовнаго правосудія, не заботились объ удовлетвореніи въ своей области назрѣвшихъ потребностей человѣческаго духа.

Все это происходило потому, что криминалисты, погружаясь въ исключительно догматическую работу, вольно или невольно



сроднялись съ современными имъ порядками и охраняющими ихъ законами и переходили къ преклоненію передъ ними; это было для нихъ свое, близкое и дорогое. Реформаторскіе же проекты, заносящіе руку на это дорогое и требующіе ломки, не могли поэтому не вызывать раздраженія: правовѣрные юристы негодовали на дерзкихъ «невѣждъ и профановъ» въ юриспруденціи, объявляли ихъ попытки смѣшными и ничтожными, грозили соціальной катастрофой въ томъ случаѣ, если на «новыя бредни» будетъ обращено вниманіе и они проникнутъ въ жизнь,—и что же? Жизнь брала свое, неспециалисты и профаны, рано или поздно, добивались торжества своихъ идей, эти идеи проникали въ законодательство и становились юридическимъ матеріаломъ, съ которымъ юристы сперва неохотно мирились, потомъ свыкались, а далѣе уже становились въ его защиту противъ новыхъ назрѣвшихъ реформаторскихъ идей и т. д.

Такъ за рѣдкими исключеніями дѣло шло до тѣхъ поръ, пока и въ среду юристовъ не стало проникать сознаніе важности уголовно-политической работы на ряду съ работой уголовно-догматической.

Чѣмъ далѣе, тѣмъ больше это сознаніе растетъ и крѣпнеть, и тѣмъ больше, съ одной стороны, расширяются рамки науки уголовного права, а съ другой—юристы становятся отзывчивѣе къ новымъ запросамъ жизни и перестаютъ служить оплотомъ застоя и рутинны.

Мы твердо вѣримъ, что, когда настанетъ день признанія уголовно-политическаго элемента въ наукѣ уголовного права столь же важнымъ, какъ элементъ догматическій, описанный нами порядкомъ отойдетъ въ область исторіи, и криминалисты, оставаясь юристами и работая надъ научной систематизаціей и освѣщеніемъ дѣйствующаго права, въ то же время энергично будутъ работать для реформированія права въ духѣ назрѣвшихъ потребностей жизни и въ этой работѣ будутъ идти не въ хвостѣ, а впереди другихъ мыслителей, доказывая этимъ, что служеніе уголовно-политическимъ задачамъ является для нихъ своимъ, роднымъ и близкимъ дѣломъ. Тогда быстрѣе пойдетъ впередъ наша наука, болѣе плодотворнымъ окажется ея служеніе, и новые назрѣвающіе вопросы

при свѣтѣ науки получать болѣе прочное, удачное и компетентное разрѣшеніе.

Таковы наши общія заключенія. Въ частности мы позволим себѣ сказать два слова о потребностяхъ правосудія въ нашемъ отечествѣ. Мы находимъ, что признаніе важности и необходимости уголовно-политической работы у насъ въ Россіи является дѣломъ особо существеннымъ. Мы имѣемъ прекрасные судоустройственные и судопроизводственные законы въ книгѣ Судебныхъ Уставовъ Императора Александра II-го, но надъ этими законами накопилось столько пристроекъ и временныхъ наслоеній, чуждыхъ первоначальному плану, а новѣйшія систематическія кодификаціонныя попытки заключаютъ въ себѣ столько уже признанныхъ юридическимъ міромъ дефектовъ, что здѣсь представителямъ криминальной научной мысли предстоитъ много и долго поработать.

Еще сложнѣе обстоитъ дѣло съ матеріальными уголовными законами.

Наше уложеніе о наказаніяхъ отличается запутанностью, полной ненаучностью, невыдержанностью основныхъ принциповъ и поражающей архаичностью. И тѣмъ не менѣе оно является дѣйствующимъ.

Наше новое уголовное уложеніе Высочайше утверждено, но время вступленія его въ дѣйствіе до сихъ поръ даже приблизительно остается неизвѣстнымъ; между тѣмъ оно обрабатывалось очень долго; жизнь уже опередила его, такъ что нѣкоторымъ вполне назрѣвшимъ культурнымъ потребностямъ оно уже теперь не отвѣчаетъ; чѣмъ дольше продлится такое неестественное положеніе двойственности кодексовъ, тѣмъ больше новый кодексъ будетъ стариться, не переживъ предварительно поры розовой юности.

Благодаря этому, когда новое уголовное уложеніе, наконецъ, вступитъ въ дѣйствіе, криминалистамъ придется сразу взяться и за нелегкое дѣло догматической разработки новаго законодательнаго матеріала, и за немедленное указаніе того, что въ немъ сразу же требуетъ болѣе или менѣе капитальныхъ реформъ.

Такимъ образомъ уголовно-политическія проблемы, важныя вездѣ и всегда, пріобрѣтаютъ у насъ теперь особую важность,



признаніе которой можетъ и должно способствовать сознательному укрѣпленію въ наукѣ уголовного права уголовно-политическаго ея элемента.

Трудной и сложною является при такихъ требованіяхъ, предъявляемыхъ къ наукѣ, работа криминалиста, но эта трудность и сложность, какъ мы видѣли, неизбѣжны. За то съ ними рука объ руку можетъ идти утѣшительное сознаніе того, что, работая въ своей небольшой сферѣ, охватывающей область преступленія и наказанія, криминалистъ, являющійся одновременно догматикомъ и политикомъ, eo ipso вступаетъ въ ряды тѣхъ, кто стремится врачевать соціальныя недуги, и вноситъ свою скромную лепту въ дѣло достиженія болѣе свѣтлаго будущаго и его родины, и всѣмъ человѣчествомъ.

## Профессоръ Вильгельмъ Эмиль Вальбергъ и его значеніе въ наукѣ уголовного права <sup>1)</sup>.

Тяжкія потери несетъ за послѣдніе годы наука уголовного права. Одинъ за другимъ сходятъ въ могилу ея виднѣйшіе представители. Въ Германіи за Гольцендорфомъ послѣдоваль Меркель, а въ Австріи 31-го января 1901 года печальная лѣтопись занесла на свои страницы славное имя профессора вѣнскаго университета Вильгельма Эмиля Вальберга, который началъ преподаваніе въ 1851 году, а съ 1854 года уже имѣлъ званіе профессора.

Послѣдніе десять лѣтъ Вальбергъ находился въ отставкѣ и жилъ въ Вѣнѣ, отдыхая послѣ непрерывной почти сорокалѣтней университетской дѣятельности, въ теченіе которой онъ не только составилъ себѣ славу прекраснаго преподавателя и далъ Австріи изъ своей аудиторіи безчисленное множество криминалистовъ-практиковъ, но и напечаталъ цѣлый рядъ разнообразныхъ работъ, оцѣненныхъ въ критической литературѣ, хотя и высоко, по все-же иногда ниже ихъ дѣйствительнаго достоинства.

Даже въ послѣдніе годы своей жизни, находясь на покой, Вальбергъ не переставалъ слѣдить за наукой и съ живѣйшимъ интересомъ относился ко всѣмъ новымъ теоретическимъ и законодательнымъ работамъ. Тѣ, кому приходилось въ этотъ періодъ завязать съ нимъ знакомство, нерѣдко испытывали при первомъ свиданіи изумленіе, выпавшее на долю и пишущему эти строки

<sup>1)</sup> Эта статья была напечатана на русскомъ языкѣ въ «Журналѣ министерства юстиціи» 1902 г., январь. Съ небольшими измѣненіями и дополненіями она напечатана и на нѣмецкомъ языкѣ въ «Zeitschrift für die ges. Strafrechtswissenschaft», 1902, подъ заглавіемъ: «Professor Wilhelm Emil Wahlberg und seine Bedeutung in der Strafrechtswissenschaft».



При входѣ къ Вальбергу, такъ много лѣтъ назадъ выступившему на научное поприще, воображеніе невольно рисовало образъ, удрученный годами и, быть можетъ, усталый; думалось, не въ тягость ли ему будетъ посѣщеніе незнакомца, изъ чужой страны, принадлежащаго къ новому поколѣнію; вѣдь новые люди—новыя пѣсни, а умудренная опытомъ старость не всегда разумѣетъ стремительную юность. Но открывалась дверь,—и въ комнату быстрыми шагами, съ привѣтливой улыбкой, входилъ небольшого роста, живой и бодрый господинъ и начиналъ бесѣду, полную не только интереса и энергіи, но и чрезвычайно отзывчиваго пониманія научной современности. Просто не вѣрилось, что это тотъ самый Hofrath Wahlberg, который уже въ шестидесятихъ годахъ былъ зрѣлымъ криминалистомъ и авторомъ глубокаго, интереснаго труда объ индивидуализаціи.

Вообще (по свидѣтельству профессора Ламмаша, весьма близкаго къ Вальбергу человѣка и его преемника по кафедрѣ) отзывчивость и привѣтливость составляли основную черту характера Вальберга; постоянно проявлялись онѣ и въ его отношеніяхъ къ академической молодежи, для которой онъ былъ и авторитетнымъ руководителемъ, и любящимъ другомъ, готовымъ какъ на духовную, такъ и на матеріальную помощь.

Но, какъ ни важна преподавательская дѣятельность Вальберга, какъ ни привлекательна была его личность, главное значеніе при оцѣнкѣ его заслугъ необходимо придать его научнымъ трудамъ, оказывавшимъ вліяніе, далеко выходившее за предѣлы его отечества, Австріи.

Для этой послѣдней особенно важными были работы Вальберга, касающіяся законодательства ея обѣихъ половинъ. На этихъ работахъ мы теперь и остановимся.

Во все время дѣятельности Вальберга въ Австріи дѣйствовалъ кодексъ 1852 года, многія изъ статей котораго, по картинному выраженію профессора Гиллера, являются «wie eine Ruine aus fast verschollenen alten Kämpfen hineinragende Bestimmung». Попятно, что объ улучшеніи этого кодекса прежде всего долженъ былъ хлопотать Вальбергъ; такъ онъ и дѣлалъ и, какъ ученый, съ перомъ въ рукѣ, и путемъ личнаго участія въ выработкѣ но-

выхъ законодательныхъ проектовъ. Прежде всего, уже въ 1864 году онъ написалъ рѣзкую критику той системы правонаруженій, которая являлась характерной чертой австрійскаго кодекса, не вникавшаго въ этомъ отношеніи во внутреннюю разницу, нерѣдко существующую между отдѣльными, даже весьма тяжкими, деликтами. Указанной системѣ Вальбергъ нанесъ мѣткій ударъ; основная его аргументація касалась существа вопроса; она указывала на важность для уголовного права моральнаго элемента и налегала на необходимость началъ гуманности въ рациональной уголовной политикѣ, но, между прочимъ, авторъ воззвалъ и къ патріотическому чувству читателей: «Въ кодексѣ нашемъ (писалъ онъ) принято правило, что съ каждымъ безъ исключенія осужденіемъ за преступленіе, въ силу самого закона, соединяется (пожизненное) лишеніе правъ; но вѣдь такое правило разрушительно дѣйствуетъ на значеніе моральнаго элемента, который играетъ серьезную роль въ прежнемъ австрійскомъ уголовномъ законодательствѣ и не можетъ отсутствовать ни въ одномъ истинно нѣмецкомъ законодательствѣ»<sup>1)</sup>.

Если мы примемъ во вниманіе, что черезъ три года (15 ноября 1867 года) вышла новелла къ австрійскому кодексу, отчасти исправившая указанные Вальбергомъ недостатки и реформировавшая систему правонаруженій, то мы должны будемъ признать, что дѣло не обошлось безъ вліянія указанной работы Вальберга, которому такимъ образомъ принадлежитъ честь быть вдохновителемъ одной изъ весьма разумныхъ и благодѣтельныхъ реформъ.

Затѣмъ, пѣныя критическія замѣчанія по различнымъ вопросамъ австрійскаго законодательства можно найти въ отдѣльныхъ статьяхъ Вальберга, написанныхъ имъ въ теченіе долгаго ряда лѣтъ; впоследствии большинство его статей было собрано имъ самимъ и выпущено въ трехъ томахъ («Gesam. Klein. Schriften»), но авторъ помѣстилъ сюда, главнымъ образомъ, матеріалъ, затрагивающій общіе вопросы, а потому многія интересныя статьи, касающіяся болѣе детальныя вопросовъ австрійскаго права, въ

<sup>1)</sup> См. указанную работу Вальберга «Die Ehrenfolgen», особ. S. 6; ср. еро же «Individualisirung», S. 149.



сборникъ не попали и остались разбросанными въ разныхъ повременныхъ изданіяхъ или въ видѣ брошюръ <sup>1)</sup>).

Не меньше вниманія удѣлялъ Вальбергъ въ своихъ работахъ исторіи австрійскаго уголовного права; изъ его изслѣдованій въ этой области имѣютъ особую важность разработка исторіи возникновенія кодекса «Theresiana» и его значенія, а также систематическій разборъ австрійскаго кодификаціоннаго матеріала, начиная съ 1850 года. Особенное же вниманіе имъ было оказано проектамъ новаго уложенія для Австріи; нѣсколько разъ писалъ онъ по поводу разныхъ новыхъ редакцій проекта и еще разъ вернулся къ той же темѣ въ одной изъ самыхъ послѣднихъ своихъ работъ <sup>2)</sup>).

Въ законодательныхъ работахъ Вальбергъ принималъ и непосредственное участіе. Сперва онъ подалъ министру юстиціи Габитнеку докладную записку о тѣхъ цѣляхъ, которыя должны преслѣдовать пересмотръ кодекса, а затѣмъ, по приглашенію новаго министра юстиціи Глазера, участвовалъ съ 1872 года въ составленіи новаго проекта, который два года спустя былъ законченъ и представленъ рейхсрату; проектъ не сдѣлался закономъ по причинамъ, не зависѣвшимъ отъ его составителей, но тѣмъ не менѣе не потерялъ своего значенія, ибо легъ въ основу дальнѣйшихъ проектовъ, выработка которыхъ продолжается и до сихъ поръ <sup>3)</sup>).

Наонецъ нельзя не отмѣтить отзывчивости Вальберга къ новымъ законодательнымъ работамъ, появившимся и внѣ Австріи. Намедленно по выработкѣ окончательной редакціи новаго уложе-

<sup>1)</sup> Напримѣръ, разборъ законовъ, относящихся къ тѣлеснымъ поврежденіямъ, въ Hailmer's Magazin, VII и IX, а относящихся къ умыслу при поврежденіи имущества въ «Oesterreich. Gerichts-Zeitung», 1878 г. и мн. др. См. L a m m a s c h, ук. ст., S. 5.

<sup>2)</sup> Историческія работы Вальберга сосредоточены во второмъ томѣ его «Schriften»; изъ работъ, вышедшихъ послѣ изданія «Schriften», заслуживаютъ вниманія «Die österreichische Strafgesetzgebung seit 1850», Wien, 1889 и «Betrachtungen über die Freiheitstrafen in dem österreichischen Strafgesetzentwurf» (отд. оттискъ изъ «Jurist. Blätt.», Wien, 1890.

<sup>3)</sup> Въ настоящее время надъ новой редакціей проекта работаетъ комиссія, состоящая изъ профессоровъ Ламмаша и Шюсса и изъ одного представителя министерства юстиціи.

нія для Венгріи и еще за годъ до его вступленія въ силу Вальбергъ написалъ прекрасный критическій разборъ его сравнительно съ первоначальными проектами (1872 г., переработка 1875 г. подъ сильнымъ вліяніемъ австрійскаго проекта Глазера, въ составленіи котораго участвовалъ и Вальбергъ, и переработка 1876—1877 гг.) <sup>1)</sup>. Имъ же написаны обстоятельные разборы новаго судопроизводственнаго кодекса Германіи и новаго итальянскаго уложенія <sup>2)</sup>.

Переходя къ трудамъ Вальберга, посвященнымъ вопросамъ теоретическаго характера, приходится отмѣтить тотъ фактъ, что почти всѣ они относятся къ области матеріальнаго уголовного права. По процессу онъ писалъ очень мало, но за то въ числѣ этого малаго имѣются блестящія страницы, относящіяся къ вопросу о судѣ присяжныхъ. Этотъ вопросъ горячо обсуждался въ нѣмецкой печати конца шестидесятыхъ и начала семидесятыхъ годовъ, особенно же послѣ объединенія Германіи. Въ то время національный принципъ получилъ сильное напряженіе, которое иногда проявлялось въ крайнихъ и шовинистическихъ формахъ, на примѣръ, въ видѣ предложеній изгнать изъ жизни нѣмецкаго правосудія всѣ институты, заимствованные у другихъ народовъ, и замѣнить ихъ строго національными. Особеннымъ нападкамъ при этомъ подвергся судъ присяжныхъ; на него обрушились многіе нѣмецкіе ученые и публицисты, указывая, что побѣжденная Германія нѣкогда заимствовала этотъ судъ у Франціи, но что въ настоящее время Германія-побѣдительница подобаетъ отмѣнить его и замѣнить національнымъ судомъ шеффеновъ.

Вальбергъ оказался головою выше подобныхъ аргументовъ; еще до возникновенія спора онъ заявилъ себя горячимъ приверженцемъ суда присяжныхъ и такимъ навсегда остался. Уже въ своей работѣ «объ индивидуализаціи» онъ сильно и оригинально оспаривалъ тотъ обычный упрекъ, будто присяжные часто зло-

<sup>1)</sup> Wahlberg—«Vergleichende Besprechung ungarischen Strafgesetzentwurfes», Wien, 1877.

<sup>2)</sup> Его же: «Kritik des Entwurfes einer Strafprocessordnung für das deutsche Reich», отд. оттискъ изъ «Allg. österr. Gerichtszeitung», W., 1873; «Das Strafgesetzbuch für das Königreich Italien», W., 1888.



употребляют своими правами и выносят «беззаконные» вердикты. Онъ указалъ, что у присяжныхъ иныя точки зрѣнія на виновность, чѣмъ у коронныхъ судей, и что приговоры, повидимому, не соответствующіе закону, строго-юридически понимаемому и истолковываемому, въ дѣйствительности часто соответвуютъ истинному внутреннему (этическому) смыслу закона, ибо далеко (не всякое отклоненіе отъ строго-юридической точки зрѣнія является беззаконіемъ по существу. Главное же и ничѣмъ незамѣнимое достоинство присяжнаго суда Вальбергъ усматривалъ въ томъ, что въ то время, какъ у профессиональныхъ юристовъ вырабатывается привычка разсматривать дѣла формально и методично, подгоняя ихъ подъ общія формулы («generalisirenden Auffassungsweise»), точка зрѣнія суда присяжныхъ болѣе естественна и близка къ жизни, и при разсмотрѣніи дѣла онъ склоненъ серьезно взвѣшивать всѣ индивидуальныя особенности каждаго отдѣльнаго случая.

Поэтому понятно, что Вальбергъ предпочиталъ судъ присяжныхъ всякой другой формѣ суда; не могъ онъ согласиться и съ предположеніями замѣнить этотъ судъ судомъ шеффеновъ, которые дѣйствуютъ самостоятельно и въ совершенно иныхъ условіяхъ <sup>1)</sup>). Проектъ подобной замѣны въ Австріи не прошелъ, несомнѣнно, отчасти благодаря Вальбергу.

Обращаясь къ теоретическимъ работамъ проф. Вальберга въ области матеріальнаго уголовного права, нельзя не оцѣнить ихъ разнообразнаго и высокаго значенія. Отзывчивость и разносторонность этого выдающагося и талантливаго труженика проявились въ огромномъ количествѣ самыхъ разнообразныхъ сочиненій. Во всей обширной сферѣ уголовного права трудно найти вопросъ, къ которому онъ бы не стоялъ близко: выдающіеся по своему психологическому или социальному значенію судебные процессы вызвали немедленно научную ихъ разработку <sup>2)</sup>; смерть виднаго представителя науки влекла за собой подробную оцѣнку его дѣ-

<sup>1)</sup> «Princip der Individualisirung», S. 174 ff.; «Schöffen oder Geschworene?» (откр. письмо къ проф. Шварце, отд. оттискъ изъ «Allg. Gerichtszeit.») W., 1872, стр. «Klein. Schrift.», III, S. 311 ff.

<sup>2)</sup> «Rechtsgutachten zum Prozesse des Grafen H. V. Arnim», изд. Гольцендорфа, Münch., 1875; «Criminal-psycholog. Bemerkungen über den Raubmörder Hackler», W. 1877 и др.

тельности<sup>1)</sup>; новое явление въ научной жизни (какъ напримѣръ, учрежденіе международнаго союза криминалистовъ) сейчасъ же отмѣчалось вдумчивымъ и безпристрастнымъ словомъ<sup>2)</sup> и т. д., и т. д.

Менѣе всего Вальбергъ оставилъ *учебнаго* матеріала; въ видѣ учебника вышло лишь его краткое изложеніе особенной части австрійскаго уголовнаго права<sup>3)</sup>, но въ отдѣльныхъ монографіяхъ и статьяхъ имъ *научно* разработанъ цѣлый рядъ отдѣльныхъ учений, какъ то: «о карательныхъ мѣрахъ», «о степеніи преступленій», «о денежныхъ наказаніяхъ», «о причинной связи», «объ уголовно-наказуемой неосторожности», «о смертной казни въ Австріи» и мп. др.<sup>4)</sup>.

Въ послѣдней изъ названныхъ работъ Вальбергъ съ удареніемъ отмѣтилъ, что въ германскомъ уложеніи смертная казнь уцѣлѣла только благодаря прусскому вліянію и политическому давленію сверху (со стороны Бисмарка), и что у Австріи въ этомъ отношеніи существуютъ благородныя традиціи, — великій примѣръ императора Іосифа, который не долженъ пройти безслѣдно. Авторъ выражаетъ увѣренность, что составляющія эпоху слова: «смертная казнь уничтожена» раздадутся при выходѣ новаго кодекса и дадутъ неувядаемыя лавры монарху, который ихъ произнесетъ. Отрицаніе смертной казни высказывается вообще во многихъ работахъ Вальберга и мотивируется самымъ разнообразнымъ способомъ, но особенно интересны возраженія съ точки зрѣнія экономической<sup>5)</sup>: они являются совершенно новыми въ литературѣ вопросахъ.

Капитальнѣйшія работы Вальберга — «Princip der Individualisirung» и «Criminalistische und Nationalökonomische Gesichtspunkte».

1) «Julius Glaser als Strafrechtslehrer und Justizminister», отд. оттискъ изъ «Jur. Blätt.», W., 1886 и «Erinnerung an Franz von Holtzendorf», отд. оттискъ изъ «Jur. Blätt.», W., 1889.

2) «Betrachtungen über die Freiheitstrafen sowie über die Grundsätze der internationalen criminalistischen Vereinigung», отд. оттискъ изъ «Jur. Blätt.», 1890, Wien, S. 25 ff.

3) «Grundriss zu Vorlesungen über österr. Strafrecht, Besond. Theil», W., 1888.

4) См. Handbuch Гольцендорфа, В. II, S. 431—546; «Schriften», I, 136 ff.; II, 231 ff.; III, 320 ff.; III, 268 ff.; II, 138 ff., особ. 161—162, ср. I, S. 177 ff. и др.

5) «Criminalistische und nationalökonomische Gesichtspunkte», W. 1872, S. 104—105.



punkte»: въ нихъ немало и строго юридическаго матеріала, по главное ихъ значеніе, какъ увидимъ далѣе, уголовно-политическое.

Принципъ самой широкой индивидуализаціи въ наше время является почти общепризнаннымъ, но для того времени, когда появилась въ свѣтъ работа «объ индивидуализаціи» Вальберга, это былъ принципъ новый; мысли Вальберга по этому вопросу являлись во многихъ отношеніяхъ оригинальными и новаторскими.

Индивидуализацію Вальбергъ понимаетъ широко и разносторонне; онъ не желаетъ игнорировать ни субъективнаго момента (личность преступника и направленіе его воли), ни объективнаго (преступное дѣяніе и его значеніе для правопорядка); пропагандируемый принципъ вытекаетъ у него изъ единенія обоихъ указанныхъ моментовъ, которое, по справедливому замѣчанію автора, является крупнымъ результатомъ вѣковой культурной работы»<sup>1)</sup>.

Исходнымъ пунктомъ Вальбергъ признавалъ преступленіе, но вмѣстѣ съ тѣмъ онъ выставилъ тезисъ громадной важности въ словахъ: «нельзя выдѣлять преступленіе изъ всей прочей жизни преступника и обсуждать это преступленіе само по себѣ, какъ что совершенно самостоятельное и изолированное»; наоборотъ, чрезвычайно важно «опредѣлить, имѣетъ ли преступленіе свои корни въ характерѣ и общемъ настроеніи (*Gesinnung*) виновнаго, или же оно возникло, благодаря преходящему моменту соблазна или слабости»<sup>2)</sup>.

Эта болѣе глубокая постановка вопроса, отличающаяся отъ формальной или слишкомъ односторонней точки зрѣнія современныхъ Вальбергу криминалистовъ, вытекла у него какъ изъ горячаго убѣжденія въ важности въ уголовномъ правѣ моральнаго элемента, такъ и изъ сознанія того, что въ дѣлѣ наказанія необходимо считаться съ общественнымъ правосознаніемъ и не упускать изъ виду соціальнаго значенія преступленія. Къ прежнему формальному критерию Вальбергъ прибавилъ новый—этико-соціальный и указалъ на преобладающее значеніе послѣдняго. «Исключительно юридическое обсужденіе преступленія безъ прінятія въ соображеніе моральнаго элемента и индивидуальности

<sup>1)</sup> «Individualisirung», Vorrede.

<sup>2)</sup> Ibidem, S. 52—53.

виновнаго не соотвѣтствуетъ научному и народному пониманію идеи индивидуализированнаго воздаянія» <sup>1)</sup>.

Далѣе, важность принципа индивидуализаціи Вальбергъ усматриваетъ въ его чрезвычайной прогрессивности. Требованіе индивидуализаціи наказанія, наряду съ требованіемъ равенства всѣхъ передъ закономъ, легло въ основу развитія уголовнаго права съ эпохи деклараціи правъ человека, но Вальбергъ энергично настаиваетъ на дальнѣйшемъ развитіи этихъ требованій: онъ желаетъ, чтобы судья получилъ большій просторъ при выборѣ наказанія, чтобы чаще примѣнялось сокращеніе срока наказанія при хорошемъ поведеніи преступника, и чтобы въ наукѣ глубже разрабатывалось ученіе объ основаніяхъ для измѣненія и замѣны наказаній.

Особенно важенъ, по словамъ Вальберга, принципъ индивидуализаціи въ томъ отношеніи, что онъ устраниваетъ неудобства законодательныхъ абстракцій; законы по необходимости «исходятъ изъ абстрактной модели субъекта преступленія и изъ абстрактнаго представленія о его виновности», а между тѣмъ дѣяніе можетъ вытекать изъ жизненнаго основанія, совершенно непредвидѣннаго законодателемъ, и рѣзко отличаться отъ случая, презюмированнаго законодательной абстракціей, а дѣятель можетъ совершенно не походить на тотъ обычный, средній типъ, который имѣлъ въ виду законъ. Отсюда ясно вытекаетъ несостоятельность абсолютно-опредѣленныхъ наказаній, ибо удовлетворять жизненной правдѣ и «поправлять промахи, сдѣланные законодателемъ, могутъ только относительно-опредѣленные наказанія и индивидуализированное примѣненіе ихъ» <sup>2)</sup>.

На основаніи того же принципа индивидуализаціи Вальбергъ строитъ ученіе о мотивахъ и ихъ значеніи и ученіе о классификаціи преступниковъ; эти ученія очерчены имъ подробно въ томъ же «Individualisirung», но онъ о нихъ неоднократно говорилъ и въ своихъ болѣе раннихъ, и въ своихъ позднѣйшихъ работахъ.

<sup>1)</sup> Ibidem, S. 132.

<sup>2)</sup> «Individualisirung», Vorrede и гл. 1; особ. S. 5—9.



Онъ указалъ, что преобладаніе въ дѣяніи того или иного мотива, въ той или иной степени напряженія, даетъ критеріи для классификаціи преступныхъ дѣяній по ихъ моральному значенію. Но это моральное значеніе въ глазахъ Вальберга имѣетъ силу и для уголовного права. «Ошибоченъ взглядъ» — говоритъ онъ — «будто уголовный законъ можетъ совершенно не обращать вниманія на мотивы и будто побудительныя пружины преступныхъ дѣяній для уголовного права безразличны»; онъ указываетъ, что даже многіе законы его времени или содержатъ извѣстный мотивъ въ составѣ преступленія, или признають вліяніе мотива на мѣру наказанія (возвышаютъ наказаніе мотивы злобы, жажды мести и т. п., понижаютъ наказаніе мотивы страха, послушанія, давящей нужды и т. п.), или, наконецъ, назначеніе извѣстнаго рода наказанія, а также пораженіе правъ ставятъ въ зависимость отъ безчестнаго настроенія дѣятеля. Вальбергъ рекомендуетъ дальнѣйшее развитіе такого вниманія къ мотиву <sup>1)</sup>.

Далѣе, вопреки утвержденію, что найти мотивъ есть дѣло трудное, а иногда и невозможное, Вальбергъ успѣшно его находилъ въ разсматриваемыхъ имъ случаяхъ и въ частности подробно разработалъ вопросъ о томъ, какіе мотивы наиболее часто встрѣчаются при убійствѣ, на основаніи данныхъ австрійской уголовной статистики <sup>2)</sup>.

Изъ этого обзорѣнія мотивовъ Вальбергъ выводитъ, что многіе изъ нихъ вовсе не являются противоестественными; на основаніи ихъ изученія онъ утверждаетъ, что между убійцами находятся не только закоренѣлые злодѣи («Galgenvögel», — какъ образно онъ выражается), но и характеры, способные къ исправленію; особенно интересно указаніе на то, что преобладающими мотивами у женщинъ-убійцъ въ 146 разсмотрѣнныхъ имъ случаяхъ были горькая нужда, созданная появленіемъ на свѣтъ незаконнаго ребенка, страхъ позора (Misshandlung) и несчастная семейная жизнь <sup>3)</sup>.

<sup>1)</sup> «Individualisirung», S. 99 ff.; особ. 106—107.

<sup>2)</sup> Idem, S. 104—105; «Schriften», II, «Neuere Praxis und Geschichte der Todesstrafe in Oesterreich», S. 151—152.

<sup>3)</sup> „Schriften“, II, ibid.

Цѣльной, законченной теоріи по вопросу о значеніи мотива Вальбергъ не создалъ; онъ даже не ставилъ себѣ задачи освѣтить данный вопросъ во всей его полнотѣ, но онъ хорошо освѣтилъ *избранный* имъ матеріалъ, одинъ изъ первыхъ обратилъ вниманіе на вопросъ о значеніи мотива и указалъ на принципиальную важность этого вопроса, — и въ этомъ его заслуга. Если въ его ученіи о мотивѣ оказывается и рядъ противорѣчій, то это объясняется желаніемъ примирить сознаніе всей психологической важности мотивовъ съ общей индетерминистической точкой зрѣнія, о которой мы скажемъ ниже.

Второй капитальный вопросъ, подчеркнутый Вальбергомъ, это вопросъ о классификаціи преступниковъ. Вальбергъ занимался имъ уже задолго до появленія въ свѣтъ его труда «объ индивидуализаціи», гдѣ собственно лишь дополнены и повторены ранѣе высказанныя имъ положенія, или сдѣланы ссылки на эти положенія <sup>1)</sup>.

Въ статьѣ «о привычной преступности», написанной еще въ 1859 году <sup>2)</sup>, Вальбергъ настойчиво проводилъ мысль, что для правосудія гораздо болѣе важно знать то, образовалась ли уже у преступника привычка къ занятію преступленіемъ, чѣмъ то, совершилъ ли онъ два, три и т. д. преступленій. Развивая эту мысль, онъ далъ интересное историческое указаніе, что зародыши ея видны уже у старыхъ криминалистовъ. Такъ Anton Matthäus говорилъ: «unde certi sumus esse incorrigibilem, qui tertium furatus est? ubi id in libris nostris scriptum?» А Böhmer, Meister и др. основаніе смертной казни за третью кражу усматривали именно «in habitu furandi insanabili». Авторъ идетъ далѣе, прямо утверждая, что «ни повтореніе кражъ, ни многократныя наказанія за нихъ еще не доказываютъ безусловно привычки къ воровству . . . привычный воръ это тотъ, который воруетъ потому, что воровство у него сдѣлалось второю натурой, характеристической чертой его «zuständlichen Diebswillen». По отношенію къ такимъ преступникамъ авторъ рекомендуетъ самую серьезную репрессію, мотиви-

<sup>1)</sup> „Individualisierung, S. 17, ср. также S. 15, 52—53.

<sup>2)</sup> „Schriften“, I, «Das gewohnheitsmässige Verberechen», S. 137—140.



руя ее впрочем не бóльшей опасностью ихъ, а бóльшей виновностью (усиленная, благодаря постоянному самоопредѣленію, склонность воли къ злу), т. е. стоитъ въ мотивировкѣ своего правильного положенія на точкѣ зрѣнія, въ наше время почти совершенно оставленной въ виду того, что далеко не всегда укорененіе привычки зависитъ отъ воли лица и является результатомъ его «свободнаго самоопредѣленія».

Подробнѣ каснулся Вальбергъ вопроса о случайныхъ преступникахъ <sup>1)</sup>. Въ эту группу онъ, главнымъ образомъ, относитъ лицъ, совершившихъ преступленіе по случайному поводу, вслѣдствіе внезапно подвергнувшагося соблазна; этихъ лицъ онъ признаетъ слабыми натурами, заключающими въ себѣ смѣсь какъ хорошихъ, такъ и дурныхъ свойствъ; въ виду того, что у этихъ лицъ не замѣчается устойчивыхъ преступныхъ склонностей, авторъ стоитъ за возможно слабую для нихъ репрессію.

Несомнѣнно, что такая постановка вопроса вызываетъ не мало возраженій. Прежде всего соблазнъ не всегда говоритъ въ пользу преступника: неужели же (по справедливому замѣчанію проф. Вульфберта) <sup>2)</sup> мы признаемъ случайнымъ преступникомъ, а слѣдовательно заслуживающимъ болѣе мягкаго наказанія,—лицо, печально потопнувшееся при обстоятельствахъ, благопріятствующихъ легкости убійства, на ребенка, держащаго въ рукахъ кучу денегъ, если это лицо, увлеченное представившимся соблазномъ, перерѣжетъ горло ребенку?

Затѣмъ, нельзя не указать, что у Вальберга даны сразу два критерія, между собой не согласованные и не совпадающіе: соблазнъ и его отсутствіе—съ одной стороны, привычка и ея отсутствіе—съ другой и т. д. Но не будемъ забывать, что Вальбергъ въ этой области явился новаторомъ, что многіе его промахи могутъ быть объяснены тѣмъ, что онъ не развилъ до деталей своей теоріи, занятый трудной задачей проложенія новаго пути для своихъ основныхъ положеній, а потому и не досмотрѣлъ

<sup>1)</sup> Individualisierung, s. 52—53; «Schriften» III, Das «Gelegenheitsverbrechen» S. 55—70.

<sup>2)</sup> Вульфбертъ—«Антрополого-позитивная школа уголовного права», в. 1-й, стр. 339—340.

промаховъ и несообразностей, вытекающихъ изъ его обрисовки. Упомянемъ, наконецъ, и о томъ, что въ одной изъ своихъ послѣднихъ работъ, вышедшей въ свѣтъ послѣ появленія уголовно-политическихъ трудовъ его ученика Листа, онъ согласился съ данной послѣднимъ сравнительно болѣе точной обрисовкой типовъ привычнаго и случайнаго преступника и въ мотивировкѣ обратилъ вниманіе на моментъ опасности <sup>1)</sup>.

Обратимся ко второму капитальному труду Вальберга, въ которомъ онъ для разрѣшенія уголовно-правовыхъ и уголовно-политическихъ проблемъ вооружается политико-экономической точкой зрѣнія <sup>2)</sup>. Критическіе отзывы объ этомъ трудѣ были весьма разнообразны, а иногда даже діаметрально противоположны.

Такъ, наиримѣръ, проф. Сергѣевскій не придавалъ ему серьезнаго значенія, указывая, что въ немъ сплошь и рядомъ важнѣйшіе и труднѣйшіе вопросы уголовного права разрѣшаются не по существу, а игрой словъ «цѣна», «уплата», «оцѣнка» и т. п.: отмѣчено, далѣе, что выставленная Вальбергомъ экономическая точка зрѣнія развивается не всегда удачно и что для наказанія не годится экономическій масштабъ, — уравненіе наказанія по сравнительной экономической оцѣнкѣ съ вредомъ, причиняемымъ преступленіемъ <sup>3)</sup>.

Наоборотъ, проф. Ламманшъ признаетъ разсматриваемое сочиненіе «одной изъ оригинальнѣйшихъ и глубокомысленнѣйшихъ (eine der eigenthümlichsten und gedankenreichsten)» работъ Вальберга и утверждаетъ, что такъ написать его и столь широко поставить вопросъ Вальбергъ могъ лишь благодаря чрезвычайной живости, чуткости и разносторонности его дарованій <sup>4)</sup>.

Мы, съ своей стороны, полагаемъ, что разсматриваемая работа весьма солидна и не потеряла своего глубокаго значенія и до нашихъ дней. Мы признаемъ справедливость отдѣльныхъ критическихъ замѣчаній проф. Сергѣевского, ибо работа не чужда преувеличеній, натяжекъ и злоупотребленій экономическими тер-

<sup>1)</sup> Wahlberg—«Betrachtungen über die Freiheitstrafen sowie über die Grundsätze der Internationalen criminal. Vereinigung», W., 1890, S. 15, 25, 46—47.

<sup>2)</sup> См. уже цитир. «Criminalistische und nationalökonomische Gesichtspunkte».

<sup>3)</sup> См. указ. статью проф. Сергѣевскаго.

<sup>4)</sup> Lammasch, ук. ст., S. 6—7.



минами, иногда очень плохо вяжущимися съ разсматриваемымъ матеріаломъ, но мы находимъ, что эти недостатки, во-первыхъ, отсутствуютъ въ первой части разбираемаго труда Вальберга, во-вторыхъ, объясняются понятнымъ увлеченіемъ со стороны автора, проводящаго совершенно новую точку зрѣнія, и, въ-третьихъ, совершенно ступшеваются по сравненію съ его серьезными достоинствами.

Прежде всего, данный трудъ даетъ гораздо болѣе того, что обѣщаетъ его заглавіе; мы находимъ здѣсь разработку весьма многихъ существенныхъ вопросовъ уголовного права. Первый отдѣлъ подробно трактуетъ объ имѣющихъ значеніе для уголовного права свойствахъ лицъ и вещей. Матеріалъ этотъ разработанъ, можно сказать, съ монографической полнотой, ибо самымъ подробнымъ образомъ разсматривается вліяніе на отвѣтственность такихъ особенностей и свойствъ субъекта или объекта преступленія, какъ жизнеспособность, полъ, здоровье, степень возраста, родство, свойство, социальное положеніе, профессія или занятіе, подданство, мѣсто рожденія и т. п. Такое же вниманіе удѣлено и вліянію на отвѣтственность лица свойствъ вещи, являющейся объектомъ преступленія или игравшей существенную роль при его выполненіи; здѣсь разсматриваются вещи свои и чужія, забытыя и потеряныя, простые и составныя, годныя и негодныя и т. д.; особенно подробно разсмотрѣнъ вопросъ о цѣнности вещи, являющейся объектомъ преступленія, и о вліяніи этой цѣнности на наказуемость субъекта преступленія (цѣнность дѣйствительная и рыночная, субъективная цѣнность вещи въ глазахъ владѣльца и т. д.); болѣе обстоятельное изложеніе этого вопроса трудно найти въ литературѣ <sup>1)</sup>.

Вторая часть разсматриваемаго труда обосновываетъ теоретически важность внесенія въ уголовное право экономическихъ принциповъ, а третья состоитъ изъ обсужденія карательной системы и отдѣльныхъ видовъ наказанія съ юридико-экономической точки зрѣнія. Здѣсь современной карательной системѣ наносится много мѣткихъ ударовъ, и уясняются невыгодныя экономическія послѣдствія, связанныя какъ съ щедрымъ расточеніемъ наказаній,

<sup>1)</sup> «Crim. und nationalök. Gesichtsp.», см. о лицахъ S. 25—49, о вещахъ S. 49—94.

такъ и съ конструкціей нѣкоторыхъ ихъ видовъ; особенно убѣдительно возраженія противъ пожизненныхъ наказаній и общей конфискаціи, имѣющихъ «antiökonomische Natur», а также соображенія по поводу лишенія правъ, полицейскаго надзора и имущественныхъ наказаній <sup>1)</sup>. При назначеніи послѣднихъ авторъ рекомендуетъ обращать вниманіе на имущественное положеніе виновнаго (мысль, осуществляемая въ наши дни новѣйшими законодательными проектами), ибо иначе видимое равенство передъ закономъ превратится въ вопиющее неравенство; этотъ принципъ носитъ у Вальберга названіе «materielle Gleichheit durch ungleiche Behandlung des Ungleichen», причемъ подъ послѣднимъ изъ приведенныхъ выраженій подразумѣвается неравное экономическое положеніе различныхъ преступниковъ <sup>2)</sup>.

Основные положенія всей книги сосредоточены во второй ея части, гдѣ мы читаемъ: «преступленіе обыкновенно является не только противоправнымъ и безправственнымъ дѣяніемъ, но и дѣяніемъ анти-экономическимъ, (ибо) преступленія или прямо и непосредственно направляются противъ существующихъ пародно-экономическихъ учрежденій и интересовъ, или же косвенно отражаются неблагопріятнымъ образомъ на основахъ и нормальной дѣятельности экономическаго порядка... Наказанія, налагаемая государствомъ, также имѣютъ экономическое значеніе» (ложась бременемъ и на общество, и на преступника и его семью). Поэтому «задача уголовной политики заключается въ установленіи эквивалента между преступленіемъ и наказаніемъ», а важнѣйшее, къ чему она должна стремиться, — это «достиженіе наибольшаго Strafeffecte съ минимальнѣйшимъ принесеніемъ въ жертву труда и капитала въ своей карательной дѣятельности». Такой порядокъ, «служа интересамъ гуманности и справедливости», «въ то же время впервые осуществить въ уголовномъ правѣ правильнѣйшій экономическій взглядъ на цѣнность человѣческой личности» <sup>3)</sup>.

Но этимъ не исчерпывается важность разбираемой работы Вальберга; въ ней онъ сдѣлалъ, сравнительно съ трудомъ «объ

<sup>1)</sup> Ibidem, S. 109, 125—127, 130—134 и 134—145.

<sup>2)</sup> Ibid., S. 134—145.

<sup>3)</sup> Ibid., II, S. 95, 96, 99, 98, 101.



индивидуализаціи», рѣшительный шагъ впередъ въ дѣлѣ «проведенія въ уголовное право разносторонняго реализма» <sup>1)</sup>, въ дѣлѣ его углубленія и расширенія его содержанія. По его словамъ, «въ томъ и заключаются привлекательность, слава и опасность науки уголовного права, что оно, какъ никакая другая отрасль правовыхъ наукъ, можетъ быть изучаемо съ различнѣйшихъ точекъ зрѣнія, и что все богатство его содержанія только тогда ясно будетъ сознано, когда для углубленія и укрѣпленія его (научныхъ) приобрѣтеній и итоговъ будутъ позаняствованы новыя точки зрѣнія изъ пограничныхъ съ нимъ областей знанія» <sup>2)</sup>.

Таковы итоги разбираемаго труда. Вальбергъ намѣтилъ въ немъ весьма широкую программу и при этомъ самъ сдѣлалъ оговорку, что онъ лишь дѣлаетъ первые шаги и не беретъ на себя ея полного осуществленія. Повторяемъ, здѣсь не мало преувеличеній, натяжекъ и ошибокъ (оставленныхъ нами въ строгѣ, ибо мы старались указывать на болѣе цѣнное и сохранившее свое значеніе), но, не смотря на нихъ, мы высоко цѣнимъ эту работу. Въ наши дни особенно рѣзко выдвигаютъ значеніе экономическихъ факторовъ въ различныхъ областяхъ; подчеркнуть ихъ значеніе и для уголовного права теперь не трудно, ибо имѣется богатый матеріалъ въ работахъ экономистовъ, историковъ и статистиковъ, но иначе обстояло дѣло въ 1872 году, а потому и заслуга Вальберга въ этомъ отношеніи представляется намъ безспорной.

Теперь для окончанія характеристики Вальберга и его трудовъ намъ осталось упомянуть о немномомъ. Такъ, до своей отставки, онъ много работалъ по тюремовѣдѣнію, причемъ изучалъ преступниковъ не только по книгамъ, но и путемъ частаго личнаго посѣщенія карательныхъ учрежденій, для каковой цѣли онъ выхлопоталъ себѣ постоянное разрѣшеніе министерства юстиціи. Замѣтки его по вопросамъ тюремовѣдѣнія разбросаны въ различныхъ специальныхъ повременныхъ изданіяхъ, но основы и выводы изъ нихъ можно найти въ его большихъ работахъ. Его любимыя идеи—это широкое развитіе патроната надъ лицами, выпускаемыми изъ заключенія, индивидуализированный режимъ заключенія

<sup>1)</sup> Ibid., Vorrede, S. V.

<sup>2)</sup> Ibidem.

сообразно съ категоріей, къ которой относится преступникъ, уваженіе и въ послѣднемъ гражданской и человѣческой личности и, наконецъ, возможное достиженіе исправительныхъ цѣлей, въ видахъ которыхъ Вальбергъ увлекался идеей одиночнаго заключенія, хотя безусловно требовалъ послѣдняго лишь для краткосрочныхъ арестантовъ<sup>1)</sup>. Труды Вальберга по тюремвѣдѣнію были оцѣнены по достоинству, что между прочимъ выразилось въ избраніи его союзомъ германскихъ тюремвѣдцовъ въ почетные члены<sup>2)</sup>.

Послѣ отставки Вальбергъ работалъ менѣе интенсивно, но тѣмъ не менѣе не переставалъ слѣдить за наукой: въ его работахъ, относящихся къ девяностымъ годамъ истекшаго вѣка, онъ неоднократно цитировалъ новѣйшую литературу и, видимо, близко былъ съ нею знакомъ и живо ею интересовался<sup>3)</sup>.

Если мы добавимъ къ сказанному, что Вальбергъ читалъ лекціи по уголовному праву эрцгерцогу Юанну, былъ годъ ректоромъ (1874—1875), былъ съ 1871 года постояннымъ председателемъ государственной испытательной комиссіи, былъ специальнымъ докладчикомъ въ рейхсратѣ проекта уложенія 1874 года, былъ въ восьмидесятихъ годахъ избранъ совѣтникомъ высшаго имперскаго суда,—то нельзя будетъ не изумиться неумимости Вальберга и столь большому разнообразію его плодотворной дѣятельности. Къ числу заслугъ его, наконецъ, относится и то, что, какъ членъ академической корпораціи, онъ всегда являлся горячимъ сторонникомъ университетской автономіи, выясненію преимуществъ которой сравнительно съ бюрократическимъ управленіемъ университетами была посвящена его вступительная ректорская рѣчь, а, какъ преподаватель, онъ могъ со справедливой гордостью указать на двухъ выдающихся профессоровъ уголовного права, какъ на своихъ учениковъ; эти ученики—профессоръ берлинскаго университета Листъ и профессоръ вѣнскаго университета Ламмашъ<sup>4)</sup>.

1) Wahlberg, «Individualis.», S. 149 ff., «Ehrenfolgen», S. 15, «Schriften», III, S. 115 ff.

2) Wahlberg, «Ein Disciplinarprocess», Wien, 1889, S. 4.

3) См., напримѣръ, уже цитиров. работу «Betrachtungen», 1890 и небольшую статью о «Nothwehr», 1891.

4) Wahlberg, «Ein Disciplinarprocess», W., 1889, S. 3—4.



Незадолго до выхода въ отставку съ Вальбергомъ произошла непріятная исторія, о которой мы считаемъ необходимымъ упомянуть потому, что она доставила ему много огорченій и, будучи неправильно освѣщена частью прессы, вызвала цѣлый рядъ ожесточенныхъ нападковъ по его адресу. Въ это время въ вѣнскомъ университетѣ происходила ожесточенная борьба партій. Избраніе въ деканы юридическаго факультета большинствомъ одного голоса проф. Самуила Грюнгута повлекло за собой протестъ партіи, въ которой видную роль игралъ Вальбергъ, а за этимъ протестомъ со стороны партіи Грюнгута послѣдовало обвиненіе, уже направленное прямо противъ Вальберга, въ искаженіи протокола объ избраніи доктора Соломона Майера въ экстраординарные профессора. Исторія эта была раздута частью прессы, обвинявшей Вальберга чуть не въ подлогѣ, вызвала дисциплинарное разбирательство и принесла ему много огорченій; но, послѣ своего выхода въ отставку, Вальбергъ, уже не стѣсняемый служебно-академической тайной, выпустилъ въ свѣтъ обстоятельную брошюру, въ которой документально реабилитировалъ себя и уяснилъ истинный характеръ всей исторіи <sup>1)</sup>.

Итакъ, оглядываясь на свой длинный жизненный путь, Вальбергъ имѣлъ полное право сказать о себѣ, «что вѣнскій университетъ былъ его духовной родиной и плодоноснѣйшей рабочей нивой въ дѣлѣ служенія наукѣ и духовному развитію австрійскаго студенчества», и что всю жизнь онъ «словомъ и перомъ боролся противъ самодовлѣющей косности и мелкой рутинны» <sup>2)</sup>.

Безпристрастно оцѣнивая всю научную дѣятельность Вальберга, мы не скажемъ вмѣстѣ съ проф. Ламмашемъ, что Вальбергъ былъ основателемъ современнаго соціологическаго направленія въ уголовномъ правѣ; мы не поставимъ также ему въ заслугу вѣрность философіи Гербарта и упорное отстаиваніе въ уголовномъ правѣ идеалистической точки зрѣнія <sup>3)</sup>, но мы думаемъ, что его научныя заслуги и безъ того весьма велики.

<sup>1)</sup> Ibidem. S. 5 ff.

<sup>2)</sup> Ibidem, S. 4.

<sup>3)</sup> Lammasch, ук. ст., S. 3 и 5.

Во-первыхъ, мы видѣли, что въ одной изъ своихъ важнѣйшихъ работъ Вальбергъ проводилъ *реалистическую* точку зрѣнія, которая особенно важна въ наукѣ уголовного права, имѣющей дѣло не съ отвлеченными, а съ весьма реальными жизненными явлениями и интересами, требующими положительнаго, основаннаго на точныхъ данныхъ, а не умозрительнаго изслѣдованія. Во-вторыхъ, мы думаемъ, что заслуга основанія социологической школы принадлежитъ проф. Листу, который впервые развилъ на этой почвѣ стройную уголовно-политическую систему, и, въ-третьихъ, мы полагаемъ, что именно «нравственно-эстетическая» теорія Гербарта помѣшала Вальбергу явиться основателемъ новаго научнаго направленія, въ полномъ смыслѣ этого слова.

Мы знаемъ, что Вальбергъ признавалъ законсообразность человѣческихъ дѣйствій, что онъ иногда прямо указывалъ на социальные причины извѣстныхъ преступленій <sup>1)</sup> или же на такія причины, какъ возбужденное состояніе, неразуміе, упрямство, недалковидность, стыдъ и страхъ передъ позоромъ и т. п., увлекающія на путь преступленія иногда даже хорошихъ и честныхъ людей <sup>2)</sup>. Но гербартовская философія и связанная съ нею вѣра въ «свободу самоопредѣленія» помѣшали ему выработать цѣльную уголовно-политическую систему и привели его къ тому, что наряду съ глубокимъ пониманіемъ дѣйствительныхъ факторовъ преступности, главнымъ источникомъ послѣдней объявляется эгоизмъ и категорически заявляется, что «никакой факторъ и никакой мотивъ не могутъ создать безнаказанность дѣянія, какъ не могутъ это сдѣлать дурные примѣры и обольстительныя лжеученія» <sup>3)</sup>. Вотъ почему, далѣе, безъ доказательствъ Вальбергъ утверждаетъ, что «человѣкъ становится свободнымъ посредствомъ усвоенія нравственныхъ склонностей, посредствомъ вошедшаго въ привычку обращенія своей внимательности на высшія правила жизни <sup>4)</sup>», и забываетъ, что далеко не всегда отъ воли человѣка зависитъ такое «усвоеніе и обращеніе».

<sup>1)</sup> «Individualisirung», S. 100--102; «Schriften», II, «Moralstatistik und Zurechnung», S. 289—291; II, «Neuere Praxis», S. 151—152.

<sup>2)</sup> «Individualisirung» S. 105.

<sup>3)</sup> Ibidem, S. 101—103, 106.

<sup>4)</sup> Ibidem, S. 101—103, 106.



Какъ и Гольцендорфъ, Вальбергъ обладалъ глубокимъ умомъ и способностью углубляться въ изучаемыя явленія и давать имъ новое освѣщеніе, но Вальбергу, какъ и Гольцендорфу, индетерминистическая закваска помѣшала отказаться отъ многихъ иллюзорныхъ взглядовъ ихъ времени.

Мы не должны упрекать ихъ въ этомъ, но тѣмъ не менѣе должны безпристрастно отмѣтить существующій фактъ.

Поэтому мы думаемъ, что Вальбергъ, хотя и не основалъ соціологическаго направленія въ уголовномъ правѣ, но былъ выдающимся предтечею этого направленія; мы думаемъ, что его вліяніе легло въ основу взглядовъ его талантливыхъ учениковъ, Ламмаша и Листа, и что Вальбергъ, при современныхъ ему условіяхъ, сдѣлалъ болѣе, чѣмъ можно требовать даже отъ очень сильнаго человѣка, посвятившаго себя наукѣ.

Въ нашей русской литературѣ Вальбергу не особенно повезло: его труды цитируются меньше, чѣмъ труды другихъ, даже весьма посредственныхъ нѣмецкихъ криминалистовъ; его имя почти не упоминается въ связи съ новыми научными движеніями.

Если нашъ очеркъ послужитъ болѣе внимательному отношенію къ этому, нынѣ покойному, криминалисту и поведетъ къ болѣе справедливому признанію его крупныхъ заслугъ, мы сочтемъ себя вполне удовлетворенными.

Главнѣйшіе источники и пособія:

Wahlberg: «Die Ehrenfolgen der Strafgerichtlichen Verurtheilung», Wien, 1864.

Wahlberg: «Das Princip der Individualisirung in der Strafrechtspflege», Wien, 1869.

Wahlberg: «Gesammelte kleinere Schriften und Bruchstücke», I—III, Wien, 1875—1882.

Wahlberg: «Criminalistische und nationalökonomische Gesichtspunkte mit Rücksicht auf das deutsche Reichsstrafrecht», 1872.

Wahlberg: «Ein Disciplinarprocess vor dem akadem. Senate der Wiener Universität», Wien, 1889 (здѣсь приведено много цѣнныхъ автобіографическихъ свѣдѣній).

Lammash: «Wilhelm Emil Wahlberg», 1901 (некрологъ, s. 1—6).

Сергѣевскій: «Преступленіе и наказаніе, какъ предметъ юридической науки», Юр. Вѣстн., 1879, XII.

Чубинскій: «Мотивъ преступной дѣятельности и его значеніе», 1900.

*Примѣчаніе.* Здѣсь приведены нами важнѣйшія работы Вальберга; остальные имѣютъ меньшее значеніе и указаны въ примѣчаніяхъ къ тексту.

## Профессоръ А. Ѳ. Кистяковскій. <sup>1)</sup>

Выступая сегодня съ рѣчью, посвященной незабвенной памяти А. Ѳ. Кистяковского, я прекрасно сознаю какъ трудность вообще задачи въ сжатомъ очеркѣ дать научную и общественную характеристику обширной и плодотворной дѣятельности покойнаго, такъ и въ особенности трудность этой задачи для меня, которому по лестному довѣрію комитета нашего съѣзда пришлось почти экспромптомъ выступить вмѣсто заболѣвшаго товарища докладчика.

Пусть же въ извиненіе моей несовершенной попыткѣ послужитъ то соображеніе, что, собравшись на съѣздъ въ Кіевѣ, намъ, криминалистамъ, необходимо обратить свой взоръ въ прошлое и почтить память того, кто скончался 20 лѣтъ тому назадъ, неуспынно работавъ въ томъ же Кіевѣ на нивѣ уголовного права и по духу своему, какъ мы стараемся доказать, находился въ близкомъ родствѣ съ основными идеями международного союза криминалистовъ, до созданія котораго онъ не дожилъ.

Сперва позвольте мнѣ напомнить вамъ краткія біографическія данныя.

А. Ѳ. Кистяковскій, сынъ священника Черниговской губерніи, родился 14 марта 1833 г., окончилъ сперва полный курсъ духовной семинаріи, а затѣмъ въ 1857 году—курсъ юридическаго факультета университета св. Владиміра. Съ 1858 по 1862 годъ онъ служилъ (главнымъ образомъ въ сенатѣ), работая одновременно въ журналахъ какъ въ общихъ, такъ и специальныхъ, а затѣмъ, чувствуя призваніе къ научной дѣятельности, сосредото-

<sup>1)</sup> Рѣчь, произнесенная въ январѣ 1905 года въ день открытія съѣзда русской группы международного союза криминалистовъ.



чился на занятяхъ наукой уголовного права. Въ 1864 году онъ защищалъ диссертацию «*pro venia legendi*» и съ того же года началъ чтеніе лекцій въ кievскомъ университетѣ въ званіи приватъ-доцента. Въ 1867 году по выдержаніи экзамена и защитѣ магистерской диссертации его избираютъ доцентомъ, а въ 1869—70 гг. послѣ защиты докторской диссертации онъ становится сперва экстраординарнымъ, а затѣмъ ординарнымъ профессоромъ университета св. Владиміра, гдѣ, за исключеніемъ времени, проведеннаго въ научныхъ командировкахъ, онъ непрерывно трудился какъ ученый и преподаватель до самой своей смерти, т. е. до января 1885 года, когда онъ покинулъ земное поприще съ скромнымъ чиномъ статскаго совѣтника, но со славой выдающагося криминалиста.

Сдѣлалъ А. Ѳ. въ наукѣ столько, что одно перечисленіе всѣхъ его работъ потребовало бы отъ насъ слишкомъ много времени: на пространствѣ краткой рѣчи можно коснуться лишь самыхъ основныхъ чертъ его научнаго и общественнаго творчества.

Научную свою дѣятельность А. Ѳ. началъ въ то время, когда предстояло введеніе судебной реформы. Россія, по выраженію поэта-современника, «полная въ судахъ неправды черной», готовилась къ воспріятію истиннаго правосудія, основаннаго на европейскихъ началахъ.

И вотъ въ 1863 году появляется статья А. Ѳ. объ адвокатурѣ во Франціи, Англіи и Германіи. Недаромъ являлась эта работа. Адвокатура въ предыдущую эпоху считалась однимъ изъ жупеловъ; съ нею ассоціировали искаженіе правосудія и революціонныя идеи; существованіе ея въ судахъ считали политическимъ правомъ, исторгнутымъ у правительства и недопустимымъ въ твердомъ монархическомъ государствѣ. Нужно было искоренить такое заблужденіе, и А. Ѳ. всесторонне выполнилъ эту задачу; онъ блистательно доказалъ, что, какова бы ни была форма правленія, правительство, не допуская адвокатуры, наложитъ руку на свои и на народные интересы, ибо безъ нея невозможно никакое правосудіе, ибо она является единственнымъ и незамѣнимымъ орудіемъ для борьбы въ судахъ съ произволомъ, ябедой, крючкотворствомъ и волокитой.

Всѣ эти положенія были прекрасно иллюстрированы обрисовкой организаціи и дѣятельности адвокатуры въ Англіи и Франціи.

Дальнѣйшую защиту прогрессивныхъ идей мы видимъ въ работахъ 1857 и 1868 годовъ, посвященныхъ А. О. вопросу о мѣрахъ пресѣченія обвиняемому способамъ уклоненій отъ слѣдствія и суда. И здѣсь, наряду съ прекрасной догматической разработкой и уясненіемъ стѣснительныхъ для личности мѣръ, дѣйствительно необходимыхъ для плодотворной дѣятельности правосудія, мы видимъ въ работѣ «душу живу», видимъ документальное обличеніе того, какъ мало гарантій личности было дано въ этой области, какъ дореформенное правосудіе попирало права этой личности, не оставляя ей путей для протеста и обжалованія, какъ часто и незаконно злоупотребляли подслѣдственнымъ задержаніемъ и по дѣльнымъ годамъ томили повинныхъ вмѣстѣ съ виновными; мы видимъ здѣсь, наконецъ, и стремленіе къ лучшимъ порядкамъ, основанное на критической оцѣнкѣ мѣръ пресѣченія по судебнымъ уставамъ.

Обратимся теперь къ вышедшему въ 1867 году знаменитому изслѣдованію А. О. о смертной казни. До него вопросъ этотъ подробно трактовался между прочимъ такими выдающимися криминалистами, какъ Беккарія, Бернеръ и Миттермаіеръ; послѣ труда А. О. о томъ же выпустили работы Гаусъ и Гетцель; но работа А. О. справедливо признана въ специальной литературѣ лучшей изъ изслѣдованій вопроса и отнесена къ почетной категоріи классическихъ трудовъ. Характерную ея особенность составляетъ то, что, выражаясь съ помощью современной терминологіи, мы должны назвать соціологическимъ базисомъ: кромѣ разбора теоретическихъ доводовъ pro и contra, авторъ внимательно изслѣдовалъ соціальныя факторы, порождающіе и питающіе смертную казнь и путемъ анализа соціально-историческихъ перспективъ блестяще доказалъ, что смертная казнь есть кара вымирающая, что она тѣсно связана съ тѣмъ соціальнымъ строемъ, который характеризуется господствомъ грубой силы или кореннаго политическаго неравенства. Вмѣстѣ съ ростомъ культуры и гражданственности являются иные порядки; государственный организмъ дѣлается устойчивѣе, смягчаются нравы,



усваиваются идеи равенства и солидарности, а вмѣстѣ съ этимъ получается возможность ограждать общественный порядокъ, не прибѣгая къ жестокимъ карамъ и въ частности къ казнямъ. Смертная казнь становится все рѣже и рѣже и въ законѣ, и на практикѣ; она неизбежно сойдетъ на нѣтъ; это органическое требованіе прогресса; точнаго времени указать нельзя, но признаки указать можно: казни исчезнутъ тогда, когда въ социальномъ организмѣ вымрутъ остатки элементовъ и силъ, нѣкогда вызвавшихъ бытіе смертной казни и продолжающихъ ее питать.

Этими блестящими положеніями авторъ не только сдѣлалъ цѣбный вкладъ въ науку, но и содѣйствовалъ росту общественной мысли, направляя ее въ сторону возвышенной и строго обоснованной гуманности.

Если мы упомянемъ теперь о работѣ 1878 года, посвящей названію «Молодые преступники и учрежденія для ихъ исправленія», гдѣ авторъ, совершенно въ духѣ современныхъ намъ идей, требуетъ для юнаго преступнаго люда не кары, а принудительнаго перевоспитанія, то изъ болѣе крупныхъ работъ А. О. намъ останется сказать о его учебникѣ. Не имѣя возможности даже кратко выяснитъ все богатство содержанія этого учебника, появившагося первымъ изданіемъ въ эпоху крайней бѣдности нашей литературы и составившаго цѣлое событіе, мы отмѣтимъ лишь то, что, обстоятельно излагая какъ вопросы уголовной догматики, такъ и вопросы уголовной политики, А. О. съ особенной любовью и вниманіемъ отнесся къ послѣднимъ. Онъ подробно всѣхъ другихъ, даже иностранныхъ криминалистовъ, разработалъ въ своемъ учебникѣ исторію роста уголовно-политическихъ ученій, причемъ съ особымъ вниманіемъ отнесся къ писателямъ-борцамъ за свободу мысли и совѣсти и за неустанное движеніе науки впередъ, наперекоръ самодовольному невѣжеству и преклоняющейся передъ всякимъ дѣйствующимъ правомъ рутинѣ.

Въ то время еще не было расцвѣта современныхъ уголовно-соціологическихъ и уголовно-антропологическихъ ученій, а, слѣдовательно, не сформировался еще прочно позитивный и этиологическій базисъ науки уголовного права; но А. О. все же называлъ себя позитивнымъ криминалистомъ и дѣлалъ это съ полнымъ основа-

ніемъ: онъ во многомъ раздѣлялъ идеи Огюста Конта, а потому и уголовное право онъ стремился конструировать какъ позитивную науку, поскольку это было возможно въ его время. Его позитивизмъ отнюдь не означалъ того слѣпаго слѣдованія положительному дѣйствующему праву, которое въ наши дни мѣтко названо «юридизмомъ», ибо онъ былъ убѣжденнымъ врагомъ формализма и безжизненности и хорошо зналъ, какъ формально діалектическія тонкости легко ведутъ къ застою и регрессу. Нѣтъ, онъ говорилъ не только о статикѣ, но и о динамикѣ и наряду съ закономъ постоянства неуклонно указывалъ въ уголовномъ правѣ на законъ движенія: онъ выдвигалъ на первый планъ уголовно-политическій элементъ, но не продиктованный фантазіей или свободной игрой ума, а строго и научно обоснованный: даныя исторіи, широкое примѣненіе сравнительнаго метода, уразумѣніе явленій дѣйствительности путемъ изученія народной жизни,—вотъ на чемъ рекомендовалъ А. Ө. строить уголовно-политическія предложенія, являясь здѣсь истиннымъ предтечей тѣхъ идей, которыя въ дальнѣйшемъ развитіи вошли въ составъ научнаго credo международного союза уголовного права, а въ частности и собравшейся сегодня его русской группы. Недаромъ въ другомъ мѣстѣ (въ своей рецензій на лекцію Духовскаго) А. Ө. соглашался съ тѣмъ, что можно считать неправильнымъ признаніе уголовного права наукой, изучающей преступленіе какъ отрывочное явленіе, безъ изученія его причинъ; такую тѣсную постановку онъ допускалъ лишь временно, пока не измѣнились тѣ нормы жизни общественной, въ которыхъ наша наука не господа.

И все же эта нѣсколько пессимистическая нотка не заглушала въ А. Ө. той вѣры въ будущее, отъ котораго онъ ждалъ расширенія рамокъ науки уголовного права, и онъ горячо ободрялъ тѣхъ, кто старается для установленія понятія о преступленіи и наказаніи пайти основаніе не логически вѣрное только, но и соответствующее общественному благу.

Этотъ образъ мыслей опредѣлялъ и отношеніе А. Ө. къ общему праву. Съ любовью слѣди за его разработкой, внося въ него личный вкладъ и давая цѣнныя руководящія данныя своей глубокой и талантливой программой для собиранія юридическихъ обычаевъ и народныхъ воззрѣній, А. Ө. не впадалъ въ



крайность, столь часто выражающуюся у другихъ въ какомъ то особомъ священномъ благоговѣнн передъ обычнымъ правомъ. Правда, онъ признавалъ его важное значеніе для науки, считалъ возможнымъ путемъ его изученія освѣтить многія проблемы исторіи и догмы права, находилъ въ его глубинахъ много интереснаго и поучительнаго, но въ общемъ онъ все же смотрѣлъ на это право какъ на черновой матеріалъ, который, съ одной стороны, долженъ пріучать ученыхъ со вниманіемъ относиться къ правамъ и вѣрованіямъ народа и быть осторожными въ своихъ надъ нимъ экспериментахъ, а, съ другой стороны — долженъ быть использованъ наукой лишь постольку, поскольку въ немъ можно, не ходя за море, найти дѣйствительно прогрессивныя начала.

Мы касались до сихъ поръ лишь важнѣйшихъ работъ А. О. и уже передъ нами раскрылись широкіе горизонты: мы увидѣли, что строгая научность и выдающійся талантъ у покойнаго криминалиста находились въ счастливой гармоніи съ чуткостью, отзывчивостью и истинной гуманностью, т. е. съ тѣми чертами, которая кievская школа криминалистовъ, имѣющая свое основаніе въ А. О., старается хранить и должна хранить какъ его лучшее наследіе, оберегающее вѣрныхъ отъ безжизненности, рутинны и излишняго формализма.

Указанныя черты, по свидѣтельству лицъ, близко стоявшихъ къ покойному, были его характерными чертами и какъ ученаго, и какъ человѣка. Его гуманность сказывалась не только въ тѣхъ идеяхъ, которыя онъ разрабатывалъ съ особой любовью, — она ярко проявлялась и въ его отношеніяхъ къ людямъ и въ особенности къ учащейся молодежи, отношеніяхъ всегда теплыхъ и исполненныхъ готовности прійти на помощь книгой, научнымъ совѣтомъ, нравственной и даже матеріальной поддержкой. Его отзывчивость проявилась, какъ въ формѣ разнообразнаго и энергичнаго участія въ различныхъ ученыхъ, просвѣтительныхъ и благотворительныхъ обществахъ, такъ и въ постоянномъ откликѣ на назрѣвающія потребности родины и въ кругѣ своей специальности, и внѣ его.

Такъ, въ 1863 году, когда интеллигенція устремляется на служеніе народу и главнымъ образомъ дѣлу его просвѣщенія, А. О. сейчасъ же отвѣчаетъ небольшою статьей: «Чему и какъ

учить народъ»; вводится судебная реформа—и А. О. актовую рѣчь 1869 года посвящаетъ темѣ: «О значеніи судебной реформы въ дѣлѣ улучшенія уголовнаго правосудія»; начинаютъ развиваться юридическія общества—и А. О. въ 1881 году публикуетъ статью: «О задачахъ и цѣляхъ нашихъ юридическихъ обществъ и отношеніи ихъ къ судебной реформѣ». И такихъ примѣровъ можно было бы привести массу.

Но есть еще сторона въ дѣятельности А. О., на которую должно обратить особенное вниманіе, и безъ которой въ его характеристикѣ всегда будетъ существенный пробѣлъ. Этотъ крупный ученый и человекъ былъ въ то же время гражданиномъ въ лучшемъ смыслѣ этого слова.

По удачному выраженію Момсена, бываютъ люди, которые не желаютъ надѣть тогу гражданина изъ боязни скомпрометировать ея плафрокъ ученаго. А. О. не принадлежалъ къ числу этихъ людей. Мы видѣли уже, какимъ сочувствіемъ съ его стороны пользовались идеи гарантій правъ личности, а также свободы мысли и совѣсти; но особенно ярко и рельефно противъ всякаго произвола А. О. высказался въ статьѣ своей: «Нуждается ли общественная безопасность въ другихъ наказаніяхъ, кромѣ опредѣляемыхъ по суду»? Авторъ блистательно доказываетъ, что свободы и неприкосновенности личности не можетъ быть тамъ, гдѣ господствуютъ чистыя или замаскированныя формы рабства; нѣтъ ея и тамъ, гдѣ каждый гражданинъ можетъ быть безъ суда схваченъ, посаженъ въ тюрьму или сосланъ. Тѣмъ теоретикамъ, которые защищали примѣненіе подобныхъ способовъ обращенія съ личностью на томъ основаніи, что это не наказаніе, а просто мѣры безопасности, авторъ противопоставляетъ обратную доктрину и энергично отстаиваетъ идею господства истинной законности, неразрывно связанной съ идеей неприкосновенности личности, стѣсненіе правъ которой въ благоустроенномъ государствѣ можетъ быть допущено лишь по суду.

Вспомнимъ, что это писалось въ 1877 году, т. е. почти за 30 лѣтъ до провозглашенія принципа законности, которая лишь въ наши дни прямо признана основой правильного хода общественной жизни,—и заслуга А. О. сдѣлается въ нашихъ глазахъ еще



ярче. Пусть его голосъ тогда не былъ услышанъ, пусть вмѣсто упраздненія произвола явилась своеобразная русская хартія, именуемая положеніемъ объ усиленной охранѣ. Истина все же рано или поздно побѣждаетъ, и съ благодарностью должны мы помнить тѣхъ, кто боролся за проведеніе этой истины въ жизнь.

Позвольте теперь въ двухъ словахъ подвести итогъ всему сказанному. Мы приступаемъ къ текущимъ работамъ кievскаго съѣзда и здѣсь, находясь на кievской почвѣ, мы начинаемъ свою работу съ пожеланія, чтобы долгіе, долгіе годы помнили свѣтлый образъ почившаго А. О. и въ работѣ ставили себѣ въ примѣръ этого выдающагося ученаго, человѣка и гражданина.

## К. В. Шавровъ <sup>1)</sup>.

Русская наука недавно понесла новую утрату. 26 октября въ Кіевѣ скончался Константинъ Владиміровичъ Шавровъ, который являясь практическимъ судебнымъ дѣятелемъ по должности помощника военного прокурора, въ то же время былъ членомъ кіевской университетской семьи, какъ приватъ-доцентъ университета Св. Владиміра.

Увлечшись еще въ военно-юридической академіи наукой уголовного права, покойный всю жизнь оставался вѣрнымъ этому увлеченію; онъ рѣшилъ готовить себя къ академическому преподаванію и затраталъ массу энергіи на достиженіе этой цѣли. Онъ, конечно, могъ бы хлопотать о специальномъ разрѣшеніи подвергнуться непосредственно магистерскому экзамену; хотя это право по закону принадлежитъ лишь лицамъ, окончившимъ университетъ, но на практикѣ бывали исключенія для лицъ, окончившихъ духовную академію или училище правовѣдѣнія: возможно было получить разрѣшеніе и лицу, окончившему курсъ военно-юридической академіи.

Но Константинъ Владиміровичъ не избралъ такого пути; для будущаго университетскаго преподавателя онъ считалъ необходимымъ пройти полный правильный курсъ университетской науки, освоиться съ методами и приѣмами университетскаго преподаванія и познакомиться ближе съ жизнью и работой русскаго студенчества.

Въ виду этого, занимая уже должность помощника военного прокурора и перешагнувъ за предѣлы тридцатилѣтняго возраста, онъ поступаетъ вольнослушателемъ въ кіевскій университетъ и въ теченіе четырехъ лѣтъ неутомимо работаетъ, затѣмъ прекрасно

<sup>1)</sup>Рѣчь, произнесенная въ засѣданіи харьковскаго юридическаго общества; первоначально напечатана въ «Журн. Мин. Юстиц.», 1904 г.



сдаеть государственный экзамень и получаетъ дипломъ, дающій ему право готовиться къ магистерскому экзамену. Еще проходить болѣе двухъ лѣтъ усиленныхъ занятій подь руководствомъ профессора уголовного права Л. С. Бѣлогриць-Котлиревскаго,—и Константинъ Владиміровичъ выдерживаетъ магистерскій экзамень, читаетъ пробныя лекціи и получаетъ давно желанное званіе приватъ-доцента уголовного права. Онъ начинаетъ читать студентамъ необязательный курсъ и ведетъ съ ними практическія занятія, которыя ему поручаетъ факультетъ съ особымъ удовольствіемъ, видя въ немъ удачное сочетаніе теоретической и практической подготовки.

Съ жаромъ отдался Константинъ Владиміровичъ любимому дѣлу. На своихъ практическихъ занятіяхъ то въ формѣ чтенія и разбора студентами рефератовъ, то въ формѣ примѣрныхъ судебныхъ засѣданій, онъ знакомилъ слушателей съ теоріей и практикой уголовного права и процесса, укрѣплялъ въ этихъ слушателяхъ научные интересы и всегда охотно приходилъ къ нимъ на помощь руководствомъ, совѣтомъ и книгами изъ своей библіотеки, очень разнообразной и богатой, ибо на эту свою единственную роскошь покойный затратилъ все, что могъ, собирая какъ всѣ послѣднія новости, такъ и такія рѣдкости старой криминальной литературы, какъ «Practica» Карцова или «Трактатъ» Жюсса. Всю эту массу книгъ онъ добросовѣстно штудировалъ, благодаря чему приобрѣлъ рѣдкую эрудицію въ области своей науки.

А на ряду съ такой интенсивной научной работой изо дня въ день шла служебная работа въ военно-окружномъ судѣ; она давала Константину Владиміровичу средства къ жизни, а потому онъ не могъ ее оставить, хотя всѣ послѣдніе годы своей жизни мечталъ о томъ, чтобы сосредоточиться исключительно на научной дѣятельности. Къ своей службѣ, какъ и ко всему, что онъ дѣлалъ, Константинъ Владиміровичъ относился съ щепетильной добросовѣстностью; и здѣсь его цѣпили и возлагали на него очень важныя порученія, какъ, на примѣръ, представительство интересовъ обвиненія въ громкомъ и сложномъ дѣлѣ о разбойничьей шайкѣ цыганъ, не такъ давно разбиравшемся въ Харьковѣ выѣздною сессіей военнаго суда.

Нужно было имѣть исключительное здоровье, чтобы выдержать описанную двойную работу. Константинъ Владиміровичъ такимъ здоровьемъ не обладалъ; еще до переѣзда въ Кіевъ онъ болѣлъ тяжелой формой плеврита, которая подточила его неособенно крѣпкій организмъ и дала ему серьезное предрасположеніе къ чахоткѣ; послѣдняя не замедлила развиться благодаря чрезмѣрно интенсивной работѣ въ Кіевѣ и черезъ нѣсколько лѣтъ привела къ роковому концу. Не помогли ни поѣздка въ Абась-Туманъ, ни попытки лѣтняго леченія въ дачныхъ мѣстностяхъ близъ Кіева среди сосновыхъ лѣсовъ; нужно было отказаться отъ всякой напряженной работы не только лѣтомъ, но и зимой; нужно было сосредоточиться исключительно на вопросахъ собственного здоровья, но покойный не могъ и не хотѣлъ поступить такимъ образомъ; не могъ — потому что сдѣлать это не позволяло отсутствіе матеріальнаго обезпеченія; не хотѣлъ — потому что въ научной работѣ видѣлъ главный смыслъ своей жизни. Онъ зналъ роковой характеръ своей болѣзни, но духомъ отъ этого не падалъ и въ веселыя минуты относился къ своему недугу не безъ юмора. «А вы докажите мнѣ», — иногда говорилъ онъ, — «что умереть отъ туберкулеза хуже, чѣмъ отъ паралича или рака».

Лишь въ послѣдніе мѣсяцы жизни измѣнился ровный и спокойный характеръ К. В., и въ его словахъ и письмахъ появились горечь и предчувствіе близкаго конца. Въ сентябрѣ въ своемъ послѣднемъ письмѣ къ мнѣ онъ писалъ: «Мое дѣло совсѣмъ плохо. Вотъ уже 2½ недѣли съ двухъ часовъ до вечера температура = 38,5—39,2.... Ни о какихъ занятіяхъ не можетъ быть рѣчи; лекціи и практическія занятія я прекратилъ; предстоитъ изъ Кіева уѣхать надолго, если не навсегда.... Вотъ каковы дѣла! Вы поймете мои чувства, если только представите, какъ я достигалъ возможности жить наукой, — и вотъ я долженъ бросить все и боюсь, что возвращенія уже не будетъ!»...

Тяжелыя предчувствія оказались вѣрными, и вскорѣ К. В. не стало...

Литературное наслѣдство К. В. оставилъ небольшое, да и не могло быть иначе при описанныхъ условіяхъ его жизни; нужно, наоборотъ, удивляться тому, какъ онъ все-таки находилъ время



для учено-литературного труда. Кромѣ ряда небольшихъ статей и мелкихъ замѣтокъ въ специальныхъ изданіяхъ необходимо отмѣтить двѣ его брошюры: «Понятіе преступленія» и «Судейское усмотрѣніе и неопредѣленные приговоры». Последняя работа была помѣщена въ «Журналѣ Министерства Юстиціи», но вышла и отдѣльными оттисками; авторъ написалъ ее для январскаго сѣзда русской группы международнаго союза криминалистовъ, по устройству котораго въ Кіевѣ, онъ, не смотря на болѣзнь, энергично работалъ, ибо глубоко сочувствовалъ цѣлямъ союза и тѣмъ теченіямъ въ наукѣ уголовного права, отраженіемъ которыхъ этотъ союзъ является въ лицѣ большинства своихъ представителей.

Ознакомленіе съ указанными статьями, а также съ идеями, которыя покойный проводилъ, участвуя въ преніяхъ на сѣздахъ русской группы криминалистовъ, приводитъ насъ къ выводу, что научные взгляды К. В. не успѣли вылиться въ совершенно законченную форму.

Намъ приходится жить въ эпоху, когда пошатнулись многіе традиціонные устои науки уголовного права, когда въ ней идетъ крупное броженіе, а знаніе новой науки еще далеко не выстроено. Современникамъ трудно ориентироваться съ полной ясностью, а еще труднѣе остановиться на вполнѣ опредѣленной программѣ. К. В. страстно искалъ ея; съ одной стороны, онъ искренно увлекался идеями Ферри; съ другой — зналъ по своему судебному опыту всю важность юридическаго элемента въ нашей наукѣ, элемента, на которомъ зиждутся идея законности и всѣ гарантіи права какъ непреступной, такъ и преступной личности. Примирительныя попытки въ духѣ Листа и особенно Принса его также не удовлетворяли; въ анализѣ онъ шелъ все дальше и дальше; неумолимая смерть помѣшала окончательному синтезу, который далъ бы успокоеніе и внутреннее удовлетвореніе самому Константину Владиміровичу и привелъ бы его къ твердымъ выводамъ изъ его, безъ преувеличеній говоря, огромнаго научнаго багажа.

Но сказаннымъ не ограничивалась научно-литературная дѣятельность покойнаго. На послѣднемъ курсѣ университета онъ написалъ и представилъ обширное сочиненіе «О рецидивѣ», за которое ему была присуждена серебряная медаль.

Въ ту пору К. В. страстно увлекался Тардомъ вообще и открытыми имъ «законами подражанія» въ частности; эти законы онъ попытался примѣнить и къ конструкціи ученія о рецидивѣ, доказывая, что въ своихъ дальнѣйшихъ преступленіяхъ рецидивистъ «подражаетъ самому себѣ». На такой почвѣ построить ученіе объ отвѣтственности рецидивистовъ и конструировать самое понятіе рецидива было трудно, и дальнѣйшая работа К. В. надъ этимъ вопросомъ (какъ мы знаемъ изъ его словъ) заставила его отказаться отъ указанной основной идеи. Онъ рѣшилъ совершенно переработать свой трудъ, дать въ немъ новую конструкцію и ввести въ него собранный имъ богатѣйшій историческій матеріалъ по литературѣ и законодательству о рецидивѣ. Этотъ трудъ долженъ былъ явиться въ качествѣ магистерской диссертации; надъ ней покойный, преодолевая болѣзнь, работалъ долго и упорно, но смерть помѣшала ему довести дѣло до конца.

Прошлымъ лѣтомъ К. В. говорилъ пишущему эти строки, что теоретическая часть его труда еще не закончена и не отдѣлана, хотя всѣ матеріалы для нея уже готовы, но что историческая часть совершенно готова къ выходу въ свѣтъ. Мы не знаемъ, въ чьихъ рукахъ находятся теперь бумаги, оставшіяся послѣ покойнаго К. В., но думаемъ, что, если среди нихъ осталась исторія рецидива, ее весьма желательно было-бы напечатать. Университетъ Св. Владиміра, къ которому такъ близко стоялъ покойный, вѣроятно, оказалъ бы духовное и матеріальное содѣйствіе такому изданію, которое явилось бы цѣннымъ вкладомъ въ науку и лучшимъ способомъ почтить память одного изъ неутомимыхъ самоотверженныхъ работниковъ на нивѣ этой науки, усопшаго безвременно Константина Владиміровича Шаврова.

---



## Смертная казнь и военные суды.

(Замѣтка изъ текущей жизни).

Переживаемая въ наши дни Россіей бурная эпоха отличается въ высшей степени характерными особенностями, изъ которыхъ, на нашъ взглядъ, самой характерной является полное несоотвѣтствіе между требованіями, диктуемыми выросшимъ общественнымъ правосознаніемъ, и тѣми мѣрами, которыя умиравшій режимъ продолжаетъ примѣнять, не смотря на торжественное провозглашеніе началъ, необходимыхъ для водворенія спокойствія въ измученной и дезорганизованной странѣ.

Намъ твердо и категорически обѣщано настоящее народное представительство и свобода, но время осуществленія этого обѣщанія теряется въ туманномъ сумракѣ, а пока... законодательство идетъ старымъ бюрократическимъ путемъ, а практика управленія по прежнему не вытѣсняетъ изъ омыта произвола и насилія и въ ожиданіи грядущаго парламента все шире и шире покрываетъ Россію сѣтью военнаго положенія и усиленной охраны. Благодаря особенностямъ двухъ послѣднихъ институтовъ, этихъ единственныхъ въ мірѣ «хартій вольности наоборотъ», наступившая новая эра россійской жизни по справедливости можетъ быть названа эрою военныхъ судовъ и смертной казни.

Не проходило, кажется, ни одной педѣли безъ того, чтобы столбцы журналовъ и газетъ не принесли сообщеній о новыхъ смертныхъ приговорахъ и о новыхъ казняхъ, и конца этому мартирологу пока далеко еще не видно.

А между тѣмъ картина была бы совершенно иная, если бы правосудіе шло правильными путями, т. е. если бы обыкновенные суды не замѣнялись чрезвычайными. Новое уголовное уло-

женіе, которое объявлено дѣйствующимъ по отношенію къ политическимъ преступленіямъ, во первыхъ, сильно сократило сферу примѣненія смертной казни, а во вторыхъ, *во всѣхъ безъ исключенія случаяхъ* предоставило суду право при наличности смягчающихъ обстоятельствъ переходить отъ смертной казни къ каторгѣ. Мы далеки отъ признанія этого порядка идеальнымъ, по всякому ясно, какая пропасть лежитъ между нимъ и существующей мрачной дѣйствительностью.

Обратимся къ этой дѣйствительности. Источникомъ чрезвычайныхъ судовъ и провозносимыхъ ими смертныхъ приговоровъ являются, прежде всего, 17 и 18 ст. положенія о мѣрахъ охраны государственнаго порядка и общественнаго спокойствія. Въ силу этихъ статей, министру внутреннихъ дѣлъ, генераль-губернаторамъ (а въ мѣстностяхъ, объявленныхъ на военномъ положеніи, сверхъ того временнымъ генераль-губернаторамъ или военнымъ главноначальствующимъ) предоставлено право цѣлый рядъ преступленій общаго характера передавать для сужденія *по законамъ военнаго времени*, когда они признаютъ это неизбѣжнымъ въ видахъ огражденія общественнаго порядка и спокойствія.

Но не слѣдуетъ думать, что указанное право ограничено хотя бы твердыми территоріальными границами: по ст. 28 и 31 даже «въ смежныхъ губерніяхъ и областяхъ или даже *во всѣхъ остальныхъ мѣстностяхъ государства*» можетъ быть отданъ приказъ о примѣненіи военнаго суда; достаточно значить, чтобы хоть *идь нибудь въ одномъ мѣстѣ* была введена усиленная охрана.

Если же мы поинтересуемся узнать, за какія вины грозить сужденіе по военнымъ законамъ, то увидимъ, что оно грозитъ виновнымъ «въ вооруженномъ сопротивленіи властямъ или нападеніи на чиновъ войска и полиціи и на всѣхъ вообще должностныхъ лицъ при исполненіи ими обязанностей службы или же вслѣдствіе исполненія сихъ обязанностей, коль скоро преступленія эти сопровождались убійствомъ или покушеніемъ на убійство, нанесеніемъ рапъ, увѣчій, тяжкихъ побоевъ или поджогомъ».

Какъ видимъ, кругъ необычайно широкій и не вполне точно опредѣленный, но и онъ еще не является послѣднимъ словомъ неопредѣленности; для военныхъ сверхъ этого существуетъ спе-



пѣальная 91 ст. воинскаго устава о наказаніяхъ, позволяющая главному военному начальству и въ мирное время предавать суду съ примѣненіемъ законовъ военнаго времени «въ чрезвычайныхъ случаяхъ, когда по особой важности обстоятельствъ, коими сопровождалось преступленіе, представляется необходимымъ для охраненія воинской дисциплины судить виновныхъ по всей строгости военно-уголовныхъ законовъ».

Но этого мало. Нѣсколько неопредѣленное выраженіе ст. 17—«сужденіе по законамъ военнаго времени»—не разъяснено въ законодательномъ порядкѣ. Когда рѣчь идетъ о человѣческой жизни, позволительны самыя щепетильныя сомнѣнія и необходимы самыя строгія ограничительныя толкованія; можно думать, что законодательемъ допущена въ этихъ случаяхъ лишь ускоренная и суровая процессуальная обстановка военно-полевого суда, а вовсе не примѣненіе каръ, диктуемыхъ военно-полевыми законами; но закона, разрѣшающаго эти сомнѣнія, нѣтъ, а есть простое «разъясненіе» главнаго военнаго суда (1887 г., № 117), который заявилъ, что законы военнаго времени, о которыхъ идетъ рѣчь въ 17 статьѣ, «обнимаютъ собою нормы какъ процессуальныя, такъ и матерьяльныя», а потому... допустилъ примѣненіе смертной казни и внѣ *исчертывающаю* перечня 18 статьи! Итакъ, по самому широкому кругу дѣлъ (до нанесенія тяжкихъ побоевъ городовому—включительно) высшая администрація можетъ, разъ гдѣ бы то ни было объявлена усиленная охрана, въ любомъ мѣстѣ отдать русскаго гражданина подъ военный судъ и предписать примѣненіе къ осужденному знаменитой 279 ст. воинскаго устава о наказаніяхъ, т. е. смертной казни. Она, высшая администрація, рѣшаетъ этотъ вопросъ по своему произволу, ибо законъ позволяетъ ей это дѣлать въ каждомъ случаѣ, когда она, «въ видахъ охраненія общественнаго порядка и спокойствія», (а чего нельзя подвести подъ эту категорію?) *сама* признаетъ это необходимымъ, не давая никому отчета и даже не спрашивая ни у кого совѣта.

Но можетъ быть самая угроза смертной казнейю не является категорической и абсолютной, хотя 279 ст. говоритъ только объ этомъ наказаніи?

Къ сожалѣнію, практика даетъ отвѣтъ отрицательный, хотя положительный отвѣтъ категорически диктуется и закономъ, и здравымъ разсудкомъ.

По непреложнымъ началамъ всякаго уголовного суда, если только это все таки судъ, а не застѣнокъ и не глухое и слѣпое орудіе власти, даже такъ называемое абсолютно-опредѣленное наказаніе (въ данномъ случаѣ смертная казнь) въ цѣломъ рядѣ случаевъ примѣнена быть не можетъ: военный судъ не имѣетъ въ своихъ законахъ цѣлаго ряда указаній и долженъ за ними обращаться къ общимъ уголовнымъ законамъ, т. е. въ наши дни къ новому уголовному уложенію. Тамъ ясно сказано, наиримѣръ, что нельзя казнить малолѣтнихъ и несовершеннолѣтнихъ; казнить ихъ въ порядкѣ даже военно-полевого суда—это значитъ совершить не казнь, а убійство, а между тѣмъ цѣлый рядъ такихъ случаевъ на практикѣ имѣлъ мѣсто. Такъ тотъ самый главный военный судъ, который въ 1883 году (рѣшеніе № 8) призналъ, что для замѣны смертной казни каторгой вообще достаточно *одного* смягчающаго обстоятельства, теперь твердо и упорно отвергаетъ такое толкованіе во всѣхъ политическихъ процессахъ и между прочимъ упорно отказывается отъ кассации тѣхъ приговоровъ, которыми на казнь осуждены несовершеннолѣтніе.

Что значить это непонятное и незаконное упорство? Отвѣтъ на это полученъ русскимъ обществомъ лишь случайно, благодаря опубликованію рѣчей Спасовича по политическимъ процессамъ, а также благодаря проникшимъ въ печать свѣдѣніямъ о рѣчахъ въ главномъ военномъ судѣ прокуратуры. Оказывается, что военнымъ судамъ предписано путемъ *циркуляра*, и до сихъ поръ *неопубликованнаго* въ приказахъ по военному вѣдомству, примѣняя 279 ст., приговаривать *исключительно къ смертной казни*. Циркуляръ этотъ данъ министромъ Ванновскимъ и ссылается на словесное Высочайшее повелѣніе отъ 11 августа 1887 года.

Но, если мы вспомнимъ, что по основнымъ законамъ «Россійская Имперія управляется на твердомъ основаніи существующихъ законовъ», и что «никакой законъ за собственноручнымъ Его Величества подписаніемъ не можетъ быть отмѣненъ иначе, какъ такимъ же закономъ», намъ станетъ ясно, какъ день, что



приведенный циркуляръ, отмѣняющій общій порядокъ, установленный уголовными законами, изданными въ надлежащемъ порядкѣ и съ Высочайшаго утвержденья, не можетъ быть признанъ закономъ; онъ есть незаконное и какъ таковое не можетъ имѣть силы. Не даромъ его облекли покровомъ тайны: чистое дѣло не боится свѣта.

Но рабское преклоненіе передъ циркулярами сыграло здѣсь свою роль, и на практикѣ мы видимъ, что военный судъ, разъ не можетъ оправдать обвиняемаго по 279 ст. по недостатку уликъ, *обязанъ* приговорить его къ смертной казни, каковы бы ни были смягчающія обстоятельства, и хотя бы эти обстоятельства сто разъ были указаны другими законами.

Такимъ образомъ, преданіе суду въ порядкѣ статей усиленной охраны или военного положенія фактически есть приказаніе приговорить всѣхъ изобличенныхъ къ смертной казни. Такъ суды и поступаютъ и, напримѣръ, изъ свѣдѣній, проникшихъ въ печать по дѣлу объ убійствѣ бакинскаго губернатора Накашидзе, мы узнаемъ, что къ смертной казни въ числѣ другихъ былъ приговоренъ и юноша, которому (если даже, вопреки категорическому заявленію защиты, признать его участникомъ убійства) было *пятнадцать* лѣтъ во время совершенія преступленія. Дальше идти некуда. Очевидно, такіе суды съ судомъ дѣйствительнымъ и законнымъ ничего общаго, кромѣ имени, не имѣютъ.

Посмотримъ теперь, какъ происходитъ самый судъ. Какъ ни скудны свѣдѣнія, проникшія въ печать, но и они вопіютъ къ небу. Въ Двинскѣ по дѣлу Маньковского (см. «Право» № 24) судъ далъ *одни сутки* для вызова свидѣтелей со дня врученія обвинительнаго акта, при чемъ судъ *не обязанъ* вызывать свидѣтеля, живущаго въ другомъ городѣ, а слѣдовательно подсудимый, оправданіе котораго зависитъ отъ ссылки именно на показанія такого свидѣтеля, заранѣе обрекается на погибель. Далѣе, въ дѣлахъ, разбираемыхъ военными судами, какъ видно, напримѣръ, изъ дѣла Накашидзе, фигурируютъ такъ называемыя агентурныя свѣдѣнія отъ агентовъ, на судъ *не являющихся*, и такія показанія, вмѣстѣ съ показаніями явившихся, но весьма сомнительныхъ элементовъ, иногда перевѣшиваютъ цѣлый рядъ показаній въ пользу подсу-

дмаго, данныхъ на судѣ лицами вполне почтенными и достойными уваженія.

Но вотъ смертный приговоръ готовъ. Судьи вынесли его, но ихъ судейская совѣсть неспокойна: они видѣли въ дѣлѣ рядъ смягчающихъ обстоятельствъ, а потому ходатайствуютъ о смягченіи наказанія. Это ходатайство поступаетъ къ главной мѣстной военной власти, которая не только въ теоріи можетъ не удовлетворить этого ходатайства, но нерѣдко фактически его не удовлетворяетъ и посылаетъ на казнь людей даже вопреки убѣжденію того чрезвычайнаго суда, который, какъ и всякій чрезвычайный судъ, всегда по свидѣтельству исторіи клонится значительно больше въ сторону суровости, чѣмъ въ сторону милости. Особенно чудовищнымъ по своей несообразности является случай, извѣстія о которомъ недавно прошли въ печать: случай съ виновниками перваго бунта въ черноморскомъ флотѣ; въ своей конфирмаціи приговора адмиралъ Чухнинъ отказалъ въ смягченіи наказанія осужденнымъ на смертную казнь, не смотря на ходатайство суда и указаніе послѣднимъ цѣлаго ряда смягчающихъ обстоятельствъ, и они были немедленно казнены!

Но и это не все. Если осужденный можетъ подать кассационную жалобу на смертный приговоръ и исполненіе приговора этимъ задерживается, то открывается, во-первыхъ, возможность отмены приговора главнымъ военнымъ судомъ, а во-вторыхъ, возможность обращенія къ Государю съ просьбой о помилованіи. Казалось бы, что такое право — право необходимое и неотъемлемое, ибо иначе приходится признать, что военно-полевой судъ непогрѣшимъ, не можетъ впасть въ судебную ошибку и осудить невиннаго. Но и здѣсь невозможное оказывается возможнымъ: ст. 1041 и 1404 военно-суд. устава главному военному начальству предоставляютъ право не давать хода кассационнымъ жалобамъ, когда они входятъ необходимымъ немедленное исполненіе смертнаго приговора «въ виду охраненія существенныхъ интересовъ арміи, военной дисциплины или общественной безопасности». Практика, какъ оказывается, не отстаётъ отъ закона: уже были неоднократные случаи отказа въ приѣмѣ кассационныхъ жалобъ, а между тѣмъ, если мы вспомнимъ, что осужденный въ Двинскѣ



на смерть Маньковскій былъ оправданъ послѣ кассациі о немъ приговора, мы имѣемъ твердое основаніе сказать, что *были фактически случаи осужденія невинныхъ*, что они возможны всегда, и что никто не можетъ поручиться за безусловную виновность тѣхъ поспѣшно казненныхъ, которымъ не дали права кассациі, этой, хотя и слабой, но все же гарантіи отъ судебныхъ ошибокъ, *непоправимыхъ*, когда дѣло идетъ о смертной казни. Прибавимъ также, что въ печать проникли слухи, въ которыхъ нѣтъ ничего невѣроятнаго, что были и такіе случаи, когда помилованіе, испрошенное у Государя помимо мѣстнаго военнаго начальства, приходило слишкомъ поздно благодаря поспѣшному совершенію казни по волѣ этого мѣстнаго начальства.

Какіе бы факты мы не привели еще, они будутъ уже тонуть на черномъ и кровавомъ фонѣ развернувшейся передъ нами картины. Если мы хотимъ говорить о наказаніи виновныхъ, а не объ истребленіи ихъ во что бы то ни стало, если мы хотимъ, чтобы судъ имѣлъ право называть свою работу правосудіемъ, мы должны твердо сказать: при какихъ бы то ни было обстоятельствахъ въ государствѣ, претендующемъ на титулъ культурнаго, истерпимы чрезвычайные суды и ихъ худшіи виды, суды военнопольные, въ особенности когда ихъ дѣятельность, какъ у насъ, выходитъ за предѣлы арміи и практикуется не на театрѣ войны, а на театрѣ гражданской жизни страны.

Мы почти ничего не говорили по существу о карѣ, являющейся обычной въ этихъ судахъ, т. е. о смертной казни. Мы не считаемъ здѣсь нужной какую бы то ни было полемику, ибо указанная кара безповоротно осуждена исторіей и находится въ полномъ противорѣчій съ умственнымъ, нравственнымъ и культурнымъ развитіемъ современнаго человѣчества. Эта кара повсемѣстно вымираетъ, но и тамъ, гдѣ она сохраняется, какъ историческій пережитокъ, она обычно примѣняется къ худшимъ элементамъ преступнаго люда (звѣрскимъ убійцамъ, поджигателямъ и т. п.), тогда какъ у насъ на казнь посылаютъ главнымъ образомъ такъ называемыхъ политическихъ преступниковъ, т. е. людей, которыхъ на формально преступный путь ведетъ идея, людей, которыхъ въ одну эпоху казнятъ, а въ послѣдующую снабжаютъ

нерѣдко именовъ героевъ и борцовъ за свободу. Такое положеніе дѣлъ терпимо быть не можетъ и смертная казнь должна быть безповоротпо вычеркнута изъ нашего законодательства. Это непреложное требованіе науки, это дружное требованіе всего сознательнаго русскаго общества. Это одно изъ дополненій къ указу объ амнистіи, которое необходимо не менѣе, чѣмъ доведеніе этой амнистіи до тѣхъ предѣловъ, когда она будетъ полной и безусловной.

Обновленная Россія не хочетъ болѣе позора казней, и ея голосъ долженъ быть услышанъ.

Мы могли бы дополнить наше изложеніе данными о повѣйшей практикѣ казней и экзекуцій съ народіей на судъ и даже безъ всякаго суда, но . . . довольно. Мы твердо вѣримъ, что виновники этого моря беззаконій будутъ призваны къ отвѣту народными представителями, но, говоря о реформахъ, осуществленіе которыхъ необходимо въ законодательномъ порядкѣ, мы ничего не найдемъ для насъ пригоднаго тамъ, гдѣ не витала даже тѣнь законности.

Озираясь же на все, нами изложенное, мы можемъ сказать лишь одно: при современныхъ безпримѣрныхъ условіяхъ громко долженъ звучать голосъ безпристрастной науки; въ полной гармоніи съ общественнымъ правосознаніемъ онъ долженъ твердо настаивать на полной отміѣ смертной казни и чрезвычайныхъ судовъ и на полной амнистіи всѣхъ осужденныхъ этими судами.

---



## Къ вопросу объ экономическихъ факторахъ преступности.

(Разборъ книги Josef van Kan: «*Les causes économiques de la criminalité, étude historique et critique d'étiologie criminelle, avec préface de prof. G. A. van Hamel, ouvrage couronné par l'Université d'Amsterdam*», 1903).

Книга, разборъ которой предлагается вниманию читателя, принадлежит перу молодого голландскаго автора и была представлена имъ по окончаніи университетскаго курса юридическому факультету амстердамскаго университета для соисканія преміи. Тема, предложенная факультетомъ въ 1899—1900 учебномъ году, требовала отъ аспирантовъ «систематическаго и критическаго обзора литературы, посвященной выясненію вопроса о вліяніи экономическихъ условій на преступность». Авторъ получилъ первую премію и три года спустя, отдѣлавъ и дополнивъ свой трудъ, выпустилъ его въ свѣтъ на французскомъ языкѣ, чтобы сдѣлать его доступнымъ болѣе широкому кругу читателей.

Въ очень тепло и внимательно написанномъ предисловіи профессоръ ванъ-Гамель, останавливаясь на основныхъ раздѣлахъ книги, подчеркиваетъ серьезную важность выводовъ автора и правильность сдѣланной послѣднимъ оцѣнки различныхъ методовъ изслѣдованія. Онъ говоритъ, что лишь по просьбѣ своего ученика-автора онъ даетъ его книгѣ это предисловіе, ибо по существу столь серьезная и интересная книга въ рекомендаціи не нуждается.

Мы съ своей стороны находимъ совершенно правильной такую характеристику. Книга ванъ-Кана относится къ категоріи новыхъ замѣтныхъ и полезныхъ для науки трудовъ, хотя уже по самому характеру поставленной задачи болѣе стремится къ выясненію и освѣщенію идей и фактовъ, уже находящихся въ

оборотѣ, чѣмъ къ самостоятельному открытію новыхъ горизонтовъ. Молодой авторъ выступаетъ передъ нами какъ зрѣлый и умѣлый работникъ и даетъ много цѣннаго и интереснаго. Его эрудиція весьма внушительна, причѣмъ богатое знакомство съ языками даетъ ему возможность, кромѣ голландскихъ писателей, свободно по первоисточникамъ цитировать не только греческихъ, латинскихъ, нѣмецкихъ, французскихъ и англійскихъ авторовъ, но также авторовъ итальянскихъ, испанскихъ и португальскихъ, вышедшихъ какъ въ Европѣ, такъ и въ Америкѣ (таковъ, на примѣръ, интересный отзывъ о работѣ M. Delleriane: «Las causas del delito», 1892, Buenos-Ayres и ми. друг.).

Для насъ книга фанъ-Кана имѣетъ особенное значеніе еще и потому, что въ то время, какъ за границей не только въ Германіи и Франціи, но и въ Италіи уголовная этиологія получила полное признаніе и разрабатывается въ цѣломъ рядѣ трудовъ, у насъ эта важная отрасль науки уголовного права пользуется сравнительно малымъ вниманіемъ и даже то, что уже сдѣлано, недостаточно эксплуатируется криминалистами. Такъ, на примѣръ, въ 1899 году появилась совершенно неопубликованная нашей спеціальной литературой книга S. Antonini: «Предшественники Ломброзо» (*I precursori di Lombroso*), гдѣ тщательно и съ сочувствіемъ сдѣлано обзорѣніе прогрессивнаго роста научной мысли, поскольку она еще до Ломброзо изучала различныя данныя біологическаго порядка, находящіяся въ связи съ преступностью. Появляются, следовательно, уже труды синтетическаго характера, указывающіе на широко развившуюся литературу.

Такимъ же синтетическимъ трудомъ является и интересующая насъ книга фанъ-Кана, также входящая въ сферу уголовной этиологіи, но не со стороны біологической, а со стороны соціальной.

При чтеніи ея сразу же бросается въ глаза, что разработка темы выходитъ за предѣлы скромнаго заглавія, говорящаго лишь объ экономическихъ факторахъ преступности. Правда, каждому писателю авторъ удѣляетъ вниманіе главнымъ образомъ постольку, поскольку онъ занимался экономическими факторами, но мы встрѣчаемъ также нерѣдко и общую оцѣнку не только отдѣльныхъ авторовъ, но и цѣлыхъ научныхъ направленій.



Въ краткомъ введеніи (р. 1—14) авторъ ставитъ въ заслугу новой позитивной школы уголовнаго права научную и серьезную постановку уголовно-этіологическихъ проблемъ; въ то же время онъ признаетъ преувеличеніемъ утвержденіе Ферри и другихъ его единомышленниковъ, будто классическая школа совершенно игнорировала все, кромѣ чисто юридической стороны; она мало занималась и интересовалась изученіемъ генезиса, природы и элементовъ преступности, но никогда не оставляла ихъ безъ всякаго вниманія.

Самъ авторъ, примыкая къ новой школѣ, ставитъ основной своей задачей изслѣдованіе той роли, которую разные авторы приписываютъ экономическимъ факторамъ преступности. Самые факторы нужно брать широко и считаться при этомъ съ общими принципиальными взглядами отдѣльныхъ изслѣдователей.

Отсюда вытекаетъ необходимость группировать матерьялъ въ зависимости отъ существованія цѣлаго ряда направлений въ криминальной наукѣ. Какъ справедливо замѣчаетъ авторъ, необходимо ознакомиться съ сущностью этихъ направлений, ибо только тогда мы поймемъ преемственный ходъ развитія интересующихъ насъ идей и отправки точки новѣйшихъ научныхъ изысканій. Поэтому далѣе авторъ даетъ свою группировку различныхъ школъ и направлений, хотя и оговаривается, что его классификація «*n'a aucune prétention à être définitive et exclusive*».

Видъ своего разсмотрѣнія онъ оставляетъ лишь тѣ концепціи, которыя совершенно не удѣляютъ вниманія экономическимъ вліяніямъ въ области преступнаго. Такова, на примѣръ, теорія профессора Альбрехта, гораздо болѣе являющаяся блестящимъ парадоксомъ, чѣмъ научной теоріей, возводящая преступность въ рангъ нормальныхъ явленій природы и объявляющая непреступныхъ людей дегенератами. Такова и теорія Дюркгейма (M. Durkheim: «*Règles de la méthode sociologique*», Par., 1895), рассматривающая преступность, какъ необходимый и полезный элементъ въ правильно развивающемся обществѣ, какъ экскрементъ здороваго организма и условіе его здоровья.

Обращаясь къ существу своей темы, авторъ вѣрно указываетъ, что вопросъ о вліяніи на преступность экономическихъ факторовъ

трактовался въ литературѣ весьма разнообразно въ зависимости отъ различныхъ руководящихъ основъ, методовъ и т. д. Въ то время какъ одни, вслѣдъ за Turati и Colajanni, усматриваютъ въ экономическомъ строѣ единственную причину преступленій, другіе, какъ Garofalo и Morrison, наоборотъ, почти совершенно не признаютъ роли экономическихъ факторовъ, причемъ оба противорѣчивыя мнѣнія претендуютъ на позитивную основу, на то, что ихъ выводы вытекаютъ изъ строгаго изученія фактовъ.

Какъ вѣрно объясняетъ нашъ авторъ, разногласіе произошло отъ примѣненія разныхъ методовъ, ибо вліяніе экономического фактора будетъ освѣщено въ одну сторону, если мы примѣнимъ методъ статическій, и въ другую, если къ дѣлу привлеченъ будетъ методъ динамическій.

Анализируя статически, т. е. изучая преступность извѣстной страны или области въ данный моментъ, безъ вниманія къ прошлому и будущему, безъ разсмотрѣнія движенія преступности, мы, хотя и получимъ подтвержденіе безспорнаго характера зависимости между преступностью съ одной стороны и экономическими условіями—съ другой, но въ то же время откроемъ очевидные слѣды вліянія на преступность явленій другой природы, иного порядка.

Напротивъ, изученіе динамическое, сравненіе движенія преступленій (особенно преступленій противъ собственности) съ измѣненіями экономического строя, открываетъ существованіе *поразительнаго параллелизма*, почти всегда и повсюду постояннаго.

Поэтому, какъ справедливо заключаетъ фанъ-Канъ, становится яснымъ, что между результатами примѣненія указанныхъ двухъ методовъ не существуетъ реальнаго противорѣчія, причина же ошибокъ кроется не въ противныхъ данныхъ, а въ ихъ произвольномъ истолкованіи. «Въ дѣйствительности кривая преступности съ поразительной регулярностью слѣдуетъ за кривой экономическихъ колебаній и это не потому, что преступленіе является исключительнымъ продуктомъ экономическихъ факторовъ, а потому, что въ дѣйствительности между всѣми факторами преступности экономической факторъ наиболѣе подвиженъ, наиболѣе измѣнчивъ, наиболѣе подверженъ ежегоднымъ колебаніямъ, и что онъ по-



всюду оказываетъ наиболѣе очевидное и быстрое вліяніе на явленія, съ нимъ связанныя. Другіе же факторы, порождающіе преступленія, органическіе, космическіе и социальныя (но не экономическіе) по самой природѣ своей измѣняются медленно, въ ограниченныхъ предѣлахъ, а поэтому не столь наглядно. Ихъ кривая близка къ прямой.

Авторъ, такимъ образомъ, даетъ еще одно обоснованіе тому уже установившемуся въ нашей наукѣ мнѣнію, что *преступность творять вся ея факторы*, но что *движеніе и измѣненіе преступности* главнымъ образомъ *происходитъ подъ вліяніемъ экономического фактора*; благодаря этому авторъ счастливо избѣгаетъ односторонняго монистическаго взгляда на факторы преступности, а равно и преувеличеній по адресу прямого предмета своего изслѣдованія.

Даетъ авторъ и опредѣленіе понятія «экономическій» въ духѣ исторической школы экономистовъ. Недостаточно точное и опредѣленное, оно скорѣе является узкимъ, чѣмъ широкимъ, но ошибки въ себѣ не заключаетъ и проходитъ безвредно для успѣшной разработки темы. Экономическими феноменами авторъ именуется «всѣ тѣ, которые въ жизни общества (а слѣдовательно косвенно и въ жизни индивида) относятся къ матеріальному благосостоянію».

Отъ этихъ предварительныхъ замѣчаній авторъ переходитъ къ исторической разработкѣ вопроса (р. 14—51 и мн. др.). Только девятнадцатому вѣку авторъ справедливо приписываетъ честь научной постановки уголовно-этіологическихъ проблемъ на почвѣ уголовной антропологии и уголовной социологии; но онъ не желаетъ проходить молчаніемъ прежнія попытки, уже начиная съ древности касавшіяся вопроса, хотя бы на почвѣ исключительно апіорной, на почвѣ метафизическихъ сужденій о природѣ чловѣка и т. п.

Но мы не можемъ согласиться съ авторомъ, поскольку онъ не видитъ въ изучаемомъ имъ матеріалѣ ничего точнаго и категорическаго и даже находитъ, что въ большинствѣ случаевъ здѣсь передъ нами лишь мимолетныя замѣчанія, иногда даже мало обоснованныя и мало сознательныя. Это слишкомъ пессимистическая характеристика, которой противорѣчатъ многія данныя, приведен-

ния у самого же автора: для 17-го же и 18-го в.в. мы съ этой характеристикой совершенно согласиться не можемъ въ виду наличности богатой уголовно-политической литературы, выяснившей многое и по вопросу о вліяніи экономическаго фактора.

Иногда фанъ-Канъ отвлекается въ сторону безъ пользы для дѣла. Разбирая вкладъ, внесенный греко-римской мыслью, онъ подробно останавливается на рѣшеніи вопроса о томъ, являлась ли бѣдность по взгляду древнимъ несчастіемъ, а вопросъ о вліяніи бѣдности на преступность остается въ тѣни. Далѣе мы встрѣчаемъ рядъ мѣстъ изъ Ксенофонта, Діогена, Платона, Аристотеля, Теренція, Саллюстія, Виргилія, Квинтилиана, Ювенала, Горанія и мн. др. Выдержки здѣсь часто имѣютъ случайный характеръ и прямо къ темѣ не относятся; наоборотъ, иногда отсутствуютъ данныя, имѣющія важность (напримѣръ, не упоминается такой факторъ преступности, какъ «*augi saeva fames*», «*amor sceleratus habendi*», о которомъ говорятъ Плавтъ, Луцилій, Овидій, Виргилій и Гораций, а между тѣмъ два послѣдніе автора подчеркнули серьезность этого фактора: онъ «*ducit in omne nefas*», отсюда «*ferae scelerum causae*». Далѣе упущено указаніе Лукреція на ужасающую бѣдность массы населенія («*horrida paupertas*»), какъ на важнѣйшій источникъ преступленій и т. п.<sup>1)</sup> Въ общемъ очеркъ составленъ удовлетворительно.

Нѣкоторымъ вкладомъ затѣмъ является изложеніе и разборъ относящихся къ интересующему насъ вопросу мѣстъ изъ церковныхъ писателей; хотя автору и не удалось найти здѣсь особо цѣнныхъ матеріаловъ, но онъ много и самостоятельно потрудился надъ изученіемъ источниковъ (р. 27—37) и не его вина, если эти источники дали мало. Послѣ указаній на отрывки изъ ветхаго завѣта авторъ переходитъ къ канонистамъ и здѣсь опять подробно разбираетъ, какъ они смотрѣли на бѣдность, хотя самъ же справедливо замѣчаетъ, что связь этого вопроса съ вопросомъ о преступности указывалась лишь случайно и отрывочно.

---

<sup>1)</sup> Подробныя данныя см. у Henrio („*Moeurs juridiques et judiciaires de l'ancienne Rome*“, t. II, p. 107—109, 120 ff.), книгой котораго фанъ-Канъ не пользовался. См. также М. Чубинскій: „Очерки уголовной политики“, стр. 125 сл.



Такъ, господствовалъ взглядъ на нужду и бѣдность, какъ на благо: занимались главнымъ образомъ развитіемъ и обоснова-ніемъ этого взгляда, хотя встрѣчались и исключенія. Напримѣръ, св. Іоаннъ допускалъ, что бѣдность можетъ служить извищающимъ обстоятельствомъ при воровствѣ, и что она часто является причиной послѣдняго; менѣе снисходителенъ взглядъ бл. Августина, хотя и онъ признаетъ нужду причиной преступленій («propter famem, propter necessitatem»); наконецъ, въ дальнѣйшей схоластической литературѣ оказывается мало новаго и интереснаго: Петръ Даміенскій высказывается сходно съ Августиномъ, Бонавентура сходно съ св. Іоанномъ и т. д.

Покончивъ съ этимъ матеріаломъ, фанъ-Канъ обращается къ дальнѣйшему періоду, рамокъ котораго онъ точно не намѣчаетъ, но который, судя по содержанію и именамъ авторовъ, охватываетъ періодъ отъ реформации до начала XIX вѣка. Этотъ отдѣлъ приходится признать самымъ слабымъ изъ всей книги, какъ по сравнительной недостаточности матеріала, такъ и благодаря несомнѣн- нымъ правильнымъ обобщеніямъ.

Въ литературѣ XVI и XVII в.в. авторъ усматриваетъ меньше сознательнаго отношенія къ вопросу о значеніи экономическихъ факторовъ, чѣмъ даже въ предыдущія эпохи. По отношенію къ громадному большинству писателей это вѣрно, но обобщенія, сдѣланнаго авторомъ, все же допустить нельзя, ибо у нѣкоторыхъ писателей, изъ которыхъ на первый планъ нужно поставить Томаса Мора, вопросъ о значеніи экономики для преступности поставленъ неизмѣримо глубже, чѣмъ во всей предыдущей литературѣ. Самъ авторъ приводитъ весьма не лишеныя интереса и относя- щіяся къ вопросу данныя изъ Лютера, Кальвина, Кокцея, Эразма, Давида, Юма и мн. др.; но число этихъ данныхъ можно было бы значительно увеличить. Пессимистическое обобщеніе автора является тѣмъ болѣе непонятнымъ, что ученіе Томаса Мора имъ изложено весьма обстоятельно: жадность и эгоизмъ небольшой привилегированной группы, неравенство и эксплуатація въ основѣ общественныхъ отношеній, бѣдность, часто переходящая въ нищету и бродяжество,—все это указано было Моромъ и признано причиной преступленій; тотъ же Моръ потребовалъ вниманія къ

этимъ причинамъ и впервые высказалъ положеніе, что, дѣйствуя лишь карами, мы причины оставляемъ нетронутыми, что жестокость каръ бесполезна для борьбы съ преступностью и подавленія послѣдней, и что помочь бѣдѣ могутъ лишь мѣры, направленныя на улучшеніе экономическаго положенія страны.

Изъ позднѣйшихъ авторовъ фагъ-Канъ дѣлаетъ краткія указанія на Руссо, Бентама, Беккарію, Вольтера, энциклопедистовъ, Мирабо, Дюпон и Наполеона. Насколько поверхностно отнесся къ нимъ фагъ-Канъ видно уже изъ того, что всѣмъ имъ вмѣстѣ онъ удѣлилъ всего четыре страницы; о другихъ авторахъ онъ и совсѣмъ не упомянулъ, а между тѣмъ именно за этотъ періодъ было высказано весьма многое, интересное и для его темы. Такъ, у Беккарія требуется устраненіе того порядка, при которомъ, «большая часть законовъ есть не что иное, какъ изложеніе привилегій, т. е. тяготы, наложенной на массы народа въ пользу немногихъ знатныхъ избранниковъ»; въ частности онъ же прямо указываетъ на социально-экономическія причины преступленій противъ нравственности и особенно дѣтубійства. Вольтеръ, отстаивая необходимость превенціи, далъ рядъ интересныхъ указаній на причины имущественныхъ преступленій; особенно же подробно онъ остановился на нищенствѣ, бродяжествѣ, а также дѣтубійствѣ и на способахъ борьбы съ ними. Марать указалъ на потерю трудоспособности и на отсутствіе спроса на трудъ, какъ на одинъ изъ существенныхъ факторовъ преступности, съ которымъ онъ рекомендовалъ законодателью считаться серьезно; онъ же подробно остановился на причинахъ женской преступности и на социально-экономическихъ мѣрахъ борьбы съ ней. Бриссо де Варвиль потребовалъ веденія въ каждомъ городѣ и въ каждомъ округѣ точныхъ списковъ о состоятельности и потребностяхъ населенія, а также о средствахъ ихъ удовлетворенія; путемъ обработки этихъ данныхъ онъ желалъ достигнуть прочныхъ указаній для организаціи дѣйствительно рациональныхъ мѣръ борьбы съ преступностью. Бентамъ обратилъ детальное вниманіе на политику превенціи и между прочимъ на рядъ мѣръ, противодѣйствующихъ экономическимъ факторамъ, какъ то—забота объ отбывшихъ наказаніе преступникахъ, присканіе работы и вообще помощь глухимъ, слѣ-



нымъ, нѣмымъ, калѣкамъ и безсильнымъ, огражденіе женщинъ отъ конкуренціи мужчинъ въ наиболѣе подходящихъ для нихъ отрасляхъ труда, организація наиболѣе подходящихъ къ мѣстнымъ и національнымъ условіямъ способовъ помощи бѣднымъ и т. д.

Небезынтересныя указанія встрѣчаются также и у Гоммеля, Пасторэ и др.: но мы ограничимся для краткости уже приведеннымъ матерьяломъ <sup>1)</sup>, совершенно упущеннымъ изъ виду въ книгѣ фанъ-Кана, соотвѣтствующій отдѣлъ которой не представляется намъ достаточно и успѣшно разработаннымъ.

Необходимо, впрочемъ, отмѣтить, что нѣкоторые пробѣлы авторомъ восполнены въ другихъ отдѣлахъ, ибо строгая система у него невыдержана и въ дальнѣйшихъ отдѣлахъ, по существу догматическихъ, мы снова встрѣчаемся съ историческимъ матерьяломъ. Такъ, трактуя о французской школѣ криминалистовъ, онъ разбираетъ труды ея предшественниковъ и говоритъ здѣсь о Локкѣ, Бэконѣ, Гельвеціи, Гольбахѣ, Руссо, Дидро, Годвинѣ, Томсонѣ и мн. др.

Съ особымъ же вниманіемъ авторъ отнесся къ предшественникамъ научнаго социализма — такъ наз. утопическимъ социалистамъ; здѣсь изложеніе Фурье, Кабэ, Прудона и др. дѣлается съ исчерпывающей полнотой, конечно, поскольку разбираемые авторы касаются вопросовъ, непосредственно относящихся къ темѣ, взятой фанъ-Каномъ для своего изслѣдованія; едва ли не единственнымъ пропускомъ здѣсь является пропускъ ученія Сень-Симона и его послѣдователей.

Вообще же нужно сказать, что тѣ недочеты, которые мы видѣли, разсматривая историческіе отдѣлы книги фанъ-Кана, съ избыткомъ выкупаются полнотой, обстоятельностью и оригинальностью изложенія имъ новыхъ научныхъ теченій, начиная со второй четверти XIX вѣка, особенно же, когда онъ говоритъ о первыхъ представителяхъ научнаго социализма въ ихъ отношеніи къ этиологіи преступленій, а также и о статистикахъ, какъ предшественникахъ социологической школы уголов-

<sup>1)</sup> Болѣе подробныя указанія даны пишущимъ эти строки въ книгѣ: «Очерки уголовной политики», стр. 265—266, 277—278, 283—284, 288—289, 295—296, 342—344 и мн. др.

наго права. Слѣдую группировкѣ матерьяла, данной авторомъ, мы коснемся ихъ далѣе.

Являясь убѣжденнымъ позитивистомъ и сторонникомъ новыхъ теченій въ наукѣ уголовного права, авторъ, естественно, обращаетъ главное вниманіе на изученіе всѣхъ современныхъ школъ и ихъ разнообразнаго отношенія къ этиологіи преступленія вообще и къ экономическимъ факторамъ преступности — въ частности.

Обзоръ свой онъ начинаетъ съ итальянской школы. Здѣсь тщательно отмѣчена какъ суть доктрины Ломброзо, такъ и продолжающаяся эволюція въ его взглядахъ на факторы преступности, мало согласованная съ его основнымъ ученіемъ о типѣ прирожденнаго преступника и вызванная нанесенными ему критическими ударами, въ особенности же указаніями на совершенно ненаучное пренебреженіе съ его стороны социальными факторами преступности въ первомъ періодѣ его научной дѣятельности.

Конечно, считаясь со своей темой, главное вниманіе фагъ-Канъ обращаетъ на этиологическую работу Ломброзо: «*La crime, causes et remedes*», 1899. При ея разборѣ онъ совершенно вѣрно утверждаетъ, что, сколько бы ни говорилъ Ломброзо о разныхъ причинахъ преступности, по существу біологическій факторъ всегда у него является какъ «*cause primordiale*» — преступленія, а то перечисленіе факторовъ иной природы, которое онъ даетъ, сдѣлано безъ всякой системы и съ такимъ смѣшеніемъ важнаго и неважнаго, однороднаго и совершенно разнороднаго, что получается впечатлѣніе нѣсколько хаотическое. Важности значительной части матерьяла и отдѣльных выводовъ Ломброзо фагъ-Канъ не оспариваетъ, хотя убѣдительно доказываетъ съ фактами въ рукахъ несостоятельность умаленія роли экономическихъ факторовъ.

Относительно Ферри мы находимъ интересное замѣчаніе, что онъ «*s'aventurait de bonne heure sur le terrain social du problème*», ибо, несмотря на признаніе и защиту типа ломброзовскаго прирожденнаго преступника, онъ рядомъ съ біологическимъ факторомъ преступности ставитъ факторъ социальный. Далѣе, путемъ подробнаго анализа всѣхъ работъ Ферри, авторъ устанавливаетъ, какъ ограниченъ въ дѣйствительности тотъ кругъ экономическихъ факторовъ, роль которыхъ признаетъ Ферри, и какъ мало это со-



гласуется съ тѣми общими социалистическими убѣжденіями, которыя онъ исповѣдуетъ; не даромъ именно изъ лагеря социалистовъ онъ услышалъ сильную полемику по затронутому кардинальному вопросу.

Но и въ характеристикѣ Ферри фанъ-Канъ сохраняетъ полное безпристрастіе; въ его работахъ онъ съ непререкаемостью устанавливаетъ рядъ противорѣчій, но дѣлаетъ это не для мелкихъ полемическихъ нападокъ, а для того, чтобы доказать, что принципиальное преклоненіе передъ біологическимъ факторомъ не помѣшало Ферри плодотворно поработать для выясненія вліянія факторовъ социальныхъ и въ частности экономическихъ, хотя роль послѣднихъ и умалена.

Переходя къ изложенію и разбору теорій третьяго виднаго представителя итальянской школы—Гарофало, авторъ дѣлаетъ характерное и справедливое указаніе на то, что многіе основные пункты ученія Гарофало не находятся въ согласіи съ основами Ломброзо и Ферри. На часть этихъ пунктовъ указалъ въ литературѣ самъ Ферри: сюда относится признаніе прямымъ факторомъ преступности наличности упадка или притупленности въ субъектѣ моральнаго чувства, взглядъ на религію, какъ на мощное средство предупрежденія преступленій, отрицаніе роли пужды и образованія и т. и. Такихъ пунктовъ, часто составляющихъ слабую сторону ученія Гарофало, можно указать немало, но, какъ справедливо замѣчаетъ фанъ-Канъ, Гарофало и Ферри все же союзники, ибо они сходятся въ основномъ принципѣ, —въ признаніи антропологическаго фактора основнымъ факторомъ преступности.

Вообще наиболѣе характерныя и интересныя пункты ученія Гарофало фанъ-Каномъ указаны вѣрно, но съ особымъ вниманіемъ, въ виду своей темы фанъ-Канъ останавливается на полемикѣ Гарофало съ защитниками важности экономическихъ факторовъ. Мы не будемъ излагать контръ-аргументовъ Кана, ибо это потребовало бы слишкомъ много мѣста; мы отмѣтимъ только, что авторъ владѣетъ богатымъ статистическимъ и литературнымъ матеріаломъ и съ воодушевленіемъ относится къ спорному вопросу, столь важному и столь мало привлекающему къ себѣ вниманіе криминалистовъ; страницы, сюда относящіяся, (88—114), одні изъ лучшихъ въ книгѣ.

Далѣ, весьма тщательно и добросовѣстно авторомъ изложены и рассмотрѣны теоріи послѣдователей антропологической школы въ Италіи, Франціи и Испаніи (данныя, сообщаемыя о Россіи, вслѣдствіе незнакомства съ языкомъ, носятъ, конечно, лишь случайный и отрывочный характеръ). Главное вниманіе фагъ-Кава здѣсь сосредоточено на французской школѣ Лакассаня и Тарда и ихъ послѣдователей, а также Корра; въ упрекъ автору здѣсь можно поставить лишь невниманіе къ Гарро; если и можно не считать Гарро, какъ новатора, особенно оригинальнымъ и рѣшительнымъ, то во всякомъ случаѣ нельзя отрицать его роли въ формированіи французской ліонской школы криминалистовъ, а между тѣмъ авторъ о Гарро почти и не упоминаетъ. Зато очень интересны его сообщенія объ испанскихъ послѣдователяхъ новыхъ теченій: о нихъ впервые являются обстоятельныя данныя на языкѣ, доступномъ широкому кругу читателей, ибо до сихъ поръ работы, написанныя по испански, обычно, даже не реферировались ни на французскомъ, ни на нѣмецкомъ языкѣ. Теперь этотъ пробѣлъ хоть отчасти выполненъ.

Дальнѣйшій отдѣлъ книги Кава посвященъ такъ называемой «третьей школѣ» уголовного права (*terza scuola*). Здѣсь тонъ автора становится до избытка полемическимъ, а сужденія слишкомъ строгими и односторонними. Онъ проводитъ тотъ выставленный Ферри и поддержанный кое кѣмъ въ литературѣ принципъ, будто существуетъ только старая метафизическая школа криминалистовъ и новая позитивная, *tertium non datur*. Онъ ставитъ вопросъ о томъ, существуютъ ли у третьей школы такія особенности и новыя идеи, которыя заставили бы признать ее новой самостоятельной вѣтвью позитивной школы, и отвѣчаетъ на поставленный вопросъ отрицательно. По его мнѣнію, до появленія третьей школы основы, ею усвоенныя, уже были выставлены и защищаемы Лакассанемъ, а потому будто бы третья школа является просто итальянскимъ варіантомъ французской школы; онъ категорически отрицаетъ ей право на самостоятельность и рѣзко возстаетъ противъ тѣхъ, кто смѣшиваетъ третью школу; съ криминалистами-соціалистами (стр. 194—202).



По этому поводу нельзя, прежде всего, не отметить, что, начавъ съ признанія лишь двухъ школъ (старой—метафизической и новой—позитивной), авторъ далѣе вынужденъ признавать уже цѣлый рядъ школъ (школу французскую, школу криминалистовъ-соціалистовъ и т. д.). Въ результатѣ его собственная классификація не только является сложной, но и не даетъ правильной картины взаимоотношенія отдѣльныхъ школъ; онъ, напримѣръ, весьма сочувственно относится къ Листу и весьма рѣзко относится къ «третьей школѣ», съ которой Листъ во многихъ моментахъ своего ученія солидаренъ.

Если бы авторъ распредѣлил новыя теченія въ наукѣ уголовного права иначе, то оказалось бы, что, во-первыхъ, противъ старой классической школы рѣзко выступаютъ сторонники признанія біологическаго фактора, въ какой бы то ни было его формѣ, основнымъ факторомъ преступности; сюда были бы отнесены какъ Ломброзо съ его болѣе яркими приверженцами, такъ и сторонники патологической теоріи преступности, которыхъ автору благодаря неопредѣленности его критерія, пришлось поставить особнякомъ и какъ бы внѣ школы. Во-вторыхъ, такими же рѣшительными противниками старой школы, хотя и по совершенно другимъ основаніямъ, должны быть признаны криминалисты-соціалисты (Turatti, Battaglia, Lafargue, Luk, Schmidt, Hirsch и мн. друг.), объясняющіе преступность исключительно соціальными факторами.

Затѣмъ идетъ рядъ теченій, не столь одностороннихъ и не столь враждебныхъ старой школѣ; признаніе важности юридическаго изученія и вниманіе какъ къ біологическимъ, такъ и къ соціальнымъ факторамъ преступности (конечно въ различной степени и въ разныхъ комбинаціяхъ) являются характерной чертой, объединяющей всѣ эти теченія; сюда входятъ и сторонники прогрессивнаго по своимъ задачамъ и цѣлямъ международнаго союза криминалистовъ, къ которымъ авторъ (въ лицѣ ванъ-Гамеля, Припса и Листа) относится съ сочувствіемъ, хотя и признаетъ ихъ представителями эклектизма (р. 295); сюда же должна быть отнесена и французская школа, и даже отчасти самъ Ферри, какъ бы ни пропизировалъ онъ по адресу «эклектиковъ», и наконецъ,

вся третья школа, къ которой авторъ такъ строга безъ достаточныхъ основаній. Если бы авторъ взялъ болѣе устойчивыя классификаціонныя признаки, группировка и систематизація новыхъ теченій науки была бы у него отчетливѣе, а оцѣнка отдѣльныхъ теченій правильнѣе.

Но, если мы оставимъ въ сторонѣ третью школу, а также неотчетливую группировку, то необходимо признать, что матеріаль относящійся къ каждому отдѣльному научному теченію разработанъ фанъ-Каномъ весьма внимательно и добросовѣстно. Лишь патологическая школа трактуется очень бѣгло и поверхностно, но авторъ по самому характеру своей темы не могъ удѣлить этой школѣ того серьезнаго вниманія, котораго она вообще заслуживаетъ. Доктрина криминалистовъ-соціалистовъ и ихъ предшественниковъ соціалистовъ—утопистовъ (203—286), ученія международного союза (р. 295—332), возрѣнія школы неоспиритуалистической (332—372),—все это освѣщено удачно съ указаніемъ чертъ наиболѣе существенныхъ. Здѣсь нашли себѣ соответствующее мѣсто и тѣ данныя о писателяхъ первой половины XIX вѣка, которыя не попали у автора въ его историческій очеркъ и теперь являются прекраснымъ къ нему дополненіемъ.

Особенно же важнымъ и цѣннымъ является большой отдѣлъ, посвященный представителямъ уголовной статистики (р. 373—444). До сихъ поръ немногіе разрабатывали уголовно-статистическія данныя, немногіе ими пользовались для подтвержденія своихъ взглядовъ, а очень многіе упоминали объ уголовной статистикѣ съ большимъ уваженіемъ, но фактически держались на еще большей отъ нея дистанціи. Съ теченіемъ времени накопился весьма значительный статистическій матеріаль, который былъ мало использованъ для нуждъ науки уголовного права. Серьезная заслуга нашего автора заключается въ удачной систематизаціи этого матеріала; онъ впервые далъ полную картину историческаго роста уголовно-статистическихъ работъ и тѣхъ выводовъ, которые изъ этихъ работъ вытекаютъ вообще, и для уясненія роли экономическаго фактора—въ особенности. Получился цѣнный вкладъ въ науку, несмотря на то, что самостоятельныхъ открытій авторъ здѣсь не сдѣлалъ, а ограничился сводкой и освѣщеніемъ того, что



сдѣлали его предшественники, начиная съ Кетлэ и Герри и кончая Эттингеномъ, Валентиномъ, Майеромъ и другими уголовными статистиками нашихъ дней. Богатство матеріала, ясное и сжатое изложеніе, вѣрный критическій взглядъ и умѣнье выдвинуть на первый планъ наиболѣе существенные моменты,—вотъ основныя черты, наиболѣе бросающіяся въ глаза при изученіи въ книгѣ фанъ-Кана даннаго отдѣла.

Конецъ работы (стр. 462—484) сходится съ ея началомъ; авторъ дѣлаетъ выводы изъ всего разработаннаго имъ матеріала и теперь уже съ доказательствами въ рукахъ подтверждаетъ то, что въ началѣ имъ было высказано а priori и болѣе бѣгло.

Среди многихъ способовъ выяснитъ отношеніе между преступностью и экономическими условіями авторъ, конечно, наиболѣе полезнымъ признаетъ обращеніе къ статистикѣ.

Но обращеніе къ статистикѣ можетъ вылиться въ весьма разнообразныя формы, которыя и нужно подвергнуть оцѣнкѣ.

Одни опредѣляютъ зависимость цифры преступленій отъ экономическаго положенія, дѣлая статико-географическія сопоставленія для опредѣленнаго момента въ предѣлахъ одной или нѣсколькихъ странъ; другіе изслѣдуютъ экономическое положеніе класса преступниковъ (относя между прочимъ къ экономикѣ вынуждаемое бѣдностью безбѣрачіе); третьи идутъ путемъ историко-динамическимъ, причемъ или сравниваютъ данныя о преступности въ одной и той же странѣ, но въ разные рѣзко отличающіеся другъ отъ друга въ экономическомъ отношеніи моменты, или устанавливаютъ кривую измѣненій преступности, происходящихъ отъ колебанія опредѣленныхъ экономическихъ условій, напримѣръ, цѣнъ на хлѣбъ. Наконецъ, оперируютъ и со статистическими данными относительно мотивовъ преступленій, причемъ обычно придаютъ понятію мотива самый широкій смыслъ (напримѣръ, относя сюда патологическія особенности преступниковъ).

При сопоставленіяхъ статико-географическихъ (или, какъ не точно выражается нашъ авторъ,—криминально-географическихъ) обычно изслѣдуется степень благосостоянія населенія; если эти изслѣдованія строятся на среднихъ и общихъ цифрахъ, то они, по вѣрному замѣчанію фанъ-Кана, даютъ мало поучительныхъ вы-

водовъ; извѣстно, что богатства кумулируются въ крупныхъ центрахъ, гдѣ въ то же время царствуетъ самая жестокая нужда; то же явленіе часто имѣетъ мѣсто и въ крупныхъ центровъ, а потому кажущійся парадоксомъ выводъ Tracy не такъ далекъ отъ истины, глася: «Les nations pauvres ce sont celles, chez qui le peuple est à l'aise; chez les nations riches il est généralement pauvre». Это должно имѣть въ виду, дѣлая выводы относительно преступности.

Далѣе, сравненіе данныхъ по разнымъ странамъ (криминально-интернаціональное) представляетъ, по мнѣнію автора, еще болѣе затрудненій. Опираясь на Корна, Эттингена и многихъ другихъ, авторъ указываетъ, какъ опасно дѣлать выводы изъ матеріала, разнохарактернаго вслѣдствіе коренной разницы въ каждомъ государствѣ уголовныхъ законовъ, судовъ, полиціи, климата, расъ, способовъ обработки статистическихъ данныхъ и т. п. Но авторъ идетъ еще далѣе и впадаетъ въ совершенно излишнюю и необоснованную крайность. Признавая преступность продуктомъ, развивающимся въ определенной мѣстной и исторической обстановкѣ («un produit loco-historique»), онъ приходитъ къ совершенному отрицанію статистическаго сравненія данныхъ по разнымъ государствамъ, рѣзко осуждая это «сравненіе величинъ, слагающихся изъ совершенно разныхъ основныхъ элементовъ» (р. 467). Онъ какъ бы забываетъ о томъ, что ростъ культуры и международныхъ сношеній, сходство условій производства и сбыта и т. п., не стирая мѣстно-историческаго колорита, съ которымъ безспорно надо считаться, кладутъ свой могучій отпечатокъ и на преступность, производя и здѣсь извѣстную нивелировку, вызывая въ разныхъ мѣстахъ поразительное сходство явленій и давая опору для полезныхъ сравнительныхъ выводовъ, огульное отрицаніе которыхъ никакъ не можетъ быть оправдано.

Далѣе, къ изслѣдованіямъ экономическаго положенія преступниковъ авторъ относится сочувственно, признавая ихъ важность; онъ предостерегаетъ лишь отъ ошибочныхъ выводовъ, которые могутъ получиться, если мы не будемъ помнить, напримѣръ, что и состоятельные классы даютъ значительную долю преступленій (особенно противъ нравственности), при которыхъ обычно ускользаютъ отъ отвѣтственности, или если мы не будемъ широко ставить ра-



мокъ изслѣдованія: по даннымъ объ экономическомъ положеніи преступниковъ одной тюрьмы или одного маленькаго района нельзя сдѣлать вѣрныхъ общихъ выводовъ.

Интересны также замѣчанія автора о третьемъ методѣ (историческаго сравненія) въ обоихъ указанныхъ выше видахъ. Придавая большую важность этому методу, авторъ требуетъ осмотрительности при пользованіи имъ: прежде, на примѣръ, цѣна на картофель была болѣе серьезнымъ показателемъ, теперь же, когда подъ напоромъ индустриализма многія страны теряютъ или потеряли свой земледѣльческій характеръ, цѣны продуктовъ питания и даже степень урожая не могутъ, по мнѣнію автора, дать рѣшительныхъ показаній для общихъ выводовъ (по отношенію къ странамъ индустриальнымъ, — прибавимъ мы).

Изъ частичныхъ показателей наиболѣе существеннымъ для преступности авторъ считаетъ цѣну на хлѣбъ, но для того, чтобы получить истинное отраженіе экономическаго положенія населенія, и чтобы, пользуясь даннымъ методомъ, придать выводамъ вполне научный характеръ, нужно еще многое; нужно считаться не съ одной какой либо категоріей данныхъ, а съ цѣлымъ ихъ рядомъ, нужно изучать экономическую жизнь народа въ различныхъ ея проявленіяхъ и тщательно взвѣшивать важность каждаго фактора, каждаго элемента (особенно данныхъ о ростѣ народонаселенія), объединяя всѣ результаты въ сложной по составу, но простой по существу формулѣ.

Четвертый методъ сводитъ все къ изученію мотивовъ преступной дѣятельности; авторъ считаетъ этотъ методъ менѣе важнымъ, чѣмъ предыдущіе, и ссылается на трудность установленія истинныхъ мотивовъ, на мутность главнаго источника свѣдѣній, каковымъ являются показанія самихъ преступниковъ и т. п.

Съ этой аргументаціей мы не согласны; во-первыхъ, трудность распознаванія мотивовъ преувеличена, ибо цѣлый рядъ работъ, начиная съ Вальберга и до нашихъ дней, преодолевали эту трудность, а во-вторыхъ, можно провѣрять показанія преступниковъ, что обычно и дѣлается, можно устанавливать мотивы по объективнымъ даннымъ и т. п.

Но, отстранивъ невѣрную аргументацію автора, его основное положеніе можно принять по другимъ основаніямъ: для рѣшенія

задачъ, сходныхъ съ задачей нашего автора, мотивъ можетъ играть лишь второстепенную роль, ибо мотивъ есть моментъ внутренній и индивидуальный, имѣющій главное значеніе для репрессіи, а для превенціи пужно изученіе общихъ и родовыхъ причинъ, т. е. факторовъ преступности, которыхъ не слѣдуетъ смѣшивать съ мотивами.

Обратимся къ послѣднему указанному авторомъ пути изслѣдованія; это—изученіе природы похищаемыхъ предметовъ; авторъ, хотя и съ оговорками, признаетъ полезность такого изученія и въ частности съ сочувствіемъ указываетъ на «впервые сдѣланное и до сихъ поръ неосуществленное» предложеніе фанъ-Гамеля изучать способы утилизаціи похищеннаго. Мы можемъ внести сюда поправку, ибо для русской литературы мысль фанъ-Гамеля не нова; у насъ ее высказалъ Неклюдовъ, который, сверхъ того, на основаніи своихъ изысканій пришелъ къ выводу, что имущественныя преступленія малолѣтнихъ обыкновенно совершаются не для накопленія, а для немедленнаго потребленія.

Приведенной нами критикой методовъ книга фанъ-Кана почти заканчивается; заключеніе содержитъ въ себѣ сводку во одно результатовъ, полученныхъ авторомъ въ его колоссальномъ по матерьялу обзорѣ.

Онъ заявляетъ, что по вопросу о значеніи для преступности экономическихъ факторовъ можно признать одни основныя пункты установленными, а другіе только вѣроятными. Суммировавъ отдѣльные результаты, добытые разными авторами, сопоставивъ и проверивъ ихъ, фанъ-Канъ приходитъ къ ряду отдѣльныхъ окончательныхъ положеній.

Во-первыхъ, онъ утверждаетъ, что дѣйствіе экономическихъ факторовъ находится въ громадной зависимости отъ мѣстной и исторической обстановки, а потому не является вездѣ и всегда одинаковымъ. Мы уже знаемъ, что этотъ свой вѣрпый лейтъ-мотивъ авторъ доводитъ до крайностей; въ выводахъ они проявляются въ томъ положеніи, будто нельзя говорить объ научно-этіологическихъ результатахъ вообще, а можно указывать лишь результаты уголовно-этіологическаго изученія отдѣльныхъ странъ, Франціи, Италіи и т. д. Авторъ, впрочемъ, не выдерживаетъ до конца въ ущербъ послѣдовательности, но съ пользой для дѣла;



отвѣчая на вопросъ, можно ли приписать экономическимъ факторамъ главную роль въ этиологіи преступленій, онъ сперва говоритъ, что правильный отвѣтъ можно дать лишь для тѣхъ странъ, гдѣ вопросъ подвергся специальному изслѣдованію, и при томъ для каждой страны порознь, но затѣмъ, послѣ цѣлаго ряда оговорокъ, онъ даетъ общіе уголовно-политическіе выводы, научность которыхъ онъ самъ неосновательно въ принципѣ оспариваетъ.

Онъ находитъ, что преступность есть проявленіе болѣзни соціального тѣла, причемъ ея формы и отдѣльные симптомы находятся въ такой же прямой и необходимой зависимости отъ существа и свойствъ соціального организма, въ какой патологія находится отъ физиологіи. Такія проявленія современной преступности, какъ проституція, бродяжество, нищенство, духъ возстанія и недовольства и т. п.,—прямо вытекаютъ изъ экономической структуры современнаго общества, изъ эксцессомъ капитализма, крайне неравномѣрнаго распредѣленія имуществъ и изъ порождаемыхъ всѣмъ этимъ пауперизма, вырожденія, чудовищнаго эгоизма и принесенія въ жертву Молоху конкуренціи интересовъ тружениковъ и всѣхъ болѣе слабыхъ борцовъ на пиру жизни (р. 478—480).

Здѣсь, т. е. въ общей дурной экономической ситуациі, кроются корни большинства преступленій противъ собственности, непосредственной причиной которыхъ являются съ одной стороны хроническая бѣдность массы, а съ другой—моменты острой нужды.

Та же дурная экономическая структура общества отражается и на преступленіяхъ противъ нравственности. Полное матеріальное обезпеченіе нѣкоторыхъ классовъ, доходящее до избытка, влечетъ за собой чрезмѣрное развитіе порочныхъ инстинктовъ, злоупотребленіе алкоголемъ и другіе эксцессы, увеличивающіе число противонравственныхъ посягательствъ.

Вопросъ о вліяніи экономическихъ факторовъ на преступленія противъ личности оказывается болѣе спорнымъ; здѣсь взгляды изслѣдователей рѣзко раздѣляются, причемъ одни и здѣсь признаютъ роль экономическихъ факторовъ значительной, а другіе сводятъ ее почти къ нулю. Авторъ констатируетъ этотъ фактъ, не дѣлая попытки найти истину—и это нужно поставить ему въ уни-

рекъ: если онъ правъ, говоря въ заключительныхъ своихъ строкахъ, что въ криминологическихъ изслѣдованіяхъ много диллетантизма, то бороться съ послѣднимъ нужно не воздержаніемъ въ спорныхъ вопросахъ, а энергичной работой для восполненія пробѣловъ въ наукѣ.

Таково содержаніе книги фанъ-Кана и таковы выводы, имъ полученные. Подводя теперь итоги всему сказанному нами ранѣе, мы должны признать, что, не смотря на нѣкоторые довольно серьезные пробѣлы и промахи (почти неизбѣжные въ трудѣ каждаго молодаго писателя), книгу фанъ-Кана нужно признать серьезнымъ и полезнымъ вкладомъ въ науку. Имъ охваченъ и вѣрно освѣщенъ громадный матерьялъ, иногда впервые въ литературѣ подвергающійся сводкѣ и обобщенію, имъ удачно намѣчены историческіе перспективы и важнѣйшія современныя научныя теченія. Если мы видимъ сравнительно мало выводовъ по вопросу, составляющему непосредственную тему книги, то зато это малое есть результатъ осторожнаго, вдумчиваго и убѣжденнаго отношенія къ матерьялу, изъ котораго дѣлались выводы. Даже то, что мы считаемъ слабѣйшимъ пунктомъ у автора, — его чрезмѣрное увлеченіе локально-историческимъ колоритомъ преступности, будто бы прешаствующимъ многимъ обобщеніямъ, есть результатъ не небрежности или невниманія, а сознательнаго, хотя на нашъ взглядъ и ошибочнаго, пониманія фактовъ.

Словомъ, книга фанъ-Кана безусловно заслуживаетъ вниманія каждаго, кто интересуется новымъ свѣжимъ движеніемъ въ наукѣ уголовнаго права вообще и выдвигаемыми на первый планъ уголовно-этіологическими проблемами въ частности.

---

*Примѣчаніе.* Съ тѣмъ же заглавіемъ, какъ и книга фанъ-Кана, на дняхъ вышла за границей также книга Vonner, получившаго вторую премію на томъ же конкурсѣ въ Амстердамѣ.



## Современная борьба взглядовъ за и противъ суда присяжныхъ и реформаторскія попытки въ этой области <sup>1)</sup>.

### I

Судъ присяжныхъ, введенный въ Россію судебными уставами Императора Александра II, былъ встрѣченъ съ горячимъ сочувствіемъ представителями науки и періодической печати и затѣмъ въ самое короткое время приобрѣлъ громадную популярность среди русскаго общества. Опасенія нѣкоторыхъ, что присяжные изъ народа, только что выпедшаго изъ рабства и притомъ совершенно необразованнаго, не окажутся на высотѣ поставленной имъ задачи,—не оправдались. Всеподданнѣйшіе отчеты министровъ юстиціи, представители судебного вѣдомства и цѣлый рядъ безпристрастныхъ очевидцевъ не разъ констатировали успѣшную, вдумчивую и серьезную работу присяжныхъ вообще и присяжныхъ изъ народа въ частности. Но конечно и здѣсь, какъ и во всемъ, не было единогласія. Переходъ отъ прежняго мрака и канцелярской тайны къ суду открытому, на глазахъ всѣхъ, съ участіемъ независимаго присяжнаго элемента, не пришелся по вкусу тѣмъ, которые при прежнихъ порядкахъ могли ловко хоронить свои грѣшки; новый судъ, стоящій на почвѣ закона и строго карающій всякаго рода произволь, ошеломилъ всѣхъ сторонниковъ того убѣжденія, что разъ они являются агентами власти, законъ для нихъ не писанъ. Вотъ причина тѣхъ ожесточенныхъ нападокъ на судъ присяжныхъ, которыя, правда нестройно и недружно стали звучать среди извѣстной части общества и соответствующихъ ей органовъ прессы.

<sup>1)</sup> Докладъ, читанный въ засѣданіи кіевскаго юридическаго общества 22-го марта 1897 года. Первоначально былъ напечатанъ въ томъ же году въ „кіевскихъ университетскихъ извѣстіяхъ“.

Судъ присяжныхъ стали именовать судомъ улицы; каждый его промахъ злорадно подхватывали и начинали глумиться. Но всѣ нападки такого рода первоначально не имѣли подѣ собой твердой почвы и научнаго обоснованія; это были именно нападки, а не серьезныя, обоснованныя возраженія; со стороны представителей науки они поддержки не находили.

За границей также общественное мнѣніе и большинство представителей науки были на сторонѣ присяжнаго суда. Правда, и тамъ находились люди, которые сомнѣвались въ полезности присяжнаго института; въ Германіи, на примѣръ, противъ него сильно ратовалъ извѣстный юристъ Миттермайеръ (который спустя нѣкоторое время сталъ горячимъ защитникомъ этого института); но теоретическіе споры мало по малу смолкли; успѣшное дѣйствіе присяжнаго суда и общія къ нему симпатіи населенія породили увѣренность въ томъ, что народный элементъ въ судѣ является полезнымъ и даже необходимымъ для успѣшнаго хода правосудія. Криминалисты и не-криминалисты сознали, что для правильнаго рѣшенія важнѣйшихъ дѣлъ необходимо какъ коронный элементъ, руководящій засѣданіемъ и вносящій въ дѣло юридическія познанія, такъ и народный въ лицѣ присяжныхъ, обезпечивающій одно изъ важнѣйшихъ условій настоящаго суда—его полную независимость. Кромѣ этого основнаго т. сказ. достоинства присяжнаго суда являлось почти общепризнаннымъ, что благодаря этому суду народъ приобрѣтаетъ правовыя познанія, начинаетъ смотрѣть съ довѣріемъ на судебныя мѣста и понимать, что судъ—это дѣло общественное и притомъ чрезвычайно важное. Мало того, пришли къ убѣжденію, что коронные судьи, дѣйствуя т. сказ. сами по себѣ, незамѣтно отстаютъ отъ жизни, становятся односторонними, работаютъ болѣе или менѣе рутинно и привыкаютъ, благодаря постояннымъ столкновеніямъ въ своей дѣятельности съ отрицательными сторонами жизни, видѣть почти во всякомъ обвиняемомъ виновнаго. Присяжные же чужды предвзятыхъ взглядовъ и рутинны; они вносятъ живую душу въ дѣло правосудія и къ опытности судей прибавляютъ свою чуткость къ біенію пульса жизни и свои практическія простыя, но цѣныя житейскія познанія. Эта чуткость приводитъ къ тому, что, наблюдая продолжительное время



за судомъ присяжныхъ, законодатель можетъ изъ ихъ вердиктовъ усмотрѣть, въ чемъ дѣйствующее законодательство расходится съ народнымъ правосознаніемъ; излишняя, на примѣръ, строгость наказанія за извѣстныя преступленія неизбежно вызываетъ на судѣ присяжныхъ рядъ оправдательныхъ вердиктовъ. Мы не хотимъ этимъ сказать, вмѣстѣ съ нѣкоторыми защитниками присяжнаго суда, что присяжнымъ принадлежитъ *право* исправлять уголовный законъ; мы только констатируемъ тотъ фактъ, доказанный исторіей присяжнаго института во Франціи и въ Россіи, что присяжные чутко относятся къ случаямъ несоотвѣтствія между закономъ и жизнью, и что законодатель, изучая ихъ вердикты, получаетъ превосходный матерьялъ для реформъ относительно мѣры наказанія въ духѣ народныхъ правовоззрѣній.

Вотъ въ чемъ заключаются достоинства присяжнаго суда, которыя привели къ тому, что этотъ судъ прочно привился во всѣхъ европейскихъ государствахъ, кромѣ Турціи, и сдѣлался, по прекрасному выраженію проф. Фойшицкаго, «естественнымъ судьбою по всѣмъ важнѣйшимъ уголовнымъ дѣламъ для человѣка европейской культуры», пользуясь общимъ сочувствіемъ и одобреніемъ.

Не совсѣмъ такъ обстоитъ дѣло въ послѣдніе годы. Новая антропологическая школа уголовного права въ Италіи во имя выработанныхъ ею научныхъ принциповъ (признаніе прирожденной преступности, установленіе преступнаго типа, требованіе суда спеціалистовъ, которые бы устанавливали категорію преступниковъ, къ которой относится обвиняемый и т. п.) обрушилась на судѣ присяжныхъ съ цѣлымъ рядомъ обвиненій, доказывая его теоретическую и практическую несостоятельность; эти нападки встрѣтили полное сочувствіе въ лицѣ извѣстнаго французскаго криминалиста Тарда и у многихъ представителей французской судебной магистратуры и прокуратуры. Послѣдняя стала часто прибѣгать къ т. наз. коррекціонизаціи обвиненія, т. е. къ завѣдомо неправильному предъявленію обвиненія въ меньшемъ преступленіи, подеудномъ суду коронному, чтобы избѣжать такимъ образомъ разсмотрѣнія дѣла судомъ присяжныхъ, которому оно было подеудно, если бы обвиненіе было поставлено правильно. Затѣмъ въ Германіи послѣ ея побѣдоносной борьбы съ Франціей

явилось стремление реформировать свое право в национальном духе, с изгнанием французских порядков, а в том числе и заимствованного у Франции суда присяжных; явилась идея во всем деле заменить присяжных шеффенами, в которых германские ученые видели институт строго туземный. Некоторое движение против присяжного суда проявилось и в Испании. Наконец и у нас в России появились авторы, которые или совершенно отрицательно относятся к присяжному суду, или, признавая современную организацию его неудовлетворительной, настаивают на необходимости той или иной радикальной реформы.

Перед подобными явлениями нельзя остановиться. Это уже не отдельные злобные вылазки против суда присяжных,—это стройная и серьезная научная атака, отражать которую сторонники суда присяжных должны также научно и серьезно. Вопрос идет о деле, имеющем громадную важность. Суд присяжных является одним из краеугольных камней современного судебного строя: вездь и повсюду он стяжал себе громадную симпатию в обществе. Для России отменить суд присяжных—это значит совершенно подорвать значение принципов, положенных в основу судебных уставов Императора Александра II: изменить, т. е. реформировать теперешнюю организацию суда присяжных,—это значит во многих отношениях изменить самый ход и результаты современного правосудия.

Понятно, поэтому, что всякие изменения в этой области должны быть допускаемы с самой крайней осторожностью, при полной доказанности того, что они необходимы. Всякого рода попытки к уничтожению присяжного суда должны встретить самую строгую оценку. Посмотрим же теперь, на чем зиждутся столь распространенные в последнее время нападки на суд присяжных.

## II

Один из важнейших представителей итальянской антропологической школы проф. Ферри категорически отрицает за присяжными способность решать дела по разумному убеждению, основанному на критике представленных на суд доказательств; он думает, что решения присяжных основываются на слепом



впущеніи чувства и на необдуманныхъ впечатлѣніяхъ, а потому ихъ вердиктъ ставить на одну доску съ рѣшеніемъ турецкаго кадія. Далѣе, кореннымъ порокомъ суда присяжныхъ признается то обстоятельство, что одна принадлежность къ народу, въ силу жребія, даетъ каждому право постановлять судебное рѣшеніе. «Обращеніе къ случаю», говоритъ проф. Ферри, «въ дѣлѣ важнѣйшей общественной необходимости звучитъ горькой насмѣшкой». Установленіе разныхъ категорій, которыя даютъ право на званіе присяжнаго, и составленіе списковъ, по его словамъ, мало помогаютъ дѣлу, ибо удостовѣряютъ лишь предполагаемую, а не дѣйствительную способность того или иного лица исполнять судебныя функціи. Затѣмъ, даже при наилучшемъ составѣ присяжныхъ, норма науки остается для нихъ закрытой, а между тѣмъ имъ приходится разрѣшать научные правовые вопросы, ибо старая теорія, желавшая сдѣлать присяжныхъ исключительно судьями факта, оказалась несостоятельной, въ виду полной невозможности отдѣлать фактическіе вопросы отъ правовыхъ и заставить присяжныхъ сосредоточиться на первыхъ; да и рѣшеніе вопроса о фактѣ требуетъ труднаго юридическаго процесса мысли. Отсутствие всякой научности, преобладаніе чувства надъ разумомъ, увлеченіе отдѣльными фактами и эпизодами дѣла,—вотъ по мнѣнію Ферри характерныя черты суда присяжныхъ. Далѣе, переходя къ соображеніямъ, почерпнутымъ изъ социологіи, Ферри указываетъ, что по основному социологическому закону ни одно общественное учрежденіе не является истинно полезнымъ, если оно не является неизбежнымъ послѣдствіемъ суммы коренныхъ органическихъ и психическихъ причинъ; учрежденіе на континентѣ Европы суда присяжныхъ нарушило этотъ законъ, ибо судъ присяжныхъ не явился здѣсь плодомъ вѣковаго развитія историческихъ и народныхъ элементовъ, а былъ пересаженъ изъ Англіи «однимъ почеркомъ пера». Нарушенъ равнымъ образомъ и другой социологическій законъ — единства функцій въ связи съ единствомъ органовъ. Такое органическое единство мы видимъ, по словамъ Ферри, только въ Англіи, на континентѣ-же механически соединенныя коллегія присяжныхъ и коллегія судей поставлены въ ложныя отношенія и часто дѣйствуютъ нанерекоръ другъ другу.

Такова аргументация профессора Ферри. Другой представитель той же школы, Гарофало, возстает против суда присяжных главным образом по соображениям практического свойства: относительно Италии он утверждает, что благодаря суду присяжных правосудие поколеблено и нельзя никогда питать уверенности в том, что заведомо виновный будет осужден, а невиновый оправдан: списки составляются дурно; интеллигентные лица уклоняются от исполнения присяжной повинности, сваливая ее на неспособных лиц; вердикты во многих случаях выносятся при таких условиях, которые указывают на неискренность присяжных и случайность исхода того или иного дела. Свои обвинения Гарофало заканчивает указаниями на случаи неумелости, а иногда даже прямой недобросовестности присяжных, выражающейся в их доступности подкупу.

Нам кажется, что, если всмотреться внимательно в приведенные доводы, то придется прийти к выводу, что те из недостатков суда присяжных, которые порицаются повидимому справедливо, не составляют органических его пороков и вполне или в значительной мере могут быть устранены. Действительно, вследствие небрежности при составлении списков, в состав присяжных часто попадают люди непригодные, но это немало не доказывает непригодности присяжного суда: можно лучше и внимательно составлять списки присяжных; системой последовательных и очищаемых списков, а также строгими взысканиями за уклонение от исполнения присяжной повинности можно добиться лучшего подбора действительно пригодных лиц, а не обладающих лишь предполагаемой способностью, как это утверждает Ферри. Для дела более сложных можно, наконец, призывать присяжных из особого списка, т. наз. специальных присяжных с повышенным образовательным цензом. Вот меры, посредством которых можно бороться с частичными недостатками присяжного суда, указанными Ферри. Затем Ферри, основываясь на устанавливаемых им социологических законах, справедливости и точности которых он не доказал, считает ненормальным разделение судей и присяжных, причем ссылается и на встречающиеся в практике случаи коллизии между



короннымъ и народнымъ элементомъ. Далѣе въ нашемъ изложеніи мы подробно коснемся вопроса, желательнаго и возможно-ли устранить существованіе раздѣльности присяжнаго и короннаго элемента; пока же укажемъ только на то, что можно и должно добиться единства и солидарности между этими элементами, — чему блистательнымъ примѣромъ служить Англія, а отчасти и Россія: наша судебная практика не разъ подтверждала замѣчаніе сенатора Ровинскаго, сдѣланное имъ въ его знаменитой запискѣ о судѣ присяжныхъ, что «присяжные всегда подчинятся вліянію дѣльнаго и добросовѣстнаго предсѣдателя», и что «только недостатокъ этихъ качествъ можетъ вызвать со стороны ихъ полезное противодѣйствіе».

Наконецъ, Ферри указываетъ на случаи неумѣлыхъ и неудачныхъ вердиктовъ присяжныхъ, но такое указаніе ровно ничего не доказываетъ: въ наше время наука отказалась отъ мысли, будто можно создавать идеальные правовые институты, чуждые всякихъ недостатковъ и ошибокъ. Присяжные иногда выносятъ неудовлетворительные вердикты, — это правда, но правда и то, что бесприсяжные суды не могутъ быть чуждыми этого недостатка, о чемъ свидѣтельствуетъ историческій опытъ всѣхъ народовъ. А между тѣмъ ошибки присяжныхъ особенно подмѣчаются и раздуваются. Невольно вспомнишь слова нашего извѣстнаго публициста Абсакова: «Кричать и голосить о нѣкоторыхъ исключительныхъ случаяхъ — и молчать о десяткахъ тысячъ рѣшеній правыхъ... И изъ всѣхъ этихъ приговоровъ ни одинъ не запятнанъ корыстью...» Старая, но прекрасная слова, которыя очень и очень не мѣшало бы помнить.

Переходимъ къ указаніямъ на органическіе пороки суда присяжныхъ. Въ этой области можно о многомъ поспорить съ антропологами. Ихъ упрекъ, будто присяжные рѣшаютъ дѣла необдуманно, по слѣпому внушенію чувства или мимолетнымъ впечатлѣніямъ, если и справедливъ (да и то лишь отчасти), то разнѣ по отношенію къ одной Франціи, гдѣ на судѣ не заботятся о критическомъ отношеніи присяжныхъ къ представленнымъ доказательствамъ, а взываютъ исключительно къ ихъ *intime conviction*. Въ другихъ же государствахъ опытъ доказалъ совершенно противное, т. е. полное умѣніе присяжныхъ постановлять рѣшенія

на основаніи разумной оцѣнки представленныхъ на судѣ доказательствъ. Такъ, въ Германіи при окончательномъ обсужденіи новаго судопроизводственнаго кодекса было признано, что для рѣшенія важнѣйшихъ дѣлъ присяжные, благодаря независимости, добросовѣстности и способности ориентироваться въ доказательствахъ, являются судьями незамѣнимыми. Въ Англіи господствуетъ выработанное вѣками ученіе о значеніи и допустимости доказательствъ, которое судьи неуклонно проводятъ передъ присяжными, благодаря чему вердикты послѣднихъ являются плодомъ всесторонняго разсмотрѣнія дѣла и разумной критики представленныхъ доказательствъ, а не внушеніемъ слѣпаго инстинкта. Въ Италіи, если не считать нѣсколькихъ одинокихъ голосовъ, лица, близко стоящія къ дѣлу и притомъ такія, которыхъ трудно заподозрить въ желаніи обѣять судъ присяжныхъ, а именно высшіе представители прокурорскаго надзора (какъ это отмѣчено профессоромъ Майеромъ) съ величайшей теплотой и одушевленіемъ относятся къ присяжному суду. Особенно интересно отмѣтить отзывы генеральныхъ прокуроровъ въ Казалѣ и въ Миланѣ. Первый утверждаетъ, что работа коронныхъ судей въ 1891 году увѣличивалась содѣйствіемъ народныхъ судей въ дѣлахъ труднѣйшихъ, построенныхъ на косвенныхъ уликахъ и подвергавшихъ тяжкому испытанію совѣсть, разумъ и долготерпѣніе присяжныхъ, а по словамъ втораго, судъ присяжныхъ все болѣе и болѣе соответствуетъ своему почтенному призванію путемъ произнесенія разумныхъ вердиктовъ и проявленія постоянного самоотверженія, твердости и безпримѣрной провицательности въ оцѣнкѣ фактовъ и доказательствъ. Наконецъ, у насъ въ Россіи самъ законъ требуетъ, чтобы присяжные рѣшали дѣла по внутреннему убѣжденію, по не безотчетному, какъ французское *intime conviction*, а основанному на разсмотрѣніи и критическомъ обсужденіи всѣхъ обстоятельствъ дѣла въ совокупности; для этой цѣли предсѣдательствующему судѣ вмѣняется въ обязанность сообщать присяжнымъ общія основанія для сужденія о силѣ представленныхъ доказательствъ. Конечно, законъ можетъ говорить одно, а въ жизни можетъ быть другое; безъ сомнѣнія также встрѣчаются въ практикѣ присяжныхъ вердикты, основанные только на впечатлѣніяхъ или продиктованные



посторонними соображеніями; но въ общемъ, какъ увидимъ ниже, по вполнѣ компетентнымъ и объективнымъ наблюденіямъ, судъ присяжныхъ въ Россіи дѣйствуетъ разумно и обдуманно, подвергая строгой критикѣ представленный на судъ доказательный матеріалъ.

Итакъ, наиболѣе серьезное возраженіе антропологовъ, направленное противъ суда присяжныхъ, оказывается голословнымъ и несостоятельнымъ. Пойдемъ дальше. Смертнымъ грѣхомъ суда присяжныхъ Ферри признаетъ немотивированность ихъ вердиктовъ и ихъ незнакомство съ наукой. Въ этомъ отношеніи Ферри встрѣчаетъ серьезную поддержку со стороны Тарда въ сочиненіи послѣдняго: «La philosophie pénale». Дѣйствительно, во всѣхъ странахъ приговоры присяжныхъ являются немотивированными; намъ остается рѣшить, возможенъ ли и желателенъ ли противоположный порядокъ, а также является ли данное положеніе вещей порокомъ присяжнаго суда. Мы всецѣло присоединяемся къ мнѣнію г. Вульфберта, который послѣ всесторонняго обсуждения пришелъ къ отрицательному отвѣту на поставленный вопросъ. Согласно съ Глазеромъ, Кестлиномъ, Гейеромъ и Баромъ указанный авторъ нашелъ, что приговоры легко мотивировать при господствѣ формальной теоріи доказательствъ; если же факты оцѣниваются по внутреннему убѣжденію, то мотивировка рѣшенія съ фактической стороны, особенно при коллегіальномъ составѣ, является чрезвычайно затруднительной: 1) трудно воспроизвести на бумагѣ подробно и полно умственный, тонкій и сложный процессъ оцѣнки доказательствъ, 2) члены одной и той же рѣшающей дѣло судебной коллегіи несомнѣнно могутъ составлять одинаковое убѣжденіе по совершенно различнымъ основаніямъ, и требовать соглашенія ихъ въ этомъ послѣднемъ отношеніи очевидно невозможно, 3) и въ коронномъ судѣ, по справедливому замѣчанію Спасовича, «дѣло рѣшается по общему впечатлѣнію и совѣсти, а не механически, мотивы же подбираются и придѣлываются потомъ; они похожи на тѣ объясненія, къ которымъ человѣкъ приходитъ заднимъ умомъ, но которыхъ у него можетъ быть не было раньше, когда онъ дѣйствовалъ». Итакъ мотивировка уголовныхъ приговоровъ обыкновенно является поверхностной и произвольной; иною при коллегіальномъ рѣшеніи она

быть не может. Спрашивается, чего же жалѣть, что она отсутствуетъ въ вердиктахъ присяжныхъ, которые при своей неподготовленности къ этому дѣлу никогда не смогли бы его выполнить мало-мальски удовлетворительно? Если же намъ скажутъ, что благодаря отсутствію мотивировки въ рѣшеніяхъ присяжныхъ является произволъ, мы отвѣтимъ, что въ дѣлѣ борьбы съ произволомъ мотивировка не поможетъ; противъ такого произвола пригодными и надлежащими средствами является хорошее, доступное пониманію народа и не расходящееся съ его возрѣніями уголовное законодательство, а также высокія качества дѣйствующихъ вмѣстѣ съ присяжными и направляющихъ процессъ коронныхъ судей и въ особенности предсѣдателя.

Намъ остается теперь отвѣтить на указаніе, что для присяжныхъ является недоступной норма науки, и что это громадный недостатокъ присяжнаго суда. Это указаніе мы считаемъ положительно невѣрнымъ: 1) для рѣшенія фактическихъ вопросовъ дѣла требуются не какія либо спеціальныя познанія, а живая совѣсть и здравый смыслъ, т. е. качества, которыя создаются не какой либо наукой, а повседневнымъ опытомъ, воспріятіемъ извѣстныхъ нравственныхъ началъ и знаніемъ непрерывно измѣняющихся разнообразныхъ жизненныхъ условій, а 2) необходимыя для рѣшенія вопроса о виновности данныя медицинскія, антропологическія и юридическія могутъ безъ особаго труда быть восприняты присяжными въ судебномъ засѣданіи, если будетъ на лицо правильно поставленная экспертиза и дружное содѣйствіе со стороны коронныхъ судей.

Теперь, когда мы разобрались въ нападкахъ антропологовъ на судъ присяжныхъ и пришли къ убѣжденію въ ихъ несостоятельности, мы должны перейти къ оцѣнкѣ того движенія противъ присяжнаго суда, которое, какъ мы знаемъ, проявилось въ Германіи. Приступая къ оцѣнкѣ этого движенія, нельзя отнестись къ нему безъ предубѣжденія. Въ то время какъ антропологическая школа начала борьбу съ судомъ присяжныхъ во имя выработанныхъ ею научныхъ (хотя и не вполне правильныхъ) идей, нѣкоторыхъ германскихъ ученыхъ побудилъ къ борьбѣ съ судомъ присяжныхъ шовинизмъ и узко понятое національное чувство.



Прежде чѣмъ критиковать заимствованный у Франціи судъ присяжныхъ и привести данныя относительно его несостоятельности, нѣмецкая наука со Шварце и Биндингомъ во главѣ стала проводить ту идею, что, если Германія могла въ 1848 году согласиться на заимствование изъ Франціи института присяжныхъ, искаженного сравнительно съ англійскимъ образомъ во вреду для процесса и припаровленного къ французскимъ порядкамъ, то Германія въ 1871 году, Германія побѣдительница, преобразовывая свой уголовный процессъ, должна отвергнуть чуждое заимствование и выдвинуть на его мѣсто институтъ шеффеновъ, который, по мнѣнію названныхъ криминалистовъ, является вполне нѣмецкимъ, т. е. національнымъ. Какъ видимъ, здѣсь больше были на национальное самолюбіе, чѣмъ заботились о научныхъ доказательствахъ, пріемъ, который въ глазахъ безпристрастныхъ людей долженъ былъ дискредитировать начавшееся движеніе. Но затѣмъ противъ суда присяжныхъ была выдвинута цѣлая аргументація; здѣсь мы встрѣчаемъ прежде всего тѣ же доводы, что и у антропологовъ, а именно указаніе на изолированность, а иногда даже враждебность между коллегіей присяжныхъ и коллегіей судей, немотивированность вердиктовъ присяжныхъ, которая нарушаетъ основное требованіе процесса, чтобы каждый приговоръ, въ виду возможности его проверки, былъ мотивированнымъ и т. п. Съ этими доводами мы уже знакомы, а потому опровергать ихъ не будемъ. Оригинальными же являются слѣдующія соображенія: 1) если признать, что участіе народа въ уголовномъ судѣ необходимо, то должно стремиться къ расширенію такого участія по возможности по всѣмъ дѣламъ; этой цѣли вполне соответствуетъ судъ шеффеновъ, а не судъ присяжныхъ, который рѣшаетъ только важнѣйшія дѣла и не можетъ быть распространенъ на другія, менѣе важныя, ибо въ противномъ случаѣ отбываніе присяжной повинности легло бы тяжелымъ бременемъ на населеніе, требуя слишкомъ большаго числа людей и отражаясь вреднымъ образомъ на другихъ сторонахъ общественной жизни; 2) достоинства присяжныхъ заключаются единственно въ ихъ полной независимости, они не могутъ быть хорошими судьями, ибо, какъ указалъ Герингъ, они не имѣютъ знанія права, приобрѣтаемаго лишь изученіемъ, чувства

законности, развиваемаго лишь профессіей, признанія отвѣтственности, обусловливаемаго лишь должностью, и самостоятельности въ сужденіяхъ, которая развивается лишь путемъ практики.

Что сказать по поводу этихъ соображеній? Прежде всего они являются голословными; чѣмъ доказано, что чувство законности развивается лишь профессіей? Неужели это чувство не можетъ быть развито у самаго простаго челоука, если онъ обладаетъ здравымъ смысломъ и извѣстными моральными принципами? Точно также не доказано положеніе, что сознаніе отвѣтственности обусловливается должностью; опытъ всѣхъ государствъ показываетъ напротивъ, что присяжные чрезвычайно серьезно относятся къ обязанности отправлять дѣло правосудія, сознавая всю важность своей задачи и свою отвѣтственность передъ совѣстью и общественнымъ мнѣніемъ; только этотъ стимуль, а не чаяніе награды или матерьяльныхъ благъ, столь частое среди должностныхъ лицъ, дѣйствуетъ на присяжнаго въ его трудной работѣ. Указаніе Геринга, что самостоятельность въ сужденіяхъ развивается лишь путемъ практики вѣрно, если принять его въ общей формѣ, но тогда оно не можетъ имѣть никакого отношенія къ присяжнымъ, ибо практика жизни пріучаетъ послѣднихъ къ самостоятельному мышленію; если же Герингъ подразумѣвалъ исключительно судебную практику, то указанное его положеніе является совершенно произвольнымъ: присяжный, даже совершенно незнакомый съ судебнымъ дѣломъ, являясь къ исполненію своихъ обязанностей, несомнѣнно проявитъ самостоятельность въ сужденіяхъ, если его предыдущая жизнь выработала въ немъ самостоятельный характеръ и твердость мысли.

Что же касается возраженія, что желательнo участіе народа въ уголовномъ судѣ по всѣмъ дѣламъ, а судъ присяжныхъ не можетъ безъ возложенія тяжкаго бремени на народъ удовлетворить этой цѣли, то, во первыхъ, это возраженіе не колеблетъ суда присяжныхъ по существу, а во вторыхъ, упускаетъ изъ виду, что судъ присяжныхъ необходимъ только для болѣе важныхъ дѣлъ, исходъ которыхъ можетъ тяжело отразиться на судьбѣ подсудимаго. Для менѣе важныхъ дѣлъ, гдѣ не такъ сильно замѣшанъ общественный интересъ, и гдѣ въ большинствѣ случаевъ



самъ подсудимый заинтересованъ въ возможно скоромъ рѣшеніи, судъ присяжныхъ, обставленный значительными гарантіями, но въ то же время сложный и медленный, не является необходимымъ; желательное же и въ такихъ случаяхъ участіе народнаго элемента можетъ выразиться въ какой либо иной формѣ, хотя бы въ видѣ института шеффеновъ въ Германіи.

Громадной непослѣдовательностью со стороны указанныхъ авторовъ являются то обстоятельство, что они, указывая на рядъ существенныхъ по ихъ мнѣнію недостатковъ, присущихъ судьямъ изъ народа—присяжнымъ, сразу какъ бы забываютъ все эти недостатки, настаивая на участіи въ судѣ шеффеновъ—также представителей того же народа. Мало того, приверженцы шеффенскаго института совершенно позабыли о томъ, что многіе изъ недостатковъ присяжнаго суда искупаются тою независимостью и самостоятельностью приговора народныхъ судей, которая является существенной гарантіей общественныхъ интересовъ и которая падаетъ при всякой иной организаціи суда. Вотъ куда завлекла даже высокіе научные умы узко попятая національная идея, сопряженная съ совершенно не вяжущейся съ наукой гордостью побѣдителя. Эта идея даже получила сперва торжество въ первыхъ двухъ редакціяхъ германскаго судопроизводственнаго кодекса. Но затѣмъ здоровое научное теченіе взяло верхъ: увлеченію шеффенскимъ институтомъ, доведенному до крайности, противопоставили такіе корифеи германской науки, какъ Гнейстъ, Глазеръ и Вальбергъ: въ пользу суда присяжныхъ склонился почти единогласно 10-й съѣздъ германскихъ юристовъ; въ Австріи поставленный въ 1873 году на очередь проектъ замѣны присяжныхъ шеффенами потерпѣлъ полное крушеніе.

Все эти обстоятельства не могли не отразиться на германскомъ общественномъ правосознаніи: въ третьей редакціи проекта судъ присяжныхъ былъ удержанъ для всехъ важнѣйшихъ дѣлъ, и это предложеніе получило силу закона. Объяснительная записка къ этому проекту (1874 г. Berlin, стр. 19) знаменательно указываетъ, что «судъ присяжныхъ сталъ почти мировымъ учрежденіемъ», и что «въ Германіи, гдѣ онъ пустилъ ростки лишь нѣсколько десятилѣтій назадъ, онъ пользуется величайшимъ довѣріемъ

народа». Въ виду этихъ соображеній признали опаснымъ «замѣнять институтъ, списавшій уже общественныя симпатіи, такимъ учрежденіемъ, которое не можетъ еще привести за себя данныхъ опыта въ значительныхъ размѣрахъ».

Итакъ, мы успѣли уже убѣдиться, что судъ присяжныхъ уцѣлѣлъ, какъ отъ нападокъ антропологовъ, такъ и отъ германскихъ ученыхъ націоналистовъ. Теперь послушаемъ лицъ, стремящихся къ его уничтоженію въ Россіи. Изъ этихъ лицъ г. Фуксъ въ своей книгѣ: «Судъ и Полиція» категорически отрицаетъ присяжный судъ, а потому мы и остановимся только на его книгѣ, ибо другіе противники присяжнаго суда въ Россіи требуютъ его реформы, а не уничтоженія. Съ ихъ мнѣніемъ мы познакомимся далѣе.

Относительно суда присяжныхъ г. Фуксъ категорически заявилъ, что «эта революціонно-демократическая форма суда несомнѣнима съ существующей въ Россіи формой правленія». Далѣе, касаясь исторіи нашей судебной реформы, г. Фуксъ утверждаетъ, что творцы ея при введеніи суда присяжныхъ прислѣдовали исключительно политическія цѣли и отнеслись къ столь важному дѣлу не «съ приличною законодателямъ осмотрительностью», ибо «всѣ ихъ доводы и выводы были основаны на личныхъ только умозрѣніяхъ, а не на положительныхъ заключеніяхъ науки и практики». Затѣмъ, на основаніи комментарій къ судебнымъ уставамъ изданія государственной канцеляріи 1866 года, г. Фуксъ приходитъ къ заключенію, что «объ основномъ характерѣ института присяжныхъ и о поводахъ или препятствіяхъ къ его введенію упомянуто лишь на четырехъ страничкахъ».

Разберемъ эти обвиненія по порядку. Называя судъ присяжныхъ «революціонно-демократической формой суда», а слѣдовательно высказывая убѣжденіе, что судъ присяжныхъ породила революція (падо полагать французская), г. Фуксъ очевидно игнорируетъ историческія судьбы присяжнаго суда. Французская революція не создала присяжнаго суда: эта форма суда, какъ давно доказано историками, была извѣстна уже народамъ древности; вѣнѣйшней же ея обрисовкѣ она сложилась въ Англіи не путемъ революціи, а путемъ медленнаго, послѣдовательнаго историческаго процесса, который привелъ къ сформированію судебного жюри



изъ 12 человекъ, призванныхъ рѣшать вопросъ о виновности лицъ, обвиняемыхъ въ болѣе важныхъ преступленіяхъ. Франція послѣ революціи воспользовалась уже готовой идеей, учреждая судъ присяжныхъ, и только передѣлала эту форму на свой ладъ, причемъ права представителей народа явились сокращенными, а не расширенными по сравненію съ англійскимъ образцомъ. Спрашивается, на какомъ же основаніи г. Фуксъ называетъ эту форму суда революціонной? Далѣе, г. Фуксъ утверждаетъ, что судъ присяжныхъ несовмѣстимъ съ существующей въ Россіи формой правленія. Не знаемъ, подразумѣваетъ ли г. Фуксъ монархическую форму правленія вообще или самодержавіе, но и въ томъ и другомъ случаѣ мы съ его мнѣніемъ не согласны. Въ первомъ случаѣ его мысль опровергаетъ благополучное существованіе присяжнаго суда въ теченіи уже многихъ лѣтъ въ монархіяхъ англійской, австрійской, испанской, германской и т. д.; во второмъ случаѣ авторъ не имѣлъ никакого права умышленно закрывать глаза на тотъ фактъ, что въ теченіе болѣе четверти вѣка суда присяжныхъ мирно и успѣшно дѣйствовали въ Россіи и никому никогда до появленія книги г. Фукса не приходило въ голову, что эта форма суда, еднотипно принятая въ свое время государственнымъ совѣтомъ и введенная по волѣ самодержавнаго государя, противорѣчитъ чѣмъ либо самодержавной формѣ правленія.

Что же касается остальныхъ обвиненій г. Фукса, направленныхъ противъ творцовъ нашей великой судебной реформы, то на нихъ намъ не представляется надобности искать опроверженій. Эту задачу блистательно выполнялъ г. Джаншіевъ въ статьѣ: «Какъ возникъ нашъ судъ присяжныхъ». Онъ доказалъ на основаніи подлинныхъ документовъ судебной реформы, что творцы присяжнаго суда въ Россіи, вопреки утвержденіямъ г. Фукса, дѣйствовали съ величайшей осмотрительностью и научной добросовѣстностью, что видно изъ содержанія помѣщенныхъ въ IX т. дѣла о преобразованіи судебной части въ Россіи обширныхъ записокъ Буцковскаго, Ровинскаго и Заруднаго, въ которыхъ подробно были разобраны научныя и законодательныя данныя о судѣ присяжныхъ, доводы *pro* и *contra* его и вопросъ о своевременности введенія его въ Россію.

Г. Фуксъ утверждалъ, что вопросу о судѣ присяжныхъ авторами судебной реформы посвящено всего четыре странички; онъ совершенно не зналъ, повидимому, что кромѣ общедоступнаго изданія судебныхъ уставовъ съ комментаріями существуетъ огромное 74-томное «Дѣло о преобразованіи судебной части», въ которомъ цѣлый томъ посвященъ вопросу о присяжномъ судѣ.

Если-бы г. Фуксъ глубже изучилъ вопросъ, онъ узналъ бы хотя бы изъ записки Ровинскаго, какъ подробно были этимъ послѣднимъ опровергнуты соображенія графа Блудова о несвоевременности введенія въ Россію суда присяжныхъ: онъ бы услышалъ, какъ громко вопіяли факты стараго, безиписяжнаго суда, и познакомился бы съ искреннимъ убѣжденіемъ опытнаго судебного дѣятеля, что благоустроенный судъ «долженъ предшествовать всякому юридическому развитію и общества и самыхъ судей изъ народа», ибо только при такомъ судѣ «народъ научится правдѣ и перестанетъ открыто признавать кражу за самое обыкновенное дѣло».

Болѣе останавливаться на книгѣ г. Фукса мы не будемъ: мы убѣдились въ несправедливости его нападокъ на дѣятелей судебной реформы по поводу введенія присяжнаго суда и провѣрили его своеобразную аргументацію. Серьезной же и мотивированной критики самого присяжнаго суда въ этой книгѣ нѣтъ.

Мы познакомились, такимъ образомъ, съ цѣлымъ рядомъ нападокъ на судъ присяжныхъ въ новой литературѣ. На основаніи приведеннаго матерьяла мы позволяемъ себѣ утверждать, что лица, требующія уничтоженія суда присяжныхъ, не доказали ни справедливости своихъ обвиненій, ни основательности своихъ требованій. Это учрежденіе по прежнему стоитъ прочно, пользуется заслуженными симпатіями во всѣхъ странахъ, гдѣ оно введено.

По словамъ германскаго юриста Бруннера, «исторія права не знаетъ другого учрежденія, которое въ столь короткое время такъ широко разрослось бы и столь энергически пустило корни въ юридической жизни различнѣйшихъ странъ, какъ судъ присяжныхъ. До послѣдняго десятилѣтія истекшаго вѣка онъ былъ извѣстенъ въ Англіи и въ Америкѣ. Съ тѣхъ поръ онъ сдѣлался едва ли не всемірнымъ правовымъ институтомъ, и не далеко,



повидимому, то время, когда на присутствіе присяжныхъ въ судахъ будутъ смотрѣть какъ на существенный признакъ культуры».

Объ отмініи присяжнаго суда, слѣдовательно, не можетъ быть и рѣчи; но, съ другой стороны, понятно, что судъ присяжныхъ, какъ и всякое дѣло рукъ человѣческихъ, не чуждъ известныхъ недостатковъ,—и вотъ въ послѣднее время раздались голоса, которые, указывая на эти разнаго рода недостатки присяжнаго суда, требуютъ не его отміны, а лишь реформы и устраненія тѣхъ дефектовъ его организаціи, которые мѣшаютъ его правильной и закономѣрной дѣятельности. Мы должны теперь убѣдиться, вѣрно ли указаны такіе дефекты, и посмотрѣть, какого свойства измѣненія предлагаются въ этой области, ибо подъ видомъ измѣненія легко можетъ быть поднесенъ рецентъ, въ корень извращающій идею независимаго присяжнаго суда.

Мы должны также коснуться тѣхъ мѣръ, которыя за послѣдніе годы принимались относительно присяжнаго суда въ законодательной дѣятельности государства, т. е. мы будемъ имѣть въ виду какъ теорію, такъ и практику реформъ въ интересующей насъ области.

### III.

Наблюденія надъ судомъ присяжныхъ, производимыя изслѣдователями этого института, а также органами власти, не разъ приводили къ убѣжденію, что присяжные нерѣдко выносятъ вердикты, повидимому, произвольные, напр., оправдываютъ подсудимыхъ, сознаніе которыхъ въ совершеніи преступленія подтвердилось на судѣ обстоятельствами дѣла, оправдываютъ лишь, схваченныхъ на мѣстѣ преступленія, слишкомъ снисходительно относятся къ т. наз. формальнымъ преступленіямъ и т. п.

Для устраненія подобныхъ явленій предлагались самыя разнообразныя мѣры, которыя однако могутъ быть сведены къ тремъ категоріямъ: 1) служеніе компетенціи присяжнаго суда, 2) предоставленіе суду права отмінять явно, по его мнѣнію, неправильные приговоры присяжныхъ и 3) сліяніе присяжныхъ и коронныхъ судей въ одну коллегію.

Что касается служенія компетенціи присяжнаго суда, то въ этомъ отношеніи предлагалось или практиковалось или изытаніе

изъ подсудности присяжныхъ извѣстнаго рода дѣлъ, напримѣръ политическихъ, или т. наз. система коррекціонизаціи, или устраненіе присяжныхъ отъ суда надъ лицами, сознавшимися въ преступленіи, безотносительно отъ рода самаго преступленія.

У насъ въ Россіи съ самаго введенія судебныхъ уставовъ присяжные были устранены отъ рѣшенія дѣлъ политическихъ.

Затѣмъ отдѣльными законами былъ установленъ цѣлый рядъ изъятій, изъ которыхъ мы остановимся на важнѣйшихъ: законъ 12 декабря 1866 года отнялъ у присяжныхъ процессы печати, законъ 9 мая 1879 года временно измѣнилъ подсудность нѣкоторыхъ преступленій противъ порядка управленія, которыя отошли отъ присяжныхъ къ сословнымъ представителямъ; наконецъ, законъ 7 іюля 1889 г. сократилъ кругъ вѣдомства присяжныхъ, изъявъ отъ нихъ дѣла о служебныхъ преступленіяхъ должностныхъ лицъ. Толчкомъ къ тому или иному изъятію обыкновенно служилъ оправдательный приговоръ, не удовлетворившій правительство. Извѣстная часть прессы обыкновенно начинала ликовать по поводу каждаго изъ такихъ изъятій, но въ наукѣ въ пользу нихъ не раздавалось ни одного голоса. Даже такой убѣжденный врагъ присяжнаго суда, какъ Ферри, признаетъ, что по преступленіямъ политическимъ и преступленіямъ печати можно оставить судъ присяжныхъ, а по преступленіямъ, въ которыхъ замѣшаны интересы органовъ правительственной власти, — даже должно. Особенно же характерными являются слова Ровинскаго, сказанныя имъ по данному вопросу въ уже цитированной нами его прекрасной запискѣ. Онъ говорилъ: «правительство не рѣшится, можетъ быть, отдать на судъ присяжныхъ засѣдателей дѣла о т. наз. государственныхъ преступленіяхъ, о преступленіяхъ противъ цензуры и т. п. Что-же? — на первое время они могутъ оставаться въ завѣдываніи вышнихъ специальныхъ судей. Но если-бы эти преступленія были отданы на судъ общества, то нѣтъ сомнѣнія, что оно и тогда выставило бы въ лицѣ своихъ присяжныхъ засѣдателей людей порядка, которые бы гласно осудили всякое безсвязное волненіе. Конечно, такой судъ, представляя законную поддержку законной власти, разоблачалъ бы и всѣ злоупотребленія, и всѣ причины безсвязныхъ волненій, но тѣмъ легче было-бы правительству пре-



дупреждать ихъ, знакомиться съ нуждами общества, идти во главѣ его и предлагать постоянно необходимыя преобразованія».

Тѣмъ не менѣе указанная категорія дѣлъ были изъяты отъ присяжнаго суда и переданы частью коронному суду, частью же суду съ сословными представителями. Дѣйствительность не оправдала надеждъ на послѣднихъ; ихъ репрессія, какъ доказано новѣйшими изслѣдованіями, о которыхъ рѣчь будетъ ниже, отличается неустойчивостью и колебаніями, процентъ же оправдательныхъ приговоровъ является весьма немногимъ меньшимъ, чѣмъ у присяжныхъ засѣдателей. Такимъ образомъ, потребность въ изыятіи отъ присяжныхъ того или иного рода дѣлъ оказывается недоказанной, а мѣры, принимаемыя въ этомъ смыслѣ, далеко не всегда приводятъ къ ожидаемому отъ нихъ результату.

Переходимъ ко второму способу сократить компетенцію присяжнаго суда. Этотъ способъ заключается въ коррекціонизаціи, которая, по свидѣтельству нѣкоторыхъ изслѣдователей, довольно широко практикуется во Франціи и въ Италіи.

Коррекціонизація заключается въ томъ, что представители прокурорскаго надзора сортируютъ поступающія къ нимъ и подлежащія разсмотрѣнію судомъ присяжныхъ дѣла. Тѣ изъ дѣлъ, по которымъ обвинительная власть предполагаетъ вѣроятность осужденія, направляются ею къ суду присяжныхъ; что же касается дѣлъ, по которымъ отъ присяжныхъ ожидается по той или иной причинѣ оправдательный вердиктъ, то здѣсь обвинительная власть для избѣжанія нежелательнаго ей результата умышленно уменьшаетъ обвиненіе, т. е. вмѣсто напр. покушенія на убійство обвиняетъ въ нанесеніи ранъ, вмѣсто кражи со взломомъ въ простой кражѣ и т. п. Такимъ образомъ дѣло ускользаетъ отъ подсудности присяжному суду, вѣдающему лишь важнѣйшія обвиненія.

Гарофало по поводу коррекціонизаціи говоритъ, что она вызывается необходимостью, а именно тѣмъ, что присяжный судъ дѣйствуетъ невозможно и поощряетъ беззаконіе. Мы уже указывали въ своемъ мѣстѣ, какъ несправедливы нападки Гарофало на присяжный судъ, но въ данномъ случаѣ въ такомъ указаніи нѣтъ надобности: коррекціонизація несостоятельна уже потому, что она есть актъ беззаконія и произвола; законъ прямо требуетъ, чтобы

известныя категории дѣлъ переходили на разсмотрѣніе присяжныхъ засѣдателей: умышленно извращая обвиненіе и направляя его къ другому суду, обвинительная власть является прямой нарушительницей желаній и повеленій законодателя; она нарушаетъ свой первый долгъ — свято охранять и исполнять законъ, представительницей котораго она является на судѣ. У насъ въ Россіи, къ чести прокуратуры, подобные приемы не практиковались, а потому больше останавливаться на данномъ вопросѣ намъ представляется излишнимъ.

Въ качествѣ третьяго способа сократить компетенцію присяжныхъ предлагали устраненіе присяжныхъ отъ рѣшенія тѣхъ дѣлъ, гдѣ имѣется на лицо сознаніе подсудимаго. Такой порядокъ существовалъ въ нѣкоторыхъ германскихъ партикулярныхъ законодательствахъ, былъ отвергнутъ при изданіи обще-германскаго устава уголовного судопроизводства, но выплылъ опять въ проектѣ 1885 г. измѣненій этого устава. Въ настоящее время подобное взятіе известно лишь судопроизводству англійскаго и шотландскаго типа, а также судопроизводству нѣкоторыхъ кантоновъ Швейцаріи.

Главными защитниками этого порядка въ наукѣ являются антропологъ Ферри и нѣмецкій юристъ Шварце, причемъ первый допускаетъ рѣшеніе дѣла безъ присяжныхъ лишь съ согласія прокуратуры, а второй лишь въ случаѣ согласенія прокураторы и обвиняемаго. Конечно, такая смягченная постановка вопроса вызываетъ противъ себя меньше возраженій, по все же оправдана быть не можетъ. Въ ея пользу говорятъ, что при такомъ порядкѣ легко избѣжать особенно скандализирующихъ общество оправданій, по этотъ доводъ опровергнуть уже въ нашей литературѣ г. Володиміровымъ, который указалъ, что подобныя оправданія возможны и по дѣламъ несознавшихъ подсудимыхъ, вина которыхъ будетъ доказана несомнѣнными данными. Говорятъ также, что такой порядокъ облегчитъ присяжныхъ и сократитъ время и издержки процесса къ обоюдной выгодѣ государства и подсудимаго, но и съ этимъ положеніемъ нельзя согласиться: 1) присяжные вездѣ и повсюду рѣшаютъ лишь важнѣйшія дѣла, которыхъ вовсе не такъ много, чтобы работа присяжныхъ требовала облегченій



въ что-бы то ни стало; 2) если будетъ достигнуто сокращеніе времени и издержекъ, то все же еще вопросъ, не пострадаетъ ли въ то же время общественный интересъ, требующій возможно полного разсмотрѣнія важнѣйшихъ дѣлъ, а такое разсмотрѣніе имѣеть главнымъ образомъ мѣсто на судѣ присяжныхъ; 3) система устраненія присяжныхъ при сознаніи подсудимаго, какъ показала опытъ примѣнявшихъ ее государствъ, породила на практикѣ многочисленныя затрудненія по вопросу о томъ, какое сознаніе имѣть въ виду: если устранять присяжныхъ при сознаніи на предварительномъ слѣдствіи, то какъ же быть, если подсудимый на судебномъ слѣдствіи беретъ сознаніе обратно? Слушать дѣло безъ присяжныхъ нельзя, ибо уже пѣть на лицо сознанія подсудимаго, отлагать же дѣло и затѣмъ призывать присяжныхъ, — это значитъ дать поводъ къ злоупотребленіямъ и доказать несостоятельность установленнаго правила. Если же подразумѣвать сознаніе, данное на судебномъ слѣдствіи, то гдѣ же то сокращеніе времени, издержекъ и труда присяжныхъ, которое приводилось въ качествѣ аргумента въ пользу предлагаемаго нововведенія? Присяжнымъ засѣдателямъ все равно придется терять время на явку въ судъ и ожиданіе, пока судъ рѣшитъ вопросъ, нужно или не нужно ихъ участіе. Наконецъ, какъ быть въ тѣхъ случаяхъ, когда подсудимый дастъ неполное или условное сознаніе? Какъ видимъ, на каждомъ шагѣ есть почва для массы недоразумѣній. Въ самой Англій, отечествѣ подобнаго порядка, перазъ раздавались голоса и даже вносились билли относительно его отмены, причемъ указывались какъ практическія затрудненія, такъ и случаи судебныхъ ошибокъ, вызванныхъ устраненіемъ изъ дѣла присяжныхъ. Но самая важная ошибка, которую дѣлають приверженцы разсматриваемой мѣры, заключается въ томъ преувеличенномъ значеніи, которое они придаютъ сознанію обвиняемаго: если бы мы жили въ эпоху господства теорій формальныхъ доказательствъ, когда сознаніе обвиняемаго, являясь совершеннымъ доказательствомъ, почти равнялось виновности, тогда было-бы другое дѣло. Теперь же, когда сознаніе является только однимъ изъ моментовъ дѣла, подлежащихъ оцѣнкѣ по внутреннему убѣжденію судей, требованіе, чтобы присяжные устранились отъ рѣшенія дѣла, разъ есть сознаніе обвиняемаго, является

и несколько страннымъ. Сознаніе можетъ быть дано условно, по ошибкѣ, по непониманію, сознающійся даже можетъ ложно это дѣлать по какимъ либо соображеніямъ, ничего общаго не имѣющимъ съ задачами правосудія, — неужели же во всѣхъ этихъ случаяхъ будетъ удобно, чтобы фактъ сознанія оказывалъ столь существенное вліяніе на ходъ процесса? Съ своей стороны мы приходимъ къ убѣжденію въ полной несостоятельности данной мѣры. На практикѣ у насъ въ Россіи это повело бы къ тому, что количество сознаній по важнѣйшимъ преступленіямъ сразу бы значительно уменьшилось: наше общество смотритъ съ очень большимъ довѣріемъ на присяжный судъ; оно дорожитъ правомъ судиться въ этомъ судѣ; мы думаемъ, что у многихъ (и притомъ лучшихъ) изъ нарушителей закона готовое слово чистосердечнаго признанія и раскаянія замерло-бы на устахъ передъ перспективой потерять право быть судимымъ чуткими представителями общественной совѣсти — присяжными. А такой результатъ, несомнѣнно, явился-бы крайне нежелательнымъ.

Обратимся теперь ко второй категоріи предложенныхъ реформъ, а именно къ предложенію подчинить вердикты присяжныхъ контролю короннаго суда, предоставивъ послѣднему право отмѣнять своей властью каждый, по его мнѣнію, ошибочный вердиктъ. До послѣдняго времени такой порядокъ не имѣлъ мѣста, ибо какъ русское, такъ и важнѣйшія европейскія законодательства (французское, германское, австрійское, итальянское, норвежское) разрешали суду отмѣнять только явно неправильныя обвинительныя вердикты присяжныхъ, не предоставляя ему такого же права относительно вердиктовъ оправдательныхъ. Совершенно особнякомъ отъ прочихъ законодательствъ стоитъ испанское, въ которомъ по закону 1888 г. предоставлено короннымъ судьямъ право передавать дѣло на разсмотрѣніе новаго состава присяжныхъ, если судъ единогласно постановитъ, что присяжные сдѣлали въ своемъ вердиктѣ важную и явную ошибку, безотносительно отъ того, оправданъ или обвиненъ подсудимый. Подобный же порядокъ хотѣлъ ввести въ 1893 году и въ Россіи министръ юстиціи Манасеинъ, по его предположенія не осуществились, причемъ особенно энергичную и богатую аргументами оппозицію министерскому проэкту оказаль



сирошенный по этому поводу уголовный кассационный департаментъ правительствующаго сената.

Предлагаемая реформа пользуется въ наукѣ полнымъ несочувствіемъ: у насъ за нее высказался только г. В. въ «Ж. Г. и У. Пр.», за границей лишь нѣсколько голосовъ среди итальянскихъ и испанскихъ ученыхъ. Разсмотримъ же аргументы защитниковъ сдѣланнаго предложенія. Главнымъ образомъ дѣлаются указанія на необходимость установить принципъ равенства защиты интересовъ подсудимаго и интересовъ публичнаго порядка. Утверждаютъ, что если интересы справедливости требуютъ отмены вердикта, которымъ вслѣдствіе явной ошибки присяжныхъ былъ осужденъ невинный, то тѣ же интересы требуютъ и того, чтобы коронный судъ имѣлъ право отменять вердикты, кои, къ крайнему соблазну для общества и въ подрывъ общественнаго интереса, отпускаются на свободу изобличенный и явно виновный преступникъ; нельзя же допускать возможность ошибки присяжныхъ во вредъ подсудимаго и не допускать подобной же ошибки въ пользу подсудимаго.

Приведенная аргументація, при всей ея видимой убѣдительности, грѣшитъ многими недостатками и упускаетъ изъ виду очень важныя соображенія: современный уголовный процессъ, разставивъ съ инквизиционными порядками и осудивъ ихъ, имѣетъ въ основѣ своей положеніе, что каждый обвиняемый признается невиннымъ до тѣхъ поръ, пока противное не будетъ доказано, а также, что всякое сомнѣніе относительно виновности должно быть истолковано въ пользу подсудимаго. Если бы коронный судъ не имѣлъ права въ случаѣ своего сомнѣнія въ виновности подсудимаго передавать дѣло на разсмотрѣніе новаго состава присяжныхъ, его положеніе было бы ужаснымъ: судья долженъ былъ бы назначить наказаніе человѣку, виновность котораго въ его глазахъ является недоказанной, т. е. получило бы насиліе закона надъ судейскою совѣстью, для избѣжанія котораго законодательства и разрѣшаютъ судѣ вышеуказанную мѣру, которая во всякомъ случаѣ является крайней и, какъ указываетъ опытъ, весьма рѣдко примѣняется на практикѣ. Совершенно иначе обстоитъ дѣло съ вердиктами оправдательными. Какъ справедливо замѣтилъ въ сво-

емь возраженіи правительствующій сенатъ, точка зрѣнія на виновность обвиняемаго со стороны судьи—юриста далеко не сходится съ точкой зрѣнія не-юриста присяжнаго. Для юриста собственное сознание обвиняемаго, не опровергаемое обстоятельствами дѣла, создаетъ увѣренность въ виновности подсудимаго, которая и побудитъ судью юриста (разъ законъ предоставитъ ему на это право) признать въ каждомъ подобномъ случаѣ оправдательный вердиктъ присяжныхъ явно неправильнымъ и передать дѣло на разсмотрѣніе другого состава. Не совсѣмъ такова точка зрѣнія присяжнаго, который судитъ по внутреннему убѣжденію и для котораго слова «совершилъ» и «виновенъ» далеко не являются синонимами. При оцѣнкѣ вины подсудимаго присяжные, какъ это извѣстно всякому наблюдателю ихъ дѣятельности, смотрятъ главнымъ образомъ, на мотивы, въ силу которыхъ виновный предпринялъ ту или другую дѣятельность. Призванные отвѣтить на вопросъ о виновности въ полномъ его объемѣ, присяжные силою и рядомъ оправдываютъ подсудимыхъ, которые дѣйствовали по мотивамъ, чуждымъ безчестнаго, корыстнаго или позорнаго характера; нерѣдко они оправдываютъ также лицъ внавшихъ въ преступленіе исключительно вслѣдствіе неблагоприятно сложившихся внѣшнихъ обстоятельствъ и т. п. Въ такихъ случаяхъ присяжные не обращаютъ уже вниманіе на то, доказанъ ли съ внѣшней стороны фактъ преступленія и есть ли на лицо сознание обвиняемаго; послѣднее, напротивъ, даже побуждаетъ присяжныхъ къ большей снисходительности. Подобныя рѣшенія присяжныхъ на первый взглядъ кажутся произвольными, но если тщательно вдуматься въ тотъ или иной отдѣльный случай, то почти всегда придется признать, что въ подобныхъ вердиктахъ торжествуетъ истинная справедливость и мало или почти не страдаетъ общественный интересъ.

Итакъ, мы пришли къ выводу, что, въ силу несходства точекъ зрѣнія коронныхъ судей и присяжныхъ, очень часты будутъ случаи, когда убѣжденіе первыхъ относительно виновности подсудимаго совершенно разойдется съ убѣжденіемъ народныхъ судей. Отсюда, если законъ предоставитъ коронному суду право отмѣнять явно ошибочный по его мнѣнію оправдательный вердиктъ при-



сяжныхъ и передавать дѣло на разсмотрѣніе новаго состава,—такіе случаи въ практикѣ сдѣлаются весьма частыми. Какъ мы старались доказать, отъ подобной мѣры едва ли выиграютъ интересы правосудія; вредныя же ея послѣдствія несомнѣнны: если судъ коронный будетъ имѣть возможность отмѣнять каждый непонравившійся ему вердиктъ, если онъ сдѣлается т. сказ. опекуномъ присяжныхъ,—это въ корень подорветъ присяжный институтъ: драгоценное свойство присяжныхъ,—ихъ независимость—обратится въ пустой звукъ; сознаніе отвѣтственности, а равно и внимательное, добросовѣстное отношеніе къ дѣлу ослабѣютъ; у лучшей части общества явится охлажденіе и даже полное равнодушіе къ исполненію обязанностей присяжнаго; наконецъ, случаи вторичнаго оправданія подсудимаго другимъ составомъ создадутъ въ обществѣ вредное впечатлѣніе коллизіи взглядовъ на виновность у суда и у присяжныхъ и поведутъ къ разладу и взаимному недоброжелательству этихъ двухъ элементовъ современнаго суда, которые призваны идти рука объ руку, помогать другъ другу, другъ друга восполнять и такой согласной работой удовлетворять высокимъ задачамъ общественнаго правосудія. Въ интересѣ этого послѣдняго желательно, чтобы проекты, подобные разобранному, никогда не нашли себѣ мѣста въ жизни русскаго суда.

Переходимъ къ послѣдней реформаторской попыткѣ въ дѣлѣ присяжнаго суда,—къ проекту слить присяжныхъ и коронныхъ судей въ одну коллегію.

Идея этого проекта не нова. Еще въ эпоху французской революціи знаменитый аббать Сіейсъ предлагалъ вмѣсто англійскаго жюри ввести выборныхъ изъ народа судебныхъ засѣдателей, которые должны были дѣйствовать вмѣстѣ съ короннымъ составомъ суда, какъ одна нераздѣльная коллегія. У насъ въ Россіи такую же идею передъ введеніемъ судебныхъ уставовъ проводилъ Спасовичъ, который считалъ, что русскій народъ не подготовленъ въ силу своей необразованности и многолѣтняго рабства къ исполненію обязанностей въ присяжномъ судѣ, требующемъ большей культуры, чѣмъ судъ съ единой коллегіей коронныхъ судей и выборнаго элемента. Та же идея создала новый шеффенскій институтъ въ Германіи, гминный судъ въ царствѣ польскомъ и судъ

съ сословными представителями, который былъ учрежденъ въ Россіи для разбора нѣкоторыхъ дѣлъ, изъятыхъ отъ присяжныхъ.

Въ послѣднее время та же идея, но, конечно, проявившаяся въ другихъ формахъ, вызвала въ жизни въ 1890 году проектъ депутата женеваго кантона Гальперта, который сдѣлался закономъ и установилъ единую коллегію изъ 3 судей и 6 для нѣкоторыхъ дѣлъ, а для важнѣйшихъ—9 присяжныхъ. Реформа, повидимому, не радикальная, но, какъ увидимъ дальше, въ корень подрывающая самую идею присяжнаго суда. У насъ въ Россіи предложенія такого же рода сдѣланы г.г. Дейтрихомъ и Закревскимъ въ ихъ статьяхъ, помѣщенныхъ въ журналъ министерства юстиціи за 1895 годъ. На разборѣ этихъ статей надо остановиться, во-первыхъ, въ виду важности затронутого ими вопроса, а во-вторыхъ потому, что комиссія, работавшая надъ пересмотромъ нашихъ судебныхъ уставовъ, вырабатывая текстъ новаго учрежденія судебныхъ установленій, рѣшила въ принципѣ сохранить судъ присяжныхъ засѣдателей, но для дѣлъ, нынѣ подсудныхъ суду съ сословными представителями, рѣшила установить форму суда, весьма близко подходящую къ проектамъ г.г. Дейтриха и Закревскаго. А именно, комиссія предположила передать сужденіе дѣлъ о преступленіяхъ противъ порядка управленія, о преступленіяхъ должностныхъ и пр. особой коллегіи, составленной изъ 3 коронныхъ и 9 народныхъ судей, причемъ послѣдніе должны удовлетворять болѣе высокому имущественному и образовательному цензу, чѣмъ тотъ, который нынѣ даетъ право быть присяжнымъ засѣдателемъ. Такого рода коллегія получаетъ названіе суда со спеціальными присяжными. Такимъ образомъ оказывается, что предложенія г.г. Дейтриха и Закревскаго оказали извѣстное вліяніе и, хотя правда въ очень ограниченномъ видѣ, легли въ основу предполагаемаго законопроекта. Посмотримъ же, какими соображеніями они руководствовались, и какія вины нашли въ нынѣ дѣйствующемъ судѣ присяжныхъ въ Россіи. Громаднымъ подспорьемъ при нашемъ разборѣ будутъ служить данныя и выводы изъ выпедшей недавно замѣчательной книги Бобринцева—Пупкина: «Эмпирическіе законы дѣятельности русскаго суда присяжныхъ».



Авторъ этой книги задался въ высшей степени симпатичной идеей изслѣдовать судъ присяжныхъ не съ отвлеченной точки зрѣнія, что уже не разъ дѣлалось, а съ точки зрѣнія фактовъ, строго проверенныхъ, систематизированныхъ и вслѣдствіе этого почти неопровержимыхъ. Результатомъ явился трудъ по истинѣ колоссальный: помимо данныхъ, извлеченныхъ изъ свода статистическихъ свѣдѣній по дѣламъ уголовнымъ, авторъ воспользовался записями процессовъ, сдѣланными имъ во время многолѣтней его практической судебной дѣятельности, умѣло классифицировалъ весь этотъ матерьялъ по отдѣльнымъ таблицамъ, затѣмъ составилъ сводную таблицу и такимъ образомъ, путемъ послѣдовательныхъ обобщеній, получилъ рядъ выводовъ—эмпирическихъ законовъ дѣятельности суда присяжныхъ въ Россіи. Здѣсь, какъ мы увидимъ далѣе, много интереснаго, поучительнаго и совершенно обратнаго доводамъ гг. Дейтриха и Закревскаго.

Г. Дейтрихъ, основываясь на своихъ личныхъ наблюденіяхъ, отмѣчаетъ безпомощность и неспособность присяжныхъ справиться со слѣдственнымъ матерьяломъ въ сложныхъ и запутанныхъ процессахъ, а также ихъ неумѣіе группировать и систематизировать улики; въ этомъ отношеніи, по его мнѣнію, безсильно помочь и резюме предсѣдательствующаго. Затѣмъ авторъ дѣлаетъ указаніе на стремленіе присяжныхъ выйти изъ предѣловъ власти, предоставленной имъ, какъ судьямъ факта, и стать своего рода законодателями. Наконецъ, въ особенный грѣхъ присяжному суду выставляется его будто-бы доказанная неустойчивость и измѣчивость рѣшеній, выражающаяся въ неодинаковой силѣ репрессіи.

Близко подходит сюда и аргументація г. Закревскаго; и онъ думаетъ, что присяжные неспособны къ оцѣнѣ уликъ и усвоенію юридическихъ положеній, необходимыхъ для опредѣленія паличности признаковъ преступленія, различенія покушенія и совершенія и т. п., и онъ указываетъ на произвольность присяжныхъ и на массу неосновательныхъ оправданій. Затѣмъ идутъ указанія другаго рода.

Авторъ утверждаетъ, что судъ присяжныхъ (какъ бы ни отрицали это положеніе) есть институтъ политическій, а поэтому

сохраняет полное значение лишь тамъ, гдѣ нѣтъ изъятій, гдѣ ему подсудны преступленія печати, преступленія политическія и т. п.; гдѣ же кругъ вѣдомства суда присяжныхъ сокращенъ, тамъ, по мнѣнію автора, недостатки данной формы суда рѣзко выступаютъ, а достоинства скрадываются. Далѣе, отмѣтивъ, что въ Европѣ усиливается скептическое отношеніе къ суду присяжныхъ, авторъ переходитъ къ ходячей формулѣ: «судъ присяжныхъ есть судъ общественной совѣсти» — и утверждаетъ, что эта совѣсть въ большинствѣ случаевъ есть совѣсть средняго и даже ниже средняго уровня общества. Такъ формулируетъ авторъ недостатки суда присяжныхъ, не отрицая впрочемъ за этимъ судомъ извѣстныхъ достоинствъ.

Въ приведенной аргументаціи г.г. Дейтриха и Закревскаго прежде всего бросается въ глаза совершенно голословное утвержденіе, будто судъ присяжныхъ есть институтъ политическій, а потому не можетъ успѣшно дѣйствовать тамъ, гдѣ его компетенція урѣзана. Нельзя не замѣтить, что такое утвержденіе весьма произвольно: судъ присяжныхъ выработался медленнымъ историческимъ путемъ служенія интересамъ правосудія; онъ такимъ образомъ является безусловно юридическимъ институтомъ; есть въ немъ и политическая сторона, но она не можетъ быть значительной; эта сторона теряется въ общемъ юридическомъ характерѣ института, подобно тому какъ въ огромной массѣ общихъ преступленій теряется группа преступленій политическихъ. Правда, безпристрастные изслѣдователи суда присяжныхъ констатировали тотъ фактъ, что этотъ судъ успѣшнѣе дѣйствуетъ тамъ, гдѣ правительство относится къ нему съ довѣріемъ и не суживаетъ его компетенціи, но изъ этого еще не вытекаетъ, чтобы при сокращенной компетенціи его недостатки рѣзко выступали, а достоинства скрадывались, какъ это думаетъ г. Закревскій; отсюда вытекаетъ только заключеніе, что лучше не дѣлать урѣзокъ въ компетенціи присяжныхъ; заподозрить же ихъ способность при такихъ урѣзкахъ свято служить дѣлу правосудія не представляется никакихъ основаній.

Судъ присяжныхъ обвиняется далѣе въ неустойчивости; но отъ этихъ голословныхъ обвиненій ничего не останется, если мы обратимся къ статистическимъ даннымъ, находящимся въ работѣ



г. Бобрищева-Пушкина; эти данныя показываютъ, что, хотя другіе суды выносятъ нѣсколько (и притомъ незначительно) меньшій процентъ оправдательныхъ приговоровъ, но зато сила репрессіи присяжныхъ *чужда колебаній*, свойственныхъ, напримѣръ, суду съ сословными представителями, и притомъ *постепенно и равномерно новышается*, тогда какъ у болѣе репрессивнаго короннаго суда замѣчается склонность къ нѣкоторому пониженію. По мнѣнію г. Дейтриха, судъ присяжныхъ не умѣетъ пользоваться доказательнымъ матерьяломъ и судить по случайнымъ впечатлѣніямъ: неосновательность подобнаго обвиненія, мы уже доказывали, разбирая доводы антропологовъ, а теперь къ сказанному прибавимъ, что г. Бобрищевъ-Пушкинъ, изслѣдователь вполне компетентный, разсмотрѣвъ и разобравъ тысячи разнообразныхъ вердиктовъ, доказалъ относительно русскихъ присяжныхъ, что они, даже при самыхъ неблагопріятныхъ обстоятельствахъ, умѣютъ составить и выразить въ вердиктѣ здравое и вполне самостоятельное мнѣніе, и что главными свойствами русскаго суда присяжныхъ являются отсутствіе формализма, осторожное отношеніе къ дѣлу, разумное пользованіе доказательствами вообще и косвенными уликами въ частности, а также чрезвычайно цѣлесообразное отношеніе къ рецидивистамъ съ одной стороны и къ малолѣтнимъ преступникамъ съ другой.

Послѣдній дефектъ русскаго суда присяжныхъ его обвинители видятъ въ частомъ произнесеніи оправдательныхъ вердиктовъ при полной доказанности преступленія. Мы уже рашше подробно останавливались на подобномъ обвиненіи, а потому теперь ограничимся немногими данными, относящимися къ Россіи. Г. Бобрищевъ-Пушкинъ доказалъ, что «неосновательныя» оправданія при формальныхъ преступленіяхъ понятны: присяжные караютъ ихъ только въ тѣхъ случаяхъ, когда усматриваютъ особенности, придающія имъ характеръ общественнаго зла; при другихъ же преступленіяхъ «неправосудные вердикты» кажутся такими только издали, въ глазахъ же лицъ, участвовавшихъ въ дѣлѣ, эти вердикты въ подавляющемъ большинствѣ случаевъ являются послѣднимъ словомъ справедливости по каждому дѣлу. Во многихъ также случаяхъ (хотя это и отрицаетъ г. Закревскій) ответствен-

ность за неосновательный оправдательный вердиктъ должна лечь не на присяжныхъ, а на судъ: плохо произведенное предварительное слѣдствіе, выраженіе неудовольствія или раздраженія за вердиктъ, вынесенный по предыдущему дѣлу, слабое или очень пристрастное резюме, — все это часто вліяетъ на исходъ дѣла. Большую роль также играетъ устарѣлость и несовершенство нашего дѣйствующаго уложенія, особенно по вопросу о размѣрахъ наказанія.

Итакъ, русскіе присяжные, вопреки гг. Дейтриху и Закревскому, стоятъ на высотѣ своей задачи. Особенно же драгоценное свойство присяжныхъ заключается въ томъ констатированномъ г. Бобрищевымъ-Пушкинымъ фактѣ, что въ основаніи ихъ правовыхъ воззрѣній лежатъ высокіе этические принципы: стремленіе защищать болѣе слабыхъ противъ болѣе сильныхъ, стремленіе рѣшать каждое дѣло не по шаблону, а сообразно конкретнымъ его особенностямъ и т. п.

Подводя итогъ всему сказанному, мы находимъ, что въ виду несостоятельности разобранныхъ нападокъ на судъ присяжныхъ, требованіе какихъ либо радикальныхъ реформъ въ этой области является по меньшей мѣрѣ преждевременнымъ и не вызывается истинными потребностями русской правовой жизни. Тѣмъ не менѣе, гг. Дейтрихъ и Закревскій требуютъ радикальной реформы; они хотятъ, чтобы вмѣсто суда присяжныхъ было учреждено смѣшанное присутствіе изъ 3-хъ судей и 9-ти присяжныхъ; такому присутствію они предлагаютъ предоставить какъ сужденіе о виновности, такъ и опредѣленіе наказанія.

На первый взглядъ это очень просто и ясно: юристы помогутъ присяжнымъ знаніемъ права и судейской опытностью, присяжные внесутъ элементъ непосредственности и знанія жизненныхъ условій. Но, если мы вникнемъ глубже, мы увидимъ, что такимъ рѣшеніемъ подрывается главная основа суда присяжныхъ — его полная независимость; такимъ образомъ получается присутствіе, которое съ большимъ основаніемъ можетъ быть названо судомъ шеффеновъ, чѣмъ судомъ присяжныхъ, ибо съ уничтоженіемъ независимости присяжныхъ въ рѣшеніи вопроса о виновности уничтожается т. сказ. душа присяжнаго института. Такимъ путемъ желаютъ установить вліяніе коронныхъ судей на присяж-



ныхъ; но вѣдь и теперь въ рукахъ короннаго суда есть возможность такого вліянія, только теперь оно оказывается во время судебного засѣданія, въ предѣлахъ закона, гласно и на глазахъ сторонъ, которыя во всякую минуту имѣютъ право протеста, если замѣтятъ что либо несогласное съ закономъ. Соединеніе же трехъ судей и девяти присяжныхъ, при авторитетномъ положеніи первыхъ и при полномъ отсутствіи контроля сторонъ, особенно-же если мы примемъ во вниманіе т. наз. сѣрые составы присяжныхъ, окажется гибельнымъ для судейской самостоятельности послѣднихъ. Во многихъ случаяхъ это будутъ безгласные, а не присяжные засѣдатели.

Въ оправданіе проектируемой реформы обыкновенно ссылаются на аналогичный женеvскій законъ Гальперта 1890 г., но, во-первыхъ, Швейцарія намъ не указъ, ибо это страна неизмѣримо болѣе культурная и съ совершенно иными порядками, а во-вторыхъ, это только опытъ, результатовъ котораго надо еще долго ждать, въ то время какъ успѣшныя результаты дѣятельности во всѣхъ странахъ присяжнаго суда уже давно являются безспорными и общеизвѣстными.

Отъ добра добра не ищутъ. Однако коммиссія, работавшая надъ пересмотромъ судебныхъ уставовъ, какъ мы уже говорили, рѣшила сохранить судъ присяжныхъ въ его теперешнемъ видѣ, но въ то же время предположила установить смѣшанное присутствіе для дѣлъ, рѣшаемыхъ нинѣ сословными представителями, причемъ для присяжныхъ, призываемыхъ въ это присутствіе, будетъ повышенъ цензъ. Мы вполнѣ понимаемъ, что для нѣкоторыхъ дѣлъ, въ силу политическихъ соображеній, или въ виду трудности понять извѣстные вопросы спеціальнаго характера, можно призывать особыхъ присяжныхъ, которые давали бы больше гарантій своей пригодности, но зачѣмъ понадобилось сливать этихъ спеціальныхъ присяжныхъ въ одну коллегію съ судьями и такимъ образомъ разрушать самый принципъ присяжнаго суда, этого мы рѣшительно не понимаемъ. Разъ коммиссія признала достоинства и необходимость присяжнаго суда, нужно было послѣдовательно идти до конца и, отмѣняя признанный непригоднымъ судъ съ сословными представителями, установить на его мѣсто судъ присяжныхъ, хотя бы и спеціальныхъ по своему

пензу, но во всякомъ случаѣ самостоятельныхъ. А то въ итогѣ комиссія пришла къ рѣшенію, страдающему несомнѣннымъ внутреннимъ противорѣчіемъ.

Недавно проф. Даневскимъ было высказано въ печати мнѣніе, что спеціальныя присяжные, которые будутъ призываться въ будущія смѣшанныя присутствія, будутъ гораздо независимѣе и самостоятельнѣе, чѣмъ отмѣняемые нынѣ сословные представители, главный недостатокъ которыхъ и заключался именно въ очень малой самостоятельности.

Весьма возможно, что это мнѣніе справедливо, и что будущіе спеціальныя присяжные будутъ дѣйствовать нѣсколько болѣе самостоятельно, чѣмъ нынѣшніе сословные представители. Но во всякомъ случаѣ предлагаемая реформа суда не есть судъ присяжныхъ, судъ независимый, и мы съ своей стороны сильно сомнѣваемся, чтобы присяжные, даже обладающіе повышеннымъ образовательнымъ и имущественнымъ цензомъ, могли проявить независимость сужденій и не уступить давленію засѣдающихъ совместно съ ними 3-хъ судей, вооруженныхъ авторитетомъ и знаніемъ закона. Жизненная точка зрѣнія въ такой коллегіи часто будетъ отступать назадъ передъ формальной. Не забудемъ также, что вліяніе коронныхъ судей на народныхъ будетъ оказываться за кулисами, а не такъ какъ нынѣ, когда оно можетъ осуществляться лишь гласно и подъ контролемъ сторонъ.

Затѣмъ мы предвидимъ еще одну опасность отъ предполагаемыхъ смѣшанныхъ комиссій. Онѣ будутъ дѣйствовать рядомъ съ независимымъ присяжнымъ судомъ, въ рукахъ котораго останется сужденіе и нынѣ подсудныхъ ему преступленій. Мы опасаемся того, что каждый вердиктъ присяжныхъ, который будетъ относиться къ категоріи т. наз. «произвольныхъ», (а въ дѣйствительности истинно справедливыхъ въ громадпомъ большинствѣ случаевъ), будетъ вызывать упреки по адресу присяжнаго суда со стороны извѣстнаго рода «ревнителей» и комплементы по адресу «законно» дѣйствующихъ смѣшанныхъ комиссій. Подобнаго рода критика уже не разъ имѣла мѣсто послѣ введенія суда съ сословными представителями. Не считая себя пророкомъ, можно однако предсказать, что то же самое повторится при введеніи новой пред-



положенной формы суда. Остается только питать надежду, что подобной критикѣ внимать не будутъ.

#### IV.

Подводя теперь итоги всему сказанному, мы приходимъ къ слѣдующимъ выводамъ:

1) Объ уничтоженіи присяжнаго суда не можетъ быть и рѣчи; требованія подобнаго рода должны быть признаны несостоятельными; принятіе ихъ явилось бы шагомъ назадъ въ общемъ ходѣ европейской цивилизаціи.

2) Мѣры, которыя принимались и принимаются на практикѣ разныхъ государствъ въ духѣ ослабленія самостоятельности присяжнаго суда и сокращенія круга его вѣдомства, мало обоснованы теоретически, непоследовательны, ведутъ ко многимъ нежелательнымъ явленіямъ въ судебной жизни и не оправдываютъ надеждъ, на нихъ возложенныхъ.

3) Рекомендованная нѣкоторыми русскими криминалистами и принятая комиссіей для нѣкоторыхъ дѣлъ система сліянія присяжныхъ и судей въ одну коллегію въ корень разрушаетъ основной принципъ присяжнаго суда,—его независимость, а потому можетъ носить названіе суда шеффеновъ, смѣшанной комиссіи, словомъ чего угодно, но только не суда присяжныхъ.

4) Предположенная комиссія можетъ быть будетъ дѣйствовать успѣшнѣе суда присяжныхъ съ формальной стороны, но никогда не будетъ дѣйствовать правственнѣе и справедливѣе.

5) Судъ присяжныхъ является самой лучшей формой суда, изъ всѣхъ испробованныхъ до настоящаго времени, но въ то же время, какъ и всякое дѣло рукъ человѣческихъ, онъ не чуждъ нѣкоторыхъ недостатковъ. Необходимость какихъ либо радикальныхъ реформъ въ этой области недоказана, но *улучшеніе существующихъ порядковъ* весьма желательно; подробное указаніе того, какія мѣры необходимы, не входитъ въ задачу нашей работы, но уже раньше мы имѣли случай констатировать тотъ фактъ, что вопросы о составленіи списковъ присяжныхъ и о цензѣ, дающемъ право быть присяжнымъ, являются особенно важными и требуютъ особаго вниманія при законодательной реформѣ. Равнымъ обра-

зомъ для успѣшной дѣятельности суда присяжныхъ необходимо рядъ улучшеній дѣйствующаго законодательства въ смыслѣ реформы матерьяльнаго права, а также лучшей организаціи предварительнаго слѣдствія.

б) Во всякомъ случаѣ болѣе чѣмъ желательно, чтобы при преобразованіи нашего процесса былъ сохраненъ съ возможно широкой компетенціей нинѣ дѣйствующій независимый присяжный судъ, имѣющій за собою столь славное прошлое, и чтобы наряду съ нимъ не создавали никакихъ новыхъ судебныхъ присутствій, не соответствующихъ главной внутренней идеѣ присяжнаго института.

Главнѣйшія пособія:

- Ferri: «La Sociologie Criminelle», 1893 г., особ. р. 464—485.  
Garofalo: «La Criminologie», 1890 г., особ. р. 387—397.  
Tarde: «Philosophie pénale», 1892 г., особ. р. 443—454.  
Вульфертъ: «Антрополого-позитивная школа уголовного права въ Италіи», в. II, 1893 г., особ. стр. 52 сл., 60—64, 84, 94, 109.  
А. Л.: «Преобразованія въ уголовномъ судопроизводствѣ, предлагаемыя послѣдователями итальянской школы уголовного права», Ж. Гр. и Уг. Пр., 1885 г., кн. 10, стр. 37—43.  
Джаншпиевъ: «Какъ возникъ нашъ судъ присяжныхъ», Русская Мысль, 1891 г., кн. 2, особ. стр. 148—159.  
Спасовичъ: «Новыя направленія въ наукѣ уголовного права», Вѣстн. Евр., 1891 г., кн. 10, стр. 507.  
Фойницкій: «Судебно-уголовные кодексы Германіи», Ж. Гр. и Уг. Пр., 1877 г., кн. 4 и 5.  
Фойницкій: «Оправдательныя рѣшенія присяжныхъ», Ж. Гр. и Уг. Пр., 1870 г., кн. 6.  
Glaser: «Handbuch des Strafprocesses», 1883 г., т. I.  
Фойницкій: «Курсъ уголовного процесса», т. I, стр. 143—148.  
В. Фуксъ: «Судъ и полиція», стр. 119 сл.  
Володиміровъ: «О вліяніи сознанія подсудимыхъ на подсудность преступленія», Юр. Вѣстн., 1880 г., кн. 3, стр. 320.  
Спасовичъ: «Собраніе сочиненій», т. III, стр. 263—269.  
Бобрищевъ—Пушкинъ: «Эмпирическіе законы дѣятельности суда присяжныхъ въ Россіи» (съ атласомъ), 1896 г.  
Дейтрихъ: «Судъ присяжныхъ» и Закревскій: «О судѣ присяжныхъ» въ Ж. М. Ю. за 1895 г.



## Судъ присяжныхъ и новая практика сената <sup>1)</sup>.

### I.

Во второй половинѣ девяностыхъ годовъ истекшаго столѣтія юридическій міръ и все русское общество съ особой тревогой слѣдили за малѣйшими слухами о томъ, какъ въ комиссіи по пересмотру судебныхъ уставовъ разрѣшается судьба суда присяжныхъ. Этотъ судъ сдѣлался близкимъ и дорогимъ обществу, а потому оно не могло оставаться равнодушнымъ, когда до него доходили частными путями извѣстія, что судъ присяжныхъ будетъ кореннымъ образомъ реформированъ, и когда въ журнальныхъ статьяхъ являлись даже отдѣльные проекты такой реформы (напримѣръ, проекты г.г. Дейтриха и Закревскаго).

Спеціальная литература также не молчала: отвѣтомъ на многочисленныя и голословныя нападки извѣстной части нашей прессы, глумившейся надъ судомъ присяжныхъ и именовавшей его «невѣжественнымъ судомъ улицы», отвѣтомъ на реформаторскіе проекты взять судъ присяжныхъ подъ опеку коронного суда въ виду его неустойчивости, слабости, а во многихъ случаяхъ и несостоятельности,—явился рядъ работъ въ защиту присяжнаго суда, среди которыхъ на первое мѣсто слѣдуетъ поставить капитальный трудъ А. М. Бобрищева-Пушкина: «Эмпирическіе законы дѣятельности русскаго суда присяжныхъ». Разсмотрѣвъ и разобравъ тысячи разнообразныхъ вердиктовъ, съ фактами и цифрами въ рукахъ авторъ убѣдительно доказалъ всю несостоятельность ходячихъ нападокъ на судъ присяжныхъ. Оказалось, во-первыхъ, что хотя

<sup>1)</sup> Первоначально эта статья напечатана въ февральской книжкѣ журнала «Вѣстникъ Права» 1904 г. Въ основу положенъ докладъ, прочитанный 28 января того же года въ засѣданіи харьковскаго юридическаго общества.

другіе суды выносятъ нѣсколько (и притомъ незначительно) меньшій процентъ оправдательныхъ приговоровъ, но зато сила репрессіи присяжныхъ *чужда колебаній*, свойственныхъ, напримѣръ, суду съ сословными представителями, и притомъ *постепенно и равномерно повышается*, тогда какъ у болѣе репрессивнаго короннаго суда замѣчается наклонность къ нѣкоторому пониженію: выяснилось далѣе, что присяжные засѣдатели въ Россіи, даже при самыхъ неблагопріятныхъ обстоятельствахъ, умѣютъ составить и выразить въ вердиктѣ здравое и вполне самостоятельное мнѣніе, и что главными свойствами русскаго суда присяжныхъ являются отсутствіе формализма, осторожное отношеніе къ дѣлу, разумное пользованіе доказательствами вообще и косвенными уликами въ частности, а также чрезвычайно цѣлесообразное отношеніе къ рецидивистамъ съ одной стороны и къ малолѣтнимъ преступникамъ съ другой.

Наряду съ этимъ появились статьи, въ которыхъ дѣлалась оцѣнка различныхъ проектовъ реформировать судъ присяжныхъ. Не останавливаясь на этомъ подробно <sup>1)</sup>, мы все же считаемъ необходимымъ отмѣтить наиболее существенныя черты спора.

1) Предлагаюсь сократить компетенцію суда присяжныхъ, изъявъ изъ его вѣдѣнія возможно больше дѣлъ, т. е. идти дальше по тому пути, по которому уже шло наше законодательство, устранившее присяжныхъ уже въ текстѣ судебныхъ уставовъ отъ рассмотрѣнія политическихъ преступленій и затѣмъ рядомъ новелль изъявшее изъ вѣдѣнія присяжныхъ преступленія печати, многія преступленія противъ порядка управленія, служебныя преступленія, банковыя преступленія и др. По поводу этого проекта были сдѣланы указанія, что онъ лишенъ принципиальной опоры, ибо, если судъ присяжныхъ плохъ и не заслуживаетъ довѣрія, то его нужно отмѣнить, а не сократить; далѣе, является недоказанной необходимостью изыятія того именно, а не иного рода дѣлъ, и сверхъ того все дальше и дальше расширяющіяся изыятія колеблютъ прочность присяжнаго института, смущаютъ общество и

<sup>1)</sup> Болѣе обстоятельный и полный разборъ сдѣланъ былъ нами въ работѣ «Современная борьба взглядовъ за и противъ суда присяжныхъ и реформаторскія попытки въ этой области». См. выше предид. ст.



часто не приводят къ намѣченной цѣли (какъ это, напримѣръ, было у насъ съ попыткой замѣнить присяжныхъ засѣдателей словными представителямъ,—попыткой, которая теперь даже официально признана неудачнымъ экспериментомъ).

2) Предлагалось устраненіе присяжныхъ отъ рѣшенія тѣхъ дѣлъ, гдѣ имѣется налицо сознание подсудимаго; мотивировалось это желаніемъ облегчить присяжныхъ, сократить время и издержки процесса къ обоюдной выгодѣ государства и подсудимаго, а также избѣгнуть «особенно скандальныхъ оправданій». Такое предложеніе дѣлалось и у насъ въ комиссіи по пересмотру судебныхъ уставовъ, но было отвергнуто, съ тѣмъ нельзя не согласиться, ибо, во-первыхъ, присяжные рѣшаютъ лишь болѣе важныя дѣла, которыхъ вовсе не такъ много, чтобы работа присяжныхъ требовала облегченій во что бы то ни стало; во-вторыхъ, сокращеніе времени и издержекъ въ данномъ случаѣ никакихъ выгодъ подсудимому не доставляетъ и въ то же время можетъ повредить общественному интересу, требующему возможно полнаго и независимаго разсмотрѣнія важнѣйшихъ дѣлъ, а наихимъ того и другаго пмѣетъ мѣсто именно на судѣ присяжныхъ; въ третьихъ, рекомендуемая система, какъ показалъ опытъ примѣняющихъ ее государствъ, порождаетъ на практикѣ многочисленныя практическія затрудненія (какое брать сознание,—на предварительномъ или на судебномъ слѣдствіи? Какъ быть, если сознавшійся подсудимый беретъ сознание обратно? Какъ относиться къ случаямъ неполнаго или условнаго признанія?). Самая же важная ошибка приверженцевъ разсматриваемой мѣры заключается въ томъ преувеличенномъ значеніи, которое они придаютъ сознанію обвиняемаго: оно было понятнымъ въ эпоху господства теоріи формальныхъ доказательствъ, когда сознание, *regina probationum*, являлось синонимомъ виновности, но оно совершенно непонятно теперь, когда сознание является только однимъ изъ моментовъ дѣла, подлежащихъ оцѣнкѣ по внутреннему убѣжденію судей.

3) Предлагалось, далѣе, подчинить вердикты присяжныхъ контролю короннаго суда, предоставивъ послѣднему право отмѣнять своей властью каждый, по его мнѣнію ошибочный, вердиктъ; этотъ порядокъ пытался въ 1893 году ввести у насъ министръ

юстиція Манасеянтъ, но его предположенія не осуществились. Защитники указаннаго порядка говорятъ, что необходимо равенство охраны интересовъ подсудимаго и интересовъ публичныхъ: если справедливость требуетъ предоставленія суду права отмѣнить приговоръ, которымъ вслѣдствіе явной ошибки присяжныхъ былъ осужденъ невинный, то нельзя же отвергать возможность ошибки присяжныхъ въ пользу подсудимаго, а въ этомъ случаѣ коронный судъ также долженъ имѣть право отмѣнить вердиктъ, которымъ къ крайнему соблазну всѣхъ и вреду общественнаго интереса отпускается на свободу изобличенный и явно виновный преступникъ. Но (нельзя не замѣтить на это) на какомъ основаніи мы можемъ говорить, что отпущенъ именно «изобличенный» и «виновный»? Современный процессъ, разставившійся съ инквизиціонными порядками и осудившій ихъ, имѣетъ въ основѣ своей то положеніе, что каждый обвиняемый признается невиннымъ до тѣхъ поръ, пока противное не будетъ доказано, и что каждое разумное сомнѣніе относительно виновности должно быть толкуемо въ пользу подсудимаго. Говорятъ обыкновенно о случаяхъ собственнаго сознанія, но эту комбинацію мы уже разобрали и знаемъ, что она твердой опоры не имѣетъ.

Коронному суду необходимо было предоставить право отмѣны неправильныхъ съ его точки зрѣнія обвинительныхъ вердиктовъ, ибо иначе получилось бы страшное пасиліе закона надъ судейскою совѣстью: судья долженъ былъ бы приговорить къ наказанію, иногда тяжкому, невиннаго по его убѣжденію челоуѣка; право отмѣны явилось крайней, по неизбѣжной мѣрѣ, которал, какъ свидѣлствуетъ опытъ, весьма рѣдко примѣняется на практикѣ. Тѣмъ не менѣе нигдѣ, кромѣ Испаніи, законодатель не пошелъ дальше и не предоставилъ суду аналогичнаго права относительно приговоровъ оправдательныхъ: становясь на формальную точку зрѣнія на виновность, коронный судъ вступилъ бы въ коллизію съ чуждой формализма оцѣнкой по совѣсти вопроса о виновности, свойственной суду присяжныхъ; отсюда проистекла бы частая отмѣна формально неправильныхъ обвинительныхъ вердиктовъ, а вмѣстѣ съ этимъ совершенно поколебался бы авторитетъ присяжнаго суда, въ пустой звукъ обратилось бы его драгоцѣн-



ное свойство, именуемое независимостью, уменьшились бы у присяжных чувство ответственности и интересъ къ дѣлу и получилъ бы вредное для общества впечатлѣніе полного отсутствія солидарности между короннымъ и присяжнымъ судомъ.

4) Послѣдній проектъ реформы предлагаетъ слить присяжныхъ и судей въ одну коллегію. На первый взглядъ это очень просто и ясно: юристы помогутъ присяжнымъ знаніемъ права и судейской опытностью, присяжные внесутъ элементъ непосредственности и знанія условій жизни. Но, вникая глубже, мы увидимъ, что такимъ рѣшеніемъ въ корень подрывается (какъ и въ разсмотрѣнной выше комбинаціи) независимость суда присяжныхъ въ рѣшеніи вопроса о виновности, т. е. уничтожается коренной признакъ, такъ сказать душа этого суда: это будетъ судъ шеффеновъ, смѣшанная комиссія, особое присутствіе суда, — словомъ все что угодно, но не судъ присяжныхъ.

Хотятъ такимъ путемъ обезпечить вліяніе коронныхъ судей на присяжныхъ; но возможность вліянія не исключена и безъ слиянія, только теперь вліяніе дѣйствуетъ въ судебномъ засѣданіи, открыто, гласно и на глазахъ сторонъ, во всякую минуту имѣющихъ право протеста при нарушеніи ихъ интересовъ, а тогда вліяніе будетъ келейнымъ и безконтрольнымъ; оно уменьшитъ свободу сужденій присяжныхъ вообще, а при такъ называемыхъ «сѣрыхъ» составахъ легко превратитъ присяжныхъ засѣдателей въ безгласныхъ засѣдателей.

Таковы были реформаторскія попытки, имѣвшія цѣлью ослабить судъ присяжныхъ и главнымъ образомъ воспрепятствовать тѣмъ случаямъ, когда «правда и милость» суда совѣсти заставляютъ его отступать отъ буквы закона и формальнаго взгляда на виновность.

Эти попытки были въ виду у комиссіи, пересматривавшей судебные уставы; въ ихъ пользу подавались иногда голоса, но, когда результатъ работъ былъ опубликованъ въ видѣ проектовъ, все друзья присяжнаго суда съ облегченіемъ вздохнули: грозу пронесло мимо, ибо хотя явилась новая форма, также названная судомъ присяжныхъ, образующая для разсмотрѣнія нѣкоторыхъ дѣлъ смѣшанную комиссію изъ трехъ судей и девяти присяжныхъ

съ повышеннымъ цензомъ, но эта форма оставила неприкосновенной дѣйствующую организацію и компетенцію суда присяжныхъ: ее предположено было ввести взами́тъ суда палаты съ сословными представителями, а также тамъ на окраинахъ, гдѣ введеніе нормальнаго присяжнаго суда признавалось и признается правительствомъ невозможнымъ.

Попытки поколебать современныя права присяжныхъ оказались, такимъ образомъ, неудавшимися. Но всѣ эти попытки имѣли характерную общую черту: вооружаясь противъ оправданія присяжными лицъ, формально виновныхъ, и стремясь сдѣлать въ будущемъ такіе вердикты невозможными, авторы попытокъ не отрицали *права* присяжныхъ выносить такіе вердикты *при современной организаціи суда присяжныхъ*; они боролись съ этимъ правомъ и предлагали наилучшіе, по ихъ мнѣнію, способы *ограниченія или уничтоженія этого права въ законодательномъ порядкѣ*.

Если бы законодатель внялъ имъ, то можетъ быть реформа оказалась бы гибельной не только для суда присяжныхъ, но и вообще для русскаго правосудія. Тѣмъ не менѣе ей пришлось бы подчиниться, памятуя, что «*dura lex, sed lex*».

Но законодатель не внялъ, и ограничительной по отношенію къ суду присяжныхъ реформы до сихъ поръ не послѣдовало. Казалось, можно было успокоиться, если бы не послѣдовало нѣчто въ высшей степени любопытное, странное и неожиданное: ударъ суду присяжныхъ былъ нанесенъ *тѣмъ законодательнымъ путемъ* простымъ разъясненіемъ сената; учрежденіе, пересозданное судебными уставами императора Александра II, подняло руку на одинъ изъ важнѣйшихъ устоевъ произведенной тѣми же уставами реформы.

## II.

Дѣло въ томъ, что сенатъ уже давно обнаруживалъ тенденцію растолковать законъ въ томъ смыслѣ, будто присяжные признавая фактъ преступленія, могутъ оправдать подсудимаго лишь при наличности одной изъ поименованныхъ въ законѣ причинъ вѣняемости. Но эту тенденцію сенатъ проводилъ безъ особаго упорства, безъ стремленія добиться во что бы то ни стало послушанія



своему разъясненію и, наконецъ, безъ тѣхъ выводовъ, которые могли бы быть сдѣланы изъ принятаго имъ тенденціоннаго положенія.

Благодаря такой корректности, а также благодаря тому, что въ судебномъ мірѣ еще держится сознаніе, что сенатское разъясненіе (помимо дѣла, по которому оно состоялось) не есть законъ, нисколько не является удивительнымъ, что почти по сей день сенатское разъясненіе пошло мирно, присяжные въ десяткахъ тысячъ случаевъ при наличности формальной вины выносили вердиктъ: «нѣтъ, невповенъ», защитники же свободно ходатайствовали объ оправданіи защищаемыхъ ими подсудимыхъ и въ поименованныхъ въ законѣ случаяхъ невмѣяемости, не смотря на сознаніе подсудимаго и шныя улики.

Что же касается предсѣдательствующихъ, то они въ большинствѣ случаевъ соблюдали объективность и не старались, опираясь на тенденцію, преподанную сенатомъ, оказать давленіе на присяжныхъ или на защиту: тамъ же, гдѣ обнаруживалось обратное отношеніе, в результатѣ обычно были прямо противоположень желаемому: оправдательный вердиктъ не только выносился, но и выносился съ чрезвычайной быстротой.

Такъ дѣло шло до послѣдняго времени. Въ первой же половинѣ 1903 г. состоялось новое разъясненіе сената: при обстоятельствахъ, па которыхъ мы останавливаться не будемъ, ибо они уже нѣсколько разъ опубликованы въ специальныхъ юридическихъ журналахъ, сенатъ, въ лицѣ отдѣленія уголовнаго кассационнаго департамента, ссылаясь на «прямой смыслъ» закона и на свои рѣшенія по дѣламъ Мельницкихъ, Свиридова и Линевича, подтвердилъ вышеуказанную нами тенденцію, но при этомъ высказалъ положенія, поражающія своей категоричностью, и предпринялъ рядъ не менѣе рѣшительныхъ мѣръ: 1) сенатъ заявилъ, что *присяжные не имѣютъ права оправдывать сознавшихся обвиняемыхъ*, разъ не было возбуждено сомнѣній относительно вмѣяемости обвиняемаго и не оспаривался фактъ совершенія преступленія именно имъ, ибо *такое право противорѣчитъ прямому смыслу закона*; 2) сенатъ разъяснилъ предсѣдателямъ, что они *обязаны всякій разъ напоминать присяжнымъ, что, придя къ убѣжденію о су-*

ществованіи субъективныхъ, изложенныхъ въ вопросѣ, признаковъ виновности подсудимаго, *они*, во исполненіе возложенныхъ на нихъ закономъ обязанностей, *не имѣютъ права отвѣчать* на этотъ вопросъ *отрицательно*, и 3) защитникъ, утверждавшій, что при указанныхъ условіяхъ присяжные имѣютъ право оправдать подсудимаго, преданъ дисциплинарной отвѣтственности, и дѣйствія его признаны вредными для правосудія и, въ явное нарушеніе 745 ст. уст. угол. суд., выказывающими неуваженіе къ закону.

Таковы факты и таково рѣшеніе, которое будетъ богато всевозможными послѣдствіями и оставитъ долгій и замѣтный слѣдъ въ судебныхъ лѣтописяхъ. Но гдѣ истина? Справедливъ ли и законенъ ли происходящій на нашихъ глазахъ экспериментъ надъ русскимъ правосудіемъ?

Не колебаясь, мы отвѣчаемъ на поставленные вопросы полнымъ и твердымъ отрицаніемъ. Гдѣ опора въ законѣ для сенатскаго разъясненія? Сенатъ глухо говоритъ о противорѣчій прямому смыслу закона. Повщемъ этотъ законъ.

1) Если рѣчь идетъ о текстѣ присяги («не оправдывать виновнаго»), то вѣдь здѣсь не сказано не оправдывать созпавшагося, или не оправдывать уличеннаго; слѣдовательно, каждый присяжный присягаетъ лишь въ томъ, что онъ по какимъ либо вѣкъ правосудія стоящимъ мотивамъ не подастъ голоса за оправданіе подсудимаго, котораго *онъ самъ признаетъ виновнымъ по внутреннему убѣжденію и совѣсти*; съ формальнымъ понятіемъ виновности здѣсь нѣтъ ничего общаго.

2) Если подразумѣвать ст. 92 ул. и признавать, что она исчерпываетъ всѣ случаи невмѣненія на судѣ, то нужно доказать безусловную правильность такого взгляда и его обязательность для присяжныхъ при разсмотрѣніи вопроса о виновности. Ни то, ни другое до сихъ поръ не доказано. Не говоря уже о самомъ сенатѣ, который иногда признавалъ возможность расширительнаго толкованія упомянутой статьи, расширительное ея примѣненіе необходимо и оно проникло давно въ судебную практику, вопреки буквѣ самой статьи, ибо иначе суду пришлось бы, игнорируя успѣхи психіатріи и психопатологіи, наказывать лицъ душевнобольныхъ и лицъ, дѣйствовавшихъ безсознательно, по не подхо-



дящихъ подъ терминологию цитируемой статьи. Не даромъ представители доктрины, во главѣ съ министромъ юстиціи Н. В. Муравьевымъ, прямо утверждаютъ, что «ограниченіе оправданія при невмѣненіи одиѣми законными причинами его совершенно не основательно».

3) Обратимся къ 1 ч. ст. 771 у. у. с.: здѣсь сказано, что судъ объявляетъ подсудимаго оправданнымъ, когда дѣяніе, въ коемъ онъ былъ обвиняемъ, признается не доказаннымъ, не подлежащимъ вѣнненію по законнымъ причинамъ или не воспрещеннымъ закономъ подъ страхомъ наказанія. Буквальное и ограничительное толкованіе этой статьи привело бы къ абсурду: она, напримѣръ, не упоминаетъ о случаѣ, когда дѣяніе, безусловно воспрещенное, признается доказаннымъ, а воплію вѣнненій подсудимый объявляется невиновнымъ по недостатку уликъ. Понятно поэтому, что эту статью всегда толковали расширительно, и что коронный судъ, даже находя, что оправданъ изобличенный, и что въ дѣлѣ нѣтъ законныхъ причинъ невмѣненія, тѣмъ не менѣе всегда выносилъ, примѣняя 1 ч. 771 ст., оправдательный приговоръ.

Характерно, что при всей смѣлости своихъ новыхъ разъясненій, сенатъ все же не дошелъ до конца, такъ что въ тѣхъ случаяхъ, когда присяжные, игнорируя предсѣдательское разъясненіе, и впредь будутъ выносить «беззаконные» оправдательные вердикты, коронный судъ попрежнему долженъ будетъ объявлять «виновныхъ» оправданными по суду и отпускать на свободу. Здѣсь предписанія закона настолько категоричны, что никакія поопозвенія растолковать ихъ въ предвзятомъ направленіи не могутъ имѣть мѣста.

4) Запрещеніе суду присяжныхъ оправдывать сознавшихся и вообще формально виновныхъ нельзя основывать и на той общей формулѣ, что судъ присяжныхъ есть судъ подзаконный. Можно думать, что судъ присяжныхъ остается подзаконнымъ и въ томъ случаѣ, когда онъ оправдываетъ формально виновныхъ; для этого должно лишь признать, что *законъ даетъ суду присяжныхъ право выносить такіе оправдательные вердикты.*

Такое признаніе необходимо. Было время, когда теорія и законодательство стремились раздѣлить подлежащія рѣшенію на

судѣ вопросы на вопросы факта и права, и первые предоставить рѣшенію присяжныхъ, а вторые—коронныхъ судей. Но теорія давно уже отъ этого раздѣленія отказалась, а на практикѣ оно оказалось прямо таки невозможнымъ. Какъ справедливо замѣтилъ Бобринцевъ-Пушкинъ въ уже цитированной нами книгѣ, «содержаніе слова *виновенъ* въ вердиктѣ присяжныхъ засѣдателей обнимаетъ такое неисчислимое количество признаковъ дѣянія, особенностей въ личности подсудимаго, отгѣнковъ проявленія его воли, утилитарныхъ и этическихъ соображеній, какое не можетъ быть охвачено ни закономъ, приличнымъ дѣлу, ни самымъ полнымъ юридическимъ поученіемъ презуса» (стр. 38—39).

Основываясь на этихъ соображеніяхъ, всѣ законодательства континентальнаго типа предоставили присяжнымъ рѣшеніе вопроса о виновности *въ полномъ его объемѣ*; они дозволили присяжнымъ *по всестороннемъ* обсужденіи этого вопроса постановлять *безъ мотивировки* свой приговоръ, основанный не на какихъ либо формальныхъ понятіяхъ и предустановленныхъ презумпціяхъ, а исключительно на внутреннемъ убѣжденіи, основанномъ на свободной оцѣнкѣ по совѣсти всѣхъ обстоятельствъ дѣла. И у насъ по §11 ст. у. у. с. *присяжнымъ*, разъ не выдѣлены отдѣльные вопросы, *ставится совокупный вопросъ о виновности, на который законъ безъ всякихъ ограниченій предоставляетъ имъ право отвѣтить да или нѣтъ*.

Если-бы критикуемое нами разъясненіе сената было правильнымъ, то по отношенію къ сознавшимся и вообще къ формально изобличеннымъ подсудимымъ суду присяжныхъ вовсе не долженъ былъ бы предлагаться вопросъ о виновности. Для чего нужна была бы эта комедія съ постановкой даннаго вопроса, разъ мы считали бы, что онъ предрѣшенъ, и что присяжные не смѣютъ дать другаго отвѣта, кромѣ положительнаго? Разъ законъ прямо требуетъ постановки этого вопроса *во всякомъ случаѣ*, то отсюда ясно вытекаетъ возможность и законность не только положительнаго, *но и отрицательнаго отвѣта*, а это обстоятельство въ корень подрываетъ новую практику сената и указываетъ на отсутствіе твердой законной почвы у его послѣднихъ разъясненій.



Все изложенное приводит насъ къ убѣжденію, что *присяжные заседатели, оправдывая сознавагося или вообще съ формальной точки зрѣнія виновнаго подсудимаго, не совершаютъ никакой узурпаціи и не выходятъ за предѣлы правъ, предоставленныхъ имъ самимъ же законодателямъ.*

Да это и понятно. Если бы было иначе, если бы законодатель не признавалъ указаннаго права и считалъ описанные оправдательные приговоры беззаконіемъ, то что же помѣшало бы ему прекратить такое беззаконіе путемъ новаго закона? Какъ мы видѣли, въ самыхъ различныхъ проектахъ «сокращенія» суда присяжныхъ и у насъ и въ Европѣ недостатка не было, а между тѣмъ повсемѣстно дѣйствуетъ судъ присяжныхъ, который, по сираведливому замѣчанію проф. Фойницаго, сдѣлался «естественнымъ судьей по всѣмъ важнѣйшимъ уголовнымъ дѣламъ для чело-вѣка европейской культуры», повсемѣстно этотъ судъ выносить тысячи якобы «беззаконныхъ» вердиктовъ, — и законодатель безмолвствуетъ. Неужели законодатели молчали бы десятки лѣтъ и терпѣли бы систематическое пограние закона, имѣя полную возможность издать новый законъ и этимъ положить конецъ невозможному положенію дѣла? Ясно, что они молчали потому, что не видѣли передъ собой никакого нарушенія закона, т. е. признавали, что присяжнымъ по закону и по самому духу ихъ института принадлежитъ право свободно понимать понятіе «виновенъ» и класть это пониманіе въ основу оправдательныхъ приговоровъ.

Въ особенности важно отмѣтить, что это право у насъ признавалось и въ комиссіи по пересмотру судебныхъ уставовъ. Чтобы устранить это право, предлагалось предоставить коронному суду, въ случаѣ признанія подсудимаго, непосредственно приступать къ разрѣшенію дѣла, увольняя присяжныхъ заседателей отъ участія въ таковомъ, *если сознание безспорно принято сторонами.* Но и въ этой редакціи большинствомъ голосовъ предложеніе было отвергнуто, т. е. прежнее право присяжныхъ сохранилось безъ измѣненія.

Далѣе, особенно любопытнымъ является то обстоятельство, что, если теперь въ роли сократителя правъ суда присяжныхъ

мы видимъ уголовный кассационный департаментъ сената, то на-  
противъ горячаго защитника оспариваемыхъ правъ присяжныхъ  
мы имѣемъ въ недавнемъ прошломъ въ лицѣ . . . уголовного кас-  
сационнаго департамента сената! Какъ выше было указано, въ  
1893 г. министр юстиціи Манасеинъ во всеподданнѣйшей за-  
пискѣ предложилъ между прочимъ предоставить сенату право  
передавать уголовныя дѣла на разсмотрѣніе новаго состава при-  
сяжныхъ въ случаѣ единогласнаго признанія короннымъ судомъ,  
что присяжными оправдано лицо, несомнѣнно виновное въ при-  
писываемомъ ему преступномъ дѣяніи. Между прочимъ былъ за-  
прошенъ по этому поводу уголовный кассационный департаментъ,  
который рѣзко возразилъ противъ предложенной мѣры, обсудивъ  
ее въ распорядительныхъ засѣданіяхъ 189<sup>3</sup>/<sub>4</sub> года ноября 29—  
января 17. Изъ аргументаціи его, опубликованной въ матерьялахъ  
по пересмотру судебной части, для насъ важно отмѣтить слѣдующее.

Сенатъ призналъ *одной изъ важнѣйшихъ гарантій обвиняемаго*  
то обстоятельство, что присяжные призваны закономъ окончательно  
высказаться о винѣ или невинности подсудимаго на основаніи  
внутренняго убѣжденія, сложившагося путемъ постепенной работы  
ума и совѣсти. Сенатъ высказалъ, что, устанавливая судъ присяж-  
ныхъ наряду съ коллегіей коронныхъ судей, законъ возлагаетъ  
на первыхъ разрѣшеніе не только вопроса о совершеніи преступле-  
нія обвиняемымъ, но и вопроса о его виновности. Наконецъ, се-  
натъ выяснилъ, что *для коллегій коронныхъ судей существуютъ*  
*данныя, предусматривающія виновность подсудимаго*, и въ числѣ  
ихъ главнымъ образомъ *сознаніе подсудимаго*, не опровергаемое  
обстоятельствами дѣла, тогда какъ *для присяжныхъ, дѣйствующихъ*  
*по внутреннему убѣжденію совѣсти, слова «совершилъ» и «ви-*  
*новенъ» вовсе не являются синонимами* и можно съ достовѣр-  
ностью утверждать, что многіе изъ сознавшихся и дѣйствительно  
совершившихъ преступленіе оправдываются по соображеніямъ,  
относящимся до ихъ личности, свойствъ и послѣдствій дѣянія,  
условій его совершенія и т. д.

Итакъ то, что теперь признается «беззаконными» оправда-  
ніями, самъ же сенатъ, какъ видимъ, признавалъ нормальнымъ и  
законнымъ явленіемъ, вполне свойственнымъ организаціи и духу



суда присяжныхъ. Перемена значительная, малопонятная и во всякомъ случаѣ удивительная!

### III

Признавая неправильной новую сенатскую практику, мы *eo ipso* отвергаемъ и сдѣланные на ея основаніи практическіе выводы, т. е. мѣры, принятыя сенатомъ по отношенію къ председателямъ съ одной стороны и защитникамъ—съ другой. Раньше, чѣмъ подробно разобрать эти мѣры, мы должны остановиться еще на одной сторонѣ вопроса.

Допустимъ на минуту, что сенатъ имѣлъ нѣкоторыя основанія для своего взгляда. Вѣдь ненормальный съ его точки зрѣнія порядокъ существуетъ вездѣ, гдѣ только введенъ судъ присяжныхъ (континентальнаго образца) и не вызываетъ ни экстренныхъ мѣръ, ни ограничительныхъ толкованій; и у насъ въ теченіе почти сорока лѣтъ онъ мирно существовалъ, свидѣтельствуя этимъ самымъ сорокалѣтіемъ, что правосудію отъ существующаго порядка не грозило и не грозитъ опасности. Зачѣмъ же понадобилось *именно теперь* сдѣлать рѣшительные шаги, не имѣющіе безспорной опоры въ законѣ, въ корень подрывающіе самую суть присяжнаго суда и основныя права защиты? Своевременно-ли, целесообразно-ли было такое новое и нигдѣ неслыханное разъясненіе правъ присяжныхъ, заключающее въ себѣ отказъ отъ раниже высказаннаго, прекрасно и подробно мотивированнаго мнѣнія?

И здѣсь нельзя дать другаго отвѣта, кромѣ отрицательнаго.

Даже тѣ теоретики, которые отвергаютъ право присяжныхъ исправлять законъ и оправдывать лишь формально виновныхъ, указываютъ при этомъ, что вооружаться противъ этого права слѣдуетъ лишь при наличности цѣлаго ряда условій, ибо иначе получится зло горшее и большее. Напримѣръ, профессоръ Фойшницкій непремѣннымъ условіемъ строго-подзаконной дѣятельности суда присяжныхъ признаетъ то, чтобы законы были доступны пониманію населенія и согласны съ моральными воззрѣніями общества. Разъ же, какъ это имѣетъ мѣсто у насъ, законы весьма погрѣшаютъ въ этомъ отношеніи, а сверхъ того мѣста заключенія часто служатъ въ дѣйствительности школою порока и преступленія, то

присяжные, «эти люди жизни», оправдывая вопреки очевидности, чтобы сохранить подсудимаго для общества, «предпочитають зло меньшее злу, болѣе настоящему и тяжкому» (Фойницкій: «Курсъ уголовного процесса» стр. 461).

Не забудемъ, что новое уголовное уложеніе все еще не введено, что нашъ дѣйствующій уголовный кодексъ единогласно признается плохимъ и странно устарѣлымъ, что судебные уставы все еще перерабатываются. При такихъ условіяхъ, переживая переходный періодъ въ полномъ смыслѣ этого слова и имѣя полную возможность дожидаться въ ближайшемъ будущемъ разъясненія спорныхъ вопросовъ и разрѣшенія назрѣвшихъ неудобствъ (если бы таковыя при современной организаціи суда присяжныхъ были) *путемъ законодательнымъ*, выступать съ новыми толкованіями да еще и стремиться къ приданію имъ силы настоящаго закона,—это пріемъ, который едва ли заслуживаетъ одобренія.

Но путь, по которому пошелъ сенатъ, заключаетъ въ себѣ много другихъ опасныхъ сторонъ. Являя собою возвратъ къ теоріи формальныхъ доказательствъ, благодаря преувеличенной роли, приписанной «собственному признанію», новая сенатская практика ниспровергаетъ по пути нѣсколько незыблемыхъ основъ процесса. Разъ присяжные не имѣютъ права оправдать сознавагося или изобличеннаго подсудимаго, то значить еще до ихъ вердикта кто-то рѣшилъ судьбу этого подсудимаго. Кто же? Очевидно не слѣдователь, ибо весь матеріалъ предварительнаго слѣдствія можетъ на судѣ быть не только провѣряемъ, но и оспариваемъ; очевидно также, что и не коронный судъ, ибо его слово имѣетъ мѣсто уже послѣ вердикта присяжныхъ; не могли рѣшить вопросъ ни эксперты, ни свидѣтели, ни прокуроръ, ни зацѣтчикъ, ибо всѣ эти лица не судьи. Не могъ бы, казалось, рѣшить этотъ вопросъ и подсудимый, а между тѣмъ, такъ какъ по мнѣнію сената предсужденіе уже состоялось, а другой, кромѣ подсудимаго, участвующей въ процессѣ фигуры мы не видимъ (ибо перебрали всѣхъ остальныхъ), то приходится признать этого подсудимаго авторомъ его же осужденія, благо онъ имѣлъ неосторожность признать свою вину. Мы блестятельно такимъ образомъ возвращаемся въ средніе вѣка съ ихъ взглядомъ на подсудимаго, какъ



на виновного, и отказываемся от добытого тяжелой борьбой лучшего лозунга процесса поваго времени, въ силу котораго, доколѣ не послѣдовало компетентнаго приговора, каждый обвиняемый почитается невиновнымъ.

Далѣе, не имѣя возможности непосредственно предписать, что либо присяжнымъ и заставить ихъ слѣдовать своему (какъ мы убѣдились, несостоятельному) разъясненію, сенатъ избралъ путь прямого давленія на предсѣдательствующихъ и защиту. Вѣдь теперь ни одинъ предсѣдатель не гарантированъ отъ дисциплинарныхъ мѣръ, разъ онъ не пожелаетъ подчиниться «повому курсу»; немудрено, что число и рвеніе «послушныхъ» предсѣдательствующихъ будетъ возрастать съ каждымъ днемъ; вѣдь сенату такъ легко проконтролировать, исполняется ли его предписаніе: присяжные оправдали сознавагося, а предсѣдатель не разъяснилъ имъ, что они не имѣютъ права это дѣлать. Какой прекрасный и какой новый поводъ для прокурорскаго кассационнаго протеста, какая опасность для бѣднаго непослушнаго предсѣдателя!

Но и послушаніе будетъ имѣть свои тяжелыя стороны. Представимъ себѣ составъ присяжныхъ стойкій, убѣжденный и хоть немного знакомый съ тѣми правами, которыя признавались за присяжными до наступленія «новой эры». Разъяснилъ предсѣдатель, что нельзя оправдывать сознавагося, а они черезъ минуту вышли съ оправдательнымъ вердиктомъ, и тотъ же предсѣдатель провозглашаетъ рѣшеніе суда, оправдывающее подсудимаго на основаніи 1 ч. 771 ст. уст. угол. суд. Каково его положеніе, каковъ будетъ его авторитетъ при предсѣдательствованіи по дальнѣйшимъ дѣламъ той же сессіи, какъ посмотрятъ присяжные на преподанное имъ разъясненіе, видя, что коронный судъ обязанъ подчиниться ихъ «незаконному вердикту»?

Но представимъ себѣ также еще тотъ случай, когда предсѣдатель въ душѣ убѣжденъ въ неправильности сенатскаго разъясненія. Что сказать о послушаніи его при такой комбинаціи? Ответъ, кажется, ясенъ.

Переходимъ къ защитникамъ. До сихъ поръ защитники имѣли право выяснять на судѣ всѣ обстоятельства, которыя могли бы имѣть въ глазахъ присяжныхъ значеніе для оправданія под-

судимаго или для смягченія его участи. Теперь имъ не только воспрещено говорить о правѣ присяжныхъ оправдать сознавагося подсудимаго, но даже признано, что такія слова есть беззаконіе, требующее репрессіи въ дисциплинарномъ порядкѣ. Что до того, что при паличности вѣскяхъ соображеній, величайшіе и безупречнѣйшіе представители европейской адвокатуры 19 вѣка считали профессиональнымъ долгомъ и долгомъ совѣсти просить объ оправданіи сознавшихся? Объ этомъ нужно основательно забыть. Fiat justitia и горе побѣжденнымъ, т. е. въ данномъ случаѣ не побѣжденнымъ, а учившимся профессиональной этикѣ, не заглядывая въ сенатскія разъясненія.

За что же грозитъ защитнику репрессія? «За нарушение закона», отвѣчаетъ сенатъ и тутъ же прибавляетъ, что это нарушение состоитъ въ томъ, что защитникъ, *обязанный знать разъясненія сената* по дѣламъ Свиридова etc., *не повинуется* этимъ разъясненіямъ. Мы рѣшительно недоумѣваемъ, откуда взялъ сенатъ основанія для созданія новой юридической повинности для защитниковъ знать сенатскія разъясненія. Что въ интересахъ дѣла и по чувству любознательности желательное знакомство защиты съ кассационными рѣшеніями,—это несомнѣнно, но до обязанности, т. е. до принудительнаго и обязательнаго изученія этихъ рѣшеній еще далеко; такая обязанность можетъ вытекать или изъ закона или изъ статутовъ профессіи, но оба источника по данному вопросу хранятъ гробовое молчаніе.

Далѣе, является ли непослушаніе сенатскимъ разъясненіямъ дисциплинарнымъ проступкомъ? До сихъ поръ и среди людей науки, и среди судебныхъ практиковъ единогласно признавалось, что сенатъ является по закону не законодателемъ, а истолкователемъ законовъ. Поэтому его рѣшеніе, виѣ предѣловъ того дѣла, по которому оно было постановлено, есть лишь *толкованіе* закона, т. е. хотя и авторитетное но не обязательное мнѣніе. Своимъ послѣднимъ разъясненіемъ сенатъ призналъ, что защитники, подѣ страхомъ дисциплинарной отвѣтственности, должны раздѣлять его толкованіе закона, т. е. другими словами создалъ новый и нигдѣ еще неизвѣстный проступокъ защитниковъ: свободное, добросовѣстное и по убѣжденію, но несогласное со взглядами сената, тол-



кованіе уголовного закона. Немудрено, что не только совѣты присяжныхъ повѣренныхъ, а даже судебныя палаты, въ качествѣ второй и послѣдней инстанціи по дисциплинарнымъ дѣламъ адвокатуры, отказываются подчиниться такимъ «новымъ вѣяніямъ».

Нельзя, наконецъ, не указать, что эти вѣянія создали громадную почву для произвола. Нѣтъ никакихъ точныхъ признаковъ за исключеніемъ личнаго усмотрѣнія председателя, по которымъ послѣдній объективно могъ бы рѣшить, выходить ли защитникъ за дозволенныя рамки, разъ защитникъ избѣгаетъ роковой формулы: «прошу объ оправданіи». И вотъ прошло такъ мало времени съ момента появленія сенатскаго указа, и уже опубликованы случаи попытокъ остановить рѣчь защитника не потому, что онъ просилъ объ оправданіи, а потому, что его рѣчь, по мнѣнію председателя, *клонилась* къ такому оправданію. Кажется, дальше идти, некуда!

#### IV.

Много терній испытало на пути своемъ молодое, созданное уставами 1864 года, русское правосудіе. Рядъ новелль измѣнилъ его характеръ; съ однихъ сторонъ его зданіе подкапывалось, съ другихъ — обезображивалось пристройками, абсолютно чуждыми первоначальнаго плана и стilia.

Сравнительно менѣе поколебленными до сихъ поръ оставались два устоя: свобода суда присяжныхъ и свобода защиты; на нихъ, насколько извѣстно изъ опубликованныхъ законодательныхъ проектовъ, не посягнули и при пересмотрѣ судебныхъ уставовъ.

Теперь эти устои поколеблены руками кассационнаго сената и притомъ, какъ мы убѣдились, поколеблены безъ всякой опоры въ законѣ. Укрѣпленіе намѣченнаго сенатомъ порядка грозитъ многими и весьма гибельными послѣдствіями.

Но сенатское разъясненіе, при всей его авторитетности, все же не есть законъ; пока еще не сказано рѣшающее слово законодателя, русское общество можетъ питать надежду, что русское правосудіе минуетъ уготованная ему горькая чаша, а русскіе юристы должны возвысить свой голосъ и дружно возразить противъ новыхъ

экспериментовъ, ничего добраго не сулящихъ родинѣ и ея правосудію.

Работа наша уже, собственно говоря, закончена: но такъ какъ вслѣдъ за сенатскими разъясненіями появился очень интересный циркуляръ г. министра юстиціи, то мы въ интересахъ полноты нашего очерка скажемъ нѣсколько словъ и объ этомъ циркулярѣ.

По словамъ этого циркуляра, у присяжныхъ не можетъ быть отнято принадлежащее каждому вѣрноподданному право ходатайства передъ Монархомъ о помилованіи или о смягченіи участи осужденныхъ; поэтому на коронный судъ возложена обязанность представлять такія ходатайства министру юстиціи для дальнѣйшаго направленія дѣла.

На первый взглядъ этотъ циркуляръ заслуживаетъ привѣтствія: онъ расширяетъ права присяжныхъ; онъ даетъ имъ выходить тѣхъ случаяхъ, когда они не считаютъ возможнымъ вынести оправдательный приговоръ и въ то же время считаютъ кару, грозящую подсудимому, слишкомъ тяжелой или совершенно по особенностямъ даннаго случая неподходящей: онъ, наконецъ, несомнѣнно, продиктованъ самыми симпатичными побужденіями.

Но... есть и обратная сторона медали. Во-первыхъ, циркуляръ устанавливаетъ, какъ справедливо было уже отмѣчено въ печати В. Д. Набоковымъ, новый и совершенно несоотвѣтствующій закону путь обращенія «вѣрноподданныхъ» къ милосердію Монарха черезъ судъ и министра юстиціи, тогда какъ до сихъ поръ законъ знаетъ лишь единственный путь черезъ канцелярію по принятію прошеній. Во-вторыхъ, мотивировка циркуляра едва ли правильна: если каждому вѣрноподданному разрѣшается обращаться съ ходатайствомъ къ Монарху о милости, то это лишь по дѣламъ, касающимся близко самого просителя или членовъ его семьи, или, наконецъ, лицъ, находящихся съ нимъ въ какой либо особой связи (духовнаго родства, воспитанія и т. п.).

Право же просить за совершенно постороннихъ едва ли можетъ быть конструировано, а такими посторонними, несомнѣнно, являются для присяжныхъ тѣ лица, которыхъ они судили, ибо законъ не допускаетъ никакой особой близости между судьей и подсудимымъ и предписываетъ въ такихъ случаяхъ отводъ.



Наконецъ, право такого ходатайства до сихъ поръ никогда не принадлежало присяжнымъ; оно было предоставлено лишь коронному суду и помѣщено въ раздѣлѣ судебныхъ уставовъ, посвященномъ *исключительно* этому суду; такъ, видимо, понимала дѣло и коммиссія по пересмотру судебныхъ уставовъ, ибо въ ней въ 1896 году было поставлено и принято предложеніе предоставить *въ законодательномъ порядкѣ* присяжнымъ засѣдателямъ то именно право, которое теперь объявлено и безъ того имъ принадлежащимъ.

Все сказанное убѣждаетъ насъ, что разбираемый циркуляръ, при всей его благой тенденціи, также не имѣетъ опоры въ законѣ, какъ и новая сенатская практика, и вводитъ путемъ административнаго распоряженія то, что должно быть введено путемъ законодательнымъ.

Сверхъ того мы его находимъ несвоевременнымъ: онъ можетъ дать нѣкоторую опору той сенатской практикѣ, съ ошибочностью и вредными послѣдствіями которой мы уже ознакомились. Теперь къ разъясненію присяжныхъ, что они не имѣютъ права оправдывать сознавшихся и изобличенныхъ подсудимыхъ, будетъ прибавляемо указаніе предсѣдателя, что за то они имѣютъ право ходатайства о помилованіи подсудимаго или смягченія его участи. Циркуляръ, такимъ образомъ, даетъ не опирающійся на законъ выходъ изъ того тяжелаго положенія, которое создано новой сенатской практикой; онъ, слѣдовательно, будетъ содѣйствовать ея укрѣпленію, столь нежелательному, на нашъ взглядъ, для интересовъ русскаго правосудія. <sup>1)</sup>

---

<sup>1)</sup> *Примѣчаніе.* Черезъ три недѣли послѣ опубликованія этой статьи рѣшеніемъ уголовного департамента было отмѣнено то разъясненіе отдѣленія, противъ котораго мы вмѣстѣ съ другими авторами полемизировали.

## Къ вопросу о судебномъ прецедентѣ <sup>1)</sup>.

(Рецензія на книгу Г. В. Демченко: „Судебный прецедентъ“).

Новый изслѣдователь вопроса о судебномъ прецедентѣ, Григорій Васильевичъ Демченко, является далеко не новичкомъ въ области науки уголовного права. Кромѣ появившихся въ разное время небольшихъ статей, имъ выпущено въ свѣтъ въ 1894 г. обширное изслѣдованіе: «О наказаніи по литовскому статуту», встрѣтившее чрезвычайно сочувственный приемъ въ русской историко-правовой литературѣ, а также отмѣченное за границей въ чешскихъ, сербскихъ и польскихъ специальныхъ журналахъ.

Уже въ этомъ изслѣдованіи авторъ зарекомендовалъ себя вдумчивымъ работникомъ, съ весьма серьезной эрудиціей и умѣніемъ разбираться какъ въ старыхъ памятникахъ и архивныхъ матеріалахъ, такъ и въ теоретическихъ конструктивныхъ вопросахъ общаго характера; его книга явилась цѣннымъ вкладомъ въ исторію русскаго уголовного права, гдѣ такъ давно чувствовался малоосвѣщенный наукою пробѣлъ между эпохой Русской Правды и Судныхъ Грамотъ, съ одной стороны, и эпохой Судебниковъ и дальнѣйшихъ московскихъ памятниковъ—съ другой. Къ ученымъ, потрудившимся для пополненія этого пробѣла (Леонovichъ, Владимірскій-Будановъ, Максимейко, Малиновскій и др.), примкнулъ съ усиліемъ и г. Демченко.

Изъ дальнѣйшихъ работъ автора слѣдуетъ назвать статью объ уголовномъ судѣ, какъ особой вѣтви уголовной юстиціи, и статью: «Притомные люди и конная сторона», уясняющую многія стороны вопроса объ устройствѣ вѣчеваго суда. Эти небольшія по объему произведенія являются цѣнными по своему содержанию;

<sup>1)</sup> Первоначально напечатано въ журналѣ «Вѣстникъ Права» за 1904 г.



въ нихъ авторъ, занявши кафедру уголовного судоустройства и судопроизводства въ варшавскомъ университетѣ, переходитъ къ изученію историческихъ и догматическихъ данныхъ, наиболѣе близкихъ къ предмету его преподаванія, т. е. отъ вопросовъ материальнаго уголовного права обращается къ вопросамъ уголовно-процессуальнымъ.

Къ этой категоріи относится и подлежащая нашему разбору послѣдняя работа г. Демченко, посвященная уясненію вопроса о судебномъ прецедентѣ.

Распадается эта работа на четыре главы. Первая глава (стр. 1—48) рассматриваетъ положительныя законодательства Америки, Англійи и европейскаго континента въ ихъ отношеніи къ роли и значенію судебныхъ прецедентовъ; вторая глава (стр. 48—128) излагаетъ взгляды, высказанныя въ разное время въ наукѣ по вопросу о прецедентахъ, и сопровождается критической оцѣнкой этихъ взглядовъ; третья глава (стр. 129—184) содержитъ въ себѣ изложеніе мнѣній самого автора относительно юридической природы и дѣйствительнаго значенія судебного прецедента; наконецъ, четвертая глава (стр. 185—244) посвящена разсмотрѣнію и критическому освѣщенію русскаго законодательства и русской судебной практики по интересующему автора вопросу; она носитъ не совсѣмъ ясный и удачный заголовокъ: «примѣрныя рѣшенія судовъ по русскому законодательству».

Нельзя не признать въ общемъ удачной первую главу, въ которой авторъ обратилъ особое вниманіе на исторію законодательства по вопросу о прецедентахъ и такимъ путемъ подошелъ къ освѣщенію современнаго законодательнаго матеріала. Выставивъ положеніе, гласящее, что «историческое значеніе прецедентовъ громадно», онъ въ дальнѣйшемъ изложеніи подробно и убѣдительно иллюстрируетъ свой тезисъ фактами изъ исторіи законодательства всѣхъ важнѣйшихъ странъ и даетъ такимъ образомъ законченный и весьма содержательный очеркъ.

Въ частности здѣсь можно отмѣтить, что авторъ тщательно отнесся къ вопросу о времени появленія въ Англійи принципа обязательности прецедентовъ; онъ весьма мотивированно возражаетъ Керли и Поллоку, слишкомъ далеко отодвигающимъ время

возникновения указанной обязательности, и защищает съ фактами въ рукахъ мнѣніе тѣхъ изслѣдователей (главнымъ образомъ Guy Carleton Lee, высказанное въ работѣ: «Historical jurisprudence», 1900 г.), которые относятъ ко второй половинѣ XIII-го вѣка утвержденіе принципа обязательности судебныхъ прецедентовъ, легшаго въ основу всей системы case-law (стр. 6—8). Прибавимъ также, что среди приводимой авторомъ весьма сбивчивой и запутанной англійской терминологіи онъ удачно ориентируется и выбираетъ выраженія наиболее ясныя, точныя и установленныя, а это очень выгодно отражается на разборѣ англійскихъ авторовъ и англійскаго законодательства.

Наряду съ этимъ нельзя не отмѣтить ряда тѣхъ мѣстъ разсматриваемой главы, которыя, на нашъ взглядъ, являются ея дефектами.

Поставивъ своей задачей изслѣдованіе значенія судебного прецедента, авторъ прежде всего долженъ былъ бы ясно и точно опредѣлить самое понятіе «судебный прецедентъ» и его предѣлы, ибо это понятіе до сихъ поръ является спорнымъ; между тѣмъ авторъ, придавая этому понятію самый широкій объемъ, не позаботился о достаточномъ обоснованіи своего взгляда. Такъ, на примѣръ, авторъ говоритъ: «Креативный прецедентъ *самъ творитъ* и примѣняетъ *новую норму*», тогда какъ «деклараторный прецедентъ только примѣняетъ уже существующую норму права или повторяетъ положенія прежнихъ судебныхъ рѣшеній» (стр. 17—18). Этимъ авторъ и ограничивается, а между тѣмъ изъ приведенныхъ имъ же опредѣленій вытекаетъ, что такъ наз. креативный прецедентъ стоитъ внѣ связи съ положеніями прежнихъ судебныхъ рѣшеній, т. е. по крайней мѣрѣ, по нашему мнѣнію, теряетъ существенный признакъ, который долженъ быть присущъ понятію «прецедентъ» уже по самой грамматической структурѣ и прямому смыслу слова «прецедентъ». Говоря о рѣшеніи дѣла на основаніи прецедента (или прецедентовъ), мы всегда этимъ самымъ утверждаемъ, что *въ прошломъ были факты и рѣшенія*, подходящіе къ данному случаю. Поэтому намъ кажется, что разъ на судѣ, внѣ связи съ прошлымъ, творится новая норма, мы должны говорить уже не о прецедентѣ, а о новой творческой



дѣтельности суда. Мы, такимъ образомъ, приходимъ къ убѣжденію, что такъ наз. креативный прецедентъ не соответствуетъ прямому смыслу понятія «прецедентъ».

Но допустимъ, что наше мнѣніе неправильно, и что авторъ имѣлъ основаніе объединить, какъ онъ это въ дальнѣйшемъ изложеніи и сдѣлалъ, понятіе «прецедентъ» въ тѣсномъ смыслѣ слова и понятіе «творческая дѣтельность суда» въ одномъ общемъ, имѣющемъ широкое значеніе терминѣ «прецедентъ». Тогда нужно было привести свое основаніе и подтвердить его доказательствами; авторъ этого не сдѣлалъ.

Отмѣтимъ также, что иногда авторъ безъ оговорокъ и поясненій приводитъ довольно спорныя положенія; у него, напримеръ, сказано, будто «часто гораздо важнѣе для права быть точно извѣстнымъ, чѣмъ идеалью совершеннымъ» (стр. 9), а между тѣмъ это именно положеніе могло бы быть прямо обращено противъ того крупнаго значенія, которое придаетъ авторъ судебному прецеденту.

Обратимся къ второй главѣ. Здѣсь авторъ подробно и обстоятельно передаетъ взгляды различныхъ писателей на роль судебного прецедента; онъ старается быть объективнымъ и это ему почти удается; говоримъ «почти», потому что иногда уже въ самомъ изложеніи проглядываетъ (правда,—не доведенное до крайностей) сочувствіе автора англійскимъ порядкамъ относительно прецедентовъ и мнѣніямъ сторонниковъ этихъ порядковъ, особенно Клерка и Салмонда, къ которымъ авторъ, какъ видно изъ дальнѣйшаго его изложенія, во многомъ примыкаетъ.

Эти симпатіи (правда, въ одномъ лишь мѣстѣ изъ всей книги) выражаются въ формѣ нѣсколько односторонняго толкованія чужихъ взглядовъ; излагая теорію Бенета, г. Демченко говоритъ (стр. 59—60), будто «Бенетъ въ дѣйствительности не является только критикомъ и порицателемъ case-law», и будто его критика относится болѣе къ формѣ, чѣмъ къ содержанію.

Это не совсѣмъ такъ: дѣйствительно, изъ словъ Бенета можно вывести, что онъ признаетъ историческое значеніе case-law и въ настоящемъ видитъ въ немъ цѣнный и поучительный материалъ, но не только. Это не мѣшаетъ Бенету быть врагомъ

case-law не только по отношенію къ его виѣшней формѣ, но и *по существу*: онъ врагъ его обязательности, а въ этомъ заключается суть спора. Недаромъ же Бентамъ называетъ case-law «бичемъ и позоромъ современности», какъ это извѣстно и нашему автору.

Все остальное изложеніе англійскихъ и континентальныхъ авторовъ отличается строгой объективностью, ясностью и сжатостью; все несущественное авторъ отбрасываетъ; онъ оставляетъ въ своемъ портфель всѣ детали и всѣ повторенія одинаковыхъ по существу взглядовъ и даетъ читателю лишь квинтъ-эссенцію; связанное съ этимъ уменьшеніе объема работы интересамъ дѣла не вредитъ и въ то же время указываетъ на въ высокой степени умѣлое, добросовѣстное и внимательное отношеніе автора къ предмету своего изслѣдованія.

Здѣсь мы можемъ сдѣлать автору лишь три замѣчанія. Между прочимъ, у него сказано, что у континентальныхъ юристовъ «идеи закона... освящаются и возводятся въ идеаль, существующее оправдывается и объявляется истинно-разумнымъ и желательнымъ» (стр. 69). Это вполнѣ вѣрно по отношенію ко многимъ догматикамъ, но для общей характеристикѣ не годится, потому что на совершенно обратной исходной точкѣ зрѣнія стоятъ многіе изъ сторонниковъ такъ называемаго политическаго элемента въ наукѣ, особенно же въ уголовномъ и гражданскомъ правѣ; самое бытіе этого элемента въ наукѣ зиждется на постоянномъ критическомъ отношеніи къ существующимъ въ законодательствѣ нормамъ и на отсутствіи слѣпаго преклоненія передъ ними.

Затѣмъ, авторъ приводитъ весьма спорное и парадоксальное положеніе Стефена, будто «французское уголовное право при дѣйствіи code pénal безконечно эластичнѣе англійскаго, хотя послѣднее и основывается на неписанныхъ опредѣленіяхъ и принципахъ»; принимая это положеніе, авторъ для доказательства ограничивается ссылкой на книгу Фойда Клерка: «The science» (стр. 64); слѣдовало бы привести соответствующія мѣста изъ книги Клерка, а то убѣдительность приведеннаго тезиса является сомнительной и непровѣренной.

Здѣсь же авторъ говоритъ, что не слѣдуетъ преувеличивать «многомѣтности» права англійской судебной практики. Дѣло въ



томъ, что противники широкой роли судебного прецедента указывают на чрезвычайную сложность работы суда и адвокатуры тамъ, гдѣ, благодаря преклоненію передъ прецедентами, приходится изучать весьма многочисленные томы судебныхъ рѣшеній. Авторъ, отрицая многотомность, желаетъ этимъ путемъ поколебать силу приведеннаго противниками аргумента, а между тѣмъ этотъ аргументъ несомнѣнно серьезенъ: примѣръ Англій показываетъ, что тамъ, гдѣ прецеденту придано обязательное значеніе, если и преувеличеніе говорить о тысячахъ томовъ, заключающихъ въ себѣ собраніе судебныхъ рѣшеній, то изданіе въ сотняхъ томовъ все же существуютъ, а самое краткое собраніе избранныхъ рѣшеній, по указанію самого г. Демченко, состоитъ изъ 40 большихъ томовъ, съ которыми необходимо должна считаться практика. Какъ ни какъ, а это цифра весьма внушительная и указываетъ она на матеріалъ колоссальный и весьма обременительный для судебныхъ дѣятелей.

Въ дальнѣйшемъ критическомъ своемъ разборѣ авторъ даетъ много цѣннаго: имъ ясно изложены и прекрасно оцѣнены порядки административной юстиціи и принципъ абсолютнаго подчиненія суда закону (стр. 91—94); съ весьма обстоятельной мотивировкой опровергаетъ онъ мнѣніе, будто «только законъ создаетъ общеобязательныя юридическія нормы» (стр. 95 сл.); рядомъ съ этимъ авторъ не закрываетъ глазъ и на недостатки системы обязательнаго подчиненія прецедентамъ, указанные съ полнотой и отчетливостью (стр. 123—124).

Къ недочетамъ этого отдѣла книги г. Демченко мы относимъ прежде всего то, что авторъ, разбирая теорію раздѣленія властей, выдвигаемую континентальными юристами въ цѣляхъ обосновать ихъ отрицательное отношеніе къ прецедентамъ, въ концѣ концовъ уклоняется отъ обнаруженія прямаго своего взгляда *на существо* этой теоріи и этимъ ослабляетъ значеніе своихъ же отдѣльныхъ критическихъ замѣчаній.

Затѣмъ не видно, чтобы авторъ задавался вопросомъ, не лучше ли для уясненія значенія прецедента разсмотрѣть въ отдѣльности это значеніе въ сферѣ уголовного права и въ сферѣ гражданского права. Вѣдь мы имѣемъ передъ собой того же ав-

тора, который написал работу: «Уголовный судъ, какъ особая вѣтвь юстиціи»; эту «особость» авторъ доказывалъ съ удареніемъ, и мы весьма сожалѣемъ, что теперь въ работѣ о прецедентѣ онъ съ ней какъ бы не считался; имъ часто приводятся соображенія (напримѣръ на стр. 106—107), при которыхъ сферы гражданского и уголовного права являются какъ бы слитыми; нѣкоторые изъ его доводовъ (напримѣръ на стр. 75 сл.) относятся *исключительно* къ гражданскому праву и къ уголовному не примѣними и т. п. Можетъ быть, доведя до конца рекомендуемое нами параллельное изслѣдованіе, авторъ пришелъ бы къ выводу, что значеніе прецедента должно быть одинаковымъ и для уголовного, и для гражданского права, но могло этого и не случиться; а ригорі скорѣе даже можно предполагать послѣднее, ибо уголовное право отличается болѣе гибкостью и подвижностью, чѣмъ право гражданское, болѣе затрагиваетъ самыя существенныя права личности и находится въ болѣе зависимости отъ малѣйшихъ даже реформъ политическаго характера; но во всякомъ случаѣ тождественность роли прецедента въ гражданскомъ и уголовномъ правѣ слѣдовало доказать, а не принимать ее какъ фактъ готовый и очевидный; очевидности нѣтъ хотя бы уже по одному тому, что во многихъ законодательствахъ полномочія уголовного судьи являются ограниченными по сравненію съ полномочіями судьи гражданского: ему не дано права примѣнять законъ по аналогіи, права руководствоваться общимъ духомъ законовъ и т. п.

Обращаясь теперь къ главѣ третьей, т. е. къ существу конструкции самого автора, необходимо отмѣтить, что изложенію ея предпосланъ обстоятельный и вдумчивый очеркъ *фактическаю* состоянія вопроса о прецедентѣ; это состояніе, какъ выясняетъ авторъ, дополняя и обобщая данныя Поллока, Салмонда, Бѣдана, Лорана и другихъ, замѣтно отличается отъ состоянія того же вопроса въ теоріи (стр. 131—144); рѣзкая разница во взглядахъ на значеніе прецедента въ Англійи и на континентѣ на практикѣ смягчается.

Соглашаясь съ этимъ, мы все же думаемъ, что разница остается довольно существенной: одно дѣло обязанность суда *подчиняться* прецедентамъ, а другое—обязанность съ ними *сообра-*



зоваться: первая на континентѣ никогда не признавалась ни въ теоріи, ни на практикѣ, чѣмъ и опредѣляется твердая грань между практикой континента и практикой Англій.

Въ виду такого теоретическаго и практическаго разногласія между двумя порядками, намъ представляется существеннымъ пробѣломъ книги г. Демченко то обстоятельство, что онъ не ввелъ въ свою задачу уясненія весьма важнаго вопроса, *почему* создалась и такъ долго продолжаетъ существовать разница между англійскимъ и континентальнымъ значеніемъ прецедента. Намъ думается, что весьма существенную роль здѣсь играетъ *наличность или отсутствіе кодификаціи*. Являлась она, и eo ipso доминирующую роль въ судебной жизни получалъ законъ, отодвигая значеніе судебныхъ рѣшеній и этимъ самымъ умаляя силу прецедента; тамъ, гдѣ ея не было, прецеденты необходимо должны были получить огромную силу, ибо иначе, при отсутствіи регулятора въ лицѣ яснаго и систематизированнаго законодательства, въ правосудіи водворился бы полный хаосъ и ужасающій произволъ. Это мы видѣли и видимъ въ Англій, это же имѣло мѣсто и на континентѣ, гдѣ судебная практика и заключенія юридическихъ факультетовъ, обладавшихъ судебными функціями (т. наз. *consilia responsa jurisprudentium*), играли столь существенную роль до развитія и укрѣпленія кодификаціи.

Сверхъ того, вопросъ о значеніи прецедента вообще необходимо было бы разсмотрѣть въ связи съ историческими, бытовыми и культурными особенностями жизни народовъ; тогда этиологію даннаго вопроса можно было бы уяснить надлежащимъ образомъ, ибо принципы правосудія и идеалы судебной практики, о которыхъ упоминаетъ самъ авторъ (стр. 126), не создаются и не укрѣпляются внѣ времени и пространства. Авторъ не обратилъ, къ сожалѣнію, вниманія на эту сторону вопроса, слагая конструкцію своего собственнаго ученія о прецедентѣ, а между тѣмъ въ началѣ его же книги (стр. 3) мы находимъ справедливое указаніе на то, что «сила прецедентовъ, подобно силѣ обычнаго права, опредѣляется не столько категорическими предписаніями закона, сколько общими условіями эпохи, состояніемъ законодатель-

ства и права, організаціей процесса, качествами личного состава судовъ и общимъ состояніемъ нравовъ».

Какъ же конструируетъ авторъ свое ученіе о прецедентѣ? Въ основу своего построенія онъ кладетъ защиту авторитетности судебного рѣшенія (стр. 147 — 164), причемъ мотивированно отказывается ставить эту авторитетность лишь на уровень всякаго простаго теоретическаго положенія; не соглашается также онъ признать за судебными рѣшеніями лишь нравственно-обязательную силу, ибо «нравственная точка зрѣнія сама по себѣ не охватываетъ всѣхъ сторонъ (разсматриваемаго) явленія». Сверхъ авторитета нравственнаго авторъ приписываетъ имъ «еще нѣкоторый плюсъ виѣшняго авторитета, нѣчто виѣшне-связывающее, припудительное» (стр. 165), а далѣе уже выводится, что «судебное рѣшеніе даетъ специальное правило примѣненія юридической нормы, и судъ *подчиняется* этому правилу, при разсмотрѣніи вновь возникающихъ и однородныхъ дѣлъ» (стр. 171). Разъ «подчиняется», то этимъ за прецедентомъ признается безусловно-обязательная сила, т. е. судъ обязывается разрѣшать дѣла по прецедентамъ даже тогда, когда это несогласно съ его убѣжденіями.

Но такой крайній выводъ авторомъ не доказанъ, да и самъ авторъ, какъ видно изъ его дальнѣйшаго изложенія, по существу своей теоріи вовсе не доходитъ до столь полнаго преклоненія передъ силой прецедента; мы здѣсь имѣемъ дѣло скорѣе всего съ неудачнымъ, или случайно сорвавшимся выраженіемъ, находящимся въ дисгармоніи съ истиннымъ характеромъ мыслей автора по разсматриваему вопросу.

Такъ, авторъ далѣе (напримѣръ на стр. 174 — 175) говоритъ уже не объ обязанности суда *подчиняться* прецедентамъ, а объ обязанности его «*считаться* съ прежними рѣшеніями и толкованіями права»; авторъ даже прямо и категорически заявляетъ, что, хотя онъ и признаетъ судебную практику источникомъ права, но что въ то же самое время онъ «далекъ отъ мысли придавать прецедентамъ силу безусловно обязательную и одинаковую для всѣхъ временъ и всѣхъ народовъ».

Оставляя, такимъ образомъ, въ сторонѣ нѣкоторую неточность изложенія, можно признать, что авторъ, желая укрѣпить значеніе



прецедента, столь мало признаваемое въ теоріи на континентѣ, и питая нѣкоторыя симпатіи къ англійскимъ порядкамъ по данному вопросу, отдаетъ небольшую дань этому увлеченію, но затѣмъ оправляется, проявляетъ достаточную осторожность въ выводахъ и довольно удачно избѣгаетъ крайностей. Его окончательное положеніе гласитъ, что «обязательное значеніе судебного рѣшенія— и какъ сепаратнаго закона, и какъ прецедента— условно настолько, насколько условна и сама истиность его» (стр. 176). . . . «истина лежитъ по серединѣ: равно невѣрно и полное отрицаніе какого бы то ни было юридическаго значенія за практикой судовъ, и полное подчиненіе судейскаго убѣжденія взглядамъ, прежде высказаннымъ въ отдѣльныхъ судебныхъ рѣшеніяхъ» (стр. 180).

Нѣкоторая неопредѣленность этихъ положеній, на нашъ взглядъ, объясняется самыми свойствами вопроса о значеніи судебного прецедента въ тѣхъ странахъ, гдѣ имѣется уже установленная и окрѣпшая кодификація; при этомъ условіи не вызывается необходимостью ни преувеличенное значеніе прецедента, ни тѣмъ болѣе обязательная его сила; разъ то и другое имѣеть мѣсто, eo ipso водворяется крайне ненормальный порядокъ, ибо веденіе дѣлъ на судѣ чрезвычайно усложняется, сборники судебныхъ рѣшеній получаютъ господство надъ закономъ, а у сторонъ и судей, благодаря обязанности постоянно считаться съ массой бывшихъ прецедентовъ, можетъ развиваться стремленіе всегда основываться на послѣднихъ вмѣсто стремленія глубже и тщательнѣе вникнуть въ смыслъ и суть закона. Прецедентъ тогда становится однимъ изъ авторитетовъ, а къ чему приводитъ слѣпое и лишенное всякаго критицизма преклоненіе передъ ними,—объ этомъ намъ краснорѣчиво говоритъ примѣръ выродившейся средневѣковой науки и безобразной средневѣковой судебной практики.

Но есть и обратная сторона медали: не считаясь вовсе съ прецедентами, судебная практика принимаетъ пестрый и хаотическій видъ и приводитъ къ правовой неустойчивости вслѣдствіе возможности противорѣчивыхъ и несогласованныхъ толкованій закона даже въ короткій промежутокъ времени и на одной и той же судебной территоріи. Очевидно, необходимъ средній путь, и мы

вполнѣ раздѣляемъ образъ дѣйствій г. Демченко, который на этотъ путь вступилъ.

Обратимся къ послѣдней главѣ изслѣдованія г. Демченко. Онъ закапчиваетъ свой трудъ подробнымъ разборомъ русскаго законодательства и русской практики по вопросу о значеніи прецедента. Этотъ отдѣлъ отличается полнотой, ясностью, а также обиліемъ матерьяла, собраннаго и оцѣненнаго съ величайшей тщательностью и добросовѣстностью; особенно интересны историческія справки (напримѣръ, на стр. 193—197), въ которыхъ сразу же видно руку, опытную въ обращеніи съ историческими матерьялами. Мы здѣсь не можемъ согласиться лишь съ окончательнымъ выводомъ автора относительно значенія сенатскихъ рѣшеній: авторъ по всѣмъ мотивамъ отвергаетъ безусловную обязательность сенатскихъ рѣшеній; весьма обстоятельно доказываетъ онъ далѣе (разъясняя значеніе сената, какъ наиболѣе авторитетной судебной инстанціи, объединяющей разнорѣчивую судебную дѣятельность и блюдущей единообразное пониманіе закона), что сенатскія рѣшенія должны занимать привилегированное, но сравненію съ приговорами другихъ судовъ, положеніе; онъ даже довольно точно обрисовываетъ характеръ и предѣлы этой привилегированности, но въ финалѣ (стр. 234) все это затупевывается совершенно неопредѣленной формулой, гласящей, что «различіе въ данномъ случаѣ не столько качественное, сколько количественное».

Обозрѣніе вопроса о судебномъ прецедентѣ въ связи съ книгой г. Демченко нами закончено. Считаемъ нужнымъ добавить, что въ выпущенной затѣмъ въ свѣтъ небольшой брошюрѣ: «Судъ и законъ въ уголовномъ правѣ» (Варшава, 1903 г.) авторъ оцѣниваетъ значеніе прецедента именно въ сферѣ уголовного права и такимъ образомъ пополняетъ одинъ изъ существовавшихъ, на нашъ взглядъ, а потому отмѣченныхъ въ нашемъ разборѣ пробѣловъ его книги.

Подводя теперь итоги, мы скажемъ, что вопросъ, избранный авторомъ, певеликъ и едва ли можетъ быть отнесенъ къ категоріи особенно насущныхъ вопросовъ науки уголовного права нашихъ дней. При разработкѣ его попадаютъ недосмотры, противорѣчія, недостаточное уясненіе природы рассматриваемыхъ понятій и не-



достаточное разграничение понятий, хотя и родственных, но отнюдь не тождественных. Встрѣчаются изрѣдка и неправильныя или мало обоснованныя утвержденія. Слабо поставлена этиологія вопроса. Но всѣ эти недостатки съ избыткомъ выкупаются крупными положительными качествами разобраннаго труда. Избранный небольшой вопросъ по цѣлому ряду сторонъ его изученъ во всѣхъ деталяхъ и интересно освѣщенъ; разработка литературы и законодательства даетъ прекрасный примѣръ сжатаго и умѣлаго изложенія, гдѣ читателю дана суть и онъ можетъ лишь чувствовать, сколько кропотливой и черновой работы было сдѣлано для извлеченія этой сути изъ груды матерьяловъ; критическіе и полемическіе приемы отличаются полной корректностью. Сверхъ того, авторъ сумѣлъ объективно отнестись къ трудамъ своихъ предшественниковъ и внимательно отмѣтить все, что было ими сдѣлано. По сравненію съ ними онъ дѣлаетъ шагъ впередъ, занимая довольно самостоятельную позицію, чуждаясь крайностей и проявляя достаточную осторожность въ выводахъ. Его изложеніе отличается ясностью и легкостью, а языкъ — простотой. Его примѣры интересны, а историческіе экскурсы, какъ въ область отечественнаго, такъ и въ область иностраннаго права, являются весьма цѣнными и обстоятельными.

Прибавивъ къ сказанному, что г. Демченко имѣетъ въ своемъ прошломъ рядъ работъ, въ весьма благопріятномъ свѣтѣ обрисовывающихъ его научную физиономію, мы можемъ въ заключеніе лишь привѣтствовать новый трудъ автора, въ лицѣ котораго наука имѣетъ серьезнаго и глубоко добросовѣстнаго работника. Безспорно, что благодаря ему въ нашей литературѣ разработка вопроса о судебномъ прецедентѣ сдѣлала замѣтный шагъ впередъ.

---

Того же автора:

«Мотивъ преступной дѣятельности и его значеніе въ уголовномъ правѣ», Ярославль, 1900, 350 стр., ц. 2 р. 50 к.

«Очерки уголовной политики», I—III, Харьковъ, 1905, 534 стр., ц. 3 р.



60211294

ЮФ СПбГУ