

Н.В.41

увб. 135

В. Д. Набоковъ.

ПРОВЕРЕНО
2000 г.

ОБЪ
 „ОПАСНОМЪ СОСТОЯНІИ“
 ПРЕСТУПНИКА
 какъ критеріи мѣръ соціальной
 защиты.

В. Д. Набоковъ



С.-ПЕТЕРБУРГЪ.
 Тип. г-ва „Общественная Польза“, Б. Подъяч., 39.
 1910.

Отгисекъ изъ №№ 18 и 19 жур. „Право“, за 1910 г

Объ „опасномъ состояніи“ преступника, какъ критеріи мѣръ соціальной защиты ¹⁾).

Нашему разсмотрѣнію подлежитъ вопросъ, первоначально формулированный для гамбургскаго международнаго союза криминалистовъ, въ 1905 г., въ слѣдующихъ выраженіяхъ:

«Какимъ образомъ возможно для извѣстныхъ категорій рецидивистовъ поставить понятіе опаснаго состоянія преступника на мѣсто слишкомъ исключительно въ настоящее время примѣняемаго понятія преступнаго дѣянія».

На гамбургскомъ съѣздѣ этотъ вопросъ не получилъ разрѣшенія и былъ завѣщанъ слѣдующему съѣзду, причемъ въ приведенной формулѣ было сдѣлано такое—весьма существенное—измѣненіе: на мѣсто словъ «для извѣстныхъ категорій рецидивистовъ» были поставлены слова «для извѣстныхъ категорій преступниковъ». Однако, бюро союза впоследствии вернулось — повидимому, въ силу случайной ошибки,—къ прежней формулировкѣ. Въ такомъ видѣ вопросъ подвергся предварительному обсу-

¹⁾ Докладъ VIII-му общему собранію русской группы международнаго союза криминалистовъ 1910 г.

жденію на прошлогоднемъ собраніи центральнаго бюро, съ участіемъ представителей мѣстныхъ группъ, въ Амстердамѣ, причемъ была выяснена ошибка. Поолѣ весьма продолжительнаго и сживленнаго обмѣна мнѣвій, была предложена проф. Гарро и принята собраніемъ слѣдующая редакція вопроса:

«Dans quels cas, déterminés par la loi, la notion de l'état dangereux du délinquant peut-elle être substituée à celle de l'acte délictueux poursuivi, et dans quelles conditions est-elle compatible, au point de vue des mesures de défense sociale, avec les garanties de la liberté individuelle?»

Т. е.:

«Въ какихъ случаяхъ, опредѣленныхъ закономъ, понятіе опаснаго состоянія преступника можетъ быть поставлено на мѣсто понятія преступнаго дѣянія, подвергшагося преслѣдованію, и при какихъ условіяхъ оно совмѣстимо, съ точки зрѣнія мѣръ соціальной защиты, съ гарантіями личной свободы?»

Комитетъ русской группы призналъ желательнымъ подвергнуть вопросъ обсужденію на общемъ собраніи группы. При этомъ, однако, онъ рѣшилъ измѣнить запутанную и неясную формулу, выработанную въ Амстердамѣ, другою, болѣе принципиальною, расчленивъ вопросъ на двѣ части. Такимъ образомъ получилось два вопроса, изъ которыхъ первый изложенъ такъ:

«Должна ли въ основаніе карательной дѣятельности государства быть положена оцѣнка опаснаго состоянія личности преступника, или же оцѣнка овойства совершеннаго имъ преступленія?»

А второй:

«Въ какомъ отношеніи къ наказанію должны стоять мѣры соціальной защиты противъ опасныхъ преступниковъ?»

Второй вопросъ служить предметомъ доклада проф. Жижиленко. Первый порученъ мнѣ.

I.

Для того, чтобы надлежащимъ образомъ оцѣнить смыслъ и значеніе этого вопроса, необходимо въ краткихъ чертахъ напомнить исторію его возникновенія.

Въ своемъ предварительномъ рефератѣ прошлогоднему амстердамскому собранію проф. Листъ справедливо указываетъ, что исторія эта ведетъ свое начало отъ самыхъ первыхъ годовъ существованія союза. Въ то время, однако, шла рѣчь не объ опасныхъ преступникахъ вообще, а специально о рецидивистахъ. На первомъ съѣздѣ союза (Брюссель, 1889 г.) было поставлено на очередь обсужденіе недостатковъ системы борьбы съ рецидивомъ, принятой большинствомъ современныхъ законодательствъ, причемъ въ резолюціи своей съѣздъ призналъ эту систему принципиально несостоятельной и совершенно недостаточной для достиженія цѣли. Среди дефектовъ системы съѣздъ въ особенности подчеркивалъ:

1) Отсутствіе классификаціи, однообразіе мѣръ, примѣняемыхъ какъ къ привычнымъ, такъ и къ случайнымъ преступникамъ; 2) злоупотребленіе слишкомъ краткосрочными наказаніями, результатомъ которыхъ является, что рецидивисты возвращаются въ общество, безъ того, чтобы послѣднее было достаточно отъ нихъ защищено.

На второмъ сѣздѣ—въ Бервѣ, въ 1890 г.—обсуждается понятіе привычныхъ и не исправимыхъ преступниковъ, причемъ сѣздъ признаетъ:

- 1) Что существуютъ преступники, для которыхъ, въ виду ихъ физическаго и нравственнаго состоянія, обычное воздѣйствіе нормальнаго наказанія—недостаточно.
- 2) Къ этой категоріи принадлежатъ, въ частности, закоренѣлые рецидивисты, которыхъ слѣдуетъ разсматривать либо какъ преступниковъ-дегенератовъ, либо какъ преступниковъ профессиональныхъ.
- 3) Эти преступники должны быть подвергнуты, соотвѣтственно степени вырожденія и представляемой ими опасности, спеціальнымъ мѣрамъ, предназначеннымъ къ тому, чтобы сдѣлать ихъ безвредными и исправить ихъ, если это возможно.

На третьемъ конгрессѣ въ Христіаніи, въ 1891 году—вопросъ былъ поставленъ въ слѣдующихъ выраженіяхъ:

- 1) Позволяетъ ли опытъ установить, какого рода нарушенія чаще всего совершаются тѣми преступниками, которыхъ обыкновенно называютъ неисправимыми?
- 2) Позволяетъ ли, въ частности, опытъ сказать, состоитъ ли для преступниковъ этой категоріи рецидивъ въ повтореніи тѣхъ же правонарушеній или въ послѣдовательномъ совершеніи различныхъ правонарушеній?
- 3) Каковы мѣры законодательнаго и пенитенціарнаго характера, которыя лучше всего подходятъ къ преступникамъ этой категоріи?

Изъ принятыхъ сѣздомъ резолюцій, одна указывала на необходимость подробной, точной, единообразной и поддающейся сравнительному изученію статистики рецидива, въ интересахъ

болѣе полнаго изслѣдованія характера и вредности преступниковъ привычныхъ, въ частности, несправимыхъ. Другая впервые упомянула о такъ называемыхъ неопредѣленныхъ приговорахъ, признавъ, что въ отношеніи несправимыхъ преступниковъ привычки безусловно необходимо, чтобы приговоръ, касающійся послѣдняго совершеннаго преступленія, не опредѣлялъ окончательно мѣръ, имѣющихъ быть принятыми по отношенію къ преступнику, но чтобы опредѣленіе этихъ мѣръ было предоставлено позднѣйшему изслѣдованію, касающемуся личности преступника, его прошлаго, его поведенія въ теченіе опредѣленнаго испытательнаго періода—и т. д. Однако, идея неопредѣленныхъ приговоровъ. не приобрѣла права гражданства въ средѣ союза: подробное ея обсужденіе на двухъ послѣдовательныхъ сѣздахъ—въ Парижѣ въ 1893 г. и въ Антверпенѣ въ 1894 г.—не привело къ положительному рѣшенію. Парижскій сѣздъ обнаружилъ несочувственное отношеніе къ этому институту, а предложенный антверпенскому конгрессу вопросъ о томъ, къ какой категоріи преступниковъ могла бы быть примѣнена система неопредѣленныхъ приговоровъ,—остался нерѣшеннымъ, голосованія не послѣдовало.

Какъ указываетъ проф. Листъ, послѣ 1894 г. наступилъ перерывъ въ обсужденіи вопросовъ разсматриваемой категоріи. Союзъ къ нимъ возвращается лишь десять лѣтъ спустя. Впервые на собраніи центрального бюро союза въ Берлинѣ, въ маѣ 1904 г. проф. Прэнсъ выдвигаетъ новый терминъ: «опасное состояніе преступника» (*état dangereux du délinquant*), требующее спеціальныхъ мѣръ огражденія, соотвѣтствующихъ

этому состоянію. Это понятіе «опаснаго состоянія» предлагается принять для опредѣленныхъ категорій рецидивистовъ.

На дальнѣйшемъ теченіи исторіи вопроса отразились нѣкоторые побочные моменты, неотмѣченные въ рефератѣ проф. Листа на Амстердамской конференціи.

Первый такой моментъ можетъ быть охарактеризованъ слѣдующимъ образомъ: уже на девятомъ сѣздѣ союза въ Петербургѣ (въ 1902 г.) выдвигается идея о важности и значеніи «психическихъ элементовъ» преступленія по сравненію съ его матеріальными послѣдствіями. Правда, петербургскій сѣздъ примѣнилъ эту идею только къ разрѣшенію вопроса о наказуемости за послѣдствія, признавъ таковую только по отношенію къ послѣдствіямъ, которыя виновный предвидѣлъ или могъ предвидѣть, и по отношенію къ соучастію, высказавшись за упраздненіе разныхъ видовъ соучастія. Но и въ докладахъ, и въ преніяхъ явственно сквозила мысль о томъ, что принципъ ответственности за дѣяніе и сообразно его тяжести и значенію долженъ быть замѣненъ другимъ, въ основу котораго кладется психическая оцѣнка личности преступника.

Другимъ, еще болѣе важнымъ, моментомъ слѣдуетъ признать вопросъ объ уменьшенной вѣняемости и о мѣрахъ по отношенію къ лицамъ съ такой уменьшенной вѣняемостью. Вопросъ этотъ, очень ярко и всесторонне освѣщенный въ работахъ нѣмецкой группы союза, выдвинулъ на первый планъ понятіе опасныхъ для общества лицъ, противъ которыхъ недостаточны карательныя мѣры, а необходимы спеціальныя мѣры безопасности.

Резолюціи дрезденскаго сѣзда нѣмецкой

группы 1903 г. требовали для преступниковъ съ уменьшенной вмѣняемостью, признаваемыхъ опасными, принудительнаго помѣщенія въ больницы съ репрессивнымъ режимомъ, взаимѣнъ или по отбытіи наказанія, и на срокъ, необходимый въ интересахъ общественнаго спокойствія.

Штутгартскій съѣздъ 1904 г. пошелъ еще дальше, признавъ необходимымъ принятіе мѣръ безопасности и по отношенію къ лицамъ, еще не учинившимъ преступленія, которыя, однако, вслѣдствіе частичнаго или полнаго недостатка вмѣняемости представляютъ общественную опасность. Выполненіе этихъ мѣръ, согласно резолюціи съѣзда, должно происходить въ порядкѣ, аналогичномъ установленному въ настоящее время для вложенія опеки. Здѣсь, такимъ образомъ, находятъ себѣ достаточно опредѣленное выраженіе идея соціальной защиты, съ одной стороны, понятіе опаснаго состоянія личности, требующаго принятія особыхъ мѣръ, въ интересахъ этой соціальной защиты,—съ другой.

На гамбургскомъ съѣздѣ союза, наряду съ вопросомъ о примѣненіи къ нѣкоторымъ категоріямъ рецидивистовъ понятія объ опасномъ состояніи преступника, былъ поставленъ вопросъ о режимѣ, желательномъ въ отношеніи лицъ съ уменьшенной вмѣняемостью. Первый вопросъ подвергся гораздо менѣе подробному обсужденію, чѣмъ второй.

Проф. Листъ указывалъ на колоссальныя техническія затрудненія, связанные съ вопросомъ. Въ частности, онъ замѣчалъ, что понятія рецидива и понятіе *état dangereux* не совпадаютъ. Между тѣмъ, въ формулѣ (правда примѣрной), представленной съѣзду Пренсомъ, *état dangereux* исчерпывался рецидивомъ. И Листъ, и Энгеленъ,

и другіе ораторы доказывали, что судья можетъ съ перваго раза опредѣлить наличность *état dangegeux*. Нѣтъ смысла ждать повторенія преступленія. Любопытно, что за рецидивистовъ на сѣздѣ заступился директоръ тюрьмы въ Дюссельдорфѣ, Фиякельбургъ, заявившій, что существующее законодательство и такъ уже чрезвычайно строго по отношенію къ рецидивистамъ, и не всегда справедливо. Когда, говоритъ онъ, видишь этихъ людей во плоти и крови, когда примешь во вниманіе то положеніе, которое привело ихъ къ совершеннымъ ими прогрѣшеніямъ, тогда судишь о нихъ часто снисходительнѣе, хотя бы рѣчь шла о шести-восьми кратныхъ рецидивистахъ. Лишь небольшой процентъ рецидивистовъ можно признать общепаснымъ, ибо надо исключить всѣхъ тѣхъ, кто попадаетъ въ тюрьму вслѣдствіе неудовлетворительности существующихъ нашихъ учрежденій. Наоборотъ, врачъ-психіатръ Ашаффенбургъ утверждалъ, что почти каждый изъ тѣхъ, кто нѣсколько разъ побывалъ въ тюрьмѣ, безнадежно погибъ. Правда, это зачастую зависитъ не отъ нихъ, а отъ нашихъ соціальныхъ условій. Но мы не можемъ со дня на день измѣнить эти послѣднія—и съ этимъ соображеніемъ нельзя, поэтому, считаться. Единственный выходъ — введеніе неопредѣленныхъ приговоровъ. Фанъ Гамель къ этому прибавлялъ: главная задача—устроить такія промежуточнаго характера заведенія, которыя бы не были ни тюрьмой, ни психіатрической лечебницей, и предоставить врачамъ рѣшать, въ какое заведеніе слѣдуетъ посадить данное лицо.

Въ дальнѣйшемъ пренія расплылись и раздробились, и въ итогъ было принято вышеуказанное рѣшеніе о передачѣ вопроса слѣдующему

конгрессу.—Вновь по существу онъ обсуждался на конференціи въ Амстердамѣ.

Самой конференціи было представлено два предварительныхъ реферата: одинъ—проф. Листомъ, другой—проф. Гарсономъ. Первый докладчикъ приходилъ къ заключенію, что существо вопроса сводится прежде всего къ тому, чтобы выяснить, имѣются ли такіе случаи, когда опасное состояніе (*état dangeureux*) личности вызываетъ необходимость специальныхъ мѣръ со стороны государства и общества, — должны ли эти мѣры быть одинаковыми для всѣхъ опасныхъ, или же нужно между ними различать категоріи, примѣняя къ каждой особья мѣры. При утвердительномъ отвѣтѣ, дальнѣйшіе вопросы касаются правильности вышеуказанной классификаціи съ медицинской и юридической точки зрѣнія, причемъ, по отношенію къ каждой категоріи, необходимо выяснить: 1) существуютъ ли въ этой категоріи опасныя личности, и если да, то какія мѣры лечебнаго или предохранительнаго характера должны быть приняты для того, чтобы зацитить ихъ самихъ и общество отъ нихъ; 2) зависятъ ли опасное состояніе отъ того, что данная личность подверглась одному или нѣсколькимъ обвинительнымъ приговорамъ, или же специальныя мѣры могутъ быть приняты и по отношенію къ тому, который еще не подвергся или въ первый разъ подвергся обвинительному приговору; 3) каковъ долженъ быть порядокъ производства и какія учрежденія должны быть признаны компетентными для констатированія опаснаго состоянія и назначенія специальныхъ мѣръ; въ частности, какова должна быть роль уголовного судьи; 4) какимъ образомъ надлежитъ принять специаль-

ныя мѣры, нужно ли подвергать опасныхъ лишенію свободы въ общихъ или спеціальныхъ мѣстахъ заключенія, въ качествѣ ли общей мѣры, или при наличности особыхъ условій,—и можно ли другими способами защититься отъ нихъ.

Второй докладъ (проф. Гарсона) ставилъ вопросы въ гораздо болѣе общей формѣ: въ какой мѣрѣ уголовное право должно сохранить свой объективный характеръ въ интересахъ гарантій личной свободы. Основная мысль этого доклада заключалась въ томъ, что объективное значеніе совершеннаго преступнаго дѣянія должно оставаться главнымъ критеріемъ для примѣненія тѣхъ или другихъ мѣръ, нарушающихъ права и блага личности. Такимъ образомъ, проф. Гарсонъ относился скорѣе отрицательно къ выводамъ проф. Листа, принимая ихъ лишь съ весьма существенными оговорками.

Въ результатъ продолжительныхъ и оживленныхъ преній, въ которыхъ принялъ участіе русскій делегатъ, установлена была окончательная редакція перваго вопроса, подлежащаго разсмотрѣнію на съѣздѣ. Она выше мною уже приведена.

II.

Теперь я обращаюсь къ разсмотрѣнію поставленнаго вопроса по существу. По моему глубокому убѣжденію, онъ является однимъ изъ основныхъ и важнѣйшихъ вопросовъ, стоящихъ передъ научной мыслью. И я считалъ бы несоотвѣтствующимъ его значенію—отдѣлаться отъ него указаніемъ на «практическія потребности», немолчный голосъ которыхъ долженъ, будто бы, заставить насъ сдать въ архивъ принціпальные

споры, въ виду ихъ теоретичности и отвлеченности. За послѣднее время все чаще приходится встрѣчаться съ заявленіями подобнаго рода. Въ весьма рѣшительной формѣ эту мысль высказалъ прошлой осенью проф. Листъ на страницахъ мюнхенской газеты, возражая проф. Биркмейеру на его статью о проектѣ новаго германскаго уложенія. «Проектъ, говоритъ Листъ, стоитъ выше спора уголовно-юридическихъ школъ. И если кто-либо и теперь еще къ намъ приходитъ съ этимъ споромъ и путемъ выводовъ изъ своей *Begriffsjurisprudenz* мѣшаетъ нашей практической работѣ, мы попросту должны его игнорировать и перейти къ очереднымъ дѣламъ.» Въ своемъ отвѣтѣ Листу, включенномъ въ только что появившейся новой полемической брошюрѣ, Биркмейеръ приводитъ слова *Rud. Sohn'a*: «*Begriffsjurisprudenz und Rechtswissenschaft — юриспруденція понятій и наука права — sind untrennbar von einander — неотдѣлимы другъ отъ друга. Die Begriffsjurisprudenz ist das erste, was den Juristen macht.*» Соображенія о томъ, что пускай де учевые спорятъ, — жизнь не ждетъ, и приходится найти практической выходъ, — эти соображенія отдають типичной обывательщиной. Признать ихъ правильность — значитъ поставить крестъ надъ наукой права вообще и надъ уголовной политикой въ частности, поскольку послѣдняя является научной дисциплиной, покоящейся на опредѣленныхъ общихъ принципахъ и систематическихъ идеяхъ, а не случайнымъ сборникомъ эмпирическихъ формулъ и рецептовъ.

Знакомясь съ литературой нашего вопроса и съ преніями въ собраніяхъ союза криминалистовъ и другихъ ученыхъ обществъ, мы не мо-

жемъ не усмотрѣть, что здѣсь сталкиваются два основныхъ воззрѣнія на сущность и задачи карательной дѣятельности государства. Было бы неправильно, по моему мнѣнію, сводить это столкновеніе къ разногласію двухъ школъ—т. н. классической и современной, какъ бы ни называть послѣднюю — соціологической, позитивной или модернистской. Я сильно сомнѣваюсь, къ слову сказать, въ возможности такого противопоставленія вообще. Но совершенно ясно, что имъ не исчерпывается и не покрывается существо даннаго спора. Если уже трактовать этотъ споръ схематически, я бы сказалъ, что здѣсь соперничаютъ точка зрѣнія правовая съ точкой зрѣнія полицейской. Вкладывая въ эту схему содержаніе, — что мы видимъ? Правовая точка зрѣнія на карательную дѣятельность усматриваетъ въ ней—по существу—актъ правосудія, воздающаго преступнику по дѣламъ его. Преступленіе, понимаемое какъ нарушеніе обязательной нормы, не есть только одинъ изъ симптомовъ, доказывающихъ необходимость государственной реакціи: оно—юридическое основаніе наказанія, первая и главная задача котораго заключается въ охранѣ правопорядка. Основнымъ признакомъ наказанія, какъ юридического института, является его справедливость въ примѣненіи къ данному дѣянію. Такъ какъ справедливое наказаніе служитъ охранѣ правопорядка, то оно является — вообще говоря—цѣлесообразнымъ. Но оно всегда цѣлесообразно лишь какъ мѣра общаго предупрежденія. По отношенію къ данному лицу оно можетъ быть и, къ сожалѣнію, зачастую бываетъ нецѣлесообразнымъ. Однако, юридическое сознаніе съ такой нецѣлесообразностью въ отдѣльныхъ случаяхъ

мирится. Съ чѣмъ оно не можетъ мириться и въ отдѣльныхъ случаяхъ — это съ несправедливымъ наказаніемъ. Для юриста коренной вопросъ заключается въ томъ: заслужилъ-ли виновный наказаніе, и далѣе—какое наказаніе въ данномъ случаѣ будетъ справедливымъ. А для отвѣта на этотъ вопросъ рѣшающимъ является — оцѣнка свойствъ и тяжести преступнаго дѣянія, за которое виновный привлекается къ отвѣтственности.

Юридическая точка зрѣнія требуетъ, при этомъ, чтобы отвѣчалъ только виновный, и чтобы онъ отвѣчалъ только сообразно винѣ, степень которой зависитъ отъ условій субъективныхъ (умыселъ, неосторожность) и объективныхъ (размѣръ причиненнаго вреда, цѣнность блага, подвергшагося нападенію и др.). Виновнымъ можетъ быть только лицо вмѣняемое, т.-е. способное сознательно относиться къ своимъ поступкамъ и распорядиться своей дѣятель-

Мнѣ приходится извиниться, что я занимаю вниманіе слушателей напоминаніемъ такихъ положеній, которыя могутъ считаться азбукой теорія уголовного права. Послѣдующее изложеніе покажетъ, думается, что такое повтореніе

Указанными признаками наказаніе отдѣляется отъ всякихъ иныхъ формъ принудительнаго воздѣйствія государства на личность. Можно привести рядъ примѣровъ такихъ формъ воздѣйствія, которыя съ внѣшней стороны весьма—иногда и вполне—схожи съ наказаніемъ, но, поскольку онѣ лишены хотя-бы одного изъ такихъ признаковъ, онѣ являются не наказаніемъ, а чѣмъ то другимъ, опредѣляемымъ другими условіями и стремящимся къ другимъ цѣлямъ.

На гамбургскомъ съѣздѣ особенно ярко была

охарактеризована противоположная точка зрѣнія въ одной изъ рѣчей фанъ-Гамеля. «Намъ, говорилъ почтенный профессоръ уголовного права, въ нашихъ разсужденіяхъ страшно мѣшаютъ три понятія: вмѣняемость, наказаніе, деликтъ. Если мы освободимся отъ всѣхъ трехъ, тогда все пойдетъ лучше («wenn wir die drei los sind, dann ist alles besser»). Если человѣкъ опасенъ, его слѣдуетъ подвергнуть особымъ мѣрамъ, — назовите ихъ какъ хотите, — зависящимъ отъ свойствъ этого человѣка. И мѣры эти принимаются по рѣшенію извѣстной власти—назовите ее уголовнымъ судьей, или гражданскимъ, это все равно, — лишь бы произведено было тщательное изслѣдованіе». Дѣйствительно, этотъ взглядъ не признаетъ принципиальнаго различія между карательной дѣятельностью государства и всякими иными формами принудительнаго съ его стороны воздѣйствія на личность. Идея правосудія атрофируется и отбрасывается, и на ея мѣсто выдвигается идея соціальной защиты. Наказаніе есть лишь одна изъ мѣръ соціальной защиты. Правда, оно обладаетъ специфическимъ признакомъ формальнаго характера: наказаніе есть та мѣра соціальной защиты, которая примѣняется къ преступному человѣку. Но самъ преступникъ—не что иное, какъ разновидность опаснаго человѣка, а совершенное имъ преступленіе—одинъ изъ симптомовъ опасности: ...«un symptôme, говоритъ Ферри, parmi les autres de la perversité et de la réadaptabilité du criminel, un des moyens par lesquels on détermine l'anomalie du délinquant». Единственнымъ критеріемъ въ борьбѣ общества противъ преступной, какъ и противъ опасной, личности является цѣлесообразность данной мѣры въ при-

мѣненіи къ данной личности. Еще Гарофало, котораго проф. Гретенеръ въ своей послѣдней книжкѣ («Die neuen Horizonte im Strafrecht», 1909) называетъ создателемъ ученія объ особомъ критеріи «опасности» (temibilità), указывалъ, что форма наказанія опредѣляется въ зависимости отъ приспособляемости (la possibilità d'adaptation) виновнаго, т.-е. посредствомъ изученія условій существованія, при наличности которыхъ можно предположить, что онъ перестанетъ внушать опасенія. Такимъ образомъ, цѣлесообразность наказанія зависитъ исключительно отъ тѣхъ или другихъ свойствъ личности, которыя только отчасти распознаются въ преступленіи.

Послѣ всего сказаннаго, думается, никто не станетъ утверждать, что замѣна одного критерія,—оцѣнки свойствъ преступнаго дѣянія,—другимъ—оцѣнкой опаснаго состоянія личности преступника можетъ быть осуществлена безъ рѣшительнаго и глубокаго переворота во всей области основныхъ уголовно-юридическихъ понятій.

Современное уголовное право, исторически сложившееся, всецѣло покоится на первой точкѣ зрѣнія, которую я назвалъ юридической. Принятіе и послѣдовательное развитіе второго взгляда приводитъ къ упраздненію принципіальнаго основанія уголовного права. Повидимому, это сознаютъ и приверженцы новаго критерія, такъ какъ въ огромномъ большинствѣ случаевъ, какъ правильно замѣчаетъ Гретенеръ, они стараются избѣгать естественныхъ логическихъ выводовъ изъ принимаемыхъ ими положеній, и держатся, по крайней мѣрѣ, внѣшнихъ рамокъ существующаго права. Достаточно отмѣтить, что такъ

называемые случайные преступники, дѣйствовавшіе подѣ вліяніемъ внезапнаго побужденія, неблагопріятно сложившихся обстоятельствъ,— лица, въ чьей жизни преступленіе остается единичной катастрофой, въ которой они горько расканиваются,— съ точки зрѣнія теоріи соціальной защиты вовсе не должны были бы подлежать наказанію, которое по отношенію къ нимъ никакихъ спеціальныхъ цѣлей не можетъ ни преслѣдовать, ни достигъ (обычное предположеніе, что здѣсь возможна цѣль устрашенія,— слишкомъ несостоятельно, чтобы на немъ стоило останавливаться).

Но дѣло, конечно, не въ этихъ только уголовно-политическихъ несообразностяхъ. Замѣна правового принципа полицейскимъ чревата гораздо болѣе серьезными опасностями. Положенія, что уголовное наказаніе можетъ постигнуть только виновнаго, что преступникъ отвѣчаетъ по мѣрѣ вины своей, что карательная власть государства находитъ точныя границы въ опредѣленіяхъ уголовного кодекса, устанавливающихъ составы преступныхъ дѣяній («*nulla poena sine lege*»), что дѣянія вмѣняемыхъ и невмѣняемыхъ лицъ юридически разнородны, что роль судьи заключается въ подведеніи индивидуальнаго случая подѣ общее опредѣленіе закона,— все это не только юридическія отвѣченныя теоремы. Въ этихъ положеніяхъ содержатся не только результаты вѣковой работы политической мысли, они дались какъ плодъ столь же продолжительной политической борьбы за гарантіи индивидуальныхъ правъ, противопоставленныхъ могуществу коллектива, какую бы форму послѣдній ни принялъ. Пожертвовать ими во имя соціальной защиты, это значитъ

лишить человѣческую личность той единственной несокрушимой опоры, на которой зиждется святость и неприкосновенность личныхъ правъ. Каковы бы ни были практическія выгоды, покупаемыя этой жертвой,—за нихъ уплачивается слишкомъ высокая цѣна.

III.

На общія соображенія подобнаго рода обыкновенно отвѣчаютъ «практическими» доводами. Но именно по отношенію къ данному вопросу эти практическіе доводы исходятъ изъ ряда недоразумѣній.

«Необходимо, говоритъ проф. Прэнсъ, реагировать противъ рутинны судовъ, которые, когда имъ приходится судить данное лицо за данное преступленіе, ограничиваются примѣненіемъ юридической формулы, даваемой текстомъ кодекса, не заботясь о способѣ жизни, о средѣ, объ инстинктахъ, о предрасположеніяхъ, о психической природѣ обвиняемаго». Это—изложенное другими словами ходячее обвиненіе по адресу такъ называемой классической школы, которую упрекаютъ въ томъ, что она занималась отвлеченнымъ понятіемъ преступленія, игнорируя живую личность преступника. Мы думаемъ, однако, что если современные уголовные кодексы дѣйствительно отираются отъ оцѣнки свойствъ совершеннаго преступленія, и если—по нашему глубокому убѣжденію—невозможенъ уголовный кодексъ, построенный на иномъ основаніи, это отнюдь не препятствуетъ осуществленію совершенно правильной мысли, согласно которой судья оцѣниваетъ данное дѣя-

ніе не какъ нѣчто отвлеченно теоретическое, а принимаетъ въ соображеніе и выразившіяся въ тѣхъ или другихъ реальныхъ чертахъ этого дѣянія субъективныя особенности дѣятеля. Для этого, однако, необходимо одно общее условіе: поскольку наказаніе сохраняетъ характеръ мѣры уголовного правосудія, необходимо, чтобы признаки «опаснаго состоянія» поддавались опредѣленію и были опредѣлены въ уголовномъ законѣ, и чтобы они имѣли уголовно-юридическій характеръ, или, выражаясь современнымъ юридическимъ языкомъ, — были уголовно-релевантны.

Для развитія и поясненія этого положенія, я коснусь тѣхъ формулъ, помощьюъ которыхъ современные законодатели и современные теоретики пытаются предусмотрѣть и охарактеризовать «опасныя состоянія». Не претендуя на исчерпывающій перечень, остановлюсь только на наиболѣе яркихъ примѣрахъ.

Возьмемъ извѣстный § 65 норвежскаго уголовного уложенія. Онъ постановляетъ, что если преступникъ признанъ виновнымъ въ двухъ или болѣе преступленіяхъ (оконченныхъ, либо оставшихся въ стадіи покушенія), судъ можетъ предложить на разрѣшеніе присяжныхъ вопросъ о томъ, не долженъ ли обвиняемый, во вниманіе къ роду преступленія, къ лежащимъ въ его основаніи мотивамъ или же къ проявляющемуся въ немъ характеру (*Gesinnung*) обвиняемаго, быть признанъ особенно опаснымъ для человѣческаго общества, или для жизни, здоровья или благосостоянія отдѣльныхъ лицъ. При утвердительномъ отвѣтѣ, въ приговорѣ можетъ быть опредѣлено, что осужденный можетъ быть оставленъ въ тюрьмѣ и послѣ отбытія назначеннаго по приговору срока, но не долѣе, какъ на

время, втрое продолжительнѣе этого срока, и во всякомъ случаѣ не долѣе, какъ на пятнадцать лѣтъ.

Нельзя попутно не отмѣтить, что эта статья, какъ указалъ Hagerup на сѣздѣ бюро въ Амстердамѣ, до настоящаго времени остается мертвой буквой. Судъ не рѣшается предлагать присяжнымъ вопросъ объ опасности, такъ какъ, повидимому, нѣтъ увѣренности въ томъ, что для народнаго правосознанія постановка такого вопроса на судѣ окажется приемлею и понятною. Но какъ бы то ни было, въ самомъ своемъ основаніи мысль норвежскаго уложенія не вызываетъ возраженій, съ той точки зрѣнія, которую я защищаю. Дѣйствительно, здѣсь «опасное состояніе» личности проявляется въ признакахъ, которые должны выразиться въ самомъ преступномъ дѣяніи и характеризовать степень вины преступника. Прежде всего для этого требуется повтореніе преступныхъ дѣяній. Далѣе, принимаются во вниманіе свойства самаго преступленія, т. е. тяжесть его, категорія, къ которой оно относится, форма его совершенія и т. п. Затѣмъ—мотивы: даже съ точки зрѣнія теоріи возмездія въ ея наиболѣе узкомъ и теперь уже устарѣвшемъ смыслѣ, естественно, что особо неизменные мотивы отражаются на оцѣнкѣ преступленія, производимой судомъ. Не даромъ наше старое уложеніе говоритъ, что вина а учинившаго какое либо преступленіе... увеличивается по мѣрѣ того..., чѣмъ болѣе противозаконны и безнравственны были побужденія его къ сему преступленію. И точно также по отношенію къ «*Gesinnung*»: то же наше уложеніе признаетъ, что вина тѣмъ больше, «чѣмъ болѣе было жестокости, гнусности или безнравствен-

ности въ дѣйствіяхъ, коими преступленіе было предуготовляемо, приводимо въ исполненіе или сопровождается». Такимъ образомъ, «опасное состояніе» норвежскаго уложенія опредѣляется признаками, которые могутъ быть констатированы судомъ при одѣнкѣ преступнаго дѣянія. Въ формулировкѣ § 65 мы имѣемъ дѣло съ юридическими категоріями. И любопытно, что срокъ заключенія, слѣдующаго за отбытіемъ наказанія, поставленъ въ прямое съ нимъ соотношеніе, чѣмъ еще болѣе подчеркивается соотношеніе между степенью опасности и степенью вины.

Точно также и въ въ англійскомъ *Prevention of crime act 1908* года опасный преступникъ есть не что иное, какъ привычный преступникъ (*habitual criminal*), а подъ послѣднимъ разумѣется многократный рецидивистъ, упорно ведущій безчестный или преступный образъ жизни.

Въ новомъ проектѣ германскаго уголовного уложенія признаки привычнаго или профессиональнаго преступника (§89) устанавливаются въ зависимости отъ количества и тяжести совершенныхъ имъ преступныхъ дѣяній. Такъ называемыя «*Sichernde Massnahmen*» принимаются въ томъ случаѣ, если преступленіе совершено вслѣдствіе праздности или отвращенія къ работѣ (ср. «тунеядство и праздность» по ст. 32 уг. улож. 1903 г.), причемъ для принятія этихъ мѣръ необходимо, чтобы преступленіе, совершенное обвиняемымъ, было бы обложено тюрьмой или арестомъ на срокъ не менѣе четырехъ недѣль.

Наконецъ, австрійскій проектъ уголовного уложенія, наряду со многими спорными положеніями, содержитъ въ § 38 правильную мысль,

согласно которой «Gemeingefährlichkeit» может быть признана въ виду ряда уже совершенныхъ преступленій и свойствъ послѣдняго преступленія. U

Въ преніяхъ по вопросу объ «опасномъ состояніи», происходившихъ въ прошломъ году въ Амстердамѣ, Symons (представитель Голландіи) доказывалъ, что вопросъ сводится къ тому, должно ли это опасное состояніе опредѣляться въ зависимости отъ тяжести преступленія, или отъ рецидива, или отъ того и другого вмѣстѣ. Проф. Гарсонъ, заявляя, что самое слово «état dangereux» никогда не должно быть произнесено закономъ, признавалъ, что есть три категоріи относящихся сюда случаевъ, которые могутъ быть предусмотрѣны закономъ: рецидивъ;—особо тяжкія преступленія, которыя, хотя бы и въ первый разъ учиненныя, свидѣтельствуютъ объ опасности преступника и требуютъ «une peine définitive» — элиминирующаго наказанія;—ассоціаціи преступниковъ (шайка) и другіе случаи опаснаго состоянія (бродяжничество, нищенство), въ которыхъ само это опасное состояніе «пенализируется», т. е. получаетъ признаки уголовно-наказуемаго дѣянія.

Prins еще на гамбургскомъ сѣздѣ задавалъ вопросъ: «какъ вы будете констатировать опасное состояніе, какъ вы установите, что преступникъ ведетъ безчестную жизнь,—какъ вы избѣгнете несправедливости и произвола?»--«Cela résultera du nombre des délits commis ou de la gravité du délit commis». Количество совершенныхъ преступленій или тяжесть хотя бы единичнаго преступленія—вотъ надежный критерій. Равнымъ образомъ и Dupont на томъ же сѣздѣ заявлялъ: «говоря общимъ образомъ, при-

знание опаснаго состоянія преступника будетъ зависѣть отъ числа преступленій и въ частности отъ ихъ природы и тяжести».

Послѣ того, какъ законъ установитъ границы *état dangereux*, судъ обязанъ будетъ признать его наличность, если будутъ на-лицо условія, предусмотрѣнныя закономъ. Этамъ, по мнѣнiю Dupont, будетъ избѣгнуть судебный произволь. На гамбургскомъ же съѣздѣ Липманъ находилъ необходимымъ установить въ законѣ признаки *Gemeingefährlichkeit*, причемъ предлагалъ отнести сюда тѣхъ лицъ, «которые уже дважды были наказаны за однородное преступленіе и потомъ совершаютъ новое преступленіе, независящее существеннымъ образомъ отъ внѣшнихъ обстоятельствъ». И, наконецъ, въ совоѣмъ недавней своей книжкѣ «*La défense sociale*», Prins высказываетъ слѣдующія положенія:

«Опасное состояніе дефектнаго преступника будетъ имѣть мѣсто лишь тогда, когда опасный родъ преступности будетъ связанъ съ опаснымъ родомъ дефектности, и когда судъ, всесторонне освѣдомленный путемъ личной анкеты, зная antecedentes виновнаго, зная обстоятельства дѣла, изучивъ заключенія спеціалистовъ и слѣдуя правиламъ опыта, здраваго смысла и права,—съ полнымъ знаніемъ дѣла признаетъ наличность этого состоянія». Хотя въ этихъ положеніяхъ право поставлено на послѣднемъ мѣстѣ, но несомнѣнно, что они проникнуты юридическимъ элементомъ, и что принятіе ихъ совмѣстимо съ основными началами уголовнаго правосудія.

Изъ предыдущаго изложенія можно усмотрѣть, что современная уголовно-юридическая мысль уже сумѣла конкретизировать понятіе «опаснаго

состоянія» преступника и установить рядъ случаевъ, въ которыхъ это опасное состояніе, опредѣляемое признаками юридическаго характера, проявленное въ совершенномъ преступномъ дѣяніи, даетъ судѣ право усилить или вообще видоизмѣнить наказаніе. Во всѣхъ этихъ случаяхъ моменты вины и отвѣтственности сохраняютъ все свое значеніе. Поскольку идетъ рѣчь о мотивахъ, о рецидивѣ, о профессионализмѣ, объ ассоціаціяхъ преступниковъ, уголовный судья имѣетъ дѣло со свойственной ему атмосферой юридическихъ понятій, и объектомъ его оцѣнки является преступное дѣяніе, со всѣми выразившимися въ немъ индивидуальными особенностями преступника. Въ основѣ карательной дѣятельности по прежнему лежитъ оцѣнка преступнаго дѣянія, его свойствъ и тяжести: опасное состояніе, поскольку оно явствуетъ изъ опредѣленныхъ данныхъ уголовно-юридическаго характера, предусмотрѣнныхъ въ уголовномъ кодексѣ, имѣетъ лишь вспомогательное значеніе. Требованія уголовного правосудія несомѣстимы съ постановкой діагноза объ опасности мелкаго преступника, притомъ не профессионала и не рецидивиста. По отношенію къ нему недопустимо принятіе суровыхъ репрессивныхъ мѣръ, хотя бы предсказанія о его дальнѣйшей дѣятельности имѣли опредѣленно отрицательный характеръ. Съ другой стороны, тяжкое преступленіе должно вызвать суровую репрессию, не взирая на то, что въ отдѣльныхъ случаяхъ эта тяжесть сама по себѣ отнюдь не доказываетъ глубокой нравственной испорченности преступника и не даетъ основанія ожидать отъ него повторенія его дѣянія.

Но теоретики «опаснаго состоянія» идутъ въ

своихъ требованіяхъ гораздо дальше. Наряду съ признаками юридическаго значенія, они устанавливають иные, независимые отъ самого преступнаго дѣянія, характеризующіе не личность преступника, поскольку она проявилась въ данномъ преступленіи. Они говорятъ о медицинскихъ категоріяхъ «*état dangereux*», объ эпилептикахъ, алкоголикахъ, опасныхъ помимо совершенія ими того или иного преступнаго дѣянія. Къ нимъ должны быть примѣняемы мѣры соціальной защиты, ничѣмъ не разнящіяся отъ наказанія, нерѣдко весьма суровыя, различныя, въ зависимости отъ того, примѣняются ли онѣ къ излѣчимымъ или неизлѣчимымъ, къ страдающимъ такимъ или инымъ психическимъ дефектомъ.

Отсюда одинъ шагъ и до дальнѣйшаго вывода. Если согласиться съ тѣмъ, что преступленіе есть только одинъ изъ симптомовъ «опаснаго состоянія», что противъ этого опаснаго состоянія возможны и необходимы мѣры соціальной защиты принудительно репрессивнаго характера, ничѣмъ по существу своему не отличающіяся отъ наказанія, а по свойству и тяжести соответствующія не свойству и тяжести преступленія, а степени опасности, представляемой данной личностью, то естественно возникаетъ вопросъ: нужно ли ждать совершенія преступленія для того, чтобы принимать по отношенію къ «опаснымъ» мѣры огражденія?

«Я долженъ согласиться, говоритъ Листъ въ статьѣ, перепечатанной въ «*Aufsätze*», т. II, стр. 16, что съ точки зрѣнія нашего воззрѣнія было бы послѣдовательно только принимать въ расчетъ *die Gesinnung* (психику), не дожидаясь преступленія». Самъ Листъ не дѣлаетъ этого вывода въ названной статьѣ, хотя и не

считаетъ его абсурднымъ. Опъ признаетъ лишь, что съ привятіемъ такого вывода пробьетъ для уголовного права послѣдній часъ. Но въ своемъ предварительномъ докладѣ амстердамскому съѣзду Листъ прямо находитъ необходимымъ поставить на очередь обсужденіе, въ числѣ другихъ, также и вопроса о томъ, «признаніе кого-либо опаснымъ зависитъ ли отъ того, что данное лицо уже подвергалось однажды или неоднократно наказанію, или же особыя мѣры леченія или предохранительнаго заключенія (*Verwahrung*) должны быть принимаемы также по отношенію къ тѣмъ, кто еще не подвергался наказанію или подвергается ему въ первый разъ»? И Prins открылъ засѣданія бюро въ Амстердамѣ заявленіемъ, что «опасное состояніе можетъ быть на лицо независимо отъ совершенія преступнаго дѣянія», и что обсужденію долженъ подлежать главнымъ образомъ вопросъ о классификаціи «опасныхъ». Правда, послѣ энергическихъ возраженій, послышавшихся на собраніи, эта часть вопроса была совершенно снята. На заявленіе Garraud, что нельзя судить за то или другое «состояніе» («*on ne peut pas juger des états*»), что это дѣло врача, и на прямой его вопросъ, можетъ ли понятіе *état dangereux* быть распространено и на то время, пока еще не совершено никакого преступленія, фанъ Гамель отвѣчалъ, что «пока мы занимаемся лишь тѣми, кто совершилъ преступное дѣяніе». Но это, очевидно, вопросъ времени. Въ своей послѣдней книжкѣ «*la défense sociale*», Prins посвящаетъ специальную главу разсмотрѣнію мѣръ соціальной защиты, принимаемыхъ «*avant le crime*», причемъ оказывается, что эти мѣры не относятся

къ репрессіи, а имѣютъ характеръ охраны и помощи. Мысли, высказываемыя здѣсь Prins'омъ, очень гуманны и благородны, но остается непонятнымъ, какое имѣетъ отношеніе «*état dangereux*» къ тѣмъ мѣрамъ *d'assistance et de protection*, которыя должны быть здѣсь примѣняемы?

Есть во всякомъ случаѣ и прежде всего одно основное возраженіе противъ оперированія этимъ понятіемъ «*état dangereux*», «*Gemeingefährlichkeit*», поскольку рѣчь идетъ не о лицахъ, доказавшихъ опредѣленными, предусмотрѣнными въ уголовномъ кодексѣ, дѣйствіями ту опасность, которую они представляютъ для правопорядка. Возраженіе это указываетъ на полную расплывчатость и неопредѣленность этого понятія. Въ самомъ дѣлѣ: исторія происхожденія этого «*état dangereux*» въ наукѣ и законодательствѣ показываетъ, что оно всегда было тѣсно связано съ понятіемъ многократнаго рецидива, неисправимости и т. д. Оттого Миттермайеръ—младшій и заявляетъ въ III-мъ томѣ «*Vergleichende Darstellung*»: «такъ какъ мы теперь, какъ и всегда, относимъ понятіе соціальной опасности лишь къ той категоріи дѣяній, которыя обнимаются уголовнымъ кодексомъ, то мы будемъ говорить лишь о тѣхъ лицахъ, которыя повторно совершаютъ новыя правонарушенія, хотя, конечно, и внѣ этого круга имѣется большое количество существъ, представляющихъ для насъ соціальную вредъ». Однако и въ примѣненіи къ рецидивистамъ и «неисправимымъ преступникамъ» Миттермайеръ находитъ, что «изъ сужденій гамбургскаго съѣзда союза криминалистовъ законодатель убѣдился, что еще нужно установить самое поня-

тіе опаснаго состоянія». Что же сказать о значеніи этого понятія, поскольку оно побиваетъ эту сравнительно прочную уголовно-юридическую почву? Если Листъ относитъ къ «медицинскимъ» категоріямъ, среди которыхъ слѣдуетъ искать «опасныхъ» — эпилептиковъ, истериковъ, алкоголиковъ, то Prins зачисляетъ сюда *les dégénérés, les insuffisants, les incomplets, les anormaux profonds* (Déf. soc., 68). Едва ли эта терминологія можетъ служить цѣлямъ научной разработки и классификаціи. Тѣмъ менѣе она пригодна какъ основаніе тѣхъ или другихъ практическихъ мѣръ.

Если самое понятіе «общепасности» неуловимо, то возможно ли исходить изъ него при установленіи какой-либо формы принудительнаго воздѣйствія со стороны государства? Я думаю, что на этотъ вопросъ не можетъ быть иного отвѣта, кромѣ отрицательнаго. Я полагаю, что кое какія указанія опыта уже имѣются въ этой области.

Намъ, русскимъ, знакомы и понятія о «неблагонадежности», и о «лицахъ, вредныхъ для общественнаго спокойствія», и о «вредныхъ и порочныхъ членахъ» сельскихъ обществъ: мы знаемъ, во что могутъ превратиться мѣры предупрежденія и пресѣченія въ отношеніи этихъ лицъ, которыя тѣмъ или другимъ учрежденіемъ признаны «опасными». И мы должны признать, что орудованіе понятіемъ «опаснаго состоянія» личности особенно опасно и нежелательно тамъ, гдѣ приходится думать не о расширеніи правъ административной власти, а, наоборотъ, о введеніи ея въ надлежащія рамки... Предоставленіе ей возможности по своему усмотрѣнію объявлять человѣка опаснымъ, и безъ тѣхъ гаран-

тій, которыя заключаются въ точной и конкретной формулировкѣ состава преступнаго дѣянiя уголовнымъ кодексомъ,—принимать по отношенiю къ этому «опасному» лицу весьма серьезныя мѣры «соціальной защиты», въ видѣ лишенiя свободы, высылки и т. п.,—это равносильно возведенiю въ принципъ того, что фактически является уродливымъ уклоненiемъ отъ функцій праваго государства.

IV.

Мы намѣтили, такимъ образомъ, двѣ крайнія области, въ которыхъ можетъ ставиться вопросъ объ опасномъ состоянiи: въ первой мы имѣемъ дѣло съ преступленiями, въ которыхъ проявилось это опасное состоянiе, опредѣляемое признаками уголовно-юридическаго характера. Признаки эти устанавливаются уголовнымъ закономъ, наличие ихъ удостовѣряется судьей, отражаясь на оцѣнкѣ степени виновности. Во второй области мы имѣемъ «опасное состоянiе», само по себѣ взятое, не выразившееся въ какомъ либо посягательствѣ: это понятiе, какъ я старался показать, не пригодно для установленiя мѣръ соціальной защиты, поскольку въ нихъ входитъ репрессивно-принудительный элементъ. Остается третья—средняя—область: тѣ *catégories médicales* опасныхъ преступниковъ, о которыхъ говорить Листъ,—преступные истерики, преступные эпилептики, преступные алкоголики, такъ называемые «*minderwertige*», «*défectueux*». Опасное состоянiе въ этихъ случаяхъ зависитъ отъ условiй патологическаго характера, отъ недостаточнаго развитiя физическаго и психиче-

окаго и т. п. Спрашивается: какъ долженъ рѣшаться вопросъ относительно этихъ патологически-опасныхъ лицъ, и есть ли основаніе выдѣлять ихъ и отличать отъ первой категоріи: рецидивистовъ, професіоналовъ и проч.? Я думаю, что на этотъ вопросъ долженъ быть данъ отвѣтъ утвердительный, что въ этихъ случаяхъ избраніе извѣстныхъ мѣръ, предохраняющихъ общество, не входитъ въ область уголовнаго правосудія.

Вотъ тѣ соображенія, которыя приводятъ, по моему мнѣнію, къ такому выводу.

Коренное и принципиальное различіе между обѣими категоріями заключается въ томъ, что, поскольку мы говоримъ о патологическомъ основаніи опаснаго состоянія, мы имѣемъ дѣло съ такимъ элементомъ, который вовсе не отражается на оцѣнкѣ вины. Мало того: зачастую можетъ случаться, что лицо, признаваемое патологически-опаснымъ, съ точки зрѣнія юридической несетъ меньшую отвѣтственность. Въ этомъ отношеніи любопытно отмѣтить то затруднительное положеніе, въ которое впали защитники понятія такъ наз. уменьшенной вмѣняемости. Разъ принявъ это двусмысленное понятіе, почерпнутое отчасти изъ обихода «классической» школы, отчасти изъ области медицинской, пришлось признать, что наказаніе для такихъ лицъ должно быть смягчено. Это былъ неизбѣжный выводъ для юриста, признающаго соотношеніе между размѣромъ кары и степенью вины. Лица съ уменьшенной вмѣняемостью менѣе отвѣтственны, менѣе виновны, — ergo, ихъ слѣдуетъ наказывать мягче. Но, съ другой стороны, они опаснѣе преступниковъ съ полной вмѣняемостью, такъ какъ отъ нихъ скорѣе можно ждать новыхъ преступленій, — и потому надо въ отношеніи ихъ

принять особья мѣры предосторожности. И юридическая мысль тщетно бьется надъ этой дилеммой, ею самую созданной, и приходитъ къ такимъ несостоятельнымъ и ничего не говорящимъ результатамъ, какимъ является тезисъ гамбургскаго съѣзда: для преступниковъ съ уменьшенной вмѣняемостью, опасныхъ или неопасныхъ, необходимо специальное наказаніе или специальный режимъ.— («il y a lieu d'instituer une peine spéciale ou un traitement spécial»)..

Попытки законодательнаго разрѣшенія этого вопроса также еще не привели къ удовлетворительнымъ результатамъ. Такъ, проектъ новаго германскаго уложенія, выставляя въ § 63, ч. 2 общій принципъ, что лица съ уменьшенной вмѣняемостью подвергаются наказанію по правиламъ о покушеніи (т. е. значительно смягченному), въ ч. 3 опредѣляетъ, что при приведеніи въ исполненіе этого наказанія принимается во вниманіе психическое состояніе осужденнаго, и самое наказаніе, поскольку это является необходимымъ, отбывается въ специально назначенныхъ учрежденіяхъ или особыхъ отдѣленіяхъ тюрьмы. Австрійскій проектъ устанавливаетъ обязательное смягченіе наказанія только для уменьшенно-вмѣняемыхъ, приговоренныхъ къ смертной казни: для нихъ она замѣняется пожизненнымъ тюремнымъ заключеніемъ. Если же уменьшенно-вмѣняемый приговоренъ къ какому-нибудь изъ видовъ лишенія свободы, то о смягченіи не говорится: § 4 постановляетъ, что если примѣненіе къ такому лицу наказанія въ нормальномъ видѣ должно ухудшить его состояніе, то судъ опредѣляетъ, что наказаніе должно быть приводимо въ исполненіе по правиламъ, установленнымъ примѣнительно къ особен-

ностямъ этихъ лицъ («nach den der Eigenart solcher Personen angepassten Vorschriften»), при чемъ оно отбывается въ особыхъ тюрьмахъ или отдѣленіяхъ («in einer besonderen Strafanstalt oder in einer besonderen Einteilung einer Strafanstalt oder eines Gefangenhauses»). Наконецъ, швейцарскій проектъ (последней редакціи) строго различаетъ между случаями, когда судъ по свободному усмотрѣнію смягчаетъ наказаніе для уменьшеннаго вмѣняемаго, и тѣми, когда исполненіе наказанія приостанавливается, въ виду того, что осужденнаго приходится, въ интересахъ общественной безопасности, подвергнуть предохранительному заключенію (Verwahrung) въ лечебномъ или воспитательномъ заведеніи. Если онъ поправится, то судъ рѣшаетъ, должно ли наказаніе быть приведено въ исполненіе, и въ какомъ размѣрѣ.

Примѣръ судьбы вопроса объ уменьшенной вмѣняемости очень показателенъ для иллюстраціи тѣхъ огромныхъ затрудненій, къ которымъ приводитъ смѣшеніе задачъ и основаній карательной дѣятельности съ требованіями полиціи безопасности. Но такія же затрудненія должны возникнуть и во всѣхъ прочихъ случаяхъ, когда предполагаютъ суду поручить несвойственную ему функцію органа полиціи безопасности или когда хотятъ замѣнить отправленіе правосудія приемами медицинскаго изслѣдованія, основанными на иныхъ принципахъ и преслѣдующихъ иные цѣли. Этимъ прежде всего извращается роль уголовного судьи, сглаживается та принципиальная грань, которою отдѣляется судебная дѣятельность отъ административной. Суду предлагаютъ рѣшать вопросъ о томъ, какія мѣры слѣдуетъ примѣнить къ данному лицу, «опасное

состояніе» котораго зависигь отъ обстоятельствъ, не имѣющихъ никакого отношенія къ уголовному правосудію, не подлежащихъ уголовно-юридической оцѣнкѣ. Причемъ здѣсь уголовный судья? Пока тотъ или другой истерикъ, неврастеникъ, морфинистъ, меланхоликъ не войдетъ въ коллизію съ уголовнымъ закономъ, вопросъ о скрытой опасности, которую онъ, быть можетъ, представляетъ, судьи не касается. Но стоитъ ему совершить самое ничтожное правонарушеніе—и онъ оказывается въ безграничномъ распоряженіи того же уголовного судьи. Здѣсь и непонятный формализмъ, и путаница понятій.

Никто не станетъ спорить, что существуютъ категоріи неуравновѣшенныхъ людей, отъ которыхъ можно всегда ожидать дикихъ и соціально-вредныхъ поступковъ. Несомнѣнно, что если эта неуравновѣшенность переходитъ въ настоящую болѣзнь, констатированную должнымъ образомъ и влекущую къ опаснымъ проявленіямъ,—государство имѣетъ полное основаніе вмѣшаться и принять мѣры соціальной защиты. Но эти мѣры находятся внѣ области уголовного права, онѣ по существу ничего общаго съ отправленіемъ уголовного правосудія не имѣютъ. Онѣ примѣнимы и къ преступникамъ и относятся къ полиціи безопасности. Поскольку въ нихъ заключается стѣсненіе правъ личности, онѣ должны быть обставлены особыми гарантіями. Здѣсь можетъ быть и особая процедура, могутъ быть и особые компетентные органы (желательны коллегіальные). Законодательство должно установить поводы, по которымъ можетъ быть пристушено къ изслѣдованію со стороны подобныхъ органовъ,—и, конечно, однимъ изъ такихъ поводовъ должно

быть совершеніе преступнаго дѣянія. Но, какъ правильно указывали и Garçon, и Lepoittevin на амстердамскомъ конгрессѣ, и въ этихъ случаяхъ рѣчь идетъ не объ уголовно-политическихихъ мѣрахъ,—здѣсь мы имѣемъ дѣло съ мѣрами государственной или общественной благотворительности (*assistance publique*). И здѣсь, конечно, центръ тяжести не въ оцѣнкѣ свойства или тяжести отдѣльнаго дѣянія, а въ діагнозѣ, который ставится въ отношеніи всей личности въ ея цѣломъ.

Привлеченіе уголовного судьи къ рѣшенію всѣхъ этихъ вопросовъ обычно мотивируется тѣмъ, что участіе его гарантируетъ права личности. Однако, здѣсь, на мой взглядъ, кроется большое недоразумѣніе. Уголовный судья не есть особая разновидность *homo sapiens*, застрахованный отъ ошибокъ и онабженный какимъ то особеннымъ, лично и по состоянію ему присвоеннымъ, авторитетомъ. Довѣріе, которымъ пользуется правильно организованный и правильно функционирующій судъ, основано на убѣжденіи въ томъ, что устами судьи говоритъ справедливый, для всѣхъ одинаковый и доступный пониманію каждый законъ, предъ требованіями котораго умолкаютъ всякія соображенія удобства, кажущейся или даже и дѣйствительной пользы, всякіе личные взгляды. И въ особенности, когда рѣчь идетъ объ уголовномъ судѣ, обладающемъ возможностью распоряжаться правами и благами гражданъ, важно и велико значеніе этихъ основныхъ чертъ, характеризующихъ его дѣятельность. Отнимите ихъ у судьи,—предоставьте ему право «выбирать мѣры борьбы, приспособленныя къ индивидуальности отдѣльнаго опаснаго лица», поставьте

девизомъ его дѣятельности начала усмотрѣнія въ области цѣлесообразности,—и вы быстро и незамѣтно сотрете именно тѣ черты, которыми судья отличается отъ всякаго иного органа государственной дѣятельности. И если такой судья нуженъ лишь для того, чтобы ставить свой штемпель на медицинскомъ заключеніи эксперта-психіатра, то это не судящій судья, а маска Ѡемиды, изъ-подъ которой выглядываетъ совѣмъ яной обликъ, мало напоминающій богиню справедливости.

V.

Въ заключеніе, я позволю себѣ привести два соображенія, которыя, по моему убѣжденію, никогда не слѣдуетъ терять изъ виду, когда говорятъ объ «опасныхъ преступникахъ» и о «мѣрахъ борьбы съ ними».

Первое состоитъ въ томъ, что современная тюрьма, равно какъ и тѣ социальныя условія, въ которыхъ оказывается лицо, отбывшее наказаніе тюремнымъ заключеніемъ, являются однимъ изъ могущественныхъ факторовъ рецидива.

Если въ современномъ общественномъ укладѣ плохо и трудно приходится слабымъ и обездоленнымъ; если условія этого уклада часто создаютъ богатую и благопріятную почву, въ которой сѣмена преступности пускаютъ ростки и распускаются въ пышныя растенія,—то что сказать о положеніи, въ которое попадаютъ люди, запятнанные, съ «тюремнымъ» прошлымъ? Ясно, что для нихъ жизненная борьба становится во сто разъ тяжелѣе. И если бы они сами захо-

тѣди отдѣлаться отъ этого прошлаго, забыть его — имъ это не удастся ¹⁾).

Тюремный сидѣлецъ, въ представленіи общества, человѣкъ, если не отпѣтый, то во всякомъ случаѣ представляющій постоянную угрозу. Отъ него открепиваются и отмахиваются. И тѣ условія соціального строя, которыя уже способствовали вступленію бывшаго преступника на путь зла, теперь для него несравненно ухудшились. Чего же можно отъ него ожидать? Куда ему спастись отъ того неумолимаго рока, который стережетъ его съ перваго дня его выхода изъ тюрьмы?

И вотъ приходится признать, что та организація тюрьмы, которую мы наблюдаемъ повсемѣстно въ современныхъ культурныхъ странахъ, не только не служитъ дѣлу борьбы съ преступностью, а, напротивъ того, усиливаетъ и обостряетъ тѣ условія личнаго и соціального характера, которыя влияют на развитіе преступности положительнымъ образомъ. Такъ что «опасное состояніе» рецидивиста въ огромной массѣ случаевъ подготовлено самимъ обществомъ и примѣнимыми имъ карательными мѣрами.

И если былъ правъ проф. Липманъ на гамбургскомъ съѣздѣ, когда, устанавливая понятіе опасныхъ рецидивистовъ, исключалъ тѣхъ, кто совершилъ преступленіе вновь преимущественно въ силу внѣшнихъ обстоятельствъ, то много ли останется среди рецидивистовъ такихъ «опасныхъ»?

Прогрессъ здѣсь возможенъ отчасти въ отысканіи и примѣненіи иныхъ карательныхъ мѣръ,

¹⁾ См. мои „Тюремные досуги“ въ „Правѣ“ за 1908 г.

замѣняющихъ тюрьму, отчасти въ реорганизаціи самой тюрьмы, отчасти въ широкомъ развитіи патроната. Эти пункты приходится только намѣтить, не останавливаясь на нихъ подробно.

Второе соображеніе — не что иное, какъ основной принципъ всего новаго направленія въ уголовномъ правѣ. Онъ гласитъ, что мѣры соціальной защиты наиболѣе плодотворны въ области предупрежденія, направляясь противъ соціальныхъ факторовъ преступленія. Здѣсь еще предстоитъ огромная и плодотворная работа, о которой не слѣдуетъ забывать. Старую «классическую» школу упрекали въ томъ, что она, карая преступленіе, забывала о преступникѣ. Новая школа не должна заслужить обратнаго упрека, необходима и неизбѣжна борьба противъ преступниковъ. Но есть другая задача, которая и шире, и плодотворнѣе: борьба съ преступленіемъ...
