

4977
Наб. Угол. Права.

Молодому Мовариану
Петру Григорьевичу
Рѣдкину,

О ВЛІЯНІИ

ОБЫЧАЯ, ПРАКТИКИ, ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И
НАУКИ НА РАЗВИТІЕ УГОЛОВНАГО, ВЪ ОСОВЕН-
НОСТИ РУССКАГО, ПРАВА.

Стб. 184
Том. 12.
Числ. 48

РѢЧЬ,

ПРОИЗВЕСЕННАЯ

П. Г. РѢДКИНЪ.

ВЪ ТОРЖЕСТВЕННОМЪ СОБРАНІИ

ИМПЕРАТОРСКАГО САНКТПЕТЕРБУРГСКАГО УНИВЕРСИТЕТА,

ОРДИНАРНЫМЪ ПРОФЕССОРОМЪ, ДОКТОРОМЪ ПРАВЪ

Яковомъ Баршевицѣ.

Февраля 8 дня 1846 года.



X881-(2)5

22

MAN

10/20/51

O B I I I I I

OMPAR, DEARTHIN, SANOHOATLALCOSA B
HAYIN HA PASSENTIE YTOORHATO, N' DEORHEN
HOCHN PACORATO, HPARA

1951

CLERY

EMHEPATOPALAO

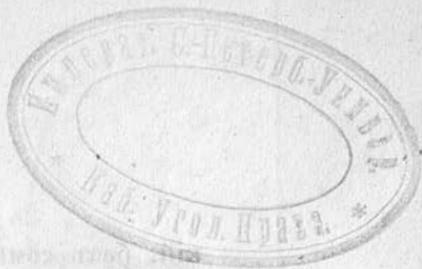
LAHKTIPETPOTAKATO UNDECHITTA

IN THE UNITED STATES OF AMERICA

Richard Thompson

Report of the 1951





О ВЛІЯНІИ

ОБЫЧАЯ, ПРАКТИКИ, ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА И НАУКИ НА РАЗВИТІЕ УГОЛОВНАГО, ВЪ ОСОБЕННОСТИ РУССКАГО ПРАВА.

М. Г.

Уголовное право,—предметъ моихъ ученыхъ трудовъ, всегда представляетъ въ себѣ множество сторонъ, интересныхъ не только для юриста, но и для каждаго образованнаго чловѣка. Ежели дѣлателью его нельзя, поэтому, никогда затрудниться въ выборъ занимательнаго предмета, то тѣмъ менѣе мнѣ въ настоящій періодъ времени. Предметъ настоящей ученой бесѣды частію избранъ уже Вами самими. Гражданскій годъ, съ которымъ совпадаетъ нашъ прошлый академичес-

кій, безъ сомнѣнія, сосредоточилъ все Ваше вниманіе на томъ величественномъ явленіи въ области уголовного законодательства, которымъ еще снова облистала законодательная мудрость царствующаго Государя. Государь, съ священнымъ именемъ Котораго исторія соединитъ по преимуществу высочайшее въ вѣнцѣ Царей титуло Царя-Законодателя, даровалъ намъ новое уголовное Уложеніе. Для каждаго друга чловѣчества обнародованіе уголовного уложенія, соответствующаго современному развитію народа, есть явленіе, въ высшей степени отрадное. Здѣсь — въ области уголовного правосудія, гдѣ неразуміе или произволь могутъ приносить себѣ въ жертву самыя высокія и священнѣйшія права и блага чловѣка, здѣсь преимущественно надлежитъ желать самаго полнаго и совершеннѣйшаго упроченія благосостоянія чловѣка-гражданина ясными, точными и справедливыми законами. Еще болѣе должно быть отрадно дарованное намъ уложеніе. Начертаніе новыхъ уголовныхъ законовъ давно уже составляло потребность въ нашемъ отечествѣ; люди съ сознаніемъ, давно уже ощущали нужду въ уголовномъ Законодательствѣ, которое соответствовало бы народнымъ потребностямъ и настоящей степени народного образованія. И вотъ

нашъ Царствующій Законодатель, въ постоянномъ намѣреніи упрочить твердыми законами права, благосостояніе и безопасность нашу, начерталъ уложеніе, въ которое внесены всѣ нужныя по состоянію въ Россіи гражданскаго общества и правовъ узаконенія, дабы рѣшеніе уголовныхъ дѣлъ поставитъ прочнымъ образомъ на истинныхъ, неизблѣмыхъ началахъ правосудія. *) Сколько отрадныхъ мыслей возбуждается при взглядѣ на это законодательное явленіе! Сколько сторонъ и предметовъ представляетъ оно въ себѣ для наблюденія и размышленія!

Но не одно настоящее время работаетъ надъ областію уголовного права, надъ нимъ трудились и вѣка прошедшіе. Не одно законодательство содѣйствуетъ образованію его, есть и другіе органы, которые участвуютъ въ развитіи его. Да позволено мнѣ будетъ, М. Г., занять Ваше просвѣщенное вниманіе обзоромъ вліянія ихъ на развитіе уголовного, въ особенности нашего отечественнаго права.

Извѣстно, что всѣ наши познанія приобрѣтаются двоякимъ путемъ: съ одной стороны посредствомъ опыта, съ другой посредствомъ умо-

*) Указъ 15 Авг. 1845 г.

зрѣнія. Тѣмъ же двоякимъ путемъ идетъ и развивается наука права; въ ней тотъ и другой источникъ имѣеть свои особенные органы, своихъ особенныхъ представителей. Органъ философіи и умозрѣнія въ сферѣ права составляетъ наука и законодательство; а органомъ опыта служатъ преимущественно обычай и практика.

Они же служатъ органами постепеннаго развитія уголовного права. Обычай, практика, законодательство и наука — вотъ его источники. Одни изъ нихъ отъ колыбели человѣчества и каждаго народа содѣйствуютъ образованію уголовного права; другіе, опоздавъ по времени, предвосхитили первенство и преимущество надъ тѣми въ работѣ. Къ первымъ принадлежатъ обычай и практика; къ послѣднимъ наука и законодательство.

I.

Вліяніе обычая на развитіе уголовного права.

Обычай служитъ у всехъ народовъ первоначальнымъ дѣятелемъ на поприщѣ права, первымъ проявленіемъ права въ исторіи. По какому закону живутъ, какимъ закономъ управляются народы

въ первоначальномъ , младенческомъ періодѣ ихъ жизни ? По обычаямъ и преданіямъ отеческимъ. Естественное чувство правоты , врожденное каждому, и чувство любви, которое связываетъ между собою членовъ фамиліи—вотъ внутренній законъ въ этомъ союзѣ; повелѣнія семейной власти, обычай и преданія — вотъ внѣшнее выраженіе его. Не мертвая буква и письмена , не текстъ писанныхъ законовъ выражаютъ первобытное право ; оно живетъ въ самыхъ фактахъ, обрядахъ и обычаяхъ народныхъ, которые, издавна переходя отъ отца къ дѣтямъ, дѣлаются священнымъ наслѣдіемъ потомства , непреложною нормою жизни и поступковъ юнаго еще народа. Меня научилъ говорить такъ отецъ мой—вотъ отвѣтъ, который безъ сомнѣнія дастъ каждый изъ насъ на вопросъ того, кто бы полюбобытствовалъ знать причину нашего выговора ; отецъ мой и предки жили и поступали по сему правилу, такъ и не иначе отвѣтилъ бы сынъ первоначальнаго общества, еслибъ спросили его о причинѣ того или другаго образа дѣйствования. Да, М. Г., первоначальное образованіе права подобно первоначальному образованію языка. Языкъ въ началѣ образуется самъ собою по необходимости и передается отъ отца сыну, отъ предковъ

потомству, какъ необходимый органъ для обмѣна и передачи другимъ нашихъ мыслей и желаній ; точно также и право, какъ норма для внѣшнихъ, взаимныхъ отношеній людей между собою , есть порожденіе ихъ нуждъ и потребностей; оно столь же старо, какъ и эти послѣднія. Поэтому древнѣйшее право каждаго народа всегда основывается на обычаяхъ. Обычай есть порожденіе нуждъ и потребностей народа, выраженіе общаго юридическаго вѣрованія и убѣжденія въ томъ, что справедливо и несправедливо , первоначальный органъ проявленія права. Онъ святъ для каждаго члена первобытнаго союза, потому что есть законъ предковъ ; онъ для нихъ непрерываемъ , потому что есть выраженіе общаго вѣрованія и сознанія , — заповѣдь , истина которой ясно напечатлена въ собственномъ чувствѣ и совѣсти каждаго ; онъ вполне удовлетворителенъ , потому что первоначальныя , взаимныя отношенія людей между собою малочисленны, просты и естественны.

Но дѣйствіе обычая на развитіе права , кажется , не можетъ быть продолжительно. Чѣмъ болѣе расширяется общественная жизнь, тѣмъ болѣе должно стѣсняться право обычая; чѣмъ сложнее и многочисленнѣе дѣлаются гражданскія пра-

воотношенія , тѣмъ недостаточнѣе должны быть
прежнія преданія для ихъ опредѣленія; чѣмъ бо-
лье распространяются успѣхи общественной обра-
зованности, тѣмъ болѣе обычай, какъ произведе-
ніе бессознательнаго чувства , долженъ исчезать
предъ сознательною формою обнаруженія правды.
И на самомъ дѣлѣ обычай и преданія не могутъ
обнять и передать народу всю массу правилъ ,
необходимыхъ для опредѣленія ежедневно возни-
кающихъ въ немъ новыхъ отношеній ; поэтому
юридическія правила , выразившіяся въ тѣсной
формѣ символовъ и обычаевъ , при дальнѣйшемъ
развитіи общественнаго союза, облекаются въ от-
влеченную форму буквы; ихъ начинаютъ записы-
вать. Здѣсь , кажется , уже начало дѣйствию на
развитіе права письменному закону и конецъ влі-
янію на него обычая. Но это такъ только кажет-
ся, а на самомъ дѣлѣ обычай и теперь господ-
ствуетъ со всею силою , только подъ новою фор-
мою. Первые письменные памятники, въ которыхъ
является право, содержатъ въ себѣ одни только
обычай и преданія ; все различіе между ними и
прежними обычаями состоитъ въ одной формѣ ;
прежніе можно назвать обычаями неписанными ,
а эти обычаями записанными. Впрочемъ скрива-

ясь подъ сею новою формою, обычай не перестаетъ являться во всей первобытной простотѣ своей; наряду съ писанными законами остаются въ дѣйствіи и обычные, ибо не все вдругъ записывается; многое остается еще въ преданіяхъ. Обычай, какъ выраженіе жизни народа, состоитъ изъ многихъ элементовъ; въ немъ отражаются и религіозныя, и нравственныя и юридическія идеи народа, народный духъ и жизнь со всеми особенностями ихъ историческаго развитія. Какимъ же образомъ первоначальный писанный законъ можетъ быть вѣрнымъ истолкователемъ всего содержанія обычнаго права?

Обычай не перестаетъ быть проводникомъ и вѣщателемъ юридическихъ идей народа даже въ *періодъ законодательства*, когда буква закона дѣлается главнымъ хранилищемъ и органомъ права; потому что законодательство не отнимаетъ естественной автономіи у народа; онъ живетъ и непрестанно дѣйствуетъ; изъ этого жизненнаго, непрестаннаго процесса народной дѣятельности сами собою возникаютъ новыя отношенія и юридическія требованія; закону предлежитъ собрать ихъ и отмѣтить въ своихъ кодексахъ, ибо законодательство должно быть точнымъ выраженіемъ юридической жиз-

ни народа ; оно должно облечь въ букву закона начала правды, присущей народу. Какой же сильный и необходимый помощникъ для него народный обычай! Онъ служитъ вѣрнымъ отголоскомъ народныхъ потребностей и вѣрованій; получая отъ него общее убѣжденіе недѣлимыхъ, законъ представляетъ имъ его же, только за своимъ стекломъ, въ письменномъ кодексѣ. И какой богатый, неисчерпимый запасъ идей содержитъ въ себѣ обычай! Какое богатство юридическихъ началъ и истинъ приносить онъ съ собою! На его сторонѣ незапамятная давность ; въ теченіе цѣлыхъ вѣковъ работаетъ онъ надъ юридическимъ матеріаломъ, добываетъ его изъ таинственныхъ, неисчерпаемыхъ нѣдръ народной жизни. И такъ тѣ, которые, достигнувъ періода законодательства, хотятъ попраить народный обычай, забываютъ, что право есть элементъ живой, совершающей процессъ непрестаннаго движенія и развитія въ народѣ, что оно не есть минутное явленіе, которое однажды навсегда можно обнять закономъ, что законъ долженъ быть точнымъ отпечаткомъ юридической жизни, вѣрованій и убѣжденій народа.

Такова сила обычая въ области права и вліяніе его на развитіе юридическихъ началъ и пра-

видъ! Законы, говоритъ Великая Екатерина, суть точныя постановленія законоположника, а нравы и обычаи суть установленія всего народа *)).

Сильный въ сферѣ цѣлаго права, обычай преимущественно обнаруживаетъ свое вліяніе на *уголовное право*. На него онъ прежде и ранѣе другихъ сторонъ права кладетъ свою руку; съ него онъ начинаетъ и никогда его не оставляетъ. Самое свойство первоначальныхъ взаимныхъ отношеній людей между собою и тѣсная связь уголовного права съ движеніемъ народной жизни доставляютъ ему это дѣйствіе и силу. Тѣ отношенія, въ которыхъ находятся между собою члены первоначальнаго общественнаго союза, состоятъ въ недостаткѣ, или по крайней мѣрѣ въ малочисленности ихъ. Фамиліи и роды, изъ которыхъ состоитъ этотъ союзъ, живутъ обыкновенно отдѣльно одни отъ другихъ, и требуютъ для себя отъ другихъ только одного—неприкосновенности; гражданскія отношенія между ними малочисленны. Поэтому обычай, который служитъ теперь единственнымъ органомъ права, законодательствуетъ и судитъ всего чаще въ случаѣ вза-

*) Наказъ 59.

имныхъ столкновений и нападеній. Первыя правила, которыя устанавливаетъ онъ, касаются уголовныхъ отношеній; для нихъ образуются въ немъ извѣстныя нормы, которыми упрочивается существованіе и безопасность первоначальнаго союза. Мечь — эта первобытная кара нарушителей личности и собственности — обычаемъ превращается въ право, которое на долго остается неприкосновеннымъ для власти и закона и если уничтожается въ послѣдствіи, то мало по малу. Вира и всякое вообще вознагражденіе за нарушеніе, опредѣленіе ихъ степени и мѣры также узаконяются обычаемъ.

Законодательствуя, въ началѣ общежитія, въ области уголовного права, обычай не перестаетъ участвовать въ развитіи его и въ послѣдствіи, преимущественно предъ всеми прочими частями права, потому что уголовное право находится въ самой тѣсной, существенной связи съ жизнью народа; съ нею оно идетъ рука объ руку, и носитъ на себѣ отпечатокъ всѣхъ переменъ, въ ней въ разныя эпохи совершающихся; это есть летопись, въ которой можно читать судьбы народа. Поэтому уголовному праву предлежитъ, между прочимъ, обнимать и выражать законъ уголовной правды въ

томъ видѣ, въ какомъ она проявляется въ народѣ въ тотъ или другой періодъ его жизни. Верный слуга для него въ семь дѣлъ есть народный обычай : онъ весьма часто выражаетъ въ себѣ потребности вѣка и народа и служитъ отголоскомъ господствующимъ идей и общаго вѣрованія. Это есть общій центръ, въ которомъ сами собою отражаются и сливаются убѣжденія недѣлимыхъ. Взглядъ на постепенное развитіе нашего отечественнаго уголовного права убѣдитъ насъ, М. Г., въ истинахъ, мною высказанныхъ.

Наше *Славяно-Русское* право, по общему уставу юридической жизни, началось обычаемъ — и обычаемъ уголовнымъ, и развилось подъ его сильнымъ и могучимъ вліяніемъ. Единственный законъ нашихъ предковъ въ началѣ ихъ жизни былъ законъ самородный — тѣ правила, которыя поражаются совѣстію и общимъ нравственнымъ чувствомъ, принимаются по общему убѣжденію, сражаются съ народомъ отъ долговременнаго наблюденія ихъ, и освящаются именемъ отцовъ и предковъ, которые имъ свято и постоянно слѣдовали. *Имяху бо обычаи своя и законъ отецъ своихъ и преданья, кождо свой нравъ* *).

*) Несторъ (полн. собр. Р. лѣтоп. Т. I. стр. 6).

знали они письменныхъ законовъ; все, что касалось общественнаго благосостоянія и безопасности, было предметомъ суда народныхъ собраній; дѣла въ нихъ, безъ всякаго сомнѣнія, рѣшались *по пошлинѣ и старинѣ*, которыя были такъ дороги и для времени, несравненно болѣе поздняго. Этотъ же обычный законъ разумѣютъ, конечно, *договоры Олега и Игоря съ Греками*, когда устанавлиють судить нашихъ предковъ *по закону Русскому*. Сходство многихъ статей ихъ съ постановленіями послѣдовавшей за ними *Русской Правды* обнаруживаетъ также, что тотъ и другой памятникъ имѣли одинаковый источникъ, — тотъ, которому одолжено своимъ происхожденіемъ и содержаніемъ первоначальное право всѣхъ народовъ.

Со времени *В. К. Ярослава* Русское право облекается уже въ письменную форму. *Русская правда, уставы, грамоты*, и т. п. вотъ внѣшніе, письменные органы его; но содержаніе ихъ болѣею частію дано обычаемъ. Это были не болѣе, какъ сборники обычаевъ, записанныхъ для народной памяти. Русская Правда съ ея уздою для мести, — съ вирами, намѣстниками мести, носитъ на себѣ всѣ слѣды, всѣ признаки происхожденія изъ обычнаго права. Будучи дана однимъ Новго-

родцамъ, какимъ бы образомъ въ то время могла она сдѣлаться общимъ закономъ цѣлой Россіи, еслибъ содержаніе ея не было освящено общимъ для ней Славянскимъ обычаемъ. Не по одному ли и тому же обычному источнику сходна она съ предшествовавшими ей памятниками права? Замѣчаютъ также, что многіе законы, вошедшіе въ составъ Правды, сходны съ законами тѣхъ Славянскихъ племянь, о которыхъ вполне известно, что они не состояли подъ вліяніемъ чужаго права; не есть ли это доказательство также того, что между всеми ними былъ одинъ общій посредникъ, сливавшій ихъ мысли въ одно общее убѣжденіе? Этотъ посредникъ былъ общій имъ Славянскій обычай. Онъ же былъ однимъ изъ представителей внутренняго единства Россіи въ то время, когда ее раздѣляли удѣлы и раздирали междоусобныя брани. Грамоты и памятники права этого времени прямо отдають всю честь старинъ: въ нихъ часто повторяется правило: *судить какъ судили дѣды*; *судить по пошлннѣ*. Сходство постановленій ихъ не только по содержанію, но и по самымъ словамъ и выраженію, самымъ дѣломъ доказываетъ уваженіе ихъ къ старинѣ.

В. К. *Иоаннъ III.* пишетъ судебникъ для цѣлой Россіи ; въ немъ, кажется, уже не найти мѣста обычаю. Съ этого времени право будетъ развиваться только посредствомъ постановленій законодательной власти, сильной спасительнымъ и спасшимъ Россію самодержавіемъ. Но самъ законодатель хотѣлъ только начертать уложеніе, основанное на прежнихъ судныхъ грамотахъ. — Тотъ же элементъ вошелъ въ составъ послѣдовавшихъ за судебникомъ *Иоанна III* уставныхъ грамотъ, судныхъ и т. п., онѣ служили только дальнѣйшимъ развитіемъ его.

Иоаннъ IV., издавъ новый Судебникъ, только дополнилъ уложеніе *Иоанна III*. Такимъ образомъ грамоты и Судебникъ *Иоанна III* были только развитіемъ Русской правды, а Судебникъ *Иоанна IV.* служилъ развитіемъ и дополненіемъ Судебника *Иоанна III*. — Предѣлы публичной рѣчи не позволяютъ углубляться въ содержаніе сихъ памятниковъ нашего законодательства, но если бъ мы сравнили между собою Русскую правду, судныя грамоты XIV вѣка, Судебники *Иоанна III* и *IV*, то во всѣхъ нихъ встрѣтили бы одно и тоже жизненное начало, одинъ и тотъ же національный, самородный элементъ, обнаруживающійся время

отъ времени въ новыхъ формахъ, разширяющійся отъ новыхъ потребностей, но въ существѣ своемъ всегда неизмѣнный и вѣрный своему народу. То, что вносили въ него сторонціе, чужіе элементы права, или прививалось къ нему и срасталось съ нимъ, или выдавалось какъ дикій наростокъ. Впрочемъ и одного взгляда на содержаніе судебныхъ грамотъ и обоихъ Судебниковъ достаточно для того, чтобы видѣть все дѣйствіе обычая на право сего времени; они главнымъ образомъ содержали въ себѣ опредѣленіе формальной и вѣншей стороны права. Законодатели опредѣляютъ въ нихъ устройство судовъ, назначаютъ судей, предписываютъ порядокъ судопроизводства, указываютъ средства для открытія истины, даютъ правила о составленіи и исполненіи приговоровъ, устанавливаютъ пошлины — и все это не болѣе, какъ только однѣ формы, вѣншая сторона права. Самое право теперь не имѣло еще нужды въ Судебникахъ; оно существовало прежде нихъ — въ народныхъ обычаяхъ и преданіяхъ.

Соборное уложеніе Царя Алексѣя Михайловича смѣнило собою грамоты и уложенія прежняго времени. Замянило ли оно новымъ органомъ прежній элементъ права? Уничтожило ли силу и дѣй-

ствіе обычая , и не ввело ли въ его права новый органъ права? Отвѣтъ на этотъ вопросъ содержится въ повелѣніи, данномъ самимъ законодателемъ о составленіи уложенія и въ самомъ содержаніи сего послѣдняго. Царь Алексѣй Михайловичъ приступая къ составленію его далъ такое повелѣніе: «*Которыя статьи написаны въ правилехъ Св. Апостолъ и Святыхъ Отецъ , и въ градскихъ законахъ Греческихъ царей , а пристойны тѣ статьи къ государственнымъ и къ земскимъ дѣламъ , и тѣ бы статьи выписать , и чтобы прежнихъ Великихъ Государей, Царей и В. Князей Россійскихъ, и Отца Его Государева , блаженныя памяти Великаго Государя, Царя и Великаго Князя Михаила Теодоровича всея Русіи, указы и боярскіе приговоры на всякія государственныя и земскія дѣла собрать и тѣ Государскіе указы съ старыми судебниками справить. А на которыя статьи въ прошлыхъ годѣхъ прежнихъ Государей въ прежнихъ судебникахъ указу не положено, и боярскихъ приговоровъ на тѣ статьи не было , и тѣ бы статьи по тому же написать и изложить по Его Государеву указу обцимъ совѣтомъ* »). И такъ въ составъ уложенія

*) Полное собраніе законовъ стр. 1. 2.

1649 года, по самому намѣренію Законодателя, должны были войти : 1) правила Св. Апостоловъ и Св. Отцевъ; 2) градскіе законы Греческихъ Царей; 3) прежніе судебники, указы Государей и боярскіе приговоры; 4) статьи, нерѣшенные ни прежними судебниками, ни Царскими указами, которыя надлежало разрѣшить по Государеву указу общимъ совѣтомъ, и 5) наконецъ извѣстно, что при этомъ въ пособіе былъ принятъ и Литовскій Статутъ. — Какое обиліе источниковъ! Прежнему обычаю надлежало потеряться между ними. Но и старыя привычки не легко и не скоро уничтожаются; едва ли когда можно заглушить голосъ и требованія народнаго обычая, національнаго убѣжденія и совѣсти. Сосчитайте статьи новыя, внесенныя въ уложеніе, тотчасъ видно будетъ, на чьей сторонѣ остался перевѣсъ, — на сторонѣ ли новыхъ стихій, къ чему такъ падка натура человека, или на сторонѣ прежнихъ, запечатлѣнныхъ печатію незапамятной старины. Не много найдется въ немъ статей, дѣйствительно новыхъ; большая часть ихъ взята изъ прежнихъ судебниковъ и судебныхъ рѣшеній; которыя были выраженіемъ народныхъ обычаевъ.

Но если уложение Царя Алексѣя Михайловича и отдало должное признаніе народному обычаю, то тѣмъ не менѣе положило краеугольный камень развитію законодательства. Переворотъ этотъ былъ приготовленъ, какъ мы увидимъ въ послѣдствіи, практикою подъячихъ. Долго законодательство смотрѣло издали на ея работу, долго предоставляло ей право на свободное развитіе; наконецъ она пала подъ собственною тяжестью; надлежало помочь ей, и средство для того заключалось въ одномъ только положительномъ законѣ. Имъ и было уложение. Съ нимъ и народный обычай, еще прежде утратившій свою жизненную самостоятельность, мало по малу перешелъ въ законную положительность. Преобразование Русскаго народа довершило судьбу его. Впрочемъ вліяніе обычая на развитіе нашего права, если теперь не столь обширно, и не столь видимо, какъ прежде, то тѣмъ не менѣе неоспоримо; это извѣстная истина, что законодательство не творитъ законъ отъ себя, а только износитъ его изъ потребностей и нуждъ націи; самый же живой и самостоятельный провозвѣстникъ ихъ есть обычай. И не было еще такого законодательства, которое бы однажды на всегда исчерпало этотъ неиссяка-



мый источникъ народнаго убѣжденія и сознанія права. Онъ прибываетъ непрестанно, и тѣмъ болѣе, чѣмъ болѣе развивается юридическая жизнь народа; въ немъ нѣтъ застоя, потому что мысли, намѣренія, гражданскія отношенія не знаютъ для себя покоя; онъ совершаетъ непрестанное жизненное движеніе; законы, по которымъ оно совершается, обнаруживаются въ формѣ обычая.

Вотъ какъ обычай вліялъ на развитіе и образованіе нашего отечественнаго права. Лучшій комментарий на весь древній періодъ нашего права, заключается не въ книгахъ и писанныхъ законахъ, а въ народныхъ нравахъ и обычаяхъ. Ежели же это можно сказать о всемъ составѣ права, то преимущественно о правѣ уголовномъ. Это неоспоримо относительно начала общественнаго союза, когда нужно бываетъ давать правила на взаимныя столкновенія; но тоже имѣетъ мѣсто и при дальнѣйшемъ развитіи его. Поэтому главный элементъ какъ первыхъ, такъ и послѣдующихъ письменныхъ памятниковъ нашего права, которые изображаютъ собою народные обычаи, есть преимущественно уголовный. Русская Правда, судныя, и въ особенности губныя грамоты, матеріальное право даже судебниковъ и уложенія на-

полнены законами о преступленіяхъ и наказаніяхъ. Однимъ словомъ, наше уголовное право, во всемъ жизненномъ процессѣ его развивалось большею частію изъ источниковъ самородныхъ, изъ народныхъ правовъ и обычаевъ; оно есть плодъ вынесеннаго отсюда народнаго убѣжденія.

II.

Вліяніе практики на развитіе уголовного права.

Сродный съ народнымъ обычаемъ органъ образованія права составляетъ *практика или обычай судебный*. Это не есть та односторонняя практика, которая состоитъ въ одномъ рабочемъ примѣненіи законовъ или судебныхъ мнѣній, утвержденныхъ на одномъ авторитетѣ давности, безъ всякаго суда и размышленія, или которая, пренебрегая закономъ, созидаетъ для себя произвольныя правила. Разумная практика не судитъ безъ размышленія, и не творитъ ничего по произволу; напротивъ, богатая опытомъ и наблюденіями многихъ лѣтъ и лицъ, она взвѣшиваетъ то, о чемъ размышляли еще прежде другіе, оцѣниваетъ по достоинству взаимно одно другому про-

творѣчащія мнѣнія, внимательно слѣдитъ за многоразличными и безконечно-разнообразными явленіями жизни, углубляется въ ихъ причины и выводитъ изъ нихъ законы для твердаго и правильнаго суда о каждомъ отдѣльномъ случаѣ. Судья—практикъ, въ высшемъ и истинномъ значеніи его, есть болѣе, нежели простой только сводчикъ, который отдѣльные случаи подводитъ подъ приличные законы; онъ есть представитель права своего народа; его призывъ состоитъ въ томъ, чтобы быть живымъ органомъ права. Чрезвычайно велико и многосторонно вліяніе, которое практика въ этомъ видѣ и значеніи имѣла и можетъ имѣть на право. Оно осязательно для каждого, кто только знакомъ съ отношеніемъ истинной практики къ жизни.

Народная жизнь есть истинная, дѣйствительная сфера, въ которой право находитъ для себя осуществленіе; здѣсь оно выражается въ возможной полнотѣ, разнообразіи и живости, здѣсь оно овеществляется, дѣлается нагляднымъ и осязаемымъ, даетъ себя созерцать въ безконечно-разнообразныхъ явленіяхъ. И эта-то жизнь есть, такъ сказать, рабочая практика. Посреди нея дѣловой человѣкъ стоитъ какъ наблюдатель надъ юриди-

ческим бытомъ человечества ; здѣсь онъ замѣчаетъ бесконечно-разнообразныя явленія его , усволяетъ ихъ себѣ , сравниваетъ однѣ съ другими , выводитъ изъ отдѣльныхъ явленій законы и подводитъ ихъ подъ общія начала. Изошренный постоянными наблюденіями, онъ сдружается съ юридическою природою чловѣка , твердо разбираетъ и читаетъ ея законы. Такимъ образомъ познаніе практика основывается на собственномъ его созерцаніи; все проникнуто жизнію. Какимъ обильнымъ и живымъ источникомъ права должна поэтому быть практика! Это есть органъ жизненнаго развитія права , столь же обширный и безпредѣльный, сколь обширна и безпредѣльна самая жизнь ; столь же богатый и роскошный , сколь богата и роскошна сама она. Практика подаетъ поводъ къ разнообразнѣйшимъ вопросамъ и изслѣдованіямъ , вызываетъ къ жизни самыя интересныя истины , оживляетъ и возвышаетъ чисто теоретическое познаніе , разработываетъ неистощимый юридическій рудникъ жизни, доставляетъ самый богатый запасъ живыхъ и плодоносныхъ истинъ и законодательству и наукѣ, служить вѣрнымъ оттискомъ различныхъ требованій присущей народу идеи права. Вполнѣ сознаетъ эту ис-

тину тотъ , кто работалъ надъ ея матеріаломъ , кто слѣдилъ за ея работою ; для него непременно открылся новый , болѣе высокій и отрадный взглядъ на нее. Практика представляется ему не мрачнымъ уже и спутаннымъ хаосомъ , безъ всякаго духа и жизни , не одною лишь рабочею рутиною , не хлѣбнымъ промысломъ , а живымъ голосомъ права.

Преимущественно дѣятельнымъ и плодоноснымъ органомъ права практика служитъ въ древнемъ періодѣ народной жизни ; она современна сей послѣдней , старѣе даже обычая , а тѣмъ болѣе формальнаго закона. Въ первыя времена возникающаго общественнаго союза , когда нѣтъ еще ни обычая , ни формальнаго закона , есть и непременно должна быть практика ; и тогда возникаютъ уже взаимныя отношенія между членами его , должно быть столкновение между ними , непременно будутъ споры , обиды , нападенія одного на другаго. Кто судья для нихъ и по какому закону ? Членовъ семейства судить теперь отецъ семейства по законамъ совѣсти и здраваго разсудка ; столкновения съ другими въ самое глубокое время общежитія рѣшаются самосудомъ , самоуправствомъ

и местию, въ послѣдствіи родоначальниками, старшинами и міромъ по ихъ усмотрѣнію. Вотъ и первые практики — отцы семейства, старшины, родоначальники и міръ; они и первые органы права, первые провозвѣстники его. Такъ было и у насъ, съ нашимъ *Русскимъ правомъ*. Въ началѣ каждый, живя съ родомъ своимъ, имѣлъ свой *норовъ*; потомъ судъ принадлежалъ общинамъ; еще позже были избираемы для сего особенныя лица. Судить же тогда значило просто давать свое мнѣніе по чистой совѣсти и убѣжденію здраваго, естественнаго смысла; не было еще закона; не было даже и раздѣленія между властію судебною и законодательною; и судья былъ не исполнителемъ только закона, но его намѣстникомъ и живымъ органомъ права.

Еще болѣе увеличивается значеніе судьи и усиливается вліяніе практики на право съ теченіемъ времени. Въ началѣ право даже не имѣетъ самостоятельнаго бытія, но состоитъ въ смѣшеніи съ религіозными вѣрованіями и нравственными понятіями народа; отдѣленіе его и развитіе принадлежитъ практикѣ. Обращаясь съ жизнію и дѣйствительностію, она непрестанно встрѣчаетъ

новые случаи, которые требуют рѣшенія и правилъ, приводятъ къ новымъ понятіямъ и началамъ; вотъ здѣсь-то и колыбель права, его начало и причины большаго и большаго развитія. Оно выходитъ на свѣтъ и получаетъ видимое бытіе въ слѣдствіе взаимныхъ столкновеній; надъ ними высказываютъ право судьи. Преторы были самымъ сильнымъ органомъ развитія права Римлянъ; приговоры шеффовъ служили богатымъ источникомъ права Германіи; практика развила и обогатила право всѣхъ народовъ; бояре, *окольничіе, казначеи, дьяки, намѣстники, волостели, тиуны, губные старосты и цѣловальники, лучшіе и всякіе приказные люди* и т. п. — вотъ кому одолжены и мы развитіемъ нашего древняго права какъ вообще, такъ и права уголовного. А Русская Правда, разнаго рода грамоты, судебники Іоанна III и IV, Уложеніе Царя Алексѣя Михайловича, новопказныя статьи — развѣ онѣ не связывали руки судьямъ? Развѣ онѣ не содѣйствовали развитію права? Содѣйствовали, но по преимуществу тѣмъ, что вызывали на эту работу нашихъ судей, дѣлали со стороны ихъ необходимымъ занятіе правомъ.

Истина эта не подлежит сомнѣнію по отношенію къ Русской Правдѣ, судебникамъ и грамотамъ; изъ самаго ихъ названія видно, что они не должны были вмѣщать въ себѣ самыхъ матеріальныхъ положеній права, а только опредѣленіе внѣшней и формальной стороны его. Большое число статей Русской Правды, конечно, относится къ самому праву, и именно уголовному, но слишкомъ мало было ихъ для того, чтобы служить нормою для суда о взаимныхъ столкновеніяхъ и обидахъ, которыя бывають такъ часты въ первоначальныхъ, мало развитыхъ еще обществахъ. Всего меньше законодатели касаются самаго права въ судебныхкахъ. Удивляться надобно тому, сколь много Іоаннъ III и IV были вѣрны своему намѣренію при составленіи своихъ уложеній. Имѣя въ виду устроить судъ и судопроизводство, законодатели опредѣляютъ только внѣшнее устройство присутствія и порядокъ судопроизводства; если они и вписываютъ въ свои кодексы нѣкоторыя положенія права, то или потому, что онѣ находились въ связи съ судопроизводствомъ, или потому, что то время еще не умѣло всегда отдѣлять форму отъ содержанія, судъ отъ права. Гдѣ же хранился тотъ матеріалъ, который надлежало отливать по

сими формамъ? Гдѣ самое снятіе, самое опредѣленіе родовъ, свойства и послѣдствій тѣхъ дѣяній, которыя надлежало судить этимъ судамъ, по порядку, предписанному законодателями? Правда Іоаннъ IV, останавливаясь на уголовныхъ дѣлахъ, назначая особенныхъ судей — губныхъ старостъ *для тѣхъ приведутъ кого въ разбои, или на кого доведутъ въ судъ, что онъ вѣдомой воръ, разбойникъ, предписываетъ судить ихъ не по судебнику, а по губнымъ грамотамъ, какъ въ нихъ написано* *), но законодатель этимъ только предупреждаетъ тѣхъ, которые захотѣли бы искать въ его судебникъ даже подробныхъ правилъ уголовного судопроизводства, не только что прямыхъ положеній уголовного права. Впрочемъ напрасно будемъ мы искать матеріальнаго развитія уголовныхъ началъ и въ губныхъ грамотахъ; и онѣ были формальныя инструкции для уголовныхъ судей, опредѣлявшія не столько содержаніе, сколько формы уголовного суда. И такъ гдѣ же оставалось самое право? Оно предполагалось для современнаго судьи тамъ, откуда черпаетъ его самъ законодатель — въ народной жизни. Не износя его отсюда, а вмѣстѣ

*) Суд. изд. Татищ. стр. 60.

обязывая судью судить о немъ по даннымъ формамъ, законодатель самъ уполномочивалъ и принуждалъ его, искать право въ ней и самому быть его провозвѣстникомъ. Какое обширное поприще открыто было этимъ для дѣятельности практики! Какой просторъ для ея работы надъ правомъ! Съ этихъ поръ все уголовное право поступаетъ прямо въ руки *губныхъ старостъ* и *цѣловальниковъ*. Они служатъ главнымъ органомъ его въ теченіе цѣлаго столѣтія. — Столь широкимъ и длиннымъ путемъ шла наша уголовная практика.

Соборнымъ уложеніемъ Царя Алексѣя Михайловича начинается у насъ настоящій періодъ законодательства. Теперь, кажется, практикъ надлежало, если не уничтожиться, то сократиться. Она не болѣе, какъ только намѣстникъ закона, безъ него право дѣлается довлѣющимъ преимущественно посредствомъ судебныхъ приговоровъ; но какъ скоро появляется законодательство, направленное къ матеріальной полнотѣ и совершенству, устремленное на внутреннее содержаніе права, тогда не практика, а законъ уже долженъ сдѣлаться сокровищницею права. Такъ, кажется, было у насъ на самомъ дѣлѣ. Уложеніе 1649 г., принявъ въ себя, между прочемъ, прежніе бояр-

скіе приговоры , преимущественно имъ будучи одолжено своимъ содержаніемъ , отблагодарило ихъ рѣшительнымъ ударомъ , нанесеннымъ судебной , въ особенности уголовной , юрисдикціи . Оно исчислило всѣ тѣ дѣянія , которыя отсель надлежало считать преступленіями , опредѣлило съ точностію наказаніе за каждый родъ преступленія , предписало опредѣленные правила для слѣдствія и суда въ дѣлахъ уголовныхъ . После этого судъ ничего болѣе не оставалось дѣлать , какъ только слѣдовать буквѣ закона , быть исполнителемъ ея . Законъ , казалось , совершенно замѣнилъ собою юриспруденцію подъячихъ ; даже тамъ , гдѣ не доставало уложенія являются уже не боярскіе приговоры , но статьи новоуказныя .—Но будто бы уложеніе исчерпало собою всю юридическую жизнь Русскаго народа ? будто бы эта жизнь , достигнувъ тогда крайнихъ предѣловъ , не могла уже идти впередъ ? Нѣтъ , ни народъ , ни право не знаютъ конца своему развитію , ибо правда—предметъ его — безпредѣльна . Тотчасъ по выходѣ уложенія потребовались объясненія , перемѣны , дополненія къ нему . Правда и эту работу принялъ какъ бы на себя законъ ; все это совершалось посредствомъ т. н. новоуказныхъ статей ; но онѣ выходили

только тогда, когда на встрѣченный случай не было ршенія въ прежнихъ дѣлахъ, когда дьякъ докладывалъ, что это дѣло новое, для котораго нѣтъ приличной статьи въ уложеніи, что *больше того примѣровъ не сыскано, а подъячіе сказали, что у нихъ вершенихъ дѣлъ нѣтъ*. Если въ слѣдствіе сего Государь указалъ, а бояре приговорили, то это и была новоуказная статья. И такъ уложеніе 1649 г. нимало не пресѣкло участія судебной практики въ развитіи права.

Эпоха преобразованія Россіи не только неустранила судебную практику отъ участія въ реформѣ нашего права, напротивъ возбудила ее къ новой дѣятельности, и преимущественно въ области уголовного права. Какое обширное поле дѣятельности открываетъ Великій Преобразователь Россіи для уголовного судьи, когда предписываетъ ему, признавать преступленіемъ не тѣ лишь дѣянія, которыя поименованы въ законахъ, но и *все то, что вредъ и убытокъ государству приключить можетъ!* Не даетъ ли Онъ полнаго простора дѣйствию судебной практики, когда, угрожая за преступленіе разными наказаніями, выборъ

— онъ вершенихъ дѣлъ нѣтъ —

Указъ 1714 г. Дек. 24.

между ними и опредѣленіе мѣры и степени ихъ поставляетъ въ зависимости отъ степени вины и особенныхъ обстоятельствъ преступленія. Но этого мало! Кто знаетъ источникъ и основаніе уголовной практики Германіи, и чрезвычайное вліяніе, которое она имѣла на развитіе уголовного права, тотъ въ законодательствѣ Петра Великаго найдетъ, корень нашей уголовной практики. Вся Германская уголовная практика основана на известномъ уголовномъ уложеніи Императора Карла V, обнародованномъ въ 1532 году; въ немъ корень ея и начало. Наши же воинскіе артикулы и процессы почерпнуты изъ сего источника, отъ чего для уразумѣнія точнаго смысла ихъ, въ началѣ они были напечатаны какъ на Русскомъ, такъ и на Нѣмецкомъ языкѣ.

Слѣды, которые практика оставила въ послѣдующемъ развитіи отечественнаго уголовного права, слишкомъ ясны, чтобы можно было отвергнуть ея вліяніе на него. Читайте наши указы и узаконенія послѣдующаго времени; легко замѣтите, что большая часть ихъ воздвигнута практикою; они обыкновенно состоятъ изъ трехъ частей: изъ изложенія дѣла или случая подавшаго поводъ къ закону; разсужденій или ува-

женій, бывшихъ въ виду при составленіи закона, и изъ самаго текста и содержанія закона. Вглядитесь въ ту силу, которая была употреблена у насъ въ орудіе смягченія прежней суровости уголовныхъ законовъ, вы встретитесь съ тою же практикою; на нее преимущественно это дѣло возложено было самимъ законодательствомъ. Въ духъ правоты и человѣколюбія, въ намѣреніи уничтожить всякую жестокость и несоразмѣрность наказанія съ требованіями правды, оно судебнымъ мѣстамъ, при опредѣленіи мѣры наказанія, дало въ руководство два главныхъ начала: 1) не налагать наказанія паче мѣры содѣяннаго преступленія; 2) оказывать себя болѣе милостивымъ, нежели жестокимъ, памятуя, что и судья чловѣкъ есть *). Сколь много такихъ случаевъ, рѣшеніе которыхъ оно предоставило умотрѣнію судьи, дозволивъ ему даже смягчать строгость опредѣленныхъ закономъ наказаній, поколику это совместно съ силою сихъ же законовъ и общою безопасностію **). Велико было поприще, на которое само законодательство поставило уголовно-

*) Свод. Зак. Т. XV. ст. 120. изд. 1842 г.

**) Свод. Зак. Т. XV. ст. 103.

судебную практику; не мала была и ея дѣятельность. Ей надлежало удовлетворять требованіямъ правосудія тамъ , гдѣ или вовсе не было закона, или гдѣ онъ не соответствовалъ имъ. Сколь много она содѣйствовала этому, то доказываетъ уже одно то, что многія изъ ея правилъ, прѣвота которыхъ была извѣдана долговременнымъ опытомъ, получили въ послѣдствіи авторитетъ законныхъ источниковъ права. Если не все судебныя рѣшенія получили мѣсто въ *полномъ собраніи Русскихъ законовъ* по тому общему правилу нашего законодательства , что они имѣютъ силу закона единственно въ тѣхъ случаяхъ , по которымъ состоялись, то тѣмъ не менѣе въ составъ его допущены все судебныя рѣшенія, сила которыхъ распространена въ самомъ ихъ изложеніи на все случаи , имъ подобныя; также тѣ, которыя , бывъ въ началѣ частными, приняты въ послѣдствіи примѣромъ и образцомъ другихъ рѣшеній , и такимъ образомъ сдѣлались общими ; равно какъ и рѣшенія частныя, но въ которыхъ сдѣлано изъясненіе закона общаго , установленъ точный смыслъ его , и отвергнуты толкованія , съ разумомъ его несообразныя. Подобное же мѣсто получили въ собраніи законовъ *рѣшенія дѣлъ уголовныхъ*. Важ-

нѣйшія изъ нихъ, въ особенности по преступленіямъ государственнымъ, признано было полезнымъ сохранить въ собраніи законовъ *)).

Сколь много цѣнить наше законодательство содѣйствіе практики въ правѣ, это доказываетъ исторія самаго свода законовъ. ПЕТРЪ Великій положилъ начало ему, повелѣвъ *снести* соборное уложеніе 1649 г. съ постановленіями, послѣ Него состоявшимися, т. е. съ новоуказными статьями, съ именными указами и съ боярскими приговорами по частнымъ дѣламъ *вершаннымъ*. Въ самую первую комиссію, учрежденную 1700 г. подъ названіемъ *Палаты объ уложеніи* призваны были къ сему великому дѣлу практики — бояре, думные дворяне, стольники и дьяки, особенно для сего назначенные. Еще виднѣе была выражена надежда, достигнуть посредствомъ практиковъ преднамѣренной цѣли, при составленіи 4-й комиссіи 1728 г. Для сего были призваны изъ всѣхъ губерній по пяти депутатовъ *добрыхъ и знающихъ людей* отъ дворянства; Императрица Екатерина II, учредивъ въ 1767 г. отдѣльныя комиссіи для

*) Полное Собраніе Зак. Т. I. предисловіе стр. XIX и XX. п. 3.

составленія каждой части новаго уложенія , въ основаніе трудовъ ихъ положила, между прочимъ, *наказы, данные избраннымъ въ нихъ, депутатамъ отъ присутственныхъ мѣстъ и сословій*. Наконецъ и въ послѣднее время II Отдѣленіе Собственной Его Императорскаго Величества Канцеляріи , которымъ было совершено это въковое дѣло , приняло за правило: своды каждой части законовъ подвергать ревизіи тѣхъ самыхъ мѣстъ управленія, къ которымъ они ближе принадлежатъ. На сей конецъ были учреждены во всѣхъ министерствахъ особыя ревизіонныя комитеты ; для законовъ же гражданскихъ, межевыхъ и уголовныхъ составленъ былъ особый комитетъ подъ предѣтельствомъ Министра Юстиціи, изъ Сенаторовъ и разныхъ Чиновниковъ *). Такимъ образомъ наши практики трудились , между прочимъ , надъ составленіемъ систематическаго свода Русскихъ законовъ.

Вспомнимъ здѣсь съ признательностію и о частныхъ другихъ нашихъ практиковъ надъ законодательнымъ матеріаломъ. Въ намѣреніи удовлетворить потребностямъ судовъ, дѣлопроизводители

* Обзорніе историч. свѣдѣній о сводѣ зак. стр. 7.

присутственныхъ мѣсть уже давно старались собирать разсѣянные законодательные акты, приводили въ извѣстность ихъ содержаніе, разбирали узаконенія по предметамъ, составляли т. н. юридическіе словари, алфавитные указатели, систематическія собранія и т. п. Эти труды ихъ въ особенности были полезны для ежедневной практики; если они и не содѣйствовали прямо и въ свое время развитію права, то стали путь ему въ будущемъ и служили возбужденіемъ.

Вотъ значеніе, которое практика доселѣ имѣла въ развитіи нашего уголовного права!

Но желательно знать, не положенъ ли конецъ участию ея въ образованіи уголовного права изданіемъ новаго уголовного уложенія. При самомъ составленіи его принято было за правило, *«внести въ новый проектъ все нужныя, по состоянію гражданскаго въ Россіи общества и правовъ, дополненія къ существующимъ узаконеніямъ, чтобы все, какъ важнѣйшія, такъ и менѣе важныя преступленія и проступки были въ немъ опредѣлены въ большую, удовлетворительнѣйшую противъ прежняго точностію, назначены не только разныя ихъ степени, но и обстоятельства, которыми увеличивается или уменьшается вина подсудимаго, и чтобъ*

за каждое противозаконное дѣяніе было положено соответствующее ему, соразмѣрное со свойствомъ его, наказаніе или взысканіе, дабы чрезъ то устранился, по возможности, всякой въ произнесеніи приговоровъ произволь, и обвиняемые были подчинены одному прямому дѣйствию закона *).

Это, конечно, неопровержимая истина, что чѣмъ несовершеннѣе уголовное законодательство, чѣмъ менѣе оно идетъ на ряду съ своимъ временемъ, тѣмъ болѣе и сильнѣе должна быть дѣятельность практики для пополненія тѣхъ недостатковъ, которые не премѣнно должны быть въ немъ, — однимъ словомъ для того, чтобъ законы привести въ гармонію со степенію развитія народной жизни; напротивъ кругъ дѣйствія практики долженъ тѣмъ болѣе стѣсняться, чѣмъ болѣе будетъ совершенствоваться законодательство, чѣмъ болѣе оно время отъ времени будетъ реформируемо сообразно съ успѣхами народнаго развитія и его потребностями; потому что въ той мѣрѣ, какъ совершенствуется законъ, уменьшается то раздѣленіе, которое находится между имъ и жизнью, а съ этимъ уменьшается и нужда въ особенномъ по-

*) Указъ 1845 г. Авг 15.

средникъ между ними , которымъ служить практика. Вотъ почему уголовное законодательство цѣлой Европы въ настоящее время поставило себя совершенно на другую ногу въ отношеніи къ практикѣ сравнительно съ прежнимъ ихъ положеніемъ. Прежде вѣрили , что судьи пополняютъ и развиваютъ право, и законодатели охотно прислушивались къ ихъ мнѣніямъ и принимали ихъ начала ; прежде практикѣ предоставляли свободное движеніе ; въ законодательствахъ же настоящаго времени явно замѣтна недовѣрчивость къ ней и заботливость , какъ можно болѣе стѣснить дѣятельность ея, какъ можно менѣе оставлять свободы судебному произволу.—Но судебный произволъ не есть судебная юриспруденція , точно также какъ ее не составляетъ слѣпое слѣдованіе прежнимъ , своимъ или чужимъ, мнѣніямъ только потому, что они часто нами или другими были произносимы. Направленіе судей, обойти требованія закона, нетвердость и разногласіе въ ихъ мнѣніяхъ, частый произволъ породили недовѣрчивость къ нимъ , и направленіе настоящаго законодательства стѣснить ихъ дѣятельность. Но это совершенно несбыточное и вредное дѣло , когда думаютъ совершенно поправить и уничтожить судебную юриспруденцію

и разумную практику. И въ самомъ блестящемъ періодѣ законодательства она удержитъ свои права за собою.

Конечно теперь надлежитъ узнавать изъ уложенія, что право и неправо; но отвлеченное правило дѣлается нагляднымъ только посредствомъ приложенія его къ жизни и дѣйствительности. Приговоры надъ многоразличными явленіями ея выражаютъ право видимымъ образомъ; поэтому они могутъ быть названы живымъ комментариемъ на законы; въ нихъ заключается необходимое средство вдохнуть жизнь въ мертвую букву закона, открыть настоящій его разумъ, постигнуть настоящую волю законодателя, которую онъ не всегда можетъ выразить со всею точностію; потому что сколько бы законодательство какого-либо народа ни было совершенно, всегда останется темнота въ словахъ, положеніяхъ и распоряженіяхъ его, и всегда встрѣтятся случаи, которые не ясно рѣшены и опредѣлены въ законахъ.

Столь же важными и еще болѣе важными, какъ проводники права, являются судебные приговоры въ отношеніи къ *содержанію и полнотѣ закона*. Пусть законодатель какого-либо народа

будетъ проникнуть тою мыслию , чтобы его законъ обнималъ собою всевозможныя отношенія, пусть какой-либо народъ будетъ столь счастливъ, что получить уложеніе, редакторы котораго стремились къ полнотѣ и совершенству , но они никогда вполне не достигнутъ этой цѣли , и развѣ только что приблизятся къ ней. Не было еще такого кодекса, который бы исчерпалъ все содержаніе своего предмета. Кто же откроетъ пропуски и недостатки въ законодательствѣ? Сами редакторы обыкновенно и не замѣчаютъ ихъ, открываетъ и пополняетъ ихъ практика. Въ самомъ дѣлѣ недостатковъ въ существующихъ уголовныхъ законахъ и необходимость новыхъ правилъ обнаруживается только тогда , когда нарушается чье-либо право, и когда обиженный прибѣгаетъ къ судебной помощи. Законодателю тогда уже поздно, давать новый законъ на этотъ случай, и судья находится въ необходимости дѣлать рѣшеніе , котораго нѣтъ въ законахъ. Если эти приговоры не противорѣчатъ прямымъ опредѣленіямъ закона , то у нихъ нельзя отнять силы и дѣйствія по причинѣ неизбѣжныхъ недостатковъ въ законодательствѣ. Въ подобныхъ случаяхъ судьи суть вѣщатели незаписаннаго въ законахъ права. Напрасно въ этомъ

родъ судебной дѣятельности хотѣтъ находить вмѣшательство въ права законодательной власти; дѣятельность судовъ, когда они восполняютъ недостатки въ законодательствѣ, существенно различна отъ дѣятельности послѣдняго. Законодательство имѣетъ въ виду не недѣлимыхъ, а всю массу гражданъ, даетъ законы обязательные для всѣхъ нихъ; напротивъ судья произноситъ приговоръ надъ однимъ только лицомъ, соображаясь съ его особенными обстоятельствами, которыя не были извѣстны законодателю; отъ воли его зависитъ облечь частное рѣшеніе судьи силою общеобязательнаго закона. — Такимъ образомъ судебная практика дѣйствуетъ на образованіе права не только тѣмъ, что *истолковываетъ* законъ и научаетъ понимать его, но и тѣмъ, что *открываетъ и передаетъ* право, котораго не находится въ законахъ. Безъ него потерпѣло бы богатство содержанія въ законодательствѣ.

Но представимъ, что какое-либо законодательство и предусмотрѣло всѣ случаи, которые должны подлежать судебному рѣшенію; и оно не обойдется безъ помощи судебной практики. Въ самомъ совершеннѣйшемъ видѣ оно будетъ прилично только извѣстному, опредѣленному періоду

народной жизни. Но народъ, какъ и отдѣльныя лица не стоитъ неподвижно; измѣняется время, съ нимъ измѣняемся и мы. Съ развитіемъ гражданскихъ отношеній, съ постепеннымъ усовершенствованіемъ народа, съ новыми открытіями въ наукахъ, художествахъ и промыслахъ, съ новыми политическими отношеніями, необходимо должны произойти новые случаи, для которыхъ не будутъ приличны или будутъ недостаточны существующіе законы; они потребуютъ или совершенно новыхъ законовъ, или реформы въ прежнихъ; потому что законы, ежели только они должны быть исполняемы, никогда не должны находиться въ противорѣчій съ господствующими понятіями въ народѣ и со внѣшними отношеніями; въ особенности это должно сказать о законахъ уголовныхъ. Уголовное право находится въ тѣснѣйшей связи съ ходомъ и движеніемъ народной жизни, глубоко проникаетъ внутрь ея, сильно занимаетъ всѣхъ и имѣетъ общій интересъ, однимъ словомъ составляетъ предметъ исполненія народный и общій; поэтому оно ни какъ не можетъ далеко отстоять отъ господствующихъ въ народѣ понятій, отъ его образа мыслей и вѣрованій, въ противномъ случаѣ оно будетъ имѣть самое вредное вліяніе на

внутреннее спокойствіе, безопасность, довольство и т. п. существенныя отношенія ; поэтому какъ справедливо замѣчаютъ, ни какая часть въ цѣлой системѣ законодательства не старѣетъ такъ скоро, какъ уголовное право ; ни какая, кромѣ его, не требуетъ столь скорыхъ и частыхъ реформъ и измѣненій. — Но эта потребность реформы въ немъ и образъ ея узнаются преимущественно изъ практики, когда изъ многихъ юридическихъ случаевъ откроются наличные недостатки въ законахъ, и несообразность съ духомъ и потребностями народа. Въ особенности свидѣтельство опыта важно въ уголовномъ законодательствѣ. Онъ открываетъ недостатки его, свойство преступленій, народный взглядъ на наказанія и тяжесть ихъ, дѣйствіе угрозы уголовныхъ законовъ, дѣйствіе на народъ исполненія различныхъ родовъ наказаній, послѣдствія противорѣчія уголовныхъ постановленій съ понятіями народа и потребностями его, ведетъ мало-по-малу къ большей одноформенности въ приложеніи наказанія, однимъ словомъ служить съ одной стороны пробнымъ камнемъ для того, чтобъ извѣдать, сколь совершенны прежніе и новыя законы, а съ другой наилучшимъ средствомъ для того, чтобъ совершенствовать ихъ сообразно ст

народными нуждами и потребностями. Практика будущему уголовному законодательству приготовляет материал, который она заимствует из живаго и прямаго созерцанія и чувства народных нужд и потребностей. И такъ, чтобы держаться всегда на одной чредѣ съ настоящимъ, законодательство непременно должно крѣпко опираться на практику; отбросивъ ее, оно находится въ опасности, отстать отъ своего вѣка и лишиться самаго надежнаго средства къ усовершенствованію.

Вотъ сколь много и сильно судебная практика и юриспруденція участвуетъ въ развитіи и усовершенствованіи уголовного права.

III.

Вліяніе Законодательства на развитіе уголовного права.

Обычай и судебную практику, — эти видимые органы образованія права, — рано или поздно, если не смѣняетъ совершенно, то подчиняетъ себя законодательство. Рано или поздно они дѣлаются данниками его, и каждый несетъ ему урочный оброкъ, а само оно становится могу-

шественнѣйшимъ элементомъ права. Исторія всѣхъ народовъ свидѣтельствуетъ объ этой постепенно-сти въ образованіи права, какъ вообще, такъ и уголовнаго. Въ началѣ общежитія право образуется посредствомъ обычая; природа племянъ и преданія предковъ служатъ его источникомъ. Въ это время нѣтъ законодателя, нѣтъ и положительнаго закона съ положительною санкціею. Письмеца приготавливаютъ переходъ права изъ періода обычая въ періодъ законодательства по мѣрѣ успѣховъ образованности и развитія народной жизни. Досель оно жило въ воспоминаніи и чувствѣ каждаго члена общества; теперь, когда взаимныя отношенія дѣлаются болѣе и болѣе сложными и многообразными, и оно получаетъ болѣе обширный объемъ; частная память и преданія отказываются уже свято хранить и вѣрно всякой разъ передавать право. Оно переходитъ изъ преданій въ письменную форму, и содержится въ грамахъ, договорахъ, уставахъ и т. п. Но и въ этихъ однихъ, записанныхъ обычаяхъ, нѣтъ спасенія: обычай идетъ медленнымъ шагомъ и не могутъ слѣдовать наравнѣ съ развитіемъ гражданскаго общества, въ которомъ съ удивительною быстрою развиваются новыя отношенія, новыя нужды

и новыя потребности. Онъ дѣлають нужнымъ болѣе живой и дѣятельный органъ права, который былъ бы источникомъ твердыхъ, всѣмъ извѣстныхъ и общеобязательныхъ правилъ. Отсюда и получаютъ начало постановленія общественной власти,—тѣ правила, которыя будучи облечены въ букву и даны народу, дѣлаются извѣстными подъ именемъ *законовъ*. Законъ отсель становится главнѣйшимъ органомъ внѣшняго проявленія права; право вступаетъ въ *періодъ законодательства*.

Въ началѣ законодательная дѣятельность обнаруживается въ изданіи отдельныхъ законовъ по поводу частныхъ случаевъ; за первымъ закономъ слѣдуетъ множество новыхъ, вызываемыхъ новыми нуждами, отношеніями и понятіями; между ними нѣтъ никакой связи и единства; поэтому рано или поздно должны они произвести новую неизвѣстность и запутанность въ правѣ, подобную той, которой сами они одолжены происхожденіемъ. Противъ этой неизвѣстности подають помощь *собранія законовъ, своды и уложенія*; въ нихъ законы приводятся въ болѣе или менѣе ясную, правильную, однообразную и полную систему.

Таковъ историческій, постепенный путь, которымъ слѣдуетъ въ своемъ развитіи законодательство всѣхъ народовъ.

По содержанію оно объемлетъ собою и требованія правды абсолютной, обязательныя для всѣхъ людей безъ всякой положительной санкціи, и требованія правды относительной, которая сообразуется съ потребностями и нравами каждаго народа; въ составъ его входятъ обычай общій и обычай судебный. Все различіе между законодательствомъ и сими послѣдними состоитъ въ томъ, что на пути обычая право образуется безъ сознанія подъ вліяніемъ необходимости; практика образуетъ сознаніе объ отдѣльныхъ явленіяхъ права, а законъ развиваетъ право съ сознаніемъ и волею; законъ составляетъ еще напередъ правила для будущихъ случаевъ, а обычай и практика приискиваютъ ихъ уже послѣ событій; законъ творитъ свои нормы вдругъ, а посредствомъ общаго и судебного обычая онѣ устанавливаются въ теченіе болѣе или менѣе продолжительнаго времени; въ законѣ правило выражается подъ формою слова, а въ обычай и практикѣ безъ словъ, посредствомъ дѣяній.

Этотъ общій путь и переходъ права въ законодательство совершаетъ также *уголовное право*. После періода обычая и практики оно вступаетъ также въ періодъ законодательства: изъ преданій и символовъ, изъ судебныхъ приговоровъ и мнѣній переходитъ въ букву закона, разсѣвается во множество законовъ, собирается въ стройный и полный составъ въ сводахъ и уложеніяхъ. Уголовное законодательство, облекаясь въ ту или другую форму, возвыщаетъ народу законы общаго разума и законы правды, возникающіе изъ собственной жизни и потребностей народа. Никогда оно не уступало въ работѣ надъ своимъ предметомъ другимъ частямъ законодательства, но въ особенности съ конца XVIII столѣтія ни въ одной изъ нихъ не замѣтно столь большой жизни и дѣятельности какъ въ уголовномъ законодательствѣ. Теперь не осталось почти ни одного государства въ Европѣ, которое бы не имѣло новаго уголовного уложенія. Мы слишкомъ явно нарушили бы долгъ правды и истины, ежели бъ не признали всѣхъ великихъ заслугъ ихъ, оказанныхъ человечеству; большая опредѣленность въ означеніи существа преступленій, сообразность съ ними избранныхъ наказаній, изгнаніе казней, по-

рожденныхъ временами варварства, смягченіе многихъ изъ нихъ , уничтоженіе прежнихъ жестоко-стей и злоупотребленій , улучшеніе уголовныхъ учрежденій — вотъ плоды принесенные уголов-нымъ законодательствомъ настоящаго времени , хотя и должно сознаться, что для него еще нѣтъ твердыхъ началъ, и вездѣ замѣтна въ немъ борьба между старинной привязанностію къ началу ус-трашенія и лучшимъ чувствомъ правды.

На нашей родной землѣ вліяніе законодатель-ства на развитіе уголовного права началось чрез-вычайно рано, ранѣе, нежели у какого-либо дру-гаго народа. Прошло не болѣе полутора вѣка отъ начала Русскаго народа , какъ законодательство принесло уже первый плодъ своей дѣятельности;— то была извѣстная *Правда Ярослава*. По намѣре-нію законодателя ей , конечно , не назначалось быть нормою для дѣлъ уголовныхъ ; она должна была опредѣлить и другія правоотношенія своего времени; но въ періодъ народной жизни , въ ко-торомъ она вышла , всего виднѣе бывають отно-шенія уголовныя ; ошутительнѣе и настоятельнѣе нужда въ опредѣленіи ихъ : онѣ прежде всего призываютъ на себя дѣйствіе общественной вла-сти; взаимныя , гражданскія отношенія предоста-

вляются тогда собственному соглашенію частныхъ лицъ. Вотъ почему главный элементъ Русской правды былъ уголовный. Впрочемъ содержаніе ея было создано не ею: письменный законъ въ началъ народной жизни, служить одною только формою для матеріала, не имъ заготовляемаго, того, который творить народный обычай и практика.

На этомъ первомъ камнѣ, положенномъ законодательствомъ, основалось Русское уголовное право въ дальнѣйшемъ его развитіи. Последовавшіе *уставы, наказы, судныя грамоты и судебники Иоанна III и IV* имѣютъ одинаковый съ Русскою Правдою характеръ. Всѣ они были не болѣе, какъ только внѣшніе органы обычнаго права, записывавшіе его для народной памяти. Въ особенности важный источникъ современныхъ уголовныхъ правилъ составляли т. н. *губныя грамоты*. Тѣ преимущественно касались только внѣшней, формальной стороны права; а эти послѣднія заключали въ себѣ многое, что относится ко внутреннему содержанію уголовного права.

Впрочемъ не справедливо бы было, требовать отъ законодательства сего времени не только что полного, но и подробнаго опредѣленія

области уголовного права. Этого нѣтъ и не можетъ быть въ законахъ древнихъ. Чувство справедливаго и несправедливаго, конечно, всегда сродно чловѣку и младенчеству еще народу, но для опредѣленія многоразличныхъ преступныхъ направленій воли со всеми ихъ оттенками, для того чтобы привести ихъ къ полному сознанию, нуженъ долготннй опытъ, высокая степень образованія и развитія народа. Поэтому, если въ законахъ древняго періода Россіи и были означены нѣкоторыя нарушенія, то только тѣ, которыя открыто и прямо были вредны для общественнаго благосостоянія, или слишкомъ явно нарушали собою чувство справедливости; цѣлая область того, что преступно, нимаю не была еще исчерпана.

Уложеніемъ Царя Алексѣя Михайловича начинается новый періодъ въ нашемъ уголовномъ законодательствѣ. Оно сдѣлало болѣе твердый шагъ отъ формы къ содержанію, отъ процесса къ догмѣ. Подробно опредѣливъ порядокъ уголовного суда, Уложеніе не останавливается только на немъ одномъ, подобно предшествовавшему ему судебникамъ, напротивъ работаетъ надъ самымъ содержаніемъ права. Въ немъ найдете уже

цѣлый, опредѣленный рядъ преступленій, исчисленіе и опредѣленіе многихъ формъ наказаній. Этого мало! Уложеніе обнаруживаетъ уже потребность въ высшихъ, общихъ началахъ уголовного права. Оно казнить преступника не просто, а для того, чтобы *другимъ не было повадно*; оно караетъ не безъ разбора, а такъ, чтобы наказаніе было тождественно съ преступленіемъ. Богохульнику оно отсѣкаетъ языкъ, поддѣльщику государственной монеты заливаетъ горло растопленнымъ свинцомъ, смертоубійцѣ отсѣкаетъ голову и т. п. Нельзя, конечно, оправдать эти начала наказанія, но то было время повсюднаго господства ихъ. Принимая ихъ, Уложеніе, по крайней мѣрѣ, обнаружило чувство нужды главныхъ началъ для уголовного законодательства, и направленіе къ болѣе высокому развитію, доселѣ въ исторіи нашего уголовного права, небывалому. Проблескъ въ немъ идеи справедливаго возмездія, въ особенности со стороны вѣнненія преступленій, ясно обнаруживаетъ торжество сознанія, которое составляетъ отличительный характеръ законодательства предъ безсознательною дѣятельностію обычая. Вотъ значеніе уложенія Царя Алексѣя Михайловича въ исторіи Русскаго уголовного права. *Ново-*

указныя статьи служили только дополненіемъ къ нему.

Эпоха преобразованія Россіи гениемъ Великаго Петра была эпохою реформы нашего законодательства. Преобразуя свой народъ, Петръ Великій долженъ былъ дать ему новыя законы. Сродняя его съ Европою всею жизнію, надлежало Ему обобщить намъ и юридическія идеи Запада. Наше уголовное законодательство тѣмъ скорѣе могло принять господствовавшія тогда въ Европѣ уголовныя начала, что онѣ составляли уже основаніе предшествовавшаго уложенія. Ими проникнуты *воинскій уставъ*, съ его артикулами и процессами, *морской уставъ*, и отдѣльныя уголовныя узаконенія. Вообще говоря, съ времени Императора Петра Великаго законодательство становится у насъ самымъ обильнымъ источникомъ уголовного права. Впрочемъ законодательная дѣятельность съ половины XVIII вѣка и до настоящаго времени обнаруживалась преимущественно въ изданіи отдѣльныхъ уголовныхъ законовъ. Воодушевляемая чувствомъ правоты и человеколюбія, она смягчаетъ ими суровость прежнихъ законовъ, изгоняетъ злоупотребленія, исправляетъ недостатки.

Чрезвычайно велико и благотвительно было это дѣйствіе законодательства на область уголовного права; но ему подлежалъ еще болѣе блистательный подвигъ. Вокругъ насъ, въ Европейскихъ государствахъ, съ начала настоящаго столѣтія выходили одно за другимъ новыя уголовныя уложенія или проэкты новыхъ уложеній. Жалобы противъ болѣе и болѣе усиливавшагося судебного произвола, недостатки дѣйствовавшихъ уголовныхъ законовъ, требованія политиковъ, истины, открытыя криминалистами, мало по малу произвели попытки уголовной кодификаціи. Пруссія, Австрія, Франція, Баварія начертали для себя новыя уголовныя кодексы; ихъ примѣру слѣдовали многія другія государства. Но наши законодатели видимо хранили ту величайшую истину, что не должно увлекаться новизною, и что законодатель, преимущественно въ области уголовного права, долженъ остерегаться дѣлать перемѣны, къ которымъ не вызываетъ его истинное дознанная нужда. Мы не спѣшили составленіемъ новаго уголовного уложенія, но тѣмъ не менѣе приготавлились къ нему; оглянулись напередъ назадъ, обозрѣли въковое званіе дѣйствовавшихъ законовъ, проверили наше богатство и запасъ,

увидали то, что обвѣтшало, чего не доставало, чего требовали нужды и степень развитія народа; однимъ словомъ *первымъ и главнымъ предметомъ желаній и попеченій законодателя было приведеніе въ стройный порядокъ и ясность всѣхъ законовъ Имперіи, и тѣхъ въ особенности, которыми ограждаются безопасность и права подданныхъ* *). Плодомъ ихъ былъ знаменитый *сводъ законовъ*. Исторгнувъ дѣйствующіе законы изъ прежняго состоянія неизвѣстности, обезпечивъ силу и дѣйствіе ихъ въ настоящемъ, онъ положилъ твердое основаніе къ усовершенствованію ихъ въ будущемъ, къ дальнѣйшему и полнѣйшему развитію всѣхъ частей законодательства.

Изданіемъ свода законовъ заключенъ у насъ древній періодъ законодательной дѣятельности и открытъ *періодъ новой для ней жизни*. Теперь стало для насъ время кодификаціи; оно началось *уложеніемъ о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ*. Наука уже предощушаетъ то развитіе, къ которому оно поведетъ наше уголовное право, практика скоро ощутитъ преимущества его надъ

*) Указъ 1845 года Августа 15.

прежними законами ; иноплеменники скоро признаются , что если мы и отстаем от них по времени уложенія , то умѣли воспользоваться результатами уголовной кодификаціи другихъ народовъ.

Въ заключеніе спросимъ, чего еще не сдѣлало наше законодательство для уголовного права ? Оно записало для него первобытные, Славянорусскіе обычаи и преданія въ *Русской Правдѣ*, *грамотахъ и судебникахъ*, сохранило плоды судебной практики и открыло путь общимъ началамъ въ *уложеніи 1649 года*, усвоило намъ идеи запада въ *уставахъ Императора Петра Великаго*, въ теченіе двухъ вѣковъ наблюдало за постепеннымъ развитіемъ права въ народѣ, принимало къ нуждамъ и потребностямъ его, прислушивалось къ требованіямъ науки и политики, и сообразно со всемъ этимъ объясняло, дополняло, преобразовывало и усовершенствовывало право въ безчисленномъ множествѣ *отдѣльныхъ* узаконеній, привело въ извѣстность и правильный и стройный составъ всю массу ихъ въ *полномъ собраніи и сводѣ законовъ*, наконецъ начертало *новый уголовный кодексъ* со-

образно со степенію народнаго развитія, на основаніи *незыблемыхъ началъ правды* *)).

Какой обширный и пространный путь открываетъ наше законодательство усовершенствованію уголовного права, въ своихъ послѣднихъ результатахъ! Оно довело его до того состоянія, когда уже можно изучать его въ полномъ бытіи, слѣдить за нимъ въ постепенномъ развитіи, созерцать въ дѣйствительной жизни и приложеніи, и раскрыть его отношеніе къ особеннымъ обстоятельствамъ Русскаго народа, и къ вѣчному, коренному началу правды. Имъ положенъ краеугольный камень и самой наукѣ уголовного права. Неразгадывая ея будущности, разкроемъ минувшее участіе въ судьбѣ нашего уголовного права.

IV.

Вліяніе науки на развитіе уголовного права.

Силенъ въ дѣлѣ права обычай; онъ прямо въ жизни выражаетъ юридическое убѣжденіе на-

*) Тамъ же.

рода. Плодотворно содѣйствие ему практики; она и прилагаетъ право къ жизни и изводитъ его въ жизнь. Еще плодоноснѣе и обширнѣе вліяніе законодательства на развитіе права; оно даетъ праву извѣстность, полноту и твердость. Но есть еще особенный органъ, который довершаетъ образованіе права, даетъ ему достойную его жизнь, и выводитъ къ полному сознанию, единству и совершенству. Этотъ органъ, М. Г., есть *наука*. Не мечтательное киченіе правоученыхъ ставитъ ее на эту степень; ее высять обыкновенный, историческій процессъ развитія права и собственное достоинство и натура.

Право въ началѣ народной жизни образуется само собою; члены первоначальнаго союза не думаютъ и не размышляютъ о немъ, но оно творитъ между ними опредѣленный порядокъ во взаимныхъ отношеніяхъ; этотъ порядокъ отвергается въ народный обычай. Обычаю приходитъ на помощь практика, которая уже сама слѣдитъ за правомъ въ его приложеніи и проявленіи въ многообразныхъ отношеніяхъ народной жизни. Обычай народный и обычай судебный принимаетъ въ себя законодательство. Послѣ него уже выходитъ на дѣло *наука*. Это фактъ всемірный и необхо-

димый! Природа права, подобно цѣлой природѣ, идетъ по этимъ ступенямъ къ болѣе и болѣе совершеннѣйшему развитію рука объ руку съ развитіемъ народа. И малый органъ достаточно опредѣлитъ не многія отношенія людей между собою, въ особенности когда для нихъ бываетъ еще не доступенъ органъ лучшій и высшій; онъ долженъ уступить мѣсто болѣе живому дѣятелю, когда будетъ болѣе не въ силахъ, служить людямъ, и когда въ нихъ разовьется лучшая способность для сознанія и опредѣленія ихъ отношеній. Вотъ почему источникомъ права, въ младенческомъ періодѣ народной жизни, когда взаимныя отношенія чрезвычайно малы и просты, и сила сознанія еще слаба для того, чтобы изрѣкать какія либо общія правила, служатъ обычай и практика; напротивъ въ періодѣ развитія народнаго сознанія и взаимныхъ отношеній вмѣсто ихъ начинаетъ дѣйствовать законодательство.

Но что такое представляетъ въ себѣ законодательство? Одну внѣшнюю систему правилъ для частныхъ случаевъ; книгу, въ которой обозначаются явленія идеи правды или въ видѣ случаевъ, или какъ отвлеченные результаты ихъ; въ ней не записывается ни процессъ постепеннаго

образования общихъ правилъ изъ частныхъ случаевъ, ни духъ, одушевляющій законы, ни степень достоинства ихъ, ни отношеніе ихъ къ особеннымъ обстоятельствамъ народа, ни тѣ вѣчныя и коренныя начала, на которыхъ утверждается каждое законодательство. — Законодательство не можетъ даже служить органомъ полного выраженія юридическихъ идей народа; оно вписываетъ въ свои книги только самыя рѣзкія проявленія ихъ. Отъ этого сколь бы какой-либо кодексъ ни былъ полонъ и подробенъ, всегда въ слѣдъ за нимъ откроются случаи и явленія въ народной жизни, которыя ускользнули отъ его опредѣленій, для которыхъ нѣтъ въ немъ правилъ; народная жизнь шире всякаго кодекса. — Самая буква и слово, въ которыхъ выражается законъ, часто измѣняютъ мысли законодателя; требуютъ поэтому поясненій и истолкованій, то расширяющихъ, то суживающихъ смыслъ закона. Далѣе тѣ правила, вѣрованія и обычаи, которые законъ, заимствуя у народа, записываетъ въ свои кодексы, въ послѣдствіи времени для сего же самаго народа, котораго они составляли собственность, дѣлаются чѣмъ-то чужимъ, когда въ искусственной формѣ, съ извѣстными положительными условіями, вы-

ставляются наконецъ какъ общія нормы для юридическихъ дѣйствій всѣхъ и каждаго. Известно, что народъ не читаетъ уложеній, и узнаетъ правила своихъ дѣйствій не изъ нихъ, а изъ другихъ источниковъ: даже образованнѣйшіе въ немъ, ученые люди, ежели только они не правоученые, мало заботятся о сводахъ и уложеніяхъ.

И такъ кому же предлежитъ трудъ, вывести на свѣтъ тѣ внутреннія стихіи, которыя составляютъ существо законовъ, раскрыть процессъ ихъ органическаго образованія, преслѣдовать основныя идеи права въ ихъ проявленіи, проникнуть въ основныя законы, двигающіе народами въ ихъ юридической жизни, выразить ихъ коренныя начала, примирить законы съ чувствомъ каждаго и возвратитъ ихъ изъ общей формы сознанія къ прежнему частному убѣжденію? Это, М. Г., дѣло и призывъ науки.

Но что такое наука въ области права? Не есть ли это одно только мечтательное сплѣтеніе пустыхъ идеаловъ или сцѣпленіе безжизненныхъ и сухихъ утонченностей. Это дѣйствительно приговоръ большинства о ней. Обыкновенно у науки отнимаютъ всякое практическое достоинство, считаютъ ее во враждѣ съ практикою и законодатель-

ствомъ, и представляютъ блуждающе въ химерномъ мѣрѣ мечтаній и умозрѣній; къ ея поклонникамъ — юристамъ питають странную недоувѣрчивость и вредное предубѣжденіе, которое особенно замѣтно при составленіи новыхъ уложеній; въ особенности противъ науки враждуетъ практика; она не видитъ отъ ней никакой пользы. Но эта вражда и судъ о наукѣ права происходитъ изъ нечистаго источника — изъ неправильнаго понятія о ней. Обыкновенно думаютъ, что наука права состоитъ въ построеніи идеала законодательства, съ которымъ надлежитъ сравнивать и повѣрять имъ положительные законы; другіе считаютъ ее какимъ-то естественнымъ правомъ, которое должно построить на развалинахъ положительнаго, какъ искусственнаго. Этотъ ложный взглядъ на науку частію возбужденъ юридическимъ лжеученіемъ. Было дѣйствительно время, когда, по замѣчанію Фейербаха *), философія хотѣла быть не подругою, а владычицею правовѣденія, когда она хотѣла необъяснять, а сама давать законы, и уничтожать то, что уже было дано,

*) Vorrede zu Unterholzner 1810. S. 10. 11.

опираясь на какой-то вѣчный разумъ. Положительно — право было попираемо ею, какъ скоро только оно не подходило подъ ея формы. Эта философская юриспруденція объявила, подъ именемъ владычества разума, анархію неразумія. Но ежели наука права иногда не была свободна отъ недостатковъ своего времени, ежели она иногда вдалась въ безполезныя утонченности, или испарялась въ химерныхъ умозрѣніяхъ, пренебрегавшихъ жизнь и дѣйствительностію, то это участь всѣхъ начальныхъ попытокъ человечества. Притомъ эти уродливыя порожденія того или другаго вѣка никогда не жили долго; онѣ исчезали со временемъ, которое порождало ихъ, и рѣдко переживали его.

Не эту псевдофилософію, которая на все положительное смотритъ какъ на произвольно придуманное и блуждаетъ въ области пустыхъ идеаловъ и отвлеченностей, разумѣемъ мы, когда науку права признаемъ жизненнымъ, могучимъ органомъ права. Существо истинной науки права состоитъ въ томъ, чтобъ отыскать и раскрыть коренныя начала правды, какъ въ идеѣ, такъ и во временномъ и мѣстномъ проявленіи ея. Поэтому ей предлежитъ довершить работу надъ правомъ и обычая, и практики, и даже самага законода-

тельства, возвести все множество и разнообразіе юридическихъ истинъ, ими собранныхъ, къ единству и сознанію, осветить всю сферу права, представить право въ чистѣйшемъ существѣ его со всеми его началами. Для кого этотъ высокій взглядъ на науку права покажется слишкомъ преувеличеннымъ, тотъ пусть вспомнитъ о томъ, что сдѣлала юриспруденція для права Римлянъ. Римская юриспруденція рѣшила задачу, какъ выражается Захаріэ, возвестъ правовѣденіе на степень законодательства *)).

Этотъ долгъ, М. Г., наука уголовного права вѣрно исполняла въ области уголовного права цѣлой Европы. Раскройте уголовные кодексы Европейскихъ государствъ, вышедшіе въ свѣтъ до половины XVIII вѣка, когда еще не было истинной науки, вы увидите, какъ они бѣдны и грубы по содержанию, какъ беспорядочны по формѣ. Идея грубаго, матеріальнаго возмездія была тогда господствующею, воздаяніе равнымъ зломъ за сдѣланное зло было душою наказанія. Не заботясь объ отысканіи болѣе высокой цѣли наказанія, ее по-

*) Zachariä die Wissenschaft der Gesetzgebung. St. 98.

лагали въ одной боли, мученіи и устрашеніи; жестокія, мучительныя, ужасныя наказанія были послѣдствіемъ этой системы. Кто освѣтилъ эту тьму? Кто изгналъ ужасныя злоупотребленія, по-срамлявшія самое имя уголовного правосудія? Это услуга науки. Уже въ лицѣ Гуго Гроція, Гоббе-за, Пуффендорфа, Томазія и другихъ проложила она путь лучшимъ понятіямъ и идеямъ. Еще силь-нѣе заговорила она противъ жестокостей и зло-употребленій, господствовавшихъ въ области уго-ловнаго права, съ половины 18 вѣка. Въ это вре-мя Беккарія и его подражатели встаютъ со всею ревностію и жаромъ противъ смертной казни, пы-токъ и другихъ злоупотребленій уголовного суда. Конечно это были болѣе вопли чувства, а не вну-шенія науки; но и они были уже ея предвѣстни-ками. И дѣйствительно вскорѣ изъ школы Волюфія выступаютъ одна за другою системы и теоріи, которыя вносятъ съ собою въ область уголовна-го права множество новыхъ понятій и взгля-довъ; впрочемъ какъ порожденія чистой эмпириі, онѣ во взаимной борьбѣ поборали и сокрушали одна другую. Настало наконецъ время господства лучшей философіи; съ нею началось истинно уче-ное обработываніе уголовного права. Философія,

болѣе и болѣе развиваясь, со времени Канта, освѣтила отношеніе между разными отраслями знаній и отдѣлила науки одну отъ другой. Послѣ этого наука права была отдѣлена отъ другихъ наукъ, и послѣ этого только уголовное право сдѣлалось предметомъ совершенно отдѣльнымъ. Съ этого времени въ различныхъ частяхъ Европы выступаютъ многіе великіе мужи, ученіе которыхъ оставляетъ глубокіе слѣды и въ наукъ, и въ уголовномъ законодательствѣ; философское ученіе уголовного права возбуждаетъ особенно живую дѣятельность въ той и другой области. Въ послѣдней четверти XVIII столѣтія выходятъ въ Европейскихъ государствахъ одно за другимъ частію полныя уголовныя уложенія, частію множество отдѣльныхъ постановленій о преступленіяхъ и наказаніяхъ; все онѣ носятъ на себѣ отпечатокъ науки, часто слишкомъ видный. На тѣ пункты и предметы, на которые въ особенности ударяла наука, преимущественно устремлено было ихъ дѣйствіе. Въ началѣ вліяніе ея отразилось на одномъ только содержаніи уголовного законодательства, но въ послѣдствіи оно очень ярко выразилось и въ формѣ его. Съ того времени, какъ философствованіе сдѣлалось обыкновеніемъ въ

правовѣденіи, законодатели считали необходимымъ, при составленіи уложеній, слѣдовать той системѣ и тѣмъ началамъ, которыя проповѣдывала наука, и исповѣдывало главное лице, завѣдывавшее редакцію ихъ. Самое очевидное доказательство этого представляетъ въ себѣ Баварское уголовное уложеніе 1813 года, составленное подъ главною редакцію Фейербаха; оно было проникнуто его началомъ психическаго принужденія. Нельзя, правда, не сознаться въ томъ, что эта связь уголовного законодательства съ философіею не обошлась и безъ вреда для него. Многіе изъ новѣйшихъ уголовныхъ кодексовъ приняли, подъ вліяніемъ ея, характеръ и видъ болѣе ученыхъ системъ, нежели уложеній; въ составъ ихъ вошли такія понятія, положенія, раздѣленія и взгляды, которые приличны только школьнымъ произведеніямъ; между ними нашлись начала, которыя на опытѣ оказались нетвердыми; но съ одной стороны у науки нельзя отнять той великой заслуги, что она, освѣтивъ всю область уголовного права, была источникомъ началъ всѣхъ преобразованій и улучшеній въ немъ; а съ другой стороны въ тѣхъ вредныхъ послѣдствіяхъ, которыя произошли отъ науки въ законахъ, нельзя не винить час-

тію самого законодательства. Въ началѣ оно нимало не заботилось объ общихъ понятіяхъ и положеніяхъ, предоставляя развитіе ихъ въ особенности наукъ; но въ послѣдствіи приняло другое направленіе: въ намѣреніи освободиться отъ вліянія науки, оно стремилось къ возможной полнотѣ и опредѣленности; этому и одолжены своимъ происхожденіемъ кодексы, начертанные въ систематической формѣ, наполненные общими понятіями, опредѣленіями и раздѣленіями.

Столь велико было вліяніе науки на уголовное право Европы; ему не будетъ конца, не смотря на то, что вездѣ замѣтно направленіе, сколь только возможно, устранить ея дѣйствіе. Это фактъ неопровержимый, подтверждаемый исторіею, что философскіе взгляды на право, господствующіе между правоучеными, рано или поздно прокладываютъ себѣ дорогу въ законы и практику, или потому, что будучи приняты законодателемъ, они получаютъ отъ него санкцію закона, или потому, что ихъ принесутъ съ собою въ жизнь настоящіе и будущіе судьи, усвояющіе ихъ изъ устъ или твореній правоученыхъ.

Подобно законодательству цѣлой Европы, и наше отечественное уголовное право испытало на

себѣ вліяніе науки. Недавно, конечно, вступили мы въ періодъ юриспруденціи; но она давно уже участвовала въ развитіи нашего уголовного права; поздно сдѣлалась она предметомъ школы, но рано обнаружила свое дѣйствіе на законодательство. Путь ей къ намъ былъ открытъ Петромъ Великимъ. Съ общими идеями Европы, которыя пересаждалъ въ наше отечество Великій Преобразователь, къ намъ открыто, явно переходятъ современные, уголовныя идеи запада. Слѣды сего обобщенія особенно видны. *Воинскій Уставъ* съ своими артикулами и процессами, *Морскою Уставъ*, наполнены понятіями, началами и взглядами, которыми законодательство запада, откуда взяты нами эти уставы, одолжены наукѣ. Съ этой поры всѣ важнѣйшія перемѣны и усовершенствованія въ области нашего уголовного права происходили большею частію въ одно и тоже время и по дѣйствию одной и той же причины, что и на западѣ. Свѣтъ, которымъ наука уголовного права съ половины XVIII столѣтія освѣтила уголовное законодательство цѣлой Европы, распространился и на наше уголовное законодательство. Всмотритесь въ годы, когда у насъ была пріостановлена смертная казнь, ограничена и отмѣнена конфиска-

ція имущества, стѣснено дѣйствіе тѣлесныхъ наказаній, уничтожена пытка, рваніе поздрей и т. п. жестокости прежняго времени; когда въ особенности возбуждена была уголовно-законодательная дѣятельность. Все это сдѣлалось въ то время, когда подражатели Беккариі наполнили всю Европу своими жалобами на злоупотребленія и жестокости, употреблявшіяся въ уголовныхъ судахъ; когда философствующіе криминалисты обнажили все ничтожество господствовавшей досель въ области уголовного права системы устрашенія, и проповѣдали начала лучшія и высшія, болѣе достойныя чelовѣчества. И мы читали съ Европою ихъ творенія, и мы усвоили себѣ новыя идеи и вводили ихъ въ жизнь и законодательство. Читайте знаменитый *наказъ*, данный Императрицею Екатериною II комиссіи для составленія новаго уложенія, имѣвній столь важное вліяніе на наше уголовное право; онъ, въ особенности по отношенію къ уголовнымъ вопросамъ, проникнуть началами современной науки и философіи. Прочитайте и отдѣльныя узаконенія Великой Императрицы, вы увидите, какъ Она цѣнила науку, какой широкой путь открывала ей въ законодательство. Между прочимъ въ *гене-*

ралъ - прокурорскомъ наказъ при комисіи о составленіи проекта новаго уложенія, Императрица указываетъ такъ: «Четыре человека самыхъ искуснѣйшихъ юриспрудентовъ, подъ званіемъ консултантовъ, должно взять на жалованье, которымъ быть подъ единственнымъ вѣденіемъ Генералъ-Прокурора. Сей ихъ употреблять можетъ по своему усмотрѣнію для разбора случаевъ подъ его дирекціею, и для изслѣдованія, одного ли рода законы суть, которые другъ другу, кажется противорѣчатъ; ибо можетъ стать, существуютъ государственные законы, которые покажутся противорѣчить законамъ гражданскимъ. Въ тяжельхъ же матеріяхъ, или въ разногласіи между учеными, по усмотрѣнію, Генералъ-прокуроръ сверхъ того можетъ требовать мнѣнія Университета, Академіи наукъ и юриспрудентскаго класса кадетскаго корпуса. *)

Если и не этимъ путемъ, тѣмъ неменѣе однакожь наука въ послѣдствіи содѣйствовала образованію и усовершенствованію нашего уголовного права. Какъ и вездѣ, начавъ съ содержанія, она въ послѣдствіи отразилась и на формѣ его. Взгляните

*) Ук. 1767. Іюл. 30.

на систему, въ которой расположены наши уголовные законы въ общемъ сводѣ законовъ; она носитъ на себѣ, подобно всемъ новѣйшимъ уголовнымъ кодексамъ Европы, ясный отпечатокъ науки, какъ въ цѣломъ составѣ своемъ, такъ и въ расположеніи предметовъ каждой отдѣльной части. Въ немъ находится *общая часть* — общія положенія о преступленіяхъ и наказаніяхъ, *особенная часть* — законы объ отдѣльныхъ родахъ преступленій и ихъ наказаніи, за ними слѣдуетъ, какъ и въ теоріи, *уголовное судопроизводство*. Еслибъ мнѣ теперь позволительно было, сдѣлать подробный анализъ содержанія и системы новаго нашего уголовного уложенія, то и въ немъ встрѣтили бы мы науку съ ея формами и истинами. Вообще говоря, чрезвычайно было бы интересно подробное и глубокое изслѣдованіе того, какъ новѣйшія уголовныя законодательства воспользовались богатымъ запасомъ ученыхъ изслѣдованій, продолжающихся съ особенною ревностію и живостію въ теченіе уже цѣлаго столѣтія; но здѣсь, въ рѣчи, мнѣ должно ограничиться однимъ только очеркомъ вліянія, которое наука имѣла на развитіе уголовного права.

Но не скроемъ здѣсь тѣхъ надеждъ, которыя возбуждаетъ въ насъ наша наука въ будущемъ. Теперь ея очередь; для насъ насталъ *періодъ юриспруденціи*; университеты наши преобразованы, и преобразование это преимущественно простерлось на ту область наукъ, въ которой возращается наука права. Завидно наше назначеніе; высока та эпоха, въ которой Провидѣніе судило намъ жить и трудиться подъ скипетромъ ЦАРЯ-ЗАКОНОДАТЕЛЯ, подъ управленіемъ просвѣщеннѣйшаго Начальства. Будемъ благодарны, и передадимъ наслѣдующему намъ потомству не юную, но зрѣлую и мужественную науку.