

~~58/27222~~

89/1334

Очеркъ

теории уголовного права

Профессора

А. П. Чедомшева-Дмитріева

С. Петербургъ



1860 = 61.

СП6ГУ

*А. М. Ефимовъ, Докторъ права,
В. Верховный уголовный правъ,
Всеросс. восточный уголов. правъ,
Иркутск. 1865 г. 1-й кн. 91.*

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

ТЕОРІЯ РУССКАГО ПРАВА.

ОЧЕРКЪ

ТЕОРІИ УГОЛОВНАГО ПРАВА.

СТАТЬЯ ПЕРВАЯ.

Уголовная власть есть внутренне-необходимая и существенно-составная часть верховныхъ правъ, принадлежащихъ государству. Въ силу этой власти, государство объявляетъ извѣстныя дѣйствія преступными и угрожаетъ наказаніемъ тому, кто ихъ совершить.

Никто не сомнѣвается въ томъ, что уголовная власть государства основывается не на физическомъ превосходствѣ, не на фактѣ произвола и деспотизма, но на правѣ. Всѣ писатели, какъ-бы ни были различны даже основныя ихъ воззрѣнія, согласны между собою въ правомѣрности уголовной власти государства, и даже признаютъ за нею не просто факультативное право, но право, вытекающее изъ обязанности, т. е. кладутъ въ ея основѣ юридическую необходимость. Законность уголовной власти—фактъ неоспоримый и общеизвѣстный.

Но наука уголовного права не можетъ удовольствоваться этимъ фактомъ. Выраженіе *уголовное право* имѣетъ двойное значеніе, которое только въ своей цѣлости соотвѣтствуетъ полному понятію уголовного права. Оно принимается: 1) въ субъективномъ смыслѣ и означаетъ совокупность правъ, принадлежащихъ государству, какъ субъекту уголовной власти, 2) въ объективномъ смыслѣ и означаетъ совокупность основаній, которыя должны быть соблюдаемы государствомъ при осуществленіи имъ своихъ правъ въ сферѣ уголовной дѣятельности. Право государства наказы-

вать, какъ и всякое право, не можетъ быть безграничнымъ. Государство имѣетъ право наказывать, на сколько того требуютъ и вмѣняютъ ему въ обязанность эти основанія. То, что намъ съ одной стороны представляется правомъ, съ другой—является какъ обязанность. Обязанность есть источникъ права, и уголовное право въ субъективномъ смыслѣ истекаетъ изъ права уголовного въ объективномъ смыслѣ¹⁾.

Ограниченія принадлежащаго государству права наказанія, подобно ограниченіямъ всякаго права, опредѣляютъ его объемъ и образъ его осуществленія. Къ числу ихъ относятся:

- 1) Объемъ тѣхъ дѣйствій, которыя законодатель имѣетъ право подвергать уголовной угрозѣ и наказанію (Umfang des Strafgebietes).
- 2) Качества, или средства наказанія (Qualität, Art der Strafen).
- 3) Количество (мѣра) наказанія, или соотношеніе между преступленіемъ и наказаніемъ (Qualität, Maass der Strafen).

Если понятіе уголовного права изчерпывается только тогда, когда мы его возьмемъ и въ субъективномъ и въ объективномъ отношеніяхъ,—то наука уголовного права не можетъ разсматривать его съ одной какой-нибудь стороны. Но, говоря объ уголовной власти государства съ ея отдѣльными правами и обязанностями, наука, естественно, не можетъ ограничиться однимъ фактомъ всеобщаго признанія ея правомѣрности. Она должна узнать принципъ уголовной власти государства, основаніе этихъ правъ и этихъ обязанностей, то общее высшее основаніе, которое составляетъ послѣднее звѣно, не выводится ни изъ какого высшаго основанія, и къ которому сводятся всѣ отдѣльныя положенія науки²⁾.

Философская дедукція, которая представляетъ юридическое основаніе уголовной власти государства вообще и ограничивающихъ ея принципозъ, называется уголовной теоріей (Strafrechts Theorie³⁾). Этихъ теорій почти такъ-же много, какъ много было писателей по уголовному праву. Въ 1840 году Бауеръ говорилъ: «по истинѣ грустное и странное явленіе, что до сихъ поръ господствуетъ такое невѣроятное разнообразіе воззрѣній на первыя и главнѣйшія основанія уголовного права, т. е. на предметъ, который имѣетъ огромный интересъ для человѣка и гражданина, и чрезвычайную важность для теоріи и практики науки уголовного

¹⁾ Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1857, § 3.

²⁾ Nepp, die Gerechtigkeits- und Nutzungs-Theorien des Auslandes. 1834, стр. 62.

³⁾ Уголовную теорію, Strafrechts-Theorie, Strafrechts-System, или (короче) Straftheorie, Strafsystem, не должно смѣшивать съ Strafensystem, теоріей наказаній; подъ этимъ именемъ обыкновенно разумѣется ученіе о средствахъ наказанія, составляющее только часть уголовной теоріи (Strafrechtstheorie).

1801

права. Этотъ нескончаемый споръ повелъ къ тому, что многіе стали сомнѣваться въ возможности твердой системы философскаго уголовного права, и труды по этой части начали считать за бесполезныя умозрѣнія»⁴⁾. Эти слова имѣютъ полное примѣненіе и къ нашему времени: и теперь, можно сказать, почти нѣтъ двухъ писателей, которые были-бы совершенно согласны между собою въ главнѣйшихъ началахъ уголовного права. Каждый изъ нихъ, если не представляетъ своей теоріи, то вноситъ нѣкоторую особенность, нѣкоторый свойственный ему одному оттѣнокъ.

Согласно цѣли «Юридическаго Журнала», мы намѣрены представить краткій очеркъ уголовного права. Изучая этотъ предметъ, намъ пришло нѣсколько мыслей и замѣчаній, не совсѣмъ сходныхъ съ тѣми, которыя были высказаны до сихъ поръ, и мы изложимъ ихъ, не ограничиваясь простымъ сводомъ чужихъ мнѣній. Можетъ быть, и мы ошибаемся такъ-же, если не болѣе, какъ и другіе,—но вѣдь только тотъ не ошибается, кто не ищетъ. «Es irrt der Mensch, so lang er strebt, сказалъ Гёте. Въ заключеніе еще нѣсколько словъ.

Мы не ограничимся догматическимъ изложеніемъ теоріи, но, въ важнѣйшихъ вопросахъ, представимъ также и краткій очеркъ прежде высказанныхъ мнѣній. Каждая теорія можетъ показаться, съ перваго взгляда, истиной, и ложность ихъ открывается только тогда, когда мы выведемъ всѣ результаты, вытекающіе изъ основныхъ положеній съ логической необходимостью. Уголовныя теоріи тѣмъ болѣе обманчивы, что сами основатели не догадывались, куда должны они привести; и когда дѣло доходило до того, чтобы изъ ихъ принциповъ выводить практическіе результаты, теорія всегда уступала мѣсто здравому смыслу⁵⁾. Критическій разборъ уголовныхъ теорій, съ одной стороны, познакомитъ читателей съ малоизвѣстной въ Россіи литературой уголовного права, съ другой—дастъ надежный критеріумъ при оцѣнкѣ догматическаго изложенія.

Познакомившись съ прежними путями, которые признаны въ наукѣ несостоятельными, нельзя искать въ нихъ спасенія; можно попасть на столько-же ложную дорогу, но все-же эта дорога будетъ новая. А всякая новая дорога полезна уже потому, что уменьшаетъ собою для будущаго путешественника число нехоженыхъ, заманчивыхъ, бесплодныхъ путей.

⁴⁾ Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse. 1840, § 2.

⁵⁾ Rossi, Traité de droit pénal. 1835, стр. 70.

I.

О ПРЕСТУПЛЕНИИ ВООБЩЕ.

По справедливому замѣчанію Росси, разсуждать объ уголовномъ правѣ, не рѣшивъ предварительно вопроса о принципѣ уголовной власти, значить низвести науку на степень ремесла ⁶⁾. Вопросъ о существѣ уголовной власти государства, или о правѣ наказанія представляется намъ прежде всѣхъ прочихъ ⁷⁾. И криминалисты, на вопросъ о правѣ наказанія обыкновенно, обращаютъ гораздо болѣе вниманія, чѣмъ на вопросъ о существѣ преступления. Изъ принципа уголовной власти, принадлежащей государству, думаютъ они выводить всѣ главнѣйшія наказанія, какъ относительно объема преступныхъ дѣйствій, такъ и относительно мѣры и средствъ наказанія.

Мы думаемъ, что исходной точкой должно служить не существо уголовной власти государства, а существо преступления, и что не изъ принципа права наказанія должно выводить принципъ преступления, а наоборотъ.

Вопросъ о правѣ наказанія не можетъ быть удовлетворительно рѣшенъ прежде, чѣмъ будетъ опредѣлено то свойство, которое исключительно принадлежитъ преступленію и существенно характеризуетъ его. Если одни только правонарушенія извѣстнаго рода преступны (*strafwürdig*), т. е. влекутъ за собою наказанія, то ясно, что основаніе этому явленію не можетъ заключаться ни въ чемъ другомъ, какъ въ сущности самыхъ этихъ дѣйствій. Преступленіе потому и подвергается наказанію, что оно—преступленіе, слѣдовательно, первый вопросъ: что такое преступленіе? Существо преступнаго дѣйствія должно служить исходной точкой въ наукѣ уголовного права, иначе все содержаніе ея будетъ вполнѣ произвольнымъ ⁸⁾.

Съ вопроса о существѣ преступления, мы начинаемъ свой очеркъ. Мы сдѣлаемъ сперва краткій обзоръ прежде высказанныхъ мнѣній, потомъ представимъ свой взглядъ по этому спорному дѣлу.

⁶⁾ Rossi *Graité de droit pénal*. 1835, стр. 77.

⁷⁾ Hepp, *Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme*. 1843. Einleitung § 1 и слѣд.

⁸⁾ Seeger, *Abhandlungen aus dem Strafrechte*. 1858. Vorbemerkungen, стр. XV—XVI.

Всѣ доселѣ явившіяся опредѣленія преступленія, не смотря на свое разнообразіе, могутъ быть раздѣлены на два главные рода: на опредѣленія формальныя и матеріальныя.

Формальныя опредѣленія встрѣчаются обыкновенно въ положительныхъ законодательствахъ и, между прочимъ, въ нашемъ Уложеніи о наказаніяхъ уголовныхъ и исправительныхъ. Преступленіе, обыкновенно говорятъ они, есть дѣйствіе, запрещенное закономъ подѣ страхомъ наказанія. Наше Уложеніе даетъ опредѣленіе слѣдующаго рода: «всякое нарушеніе закона, чрезъ которое посягается на неприкосновенность правъ власти верховной и установленныхъ ею властей, или-же на права и безопасность общества, или частныхъ лицъ, есть преступленіе. Нарушеніе правъ, предписанныхъ для охраненія опредѣленныхъ законами правъ и общественной, или-же личной безопасности или пользы, именуется проступкомъ. Преступленіемъ или проступкомъ признается, какъ самое противузаконное дѣяніе, такъ и неисполненіе того, что подѣ страхомъ наказанія закономъ предписано ⁹⁾» По-видимому, эти статьи Уложенія противорѣчатъ нашимъ словамъ о формальности законныхъ опредѣленій. Но, при болѣе внимательномъ разсмотрѣніи окажется, что, не смотря на стремленіе къ матеріальному содержанию, опредѣленіе это подходитъ подѣ понятіе формальныхъ опредѣленій.

Кромѣ положительныхъ законодательствъ, формальныя опредѣленія встрѣчаются и у многихъ криминалистовъ, напримѣръ, Мартини, Фейербаха, Грольмана и др. ¹⁰⁾.

Легко видѣть, что формальное опредѣленіе, вполне достаточно въ практическомъ отношеніи, совершенно неудовлетворительно въ научномъ. Наука имѣетъ своимъ назначеніемъ опредѣлить, какія нарушенія какихъ именно правъ могутъ и должны считаться преступленіями. «Уже то обстоятельство, справедливо замѣчаетъ С. И. Баршевъ, что въ законодательствахъ всѣхъ временъ и всѣхъ народовъ запрещаются, какъ преступленія,

⁹⁾ Св. зак. изд. 1857 г., т. XV, ч. I, стр. 1, 2, 4.

¹⁰⁾ *Martin* (Lehrbuch des deutschen Criminalrechts § 67) называетъ преступленіемъ «eine solche Zwangspflichtverletzung, welche ein Recht zur Bestrafung ihrer begründet, welches nur der Fall ist, wenn ein eigentliches Strafgesetz diese Art von Widerrechtlichkeit vorher mit Strafe bedroht hat». *Grolman* (Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. 1798. § 16, 17): «Verbrechen sind solche äussere, auf Rechtsverletzung gerichtete willkürliche Handlungen, welche eine rechtliche Strafe nothwendig begründen». *Feuerbach* (Lehrbuch des peinlichen Rechts. 1847. § 21): «Verbrechen ist eine unter einem strafgesetzte enthaltene Beleidigung, oder eine durch ein Strafgesetz bedrohte, dem Rechte eines andern widersprechende Handlung».

большую частью однѣ и тѣ-же дѣйствія, достаточно показывають, что запрещать или не запрещать извѣстныя дѣйствія не зависитъ отъ воли законодателя, но что въ основаніи этого историческаго явленія лежитъ какой-нибудь высшій законъ, равно всѣми признаваемый и равно для всѣхъ обязательный» ¹¹⁾). Наука должна понять этотъ высшій законъ, уловить тотъ вѣчный, существенный признакъ, по которому мы повсюду можемъ узнать преступленіе, и отличить его отъ всѣхъ другихъ правонарушеній. Почему положительные законы запрещаютъ извѣстныя дѣйствія чело-вѣческой свободы подъ страхомъ наказанія? — Этотъ вопросъ нельзя разрѣшить, если мы ограничимся формальнымъ опредѣленіемъ и не вникнемъ глубже въ дѣло. Поэтому-то, формальнымъ опредѣленіемъ можетъ довольствоваться практика, но не наука. Ограничиться формальнымъ опредѣленіемъ, — значить вовсе не коснуться вопроса о существѣ преступленія. А рѣшеніе его, говоритъ Генке, можетъ быть обойдено тѣми писателями, которые преступность дѣйствія ставятъ въ полную зависимость отъ угрозъ положительнаго закона ¹²⁾).

Что касается до *матеріальныхъ опредѣленій* преступленія, то всѣ онѣ могутъ быть раздѣлены на два главные разряда: однѣ изъ нихъ основываются на свойствѣ нарушаемыхъ преступленіемъ правъ, другія — на свойствѣ самого преступнаго правонарушенія.

У Клейншрода и Генке приведено нѣсколько опредѣленій перваго рода ¹³⁾, и всѣ онѣ оказываются болѣе или менѣе несостоятельными. Энгельгардъ называетъ преступленіемъ нарушеніе полныхъ обязанностей (*Versuch eines allgemeinen reinlichen Rechts* § 3). Но въ такомъ случаѣ, возражаетъ Клейншродъ, и нарушеніе всякаго договора было-бы преступленіемъ, чего никто никогда не думалъ утверждать. Федеръ (*Vorrede zu der Uebersetzung von Servin* стр. 9) говоритъ, что преступленіе есть нарушеніе внѣшнихъ полныхъ обязанностей, впрочемъ, не всѣхъ, а только важнѣйшихъ. Но мы спрашиваемъ: какія-же эти важнѣйшія обязанности, и неужели всякое нарушеніе ихъ будетъ преступленіемъ? Подобное, слишкомъ широкое, или неясное опредѣленіе мы находимъ у Глобига и Густера, Якобса, Титманна и нѣкоторыхъ другихъ старыхъ криминалистовъ ¹⁴⁾).

¹¹⁾ Общія начала теории и законодательства о преступленияхъ и наказаніяхъ. 1841, стр. 1 и 2.

¹²⁾ *Henke*, Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik. 1823, т. I, стр. 183.

¹³⁾ *Henke*, Handbuch I, § 33 н. 4. *Kleinschrod*, Systematische Entwicklung der Grundbegriffe und Grundwahrheiten des peinlichen Rechts. 1805, т. I, § 9—11.

¹⁴⁾ *Globig u. Huster* (Vier Zugaben zu der gekrönten Schrift von der Criminalgesetzgebung § 45) утверждаютъ, «dass die erste Absicht eines Verbrechers sey:

Опредѣленія такого рода никогда не могутъ быть вѣрны: принимая тотъ или другой родъ правъ (права приобрѣтенныя и прирожденныя, полныя или неполныя и т. д.) въ основу раздѣленія правонарушеній на уголовныя и неуголовныя, мы не придемъ къ желаемой цѣли. Одно и то-же право можетъ быть нарушаемо различно: право собственности, напримѣръ, можетъ быть нарушаемо добросовѣстнымъ и недобросовѣстнымъ завладѣніемъ, завладѣніемъ просто самовольнымъ, или насильственнымъ, обманомъ, воровствомъ, разбоемъ, зажигательствомъ и т. д. Не все-же нарушения права собственности будутъ преступленіями. Такимъ образомъ, тотъ или другой родъ субъектовъ правонарушеній не можетъ служить путеводной нитью къ вѣрному пониманію существа преступления.

Клейншродъ, опредѣляя преступленіе, какъ нарушеніе прирожденныхъ челоуѣку правъ и дѣйствительно принадлежащей ему собственности ¹⁵⁾, думаетъ помочь дѣлу, прибавляя:—«такое нарушеніе, которое запрещено законами подъ страхомъ наказанія»; но это прибавленіе нисколько не усняетъ сущности дѣла. Определеніе Клейншрода становится чрезъ это формальнымъ опредѣленіемъ,— и только. А о достоинствѣ формальныхъ опредѣленій, въ научномъ отношеніи, мы говорили сейчасъ.

Обратимся теперь къ матеріальнымъ опредѣленіямъ втораго рода, т. е. къ тѣмъ, которыя въ самомъ преступномъ правонарушеніи ищутъ его существенныхъ свойствъ.

Большинство криминалистовъ принимаетъ общепасность преступленій за одинъ изъ основныхъ его признаковъ ¹⁶⁾. Но опасность можетъ происходить отъ различныхъ причинъ: и отъ дикихъ звѣрей, и отъ грозы, и отъ полуразрушеннаго зданія, и отъ повальной болѣзни; естественно, что криминалисты не могли остановиться на этомъ признакѣ и старались, уразумѣвъ его причины, хоть отчасти уяснить себѣ существо преступныхъ дѣйствій.

die natürlichen Rechte des Menschen zu verletzen, um deren willen sich die Nation vereinigte». *Jacobs* (Ueber Verbrechen und Strafen in Unzuchtsfällen, § 9): «Verbrechen sind unmittelbare Eingriffe in fremdes Eigenthum ins Recht auf Leib, Leben, Ehre, Freiheit und erworbene Rechte». *Tittmann* (Handbuch der Strafrechtswissenschaft. Th. I. § 28, fg.): «Verbrechen ist eine Handlung, welche Entsetzung aus dem Rechtsgebiete durch Verletzung angeborener Rechte in sich schliesst; Vergehen ist eine Verletzung erworbener Rechte».

¹⁵⁾ Systematische Entwicklung I. § 4 — 5. См. стр. 1 — 28.

¹⁶⁾ См. *Gmelin*, Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen. 1785. *Gros*, Dissert. de natione poenarum forensium. 1798. *Kleinschrod*, *Wirth*, Handbuch der Strafrechtswissenschaft. 1823. *Wiland*, Geist der peinlichen Gesetze. *Grolman*, и мн. др.

Объясненіе причинъ, почему преступленія заключаютъ въ себѣ общую опасность—весьма различны. Одни писатели считаютъ преступленія опасными потому, что трудно отвращать происходящій отъ нихъ вредъ (Wirth). Но это объясненіе недостаточно; трудность не есть послѣдняя причина, — и мы должны доискиваться другой, чтобы узнать, почему трудно отвращать вредъ, производимый преступленіемъ?

Другіе писатели видѣли опасности преступленій въ ихъ соблазнительности, вслѣдствіе легкости воспользоваться противозаконными ихъ плодами (Kleinschrod). Если даже мы согласимся, что легкость въ достиженіи преступнаго желанія *всегда* соблазнительна, все-таки это объясненіе будетъ для насъ недостаточнымъ, потому что возраженіе, сейчасъ нами сдѣланное, и въ отношеніи къ нему имѣетъ полное свое примѣненіе: почему легко воспользоваться плодами преступленія? Точно также неудовлетворительно объясненіе тѣхъ писателей, которые за одинъ изъ существенныхъ признаковъ преступленія считаютъ недостаточность другихъ средствъ и необходимость наказанія для предупрежденія и отвращенія преступныхъ дѣйствій ¹⁷⁾.

Основательнѣе, повидимому, мнѣніе, высказанное еще Виландомъ, но вполне развитое Грольманомъ. Грольманъ говоритъ, что идея состоянія требуетъ, чтобы ни чье право не было нарушаемо. Такъ какъ воля управляетъ дѣйствіями человѣка, то для осуществленія этого требованія необходимо, чтобы воля всегда имѣла достаточное побужденіе быть согласной съ закономъ. Въ комъ нѣтъ этихъ достаточныхъ побужденій, тотъ находится въ противорѣчій съ идеей юридическаго состоянія, и съ ея требованіями вполне согласно преступленіе, какъ внѣшнее побужденіе къ извѣстному направленію воли. Но такъ какъ съ этой идеей несомнѣнно не только дѣйствительное правонарушеніе, но даже и извѣстность, что у такого-то лица нѣтъ достаточныхъ побужденій къ законному образу дѣйствій, — поэтому опасность, происходящая отсюда, должна быть также уничтожаема принужденіемъ. Извѣстность объ опасности этого рода получается изъ противозаконнаго образа дѣйствій, который служитъ яснымъ доказательствомъ, что человѣку недостаетъ нужныхъ побужденій къ законности.

Зло предупрежденія, падающее на нарушителя общественнаго порядка и безопасности, есть наказаніе ¹⁸⁾.

¹⁷⁾ Bauer, Abhandl., стр. 17. Rossi, Traité, стр. 184. Feuerbach, Lehrbuch, § 8—12.

¹⁸⁾ Grundsätze, § 1—15. Подобную мысль высказываетъ Wieland (Geist. Th. I, § 234, 235): «Ueberschreitungen bürgerlichen Gesetze seyen Eingriffe ins

Такимъ образомъ, по мнѣнію Грольмана, преступленіе опасно потому, что проявившееся въ немъ противузаконное направленіе воли говорить о готовности преступника къ подобнымъ дѣйствіямъ въ будущемъ. — Положимъ. Но то-же самое говорить и противузаконное направленіе воли, обнаружившееся въ гражданскомъ правонарушеніи; однако, никто не считалъ гражданскія правонарушенія опасными для общества.

Всѣ эти объясненія мы, такимъ образомъ, считаемъ недостаточными и вообще думаемъ, что признакъ опасности не можетъ привести къ правильному пониманію сущности преступленія уже и потому, что этотъ признакъ не составляетъ принадлежности всякаго преступнаго дѣйствія.

Гегель и его послѣдователи ищутъ существенный признакъ преступленія въ злонамѣренности правонарушенія. Эта мысль встрѣчалась у криминалистовъ, писавшихъ до Гегеля ¹⁹⁾, но получила полнѣйшее развитіе въ сочиненіяхъ Гегеля и его послѣдователей.

Гегель различаетъ три рода правонарушеній: добросовѣстную (гражданскую) неправду, обманъ и преступленіе (силу, принужденіе). Въ первомъ случаѣ, хотя и есть нарушеніе права, но вмѣстѣ съ этимъ нарушеніемъ права мы видимъ также и признаніе его, потому что ни одна изъ спорящихъ сторонъ не противится праву, но ошибается, думая, каждая, что право находится на ея сторонѣ. Не то мы видимъ въ обманѣ, гдѣ дѣло идетъ уже о недобросовѣстномъ нарушеніи права. Обманомъ не оскорбляется частная воля (потому что обманутой не понимаетъ обмана), но обманщикъ оскорбляетъ общую волю. Наконецъ, въ преступленіи нарушается и существо права (*Recht an sich*), и то право, которое признается оскорбленнымъ, т. е. нарушаются обѣ стороны права: и субъективная и объективная ²⁰⁾.

И такъ, изъ словъ Гегеля выходитъ, что гражданская неправда существуетъ въ тѣхъ только случаяхъ, когда она добросовѣстна, т. е. когда обѣ стороны увѣрены въ своемъ правѣ; въ противномъ случаѣ—является преступленіе. Это различіе между гражданской и уголовной неправдой разрушаетъ всякую твердую границу между ними ²¹⁾. Кѣтлинъ, признавая несостоятельнымъ Гегелево

Eigenthum, beweisen ein feindseliges Gemüth und Ungehorsam gegen den Staat, seyen also Verbrechen».

¹⁹⁾ Напр. *Wieland*. Th. I, § 20 «Die selbstthätige Bestimmung zu zweckwirdigen Handlungen ist Bosheit, jede boshafte Ueberschreitung eines Gesetzes Verbrechen».

²⁰⁾ *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts. 1833. § 82, и т. д. *Berner*, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes. 1857. § 36.

²¹⁾ *Hepp*, Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssystem. 1843, т. I, стр. 179.

разграниченіе ²²⁾, принимаетъ другую градацію неправды. Онъ говоритъ: «неправда есть противоположеніе права, и состоитъ въ томъ, что единичная воля нетождественна съ общей — въ сферѣ внѣшняго бытія».

Это противоположеніе можетъ быть различно: 1) воля находится въ возможности быть или согласной съ правомъ, или нарушить его (возможная полицейская правда); 2) единичная воля дѣйствительно нарушаетъ свое единство съ общей, но не сознавая свое противоположеніе (гражданская неправда); 3) различіе между единичной и общей волей доходитъ до сознательнаго противоположенія (уголовная неправда, преступленіе) ²³⁾.

Не смотря на свое уклоненіе отъ градаціи Гегеля, Кётлинъ тѣмъ не менѣе разумѣетъ подъ преступленіемъ злонамѣренную неправду и, стало быть, оставаясь послѣдовательнымъ себѣ, долженъ причислить къ разряду преступленій всякое недобросовѣстное завладѣніе и многое такое, чего никто и самъ онъ не считаетъ за преступленіе.

Сколько намъ извѣстно, мы представили всѣ главные роды мнѣній въ вопросѣ о существѣ преступленія, всѣ тѣ столбовыя, торныя дороги, на которыхъ писатели думали найти истину.

Кажется, мы достаточно показали ихъ несостоятельность. Конечно, въ каждомъ изъ разсмотрѣнныхъ нами мнѣній есть доля правды, или лучше сказать, чувствуется близость истины. Во всякомъ случаѣ, истина лежитъ не на этихъ путяхъ, которые тѣмъ болѣе обманчивы и соблазнительны, что слишкомъ близки къ настоящей дорогѣ.

Теперь намъ остается разсмотрѣть еще одинъ путь. Очень многіе писатели заходили на него невзначай, мимоходомъ, но очень немногіе выбирали исключительно его для своихъ поисковъ. Къ числу послѣднихъ преимущественно принадлежатъ Зоденъ, Штибель, Генке, Росси и, въ послѣднее время, Зеегеръ.

Зоденъ и Штибель опредѣляютъ преступленіе какъ дѣйствіе, противорѣчащее цѣли общественнаго соединенія ²⁴⁾. Но это опредѣленіе не рѣшаетъ окончательно вопроса. Нужно предварительно знать, въ чемъ состоитъ цѣль общественнаго соединенія, чтобы составить себѣ ясное, точное понятіе о преступленіи.

²²⁾ Neue Revision § 3, Anm., стр. 28 — 31.

²³⁾ System des deutschen Strafrechts. 1855. § 2.

²⁴⁾ Напр. Hübel (System des allg. peinl. Rechts. Th. II, § 11) говоритъ, что преступленіе есть дѣйствіе, «welche auf den Staatszweck einen unmittelbaren oder wenigstens einen entschiedenen und bestimmten mittelbaren nachtheiligen Einfluss hat, und denselben hindert».

Зоденъ полагаетъ, что цѣлью общественнаго соединенія является мирное обладаніе собственностью ²⁵). Но въ такомъ случаѣ, всякое правонарушеніе было-бы преступленіемъ. Подобная мысль встрѣчается у многихъ криминалистовъ, напр. у Грольмана, Клейшрода, Фейербаха и др. И всѣ они принуждены были въ непослѣдовательности искать спасенія отъ результатовъ, съ логической необходимостью вытекающихъ изъ этой мысли.

Грольманъ говоритъ, что идея юридическаго состоянія требуетъ отсутствія правонарушеній ²⁶), и мы уже говорили, что отсюда выходитъ понятіе преступленія, какъ вторженія въ сферу чужаго независимаго права, — которое слишкомъ обширно. Клейшродъ ²⁷), какъ мы уже говорили, неудачно старался избѣгнуть такого упрека, ограничивая понятіе преступленій особенной опасностью ихъ, необходимостью уголовного прещенія и т. д. Фейербахъ полагаетъ цѣль государства въ достиженіи юридическаго состоянія, т. е. въ сожительствѣ людей по закону права, и утверждаетъ, что правонарушения всякаго рода противорѣчатъ цѣли государства и что слѣдовательно существенно необходимо, чтобы въ государствѣ не было никакихъ правонарушеній. Средствомъ предупрежденія ихъ служитъ принужденіе (физическое или психическое). Такъ какъ физическое принужденіе (полицейское и гражданское) недостаточно для многихъ правонарушеній, то отсюда является необходимость принужденія психическаго (уголовнаго наказанія), которое составляетъ существенную принадлежность преступленія ²⁸). Физическое принужденіе, говоритъ онъ, недостаточно въ тѣхъ случаяхъ, когда нарушится право вознаградимое, или когда право, вознаградимое само по себѣ, становится вознаградимымъ ²⁹). Но очень часто при воровствѣ и многихъ другихъ преступленіяхъ, физическое принужденіе бываетъ вполне достаточно: неужели-же когда нибудь воровство можетъ быть причислено къ разряду гражданскихъ правонарушеній?

По мнѣнію Генке, преступленіе есть нарушеніе условій, при

²⁵) *Soden* (Geist der peincl. Gesetze Deutschlands. Th. I, § 1): «Verbrechen sind diejenige Handlungen, welche dem Zweck der gesellschaftlichen Verbindung, dem friedlichen Besitze des Eigenthums, im allgemeinen Sinne dieses Wortes zu wider sind».

²⁶) Grundsätze, § 1: «Die Idee eines rechtlichen Zustandes fordert, dass ein jeder auf das Entfernbleiben rechtsverletzender Handlungen seines Nebenmenschen soll rechnen können».

²⁷) Systematische Entwicklung. I, стр. 25. «Die Gesellschaft ist verbunden, ihre Mitglieder im ungestörten Genusse ihres Eigenthums zu schützen».

²⁸) Lehrbuch, §§ 8 — 12, 19.

²⁹) Ibid. § 11.

которыхъ возможно сожительство людей. Но какія это условія, — онъ не говоритъ и думаетъ, что въ различныя времена, у различныхъ народовъ понятіе преступленія является то тѣснѣй, то шире ³⁰⁾.

По опредѣленію Росси, преступленіе есть нарушеніе нравственнаго долга, полезнаго для сохраненія общественнаго порядка, — долга, исполненіе котораго не можетъ быть обезпечено другими средствами, кромѣ уголовного наказанія ³¹⁾.

Не всякое опасное для общественнаго порядка, а только безнравственное дѣйствіе причисляетъ онъ къ объектамъ уголовного правосудія. Но, по его мнѣнію, и всякое безразличное, даже похвальное само въ себѣ дѣйствіе становится безнравственнымъ, если оно при данныхъ обстоятельствахъ вредно для общества. Отсюда слѣдуетъ, что понятіе безнравственнаго заключается въ понятіи вреднаго, понятіе нравственнаго совпадаетъ съ понятіемъ полезнаго для общества ³²⁾. А полезное — вещь измѣняемая и вполне зависящая отъ обстоятельствъ. Сегодня можетъ быть полезнымъ наказаніе достойныхъ наказанія, завтра будетъ полезно награждать за то, за что вчера наказывали, и наоборотъ. Чѣмъ болѣе слабъ и гниль общественный порядокъ, тѣмъ чаще могутъ быть полезны для него безнравственныя дѣйствія, тѣмъ чаще вредны и опасны для него дѣйствія безразличныя, или даже похвальныя. Гдѣ-же граница, далѣе которой поддержаніе общественнаго порядка не должно простирать своихъ требованій? Соблюденіе какаго именно долга можетъ законно вынуждать общество отъ своихъ членовъ, угрожая въ противномъ случаѣ уголовной карой? На эти вопросы мы не находимъ у Росси удовлетворительнаго отвѣта.

Къ послѣднему главному разряду могутъ быть отнесены тѣ писатели (Гефферъ, Ярке и друг. ³³⁾, которые почти не касаются вопроса о существѣ преступленія и какъ-бы довольствуются тѣмъ обыденнымъ понятіемъ, которое каждый изъ насъ имѣетъ объ этомъ родѣ неправды. Несостоятельность такого метода въ изложеніи науки уголовного права очевидна. Понятіе преступленія есть тотъ фокусъ, тотъ центръ, откуда какъ радіусы исходятъ всѣ отдѣльныя положенія науки. Не давши точнаго опредѣленія, руководствуясь темнымъ предчувствіемъ истины, мы лишимъ себя

³⁰⁾ Handbuch I. § 33.

³¹⁾ Traité de droit pénal. 1835, стр. 184.

³²⁾ Hepp, Gerechtigkeits- und Nutzungstheorien des Auslandes. 1834, стр. 18 — 29, 67.

³³⁾ Heffter, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts. 1846, § 28 —

34. Jarcke, Handbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. 1821, т. I, § 15 — 16.

нужной опоры и, вмѣсто строго-научнаго изложенія, представимъ шаткое, расплывчатое разсужденіе, примѣры котораго такъ часто приходится слышать въ ежедневныхъ разговорахъ о возвышенныхъ предметахъ. Всѣ наши положенія, не выведенныя изъ ясно-сознаннаго и твердо-установленнаго начала, не будутъ имѣть вовсе никакого основанія, или будутъ опираться на различныя основанія и тѣмъ противорѣчить первому требованію науки, единству принципа, безъ чего наука становится простымъ апрегатомъ свѣдѣній, разрозненныхъ, не связанныхъ между собою единствомъ идеи.

Послѣ того, какъ попытки столькихъ юристовъ опредѣлить существо преступленія оказались всѣ болѣе или менѣе безуспѣшными, — естественно родится сомнѣніе въ возможности когда нибудь рѣшить этотъ вопросъ. Но неужели наука еще далека отъ желанной цѣли? Неужели она еще надолго, если не на всегда, должна отказаться отъ рѣшенія такого вопроса, отъ котораго зависитъ и правильность всѣхъ общихъ выводовъ, и правильность въ разрѣшеніи всѣхъ частныхъ случаевъ, ежеминутно встрѣчающихся въ жизни?

Мы не думаемъ этого. Напротивъ, мы убѣждены въ томъ, что наука уголовнаго права остается сдѣлать только одинъ, очень нетрудный шагъ для окончательнаго разрѣшенія этого спорнаго дѣла.

Въ философіи права Гегелевской школы истинное значеніе того, чѣмъ она занималась, очень часто заключается не въ методѣ, а въ самомъ содержаніи, неоспоримое достоинство котораго ни сколько не зависитъ отъ метода. Это случилось и въ настоящемъ вопросѣ. Въ своей философіи права, Гегель дѣлаетъ замѣчаніе, обнимающее нашу задачу во всей ея полнотѣ. Особенность преступленія, въ противоположность гражданской неправды, онъ видитъ въ томъ, что преступленіе есть нарушеніе права какъ права, принципиальное отрицаніе его святости ³⁴⁾. Это положеніе мы считаемъ совершенно вѣрнымъ, хотя и несогласны съ тѣмъ, будто преступленіе есть основное нарушеніе права, потому что оно включаетъ въ себѣ сознательное, злонамѣренное противоположеніе единичной воли съ общей.

Впрочемъ, чрезъ этотъ ложный смыслъ, придаваемый понятію преступленія, самое понятіе теряетъ ту ясность, которая нужна для пониманія и правильнаго его приложенія. Посему необходимъ правильный выводъ этого опредѣленія; нужно узнать, въ чемъ

³⁴⁾ Grundlinien § 90. Anm. § 95, 97. Köellin, Neue Revision § 436. System § 5, 6.

заключается основное различіе между гражданскимъ и уголовнымъ нарушеніемъ права.

Зеегеръ представляетъ въ высшей степени замѣчательную попытку въ этомъ родѣ ³⁵⁾.

Никто до него не доходилъ до такого полнаго и истиннаго анализа существа преступленія. Онъ далеко оставилъ за собою даже Велькера (Welcker), который въ своемъ извѣстномъ сочиненіи о правѣ, государствѣ и уголовномъ наказаніи (*Über die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe*, 1822), болѣе другихъ криминалистовъ коснулся этого вопроса, согласно своей цѣли основать наказаніе на раздробленіи признаковъ преступленія.

Велькеръ видитъ въ наказаніи уничтоженіе интеллектуальнаго вреда, производимаго преступленіемъ, и старается показать въ частности, въ чемъ состоитъ этотъ вредъ и какъ каждой его сторонѣ соотвѣтствуетъ та или другая сторона наказанія. Не смотря на всѣ достоинства этого сочиненія, легко видѣть, что этимъ путемъ нельзя достигнуть желанной цѣли. Идеальный вредъ не есть еще преступленіе, но болѣе или менѣе случайное его послѣдствіе, которое можетъ быть, можетъ и не быть. Онъ такимъ образомъ беретъ преступленіе не столько въ его внутренней особенности, сколько въ его дѣйствіяхъ, и сверхъ того родъ и способъ, какими Велькеръ проводитъ свои основныя мысли, во многихъ случаяхъ односторонни и неудовлетворительны.

Зеегеръ умѣлъ избѣгать этихъ недостатковъ. Но представивъ превосходный анализъ преступленія, онъ не сказалъ послѣдняго слова, не вывелъ окончательнаго результата изъ своихъ словъ. — Онъ разсматриваетъ случаи, въ которыхъ правонарушеніе является основнымъ правонарушеніемъ, т. е. преступленіемъ. Но онъ не высказалъ того признака, который былъ-бы общъ всѣмъ этимъ случаямъ. Мы читаемъ у него, что нарушеніе единичной воли бываетъ преступнымъ тогда и тогда, что правонарушеніе не бываетъ преступнымъ въ такихъ-то случаяхъ; мы ждемъ отъ него послѣдняго, окончательнаго вывода, но онъ этого вывода не даетъ.

Понятно, что наука уголовного права не можетъ остановиться на этой ступени. Она должна не расплываться по отдѣльнымъ случаямъ, а представить въ общемъ, сжатомъ опредѣленіи внутреннюю истину волнующихся въ безконечномъ разнообразіи явленій. Работа Зеегера — приговорительная, а не окончательная.

Окончательное рѣшеніе вопроса о существѣ преступленія —

³⁵⁾ Abhandlungen aus dem Strafrechte. 1885. Erste Erörterung.

дѣло, по нашему мнѣнію, нетрудное, потому что къ нему уже указанъ надежный путь тѣми писателями, которые видѣли въ преступленіи дѣйствіе, противорѣчащее цѣли государства, нарушающее основныя условія общественной жизни (Росси, Генке, Зеегеръ).

Мы видѣли, что и у этихъ писателей господствуетъ такая-же, если не бѣльшая неопредѣленность и неправильность относительно настоящаго вопроса, какъ и у всѣхъ прочихъ криминалистовъ. Но по нашему убѣжденію, путь, избранный ими, вѣренъ, и если они не достигли желаемыхъ результатовъ, то единственно потому, что или сбились съ своего пути (Soden), или остановились на полдорогѣ и не пошли далѣе (Henke). На вопросъ о томъ, что составляетъ цѣль и коренныя условія общественнаго соединенія, они или отвѣчали неправильно и неопредѣленно (Soden, Stübel, Rossi), или отказывались отвѣчать за невозможностью отвѣта (Henke). Но мы думаемъ, что отъ правильнаго разрѣшенія этого вопроса зависитъ правильный выводъ опредѣленія, даннаго преступленію Гегелевской школой. Этотъ вопросъ, по нашему мнѣнію, долженъ служить исходной точкой въ рѣшеніи вопроса о существѣ преступления.

Спросимъ-же себя: въ чемъ состоитъ цѣль и коренныя условія общественной жизни?

Нѣкогда господствовало мнѣніе, будто внѣ-общественное, такъ называемое естественное состояніе человѣка есть состояніе общее, разумное и до нѣкоторой степени согласное съ его природой. Думали, что человѣкъ произвольно вступаетъ въ общество и если онъ хорошо поступаетъ, избирая для себя общественную жизнь (въ чемъ однако иные сомнѣвались), — во всякомъ случаѣ, общественность не есть для него необходимость.

Въ наше время никто не сомнѣвается въ томъ, что человѣкъ въ такой-же мѣрѣ существо общежительное, въ какой — онъ существо разумное, свободное, нравственное; что смотрѣть на него иначе, все равно, что разсуждать о рыбѣ, живущей безъ воды; что человѣкъ не мыслимъ какъ единица и общественная жизнь не есть фактъ, основанный на свободной волѣ человѣка, или на взаимномъ договорѣ членовъ общества, но произведение высшей необходимости, независящей отъ произвола людей.

Мы утверждаемъ, что государства возникаютъ не по свободной волѣ людей и устройство ихъ основывается не на произвольномъ согласіи, говорить Франтъцъ³⁶⁾. Вообразимъ себѣ толпу людей, совер-

³⁶⁾ Vorschule, стр. 52 — 53.

менно свободныхъ и независимыхъ другъ отъ друга. Пусть, при самыхъ благопріятныхъ для себя обстоятельствахъ, они задумаютъ соединиться въ общество. Было-бы чудо, если-бы столько головъ были совершенно согласны между собою,—и вотъ является большинство и меньшинство. Но какъ-же меньшинство согласится съ большинствомъ? Я могу подчиниться нравственному убѣжденію, или силѣ обстоятельствъ, но я не подчиняюсь простой волѣ чужихъ людей. Если-же и подчинюсь, то единственно потому, что большинство меня импонируетъ, и я вижу, что оно можетъ меня принудить,—но въ такомъ случаѣ теорія свободы переходитъ въ теорію принужденія и такимъ образомъ сама себя противорѣчитъ. Во всякомъ случаѣ, отъ свободнаго согласія всѣхъ мы уже приходимъ къ большинству. По мѣрѣ развитія вопросовъ объ устройствѣ, является больше и больше разногласія во мнѣніяхъ; большинство распадается, собранія становятся шумными. Отъ словъ переходятъ къ дубю, и того признаютъ главой, кто лучше сдумѣлъ распорядиться этимъ дубьемъ. Это не гипотеза, а рассказъ о дѣйствительномъ событіи. Это—исторія первой французской революціи, которая состояла ни въ чемъ другомъ, какъ въ опытѣ примѣнить господствовавшій тогда теоріи къ жизни, т. е. построить государство на одной свободной волѣ людей.

Мы родимся и вырастаемъ въ государствѣ безъ малѣйшаго воздѣйствія нашей свободной воли, и когда достигаемъ наконецъ до той зрѣлости сознанія, когда можемъ уяснить свое отношеніе къ государству, мы видимъ себя до того связанными потребностями нашего матеріальнаго существованія, узами семейства и силой привычки, что о свободномъ выборѣ относительно государства вообще не можетъ быть рѣчи. Большинство людей живутъ и умираютъ въ томъ государствѣ, въ которомъ они фактически находятся. О выборѣ государства не думаетъ никто. Конечно, бываютъ и такіе, которые входятъ и выходятъ изъ государства; но эти люди составляютъ обыкновенно самую незначительную часть населенія.

Вообще, основаніе нашего положенія въ государствѣ есть не столько актъ нашей свободы, сколько фактъ съ сильнымъ характеромъ необходимости ³⁷⁾

³⁷⁾ *Frantz*, *Vorschule*, стр. 266. «Sollte das Wesen der Staatsverfassung in der freiwilligen Uebereinkunft liegen, so leuchtet doch ein, dass solche Freiheit nur in dem Act der Constituirung selbst zum Ausdruck käme, und man würde daraus schliessen müssen, dass es für die Staaten am besten wäre, sich so oft wie möglich zu constituiren, um dadurch ihres Wesens eingedenk zu bleiben. Die Erfahrung lehrt aber gerade das Gegentheil. Tiefgreifende Verfassungsänderungen sind fast immer vom Uebel, und die Staaten befinden sich immer am besten, wenn ihre

Общественность есть фактъ, естественно необходимый и въ то-же время онъ имѣеть за собою разумную необходимость.

Если-бы естественное, внѣ-общественное состояніе было нормальнымъ состояніемъ человѣка, въ такомъ случаѣ каждый человѣкъ, взятый отдѣльно, имѣлъ-бы всѣ средства для достиженія своихъ цѣлей, своего нравственнаго назначенія. Не то мы видимъ въ дѣйствительности. Предоставленный собственнымъ своимъ силамъ, человѣкъ слабѣе и беззащитнѣе всего на свѣтѣ. Будучи существомъ разумнымъ, онъ можетъ однако находиться въ состояніи почти животномъ, почти въ совершенномъ невѣдѣніи требованій нравственнаго закона; будучи существомъ свободнымъ, онъ въ то-же время былъ-бы до того подавленъ физическими нуждами, что его свобода осталась-бы почти уничтоженной и воля не имѣла-бы другаго направленія, кромѣ избѣжанія чувственныхъ лишеній.

Сожительство съ подобными ему существами восполняетъ безсиліе его одиночества и помогаетъ ему быть тѣмъ, чѣмъ онъ долженъ быть. Если внѣ общества человѣкъ—ничто, то въ обществѣ онъ сильнѣе и могущественнѣе всего на свѣтѣ. Общественная жизнь является для человѣка и высшимъ его правомъ, и неизбежной обязанностью. Общественность есть одно изъ коренныхъ условій человѣческой природы,—и въ подтвержденіе этой мысли едва-ли нужно перечислять факты, каковы: семейство, даръ слова, необходимость раздѣленія труда и всѣ тѣ потребности, которымъ нельзя удовлетворить въ состояніи одиночества.

Общество дано человѣку какъ средство помощи, какъ орудіе всесторонняго развитія, на ряду съ разумомъ, свободой. Сохраненіе, усовершенствованіе общественной жизни составляетъ не только право человѣка, но и его долгъ, обязанность.

Но общественная жизнь, будучи простымъ соединеніемъ людей на извѣстномъ пространствѣ, не удовлетворила-бы своему назначенію,—и подъ обществомъ мы никогда не разумѣемъ агрегации отдѣльныхъ личностей, находящихся въ постоянной взаимной враждѣ, или не имѣющихъ между собою ничего общаго, ни чѣмъ не связанныхъ другъ съ другомъ.

Общество дано человѣку для мѣны услугъ, для раздѣленія труда, однимъ словомъ, для всѣхъ тѣхъ мирныхъ взаимныхъ отношеній, которыя существенно характеризуютъ общественную жизнь и совершаются по законамъ права.

Очень часто мы видимъ недоразумѣнія относительно различія между правомъ и нравственностью и потому скажемъ объ этомъ нѣсколько словъ.

Verfassung nicht als ein Kern der Freiheit, sondern als ein Product höherer Nothwendigkeit angeschaut wird. Ibid. стр. 54.

А) Право состоитъ въ постоянномъ взаимномъ ограниченіи внѣшней свободной дѣятельности каждаго человѣка, при которомъ возможно сожительство людей ³⁸). Это абсолютное понятіе относится частію къ дѣйствіямъ, частію къ лицамъ:

1) Право, какъ предикатъ дѣйствій, есть соглашеніе внѣшнихъ дѣйствій съ свободнымъ сожительствомъ людей.

2) Право, какъ принадлежность лица, есть возможность внѣшнихъ дѣйствій, обусловленная свободнымъ сожительствомъ людей.

В) Нравственность состоитъ въ нравственной необходимости соглашенія дѣйствій человѣка съ его собственнымъ, присущимъ ему, какъ разумному существу, достоинствомъ. Отсюда происходитъ понятіе обязанности въ ея различныхъ отношеніяхъ:

1) Обязанность, какъ предикатъ дѣйствій, есть то свойство дѣйствій человѣка, по которому они соотвѣтствуютъ его собственному достоинству, какъ разумнаго существа.

2) Обязанность, какъ атрибутъ лица, есть необходимость дѣйствій, обусловленная закономъ нравственности.

Положительный законъ и законъ нравственный относятся къ двумъ различнымъ сферамъ. Нарушенія ихъ имѣютъ различныя свойства. Нарушеніе положительнаго закона оскорбляетъ другихъ, нарушение нравственнаго закона касается самого нарушителя, и только его одного.

Отсюда являются слѣдующія различія между правомъ и нравственностію: 1) право требуетъ внѣшней гармоніи людей; нравственность — внутренней гармоніи дѣйствій человѣка съ самимъ собою; 2) право ограничивается взаимными отношеніями людей, т. е. тѣми внѣшними дѣйствіями, посредствомъ которыхъ люди приходятъ въ столкновение другъ съ другомъ; нравственность обращается къ одному человѣку, самому по себѣ, и обнимаетъ собою его внѣшнія и внутреннія дѣйствія; 3) право опредѣляетъ нравственную возможность; нравственность — нравственную необходимость дѣйствій.

Всякое противозаконное дѣйствіе есть въ то-же время и безнравственное; нравственный законъ распространяется и на внѣш-

³⁸) *Frantz*, *Vorschule*, стр. 54. «Wie mächtig man sich immerhin den Volkswillen denken mag, so leuchtet ferner ein, dass das Wesen einer jeden Verfassung eben darin liegt, eine Schranke für diesen Willen zu bilden. Und zwar eine Schranke, die nicht blos ein Act der Selbstbeschränkung des Willens ist, sondern die sich als etwas für sich selbst bestehendes darstellt, und mit der Kraft versehen sein muss den übergreifenden Willen zurückzudrängen. Der Volkswille im Staat ist wie das Blut im Körper. In der Circulation des Blutes liegt das Leben, aber das Blut ist von den Adern umschlossen, und zerreißen sie die Adern, so strömt das Blut aus und das Leben erlöschet».

нія дѣйствія. Но дѣйствіе можетъ быть безнравственнымъ, не нарушая положительнаго закона. Многіе говорятъ, что здѣсь заключается противорѣчіе, но это ошибочно. Противорѣчіе тогда бы имѣло мѣсто, если-бы въ одномъ и томъ-же отношеніи мы утверждали и отрицали что нибудь. Но положеніе юридическаго закона, что такое-то безнравственное дѣйствіе не нарушаетъ сожительства людей и слѣдовательно не противозаконно,—не противорѣчитъ положенію нравственнаго закона, который говоритъ, что это дѣйствіе не согласно съ достоинствомъ самого субъекта, какъ разумно-нравственнаго существа ³⁹⁾.

Право не противоположно нравственности: оно не можетъ требовать отъ человѣка дѣйствій безнравственныхъ. Оно составляетъ часть нравственности и опредѣляетъ внѣшнія, общественныя обязанности человѣка, minimum его нравственныхъ обязанностей, какъ необходимое условіе, безъ исполненія котораго невозможны общественныя отношенія между людьми. Право, съ одной стороны, требуетъ только законности воли, не обращая вниманія на мотивы дѣйствія, съ другой — высказываетъ одни отрицательныя требованія, вытекающія изъ основнаго положенія: уважай чужія права, т. е. не нарушай ихъ. Сущность всѣхъ его требованій можетъ быть выражена слѣдующимъ образомъ: *свобода дѣйствій каждого въ законно-принадлежащей ему сферѣ права и, какъ необходимое условіе, договорность во взаимныхъ отношеніяхъ гражданъ между собою.*

Если право высказываетъ основные законы, по которымъ совершается сожительство людей, — въ такомъ случаѣ *господство права является основнымъ условіемъ общественной жизни.*

Подъ господствомъ права обыкновенно разумѣютъ ненарушимость его, — но совершенно ошибочно: это два понятія различныя, которыя поэтому и должны быть строго различаемы между собой, во избѣжаніе недоразумѣній и ошибокъ. Ненарушимость права предполагаетъ вообще отсутствіе правонарушеній; напротивъ, господство права предполагаетъ возстановленіе нарушенныхъ правъ и сопряженную съ нимъ фактическую ничтожность неправды. Отсутствіе правонарушеній—состояніе если и желаемое, то, во всякомъ случаѣ, не необходимое, и съ понятіемъ общественной жизни мы никогда не соединяемъ мысли объ «отсутствіи правонарушеній», о «мирномъ обладаніи собственностью» и т. п. Напротивъ, «споры о правахъ, замѣчаетъ А. И. Вицынъ, проходятъ черезъ всю исторію гражданскаго общества, и чѣмъ разнообраз-

³⁹⁾ Вагнер, Abhandlungen, стр. 7 — 10.

нѣе, чѣмъ свѣжѣе, живѣе, такъ сказать, жизнь гражданскаго союза, чѣмъ богаче страна, тѣмъ болѣе въ ней и гражданскихъ споровъ. Всегда сопряженные съ интересомъ, они указываютъ съ одной стороны на существованіе его въ матеріи, съ другой — на желаніе гражданъ освоить его, а съ тѣмъ вмѣстѣ служатъ благопріятными признаками экономической и гражданской жизни народа ⁴⁰⁾». Бауеръ вполне справедливо утверждаетъ, что государство имѣетъ своимъ назначеніемъ осуществленіе господства права, т. е. свободнаго, не мирнаго, не нарушаемаго, а *безопаснаго* сожительства людей ⁴¹⁾.

Не отсутствіе правонарушеній, а *возстановляемость нарушенныхъ правъ въ ихъ первоначальной цѣлости, является основнымъ условіемъ господства права и существенной принадлежностью общественной жизни*. Возстановляемость нарушенныхъ правъ, ограждая свободу и безопасность, доставляетъ ту почву, на которой только и можетъ выростать весь сложный, величавый организмъ общественной жизни. Государство уничтожаетъ господство силы, произвола и самоуправства и водворяетъ господство права. Каждый членъ признается законнымъ владѣтелемъ того, что онъ имѣетъ, пока не будетъ доказано по закону противное, и безъ суда никто не долженъ быть лишенъ того, что составляетъ его собственность. Каждый держитъ за собою обладаніе не силой, а мирнымъ орудіемъ закона. Поэтому, наше, напимѣръ, законодательство строго воспрещаетъ всякое самоуправство по имуществамъ, хотябы они состояли и въ незаконномъ владѣніи, потому что даже незаконное владѣніе можетъ быть прекращено только по рѣшенію судебнаго мѣста, вошедшаго въ законную силу, или по распоряженію полиціи, и до законныхъ распоряженій о передачѣ его охраняется правительствомъ отъ насилія и самоуправства ⁴²⁾.

По отношенію къ возстановляемости правъ, всѣ правонарушенія распадаются на два различные типа.

1. Одни правонарушенія падаютъ исключительно на имущества: должникъ не платитъ занятыхъ денегъ, контрагентъ не исполняетъ напр. договоровъ подряда, владѣлецъ поземельной недвижимой собственности неправо владѣетъ смежной съ его землями чужой пустошью и т. д.

Что касается до способа правонарушения, то противозаконныя дѣйствія этого рода чужды принужденія, устремленнаго на волю оскорбленнаго лица. Подъ принужденіемъ мы разумѣемъ не только

⁴⁰⁾ *Вичинъ*, Третейскій судъ по русскому праву. 1856 г. стр. 1.

⁴¹⁾ *Bauer*, *Abhandlungen*, стр. 6.

⁴²⁾ Св. зак. изд. 1857 г. т. X, ч. 1, стр. 690, 532, 531.

насиліе, но и обманъ. Обманъ, подобно насилію, принуждаетъ волю къ тому; или другому направленію, котораго-бы она не приняла, оставаясь свободной, не будучи обманутой. Обманъ есть то-же насиліе, и разница между ними состоитъ только въ томъ, что обманъ есть скрытое принужденіе, не подозрѣваемое обманутымъ, а насиліе разрушаетъ самый признакъ свободы и права. Правонарушенія, о которыхъ мы говоримъ, чужды принужденія. Воля, въ существѣ своемъ, остается свободной какъ во время, такъ и послѣ нарушения: NN не платитъ занятыхъ у меня денегъ, — но онъ и не прикидывается ложно-банкротомъ, не утаиваетъ своего имущества, и я изъ его имущества могу взыскать свои деньги. NN ничего не имѣетъ, съ него нечего взять—но онъ и не скрываетъ положенія своихъ дѣлъ, или, по-крайней-мѣрѣ, не употребляетъ объективныхъ средствъ обмана, не показывалъ фальшивыхъ, будто-бы принадлежащихъ ему векселей и т. п., однимъ словомъ, не пускалъ въ ходъ тѣхъ дѣйствій, которыя въ Уложеніи о наказаніяхъ носятъ общее названіе воровства-мошенничества. NN прожилъ все свое имѣніе послѣ того, какъ сдѣлалъ у меня заемъ, но юридически онъ и не обязывался не проживать своего имѣнія, чтобъ употребить его на уплату долговъ.

Правонарушенія этого рода не исключаютъ собою возможности для обиженнаго отыскивать и возстановлять свое право. Правонарушитель — съ одной стороны не отнимаетъ у оскорбленнаго средства для иска (не выкрадываетъ нужныхъ документовъ и т. п.), съ другой—не скрываетъ своей личности, такъ что обиженный знаетъ, на комъ онъ долженъ искать своего права и всѣхъ понесенныхъ имъ убытковъ.

Правонарушенія эти обыкновенно называются гражданскими. Они нарушаютъ волю, но не въ ея принципѣ; они нарушаютъ право, но въ томъ или другомъ его проявленіи, а не въ существѣ его. Касааясь единственно правъ имущественныхъ, внѣшнихъ, оцѣнимыхъ, вознаградимыхъ, и, не уничтожая собою возможности иска, чуждая принужденія гражданская неправда не исключаетъ собою возстановляемости права и такимъ образомъ не противорѣчитъ господству права, а слѣдовательно не нарушаетъ основныхъ условій общественной жизни, свободы и безопасности.

2. Не таковы правонарушения другаго рода, которыя носятъ названіе преступленій.

Подъ этимъ именемъ мы разумѣемъ главнымъ образомъ:

Дѣйствіе, которымъ нарушается право, само по себѣ возстановляемое, но способомъ, исключаящимъ возможность возстановленія (воровство, зажигательство, составленіе фальшиваго акта и т. д.), или

Дѣйствіе, нарушающее право, неопѣнимое, невознаградимое, невозстановляемое (жизнь, честь, здоровье и т. д.).

Дѣйствіе, заключающее въ себѣ насиліе или обманъ, которыми лицо (физическое или юридическое) принуждается къ такимъ дѣйствіямъ, которыя-бы онъ не совершилъ, оставаясь свободнымъ отъ насилія или обмана (женатый выдаетъ себя за холостого, свидѣтель даетъ въ судѣ ложное показаніе и т. д.). Ограничимся приведенными случаями.

Уже изъ сказаннаго видно, что принужденіе (Zwang), къ понятію котораго сводится насиліе (Vis, Gewalt) и обманъ (Fraude, Trug) составляютъ основной характеръ преступленія. Поэтому они, нарушаютъ-ли личныя права, или имущественныя, всегда заключаютъ въ себѣ оскорбленіе личности, принужденіе свободы, т. е. касаются правъ невознаградимыхъ, невозстановляемыхъ.

Исключая собою возстановляемость права, по роду нарушенныхъ правъ, или по способу нарушенія, преступленіе заключаетъ въ себѣ основное правонарушеніе и такимъ образомъ находится въ противорѣчій съ идеей господства права, а слѣдовательно и съ основными условіями общественной жизни.

Таковъ смыслъ, по нашему мнѣнію, долженъ быть приданъ опредѣленію преступленія, высказанному школой Гегеля.

Разсмотрѣвъ частныя вопросы, возникающіе изъ опредѣленія существа преступленія, мы предоставляемъ себѣ въ другой разъ и отсылаемъ читателей къ сочиненію Зеегера.

Въ настоящей своей статьѣ, мы скажемъ нѣсколько словъ только объ одномъ мнѣніи, которое приходится слышать и читать очень часто. Обыкновенно думаютъ, что понятіе преступленія у различныхъ народовъ и на различныхъ ступеняхъ ихъ развитія является то тѣснѣе, то обширнѣе, и что слѣдовательно невозможно опредѣленіе преступленія, которое-бы годилось всегда и вездѣ.

Мы считаемъ такое мнѣніе ошибочнымъ. Преступленіе должно быть всегда и вездѣ одинаково; объемъ преступныхъ дѣйствій не можетъ быть ни шире, ни тѣснѣе того, который обуславливается самой природой вещи. Человѣкъ вездѣ, на всякой ступени своего развитія, остается человѣкомъ и слѣдовательно всегда и повсюду носить на себѣ существенные признаки своего рода. Условія его общественной жизни и нарушенія ихъ, т. е. преступленія, должны быть постоянно одни и тѣ-же. Ни одно преступленіе не можетъ не имѣть, въ глазахъ какого-бы то ни было общества, характера основнаго правонарушенія, отличающагося отъ всякой другой неправды. Точно также ни одно правонарушеніе, не заключающее въ себѣ основнаго нарушенія, не можетъ присвоить себѣ характеръ преступленія и вызывать со стороны общества реакцію, называемую уголовнымъ наказаніемъ.

Намъ скажутъ, что дѣло науки состоитъ въ томъ, чтобы уразумѣть жизнь, а не навязывать ей произвольныя, извнѣ взятая правила. Мы согласны съ этимъ; мы не будемъ спорить также и съ тѣмъ, что подъ наше опредѣленіе преступленія не подходятъ многія дѣйствія, подвергавшіяся уголовнымъ наказаніямъ въ различныхъ законодательствахъ. Но не все то свято, что было и существуетъ. Временныя, частныя, болѣзненныя уклоненія не должны имѣть существеннаго значенія для науки. Не смотря на то, что рождаются двойни и тройни, наука говоритъ, что женщина родитъ по одному ребенку. Многіе люди не имѣютъ отъ рожденія какого-нибудь изъ пяти чувствъ; но кто-же станетъ утверждать, будто нельзя положить общимъ правиломъ, что человѣкъ имѣетъ пять чувствъ. Въ мірѣ нравственномъ уклоненія отъ общаго правила встрѣчаются чаще. Но если наука уголовного права, имѣя въ виду различныя уродливыя распоряженія законовъ, отказывается дать общее правило, то этимъ самымъ она какъ-бы признаетъ законность и разумность всякаго факта. Ей придется потеряться въ противорѣчяхъ и оправдывать всякое убійство, облеченное въ юридическія формы. Наука уголовного права, какъ и всякая наука, должна уловить общій законъ, не заботясь о томъ, что подъ него не подойдетъ какое нибудь частное, случайное уклоненіе.

Сверхъ того замѣчу, что и уклоненія отъ общаго правила не такъ разительны, и понятіе преступленія въ различныя времена у различныхъ народовъ вовсе не бываетъ на столько шире и тѣснѣе, какъ это думаютъ. Если мы глубже взглянемъ въ дѣло, то увидимъ, что измѣняется не понятіе преступленія, а измѣненіе происходитъ въ другихъ отношеніяхъ, въ другихъ сторонахъ народной жизни.

Подробное разсмотрѣніе этого вопроса повело-бы насъ слишкомъ далеко. Намъ пришлось-бы обратиться къ законодательствамъ различныхъ народовъ, къ объясненію различныхъ сторонъ ихъ жизни. Мы ограничимся только тѣми возраженіями, которыя наиболѣе часто приходится встрѣчать.

Обыкновенно думаютъ, что самое убійство не у всѣхъ народовъ считается всегда преступленіемъ и въ подтвержденіе этого указываютъ на безграничную власть отца надъ своими дѣтьми, на дозволенное убійство ночнаго вора, на право выставки дѣтей (*expositio*, *Aussetzen*) у народовъ древности и новаго міра; на дозволенное убійство стариковъ у древнихъ Славянъ и Германцевъ, на безнаказанное убійство раба и т. д. ⁴³⁾.

⁴³⁾ *Abegg*, Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft. 1830. Zweite Abhandlung. *Неволина* сочиненія. 1857. т. 2. *Seeger*, Abh. 2te Erörterung.

Всѣ эти примѣры ни сколько не опровергаютъ нашего мнѣнія. Убійство ночнаго вора объясняется необходимой обороной (Nothwehr) и господствомъ самоуправства, о чемъ мы поговоримъ когда нибудь, впоследствии. Что-же касается до прочихъ примѣровъ, то всѣ они ни сколько не доказываютъ того, чтобы у извѣстныхъ народовъ объемъ преступленій былъ тѣснѣе или шире, чѣмъ у другихъ; они говорятъ только то, что у одного народа кругъ лицъ, пользующихся покровительствомъ законовъ, бываетъ тѣснѣе, или шире, чѣмъ у другаго, — не больше.

Говоря о преступленіи, не должно забывать того, что преступленіе есть нарушеніе права, не того права, которое принадлежитъ человѣку, по естественной справедливости, а того, которое признано общей волей и гарантировано государствомъ. Убійство всегда и вездѣ будетъ нарушеніемъ важнѣйшаго права человѣка; но преступленіемъ оно будетъ только тогда, когда этимъ преступленіемъ нарушается жизнь того человѣка, за которымъ общество признаетъ право на защиту законовъ, на котораго распространяется господство права, который находится въ общественныхъ связяхъ съ обществомъ и свобода котораго сливается съ суммой остальныхъ свободъ членовъ общества. Убійство неправоспособнаго существа не будетъ преступленіемъ, потому что оно не нарушаетъ господства права: общественному тѣлу нѣтъ дѣла до того, что совершается внѣ его, что до него не касается; точно такъ, какъ и человѣческому тѣлу не бываетъ больно тогда, когда рубятъ членъ чужаго тѣла; основное условіе жизни Петра не нарушается тѣмъ, что у Павла отрѣжутъ голову. Убійство *правоспособнаго лица всегда было и должно быть преступленіемъ.*

Осносительно круга лицъ, пользующихся защитой законовъ, есть огромное различіе между міромъ древнимъ и новымъ, міромъ не христіанскимъ и христіанскимъ.

Въ древности, говоритъ Лоранъ — внѣ предѣловъ гражданства господствовало раздѣленіе и ненависть. Каждый народъ считалъ себя избранной расой. На востокѣ, гдѣ господствовалъ теократическій духъ, возводили раздѣленіе, неравенство — къ Богу.

Привилегированная каста одна была причастна человѣческимъ правамъ; прочія касты, иностранцы, считались болѣе или менѣе существами нечистыми. Въ западномъ мірѣ это противоположеніе приняло характеръ болѣе политической. Греки презирали варваровъ и считали себя рожденными предписывать имъ законы, какъ существамъ низшимъ. Римляне внѣ своихъ предѣловъ видѣли только враговъ.

Внутри самого государства существовалъ глубокой антагонизмъ между различными классами общества; богъ одного города

нѣ былъ богомъ другаго, богъ патриціевъ не былъ богомъ плеевъ.

Неравенство выразилось въ самой ужасной формѣ, — рабства. Въ самомъ семействѣ, гдѣ любовь должна быть принципомъ равенства, женщины и дѣти низведены были почти на степень рабства. Конечно, и въ древности начиналось движеніе къ равенству, единству. Западъ разбиваетъ восточныя касты и стремится организовать равенство въ средѣ свободныхъ людей. Платонъ не желаетъ, чтобы Грекъ былъ рабомъ у Грека. Но расширить братство отъ гражданина на человѣка, уничтожить рабство, замѣнить равенство и силу, любовью и правомъ, этой задачи не въ силахъ была рѣшить древняя философія, которая не могла отрѣшиться отъ своего аристократическаго духа. Эту задачу могло совершить только христіанство.

Христіанство говоритъ, что всѣ люди равны передъ Богомъ, что всѣ они—братья, дѣти одного Отца, что всѣ народы—члены одного семейства. Повелѣвая любить ближняго, Христосъ не отличаетъ гражданина отъ негражданина, свободнаго отъ раба. Его ученіе любви обнимаетъ всѣ народы и всѣхъ членовъ каждаго государства. Міръ, говоритъ Тертуліанъ, есть въ нашихъ глазахъ обширное государство, общее отечество человѣческаго рода (*unam omnium rempublicam agnoscimus mundum* Apol. 38). Этою чертою отличается христіанство отъ всѣхъ политическихъ и религіозныхъ системъ античнаго міра.

Чтобы возстановить равенство, нужно было воззвать къ жизни ту часть людей, на которой тяготѣла печать отверженія. И Христосъ обратился къ тѣмъ, кого обездолилъ свѣтъ: къ бѣднымъ, къ женщинамъ, къ дѣтямъ. Всѣ, кого угнетала и презирала древность, были призваны имъ на пиръ жизни, гдѣ невольникъ сядетъ рядомъ съ господиномъ, варваръ-гладіаторъ — съ обладателемъ вселенной. Слабые духомъ и тѣломъ не исключены изъ святой трапезы: всѣ — дѣти одного Бога, нѣтъ ни первыхъ, ни послѣднихъ.

Понятно, почему самые лучшіе люди того времени могли не понять великаго значенія христіанства, и почему это ученіе должно было враждебно встрѣтиться со всѣмъ древнимъ міромъ.

Между язычествомъ и христіанствомъ началась борьба, и эта борьба на смерть продолжалась до тѣхъ поръ, пока древній міръ рушился подъ ударами нахлынувшихъ варваровъ. Восточная имперія особенно ясно показала невозможность для древняго міра обновиться христіанствомъ. Не здѣсь, но въ мірѣ, возникшемъ изъ-подъ наплыва варваровъ, Евангельское слово могло дать плодъ. Давая нравственную жизнь человѣчеству, варвары принесли въ то-же время ему и политическую жизнь и тѣмъ возродили Европу.

Древній міръ былъ исполненъ гигантскаго деспотизма. Не смотря на свои республики, онъ не зналъ истинной свободы, поглощалъ гражданина въ государствѣ и не ставилъ ни во что человѣка, какъ человѣка. Напротивъ, Германцы имѣли это могущественное чувство свободы, личности, чести.

Древность основывалась на силѣ. Она не имѣла сознанія о единствѣ человѣчества и не знала между-народныхъ отношеній. Съ христіанствомъ родилась возможность закона, управляющаго между-народными отношеніями, потому что всѣ народы соединены человѣческой связью. Римъ, какъ и вся древность, оставилъ за предѣлами соціальнаго движенія женщинъ, рабовъ, варваровъ. Геній нововѣковыхъ народовъ, въ соединеніи съ христіанствомъ, далъ мѣсто женщинѣ въ нравственномъ и духовномъ развитіи человѣчества. Рабы были вещами въ республикахъ Греціи и Рима. Христіанство открываетъ имъ церковь и освобожденіемъ своимъ они обязаны религиозному чувству и нравамъ нововѣковыхъ народовъ. Варвары были ненавидимы, презираемы и становились гладиаторами и рабами гражданъ Греціи и Рима. Съ началомъ среднихъ вѣковъ, варвары входятъ въ центръ цивилизаціи, которая идетъ все шире и шире, стремясь обнять все человѣчество⁴⁴).

Таково различіе между міромъ древнимъ и новымъ. Древность не могла понять достоинства человѣка: человѣкъ имѣлъ значеніе, только какъ гражданинъ, какъ членъ извѣстнаго города; внѣ его — онъ былъ ничто. Полноправность самого гражданина зависѣла отъ многихъ условій: припомнимъ римскіе status. Въ наше время, человѣкъ пользуется правами въ силу человѣческаго достоинства, и это достоинство у него никто не можетъ отнять. Конечно, и въ наше время, полноправность зависитъ отъ многихъ условныхъ обстоятельствъ; но все таки, человѣкъ вездѣ находится подъ покровительствомъ законовъ и всегда можетъ быть объектомъ преступленія.

Въ прежнее время, лица, находившіяся подъ властью другаго, (*sub manu, mundium*) находились такъ сказать въ непрямыхъ отношеніяхъ къ обществу: господинъ раба, глава семейства и т. д. имѣли надъ этими лицами право суда и расправы. Въ наше время, всякій человѣкъ находится въ прямыхъ отношеніяхъ къ обществу, безъ всякаго посредствующаго звѣна. Въ Европейскихъ государствахъ, отъ прежняго быта оставалось одно крѣпостное право. Но оно уже слишкомъ сильно ограничиваетъ власть господина и представляетъ ему одни домашнія, дисциплинарныя нака-

⁴⁴) *Laurent*, Etudes sur l'histoire de l'humanité. т. IV, 1855 стр. 8, 17, 50, 84, 111, 194, 372 и друг.

занія. Этотъ послѣдній слабый отголосокъ древняго быта, несогласный съ характеромъ обществъ христіанскихъ, вымеръ уже во всей Европѣ, кромѣ Россіи, но и у насъ онъ скоро будетъ уничтоженъ.

И счастливы мы, что доживемъ до того времени, когда исчезнетъ наконецъ крѣпостная зависимость, смотрящая какимъ-то уродливымъ и печальнымъ анахронизмомъ, стоящая какъ-то особнякомъ, не связывающаяся органически съ характеромъ нововѣковой жизни.

Результатъ всего сказаннаго ясенъ. Въ наше время, не понятіе преступленія сдѣлалось шире, а кругъ лицъ, пользующихся покровительствомъ законовъ.

Не одно это обстоятельство имѣетъ вліяніе на мнимое измѣненіе понятія преступленія. Но вопросъ объ объемѣ преступленій въ различные вѣка, у различныхъ народовъ, не можетъ быть подробно разсмотрѣнъ въ бѣглой журнальной статьѣ.

Онъ долженъ составлять предметъ особой, большой монографіи. Мы коснулись только одной стороны этого вопроса какъ потому, что эта сторона главнѣйшая, такъ и потому, что она чаще другихъ служитъ опорой недоразумѣніямъ.

III.

ПРАВО НАКАЗАНІЯ.

Опредѣливши существо преступленія, спросимъ себя: на чемъ основывается законность власти государства? Чѣмъ оправдывается принадлежащее ему право наказанія?

Мы сказали, что всѣ писатели признаютъ за наказаніемъ законную необходимость. Но такъ какъ убѣжденіе это можетъ быть достигнуто различными путями, то здѣсь заключается поводъ къ разногласіямъ, породившимъ множество самыхъ разнообразныхъ теорій.

Всѣ эти теоріи могутъ быть раздѣлены на два главные рода: абсолютныя и относительныя. Изъ самого названія понятенъ уже отличительный характеръ тѣхъ и другихъ. Абсолютныя теоріи видѣли въ наказаніи нѣчто такое, что заключается въ существѣ извѣстныхъ дѣйствій (an sich) и непосредственно вытекаетъ изъ нихъ, какъ необходимое, разумное и внутреннее ихъ слѣдствіе. Въ ихъ глазахъ, наказаніе есть само себѣ цѣль, и они требуютъ наказанія ради самого наказанія, безъ всякаго отношенія къ благу. Относительныя теоріи представляютъ совершенную противоположность. По ихъ мнѣнію, правомѣрность наказанія выводится

изъ одной его полезности. Въ ихъ глазахъ, одна полезность, безъ всякаго отношенія къ справедливости, оправдываетъ употребленіе наказанія.

Легко, съ перваго взгляда, видѣть существенное различіе между абсолютными и относительными системами. Сторонникъ послѣднихъ сочтетъ непозволеннымъ строгое наказаніе за самое тяжкое преступленіе, если только слабое наказаніе будетъ достаточно для предупрежденія подобныхъ преступленій въ будущемъ. Напротивъ, абсолютистъ не заботится о государствѣ и его цѣляхъ: наказаніе, говоритъ Кантъ, должно быть назначаемо всегда, даже и въ томъ случаѣ, если-бы съ послѣднимъ наказаннымъ преступникомъ прекратился весь родъ человѣческой. *Fiat justitia, pereat mundus.* ⁴⁵⁾

Абсолютныя теоріи основываютъ наказаніе на категорическомъ императивѣ, или на безусловной разумной необходимости, въ силу которой злодѣй долженъ быть подвергнутъ наказанію, на необходимомъ отношеніи причинности (*Causalverhältniss*) между злодѣяніемъ и страданіемъ. Тѣмъ не менѣе, абсолютныя теоріи распадаются на двѣ главныя группы. Одни писатели основываютъ правомѣрность уголовной власти на категорическомъ императивѣ нравственнаго закона, по которому зло преступленія ведетъ за собою зло наказанія. Другіе — на категорическомъ императивѣ діалектики, въ силу которой неправда, какъ отрицаніе, должна быть отрицаема съ этимъ отрицаніемъ отрицанія (*Negation der Negation*). Первая теорія называется теоріей нравственнаго воздаянія; вторая — теоріей возмездія діалектическаго. Во главѣ первой стоитъ Кантъ; представителемъ второй является Гегель.

Уже самое воззрѣніе абсолютистовъ на государство ложно. Они утверждали, что государство, какъ все нравственное, не имѣетъ надобности находить свое оправданіе во внѣшнихъ общественныхъ цѣляхъ. Государственная дѣятельность, какъ особая функція, основывается также на нравственной необходимости, а слѣдовательно и уголовная дѣятельность, какъ часть ея, находитъ свое оправданіе въ самой природѣ преступленія, а не въ пользѣ,

⁴⁵⁾ Лучшія сочиненія для изученія уголовныхъ теорій: *Henke, über den Streit der Strafrechtstheorien* 1811. *Bauer, Warnungstheorie, nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorien* 1830. *v. Preuschen, die Gerechtigkeitstheorie, so wie eine Darstellung der übrigen Strafrechtstheorien* 1839. *Hepp, über die Gerechtigkeits- und Nutzungstheorien des Auslandes* 1834. *Ego-же, Darstellung und Beurtheilung des deutschen Strafrechtssystems* 1843. *Rossi, Traité. Koestlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts* 1845. Различныя классификаціи уголовныхъ теорій смотр. *Bauer, Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse*, 1840. стр. 27—45. *Hepp, Darstellung. Einleit. § 4—8. Фейербаха, Lehrbuch, изд. Миттермайеромъ* 1847, стр. 31—36. *Heftes, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts*, 1846, стр. 6—7.

доставляемой наказаніемъ отдѣльнымъ лицамъ или обществу. Наказаніе, какъ и государство, есть само себѣ цѣль: въ нравственной необходимости лежитъ полное его основаніе.

Съ этой мыслью, будто государство существуетъ само для себя, будто оно не можетъ быть средствомъ и является само для себя цѣлью, съ этой мыслью согласиться нельзя. Государство существуетъ изъ людей и въ людяхъ, и немислимо въ отдѣльности отъ нихъ. Государство есть форма для развитія человѣческихъ силъ и способностей, слѣдовательно необходимое средство для человѣка. Цѣль государства и цѣль человѣка тождественны между собою.

Съ другой стороны, справедливо говорить Франтцъ⁴⁶⁾, нельзя согласиться съ тѣмъ, будто государство есть царство нравственное, какъ это утверждаютъ Гегель и Шталь, и что будто въ этомъ заключается его сущность. Государство не столько имѣть дѣйствительно это свойство, сколько должно его имѣть. То же должно сказать и объ человѣкѣ, который будучи существомъ нравственнымъ, не осуществляетъ собою нравственности, и потому есть много безнравственныхъ людей, которые чрезъ это не перестаютъ быть людьми. Если-бы государство было осуществленной нравственностью, въ такомъ случаѣ нравственность раздѣляла-бы совершенно судьбы государства. Но изъ исторіи этого не видно. Напротивъ, на обломкахъ государства мы даже замѣчаемъ нравственный прогрессъ, какъ это было напр. при паденіи античнаго міра. Вообще должно сказать слѣдующее: какъ въ природѣ солнце освѣщаетъ, грѣетъ и оживляетъ, но не сходитъ на землю, такъ нравственныя силы возвышаютъ и просвѣтляютъ государство, не дѣлая его чрезъ то осуществленной нравственностью: нравственныя требованія носятя надъ государствомъ, какъ безконечное *должно*.

Ложное воззрѣніе на государство необходимо повело абсолютистовъ къ смѣшенію права и нравственности, отъ котораго могли они избавиться только непослѣдовательностью своимъ главнымъ качаламъ. Если основаніе наказанія лежитъ въ нравственномъ чувствѣ человѣка, въ присущей ему идеѣ воздаянія, какъ утверждаетъ Кантъ⁴⁷⁾, то ни одинъ, самый малѣйшій грѣхъ не можетъ оставаться безъ уголовного наказанія, и государство должно взять на себя не только наказаніе безнравственныхъ дѣйствій, но и награду добрыхъ дѣлъ. Награда и наказаніе являются нашему

⁴⁶⁾ Vorschule zur Physiologie der Staaten. 1857. стр. 164 и д.

⁴⁷⁾ Kritik der praktischen Vernunft. 1788. стр. 65.

внутреннему чувству съ одинаковой необходимостью: они составляютъ единую нераздѣльную идею воздаянія.

Абсолютисты стараются избѣгнуть этихъ результатовъ: 1) за государствомъ они оставляютъ одно право наказанія и 2) одни только преступленія, а не всѣ безнравственные дѣйствія и помышленія подвергаютъ они уголовному наказанію⁴⁸⁾. Но подобное ограниченіе не совмѣстно съ идеей нравственнаго возмездія. Нравственное чувство, признавши однажды необходимость внѣшняго, гражданскаго возмездія, не можетъ ограничить ее извѣстнымъ рядомъ безнравственныхъ дѣйствій. Признавая въ одно и то-же время одно и то-же дѣйствіе безнравственнымъ, т. е. достойнымъ наказанія и однако неподлежащимъ наказанію, наше нравственное чувство противорѣчило-бы само себѣ. Точно также нельзя ограничить нравственное возмездіе однимъ карающимъ воздаяніемъ. Если государство, отказываясь отъ обязанности награждать, оставляетъ за собою одно право наказанія, то оно руководствуется въ этомъ случаѣ иными началами, о которыхъ ничего не знаетъ наше внутреннее чувство. Абсолютисты говорятъ, что по началамъ строгой справедливости, безукоризненность жизни есть долгъ человѣка, а исполненіе долга не награждается. Но соглашаясь съ этой мыслью, мы разрушаемъ половину нашего нравственнаго чувства и отрицаемъ необходимость награды вообще. Между тѣмъ абсолютисты хотятъ ограничить карающимъ возмездіемъ одно только гражданское правосудіе.

Гегель полагаетъ въ основаніе ничтожность неправды⁴⁹⁾. Право, говоритъ онъ, какъ нѣчто абсолютное, ненарушимо, слѣд. неправда, въ существѣ своемъ, ничтожна. Преступленіе, какъ ничтожная въ существѣ своемъ воля, содержитъ въ самомъ себѣ свое уничтоженіе, которое и является въ видѣ наказанія. Дѣло преступника не есть что-нибудь первое, положительное, но отрицательное, слѣд. наказаніе есть отрицаніе отрицанія. Противъ этой теоріи можно сказать слѣдующее:

Теорія Гегеля, подобно системѣ Канта, должна стать въ противорѣчій съ нашимъ нравственнымъ чувствомъ, если мы признаемъ половинное осуществленіе идеи воздаянія (наказаніе безъ награды) и изъ понятія права не выведемъ идею награды (*Affirmation der Affirmation*) тѣмъ-же логическимъ процессомъ, которымъ вывели идею наказанія изъ понятія награды.

Сверхъ того, положеніе Гегеля объ уничтоженіи неправды, съ одной стороны, доказываетъ слишкомъ много, съ другой — слиш-

⁴⁸⁾ *Kant*, metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre. 1798. стр. 225, 226.

⁴⁹⁾ Grundlinien. § 82 и д.

комъ мало: 1) не одна только неправда, но и всякая безнравственность ничтожна, слѣд. должна быть уничтожена, т. е. наказана; 2) неправда не ограничивается одними преступленіями и распространяется на всё правонарушенія.

Если мы даже согласимся съ Гегелемъ, что преступленіе можетъ быть уничтожено наказаніемъ, то отсюда еще не слѣдуетъ, чтобъ для этого уничтоженія необходимо было наказаніе. Наконецъ, замѣтимъ слѣдующее: преступленіе не есть самоотрицающее отрпцаніе, какъ думаетъ Гегель, и уничтоженіе его возможно только посредствомъ посторонней силы, другой неправды. Но, если разумъ не одобряетъ преступленія, этого особеннаго частнаго закона, который проявилъ преступникъ въ своемъ дѣйствіи, то онъ не можетъ одобрить и привести въ исполненіе противъ преступника этотъ-же самый, отвергнутый имъ частный законъ. И если одной неправдѣ будетъ противопоставлена другая, то въ результатѣ мы получимъ не уничтоженіе первой, а взаимную неправду.

Глядя на дѣло съ точки зрѣнія Канта и Гегеля, намъ никогда не удастся доказать необходимости уголовного наказанія. Внутреннее, нравственное воздаяніе состоитъ въ томъ, что по устройству нашей природы, добро и зло находятъ свое возмездіе непосредственно въ самихъ себѣ. Этой непосредственности мы не видимъ въ наказаніи гражданскомъ, которое немислимо безъ посторонней внѣшней силы. Точно также не видимъ мы и неразрывной связи между нравственнымъ воздаяніемъ и гражданскимъ наказаніемъ: одно ни сколько не обусловливается другимъ и оба они совершенно независимы другъ отъ друга. Необходимость двойнаго наказанія, т. е. необходимость внѣшнихъ средствъ наказанія, никогда не можетъ быть доказана, если мы будемъ основываться на понятіи зла, неправды, безъ всякаго отношенія къ человѣческому обществу. Уголовное наказаніе мыслимо только въ обществѣ; оно можетъ быть разсматриваемо только со стороны его отношенія къ обществу и общественнымъ цѣлямъ и имѣетъ природу общественнаго института⁵⁰). Ни изъ идеи неправды, ни изъ нашего внутренняго чувства возмездія нельзя вывести необходимости внѣшнихъ средствъ наказанія. Понятія о внѣшнихъ наградахъ и наказаніяхъ, будучи понятіями чисто-эмпирическими, уже потому самому не могутъ быть присущи нашему духу.

Вообще, должно замѣтить слѣдующее: идея воздаянія присуща намъ и обща всемъ народамъ. Но христіанство, давшее намъ эту идею во всей ея чистотѣ, предоставляетъ государству только уго-

⁵⁰) Bauer, Abhandlungen, стр. 6.

ловное наказаніе, а воздаяніе возводитъ къ Богу. Божественный Учитель сказалъ: «Слышасте, яко речено бысть древнимъ: не убіеши; иже бо аще убіеть, повиненъ есть суду. Азъ-же глаголю вамъ, яко всякъ гнѣвайся на брата своего всуе, повиненъ есть суду»⁵¹⁾. Изъ этихъ словъ видно, что Христосъ не выставялъ никакихъ внѣшнихъ требованій: они подлежатъ вѣдѣнію гражданской власти.

Онъ говорилъ о другихъ наказаніяхъ и о другомъ судѣ, вѣдѣніе котораго шире вѣдомства всѣхъ земныхъ судовъ, и власть котораго не отъ міра сего. Государство должно отдѣлить свою уголовную власть отъ карающаго возмездія. Общественное наказаніе и естественное воздаяніе существенно различны между собою, хотя вытекають изъ однихъ и тѣхъ-же вѣчныхъ законовъ природы и съ одинаковой необходимостью обуславливаются ими.

Абсолютисты устремляли наказаніе на одно прошедшее (*quia repatum est*); они требовали зла ради самаго зла. Мы думаемъ, что безцѣльность наказанія оскорбляетъ наше нравственное чувство и несовмѣстно съ мудрыми, благими законами природы. Конечная цѣль человѣка—благо и все существующее мы должны разсматривать какъ средство къ достиженію этой цѣли. Въ общемъ устроеніи міра, благо и справедливость тождественны между собою. Наказаніе—двухлицый Янусъ: одно лицо его устремлено на прошедшее (*quia peccatum est*), другое-на будущее (*ne peccetis*). Назначеніе уголовного правосудія двоякое и слѣдовательно оно должно удовлетворять двоякимъ требованіямъ: 1) требованіямъ справедливости и 2) требованіямъ уголовной политики. Уголовная политика имѣетъ своимъ назначеніемъ соединять государственныя цѣли съ требованіями справедливости; отношеніе ея къ уголовному праву есть отношеніе цѣлесообразнаго къ абстрактно-справедливому.

Обыкновенно думаютъ, что справедливое и полезное—двѣ противоположности. Но это ошибочно. Государственныя цѣли органически соединяются съ справедливостью; цѣлесообразное исходитъ изъ внутренней жизни справедливости; соображенія полезнаго и справедливаго идутъ рука объ руку, и наказаніе, въ своемъ внутреннемъ зернѣ, не низводится чрезъ то къ простой полицейской мѣрѣ. Уголовное правосудіе, какъ всякая сила въ живомъ организмѣ,—не слѣпое противодѣйствіе преступленію, не простой, безцѣльный отпоръ удару, но внутренне-органическая, цѣле-

⁵¹⁾ Мате. V. 21—22.

сообразная дѣятельность. Разумъ признаетъ безусловную необходимость за вѣчной и неизмѣнной цѣлью государства — водворять и поддерживать господство права. Изыскать и изслѣдовать средства для этой цѣли составляетъ задачу государственной политики (Staatsklugheit). Наказаніе не можетъ не быть учрежденіемъ политическимъ. Но политика подчинена праву и уголовная власть должна быть осуществляема въ предѣлахъ права; наказаніе должно соответствовать требованіямъ справедливости, чрезъ это становится оно учрежденіемъ юридическимъ.

Невѣрное пониманіе отношеній между политикой и правомъ повело и сторонниковъ абсолютныхъ теорій, и приверженцевъ относительныхъ системъ къ неправильному пониманію природы наказанія.

Объ ошибкахъ абсолютистовъ мы говорили сейчасъ. Сторонники относительныхъ теорій впали въ другую крайность. Цѣль не оправдываетъ средствъ, иначе придется оправдать того, кто воруетъ для того, чтобы подавать милостыню. Будучи полезнымъ, наказаніе должно быть въ то-же время справедливымъ. Эту истину не признавали относительныя системы. Они видѣли въ преступленіи не причину, а только поводъ къ наказанію и устремляли наказаніе на одно будущее. Наказаніе, въ ихъ глазахъ, становится только полицейской мѣрой, средствомъ предупрежденія.

Говоря вообще, воззрѣніе относительныхъ системъ заключаетъ въ себѣ глубокую истину, которая начинаетъ находить свое признаніе въ практическомъ развитіи новыхъ государствъ. Не чело-вѣкъ созданъ для права и государства, но право и государство созданы для него, для его блага. Такъ какъ благо чело-вѣка есть основаніе государства, то оно должно быть признано и въ адекватныхъ цѣляхъ послѣдняго. Судебная дѣятельность всего мѣнѣе можетъ быть изъята отъ этого требованія, касающагося всѣхъ государственныхъ отправленій. Эта мысль составляетъ истинность относительныхъ теорій; ложность ихъ заключается въ томъ, что они возводятъ отдѣльный моментъ на степень цѣлаго.

Всѣ относительныя теоріи могутъ быть раздѣлены на два главные рода, на теоріи романскія (англійскія, французскія, итальянскія) и нѣмецкія.

Бентамъ⁵²⁾ является самымъ полнымъ и рѣшительнымъ представителемъ романскихъ теорій, и объ немъ мы скажемъ нѣсколь-

⁵²⁾ См. Oeuvres de Bentham. 1829, гдѣ помѣщены его Traités de législation civile et pénale (т. 1) и Théorie des peines des récompenses (т. 2) — два сочиненія, преимущественно относящіяся къ нашему предмету.

ко словъ, руководствуясь превосходной критической оцѣнкой этого ученія, которая находится у Росси въ его *Traité*. I. I.

По мнѣнью Бентама, источникомъ права наказанія является общая польза (*utilité générale*), наибольшее благо наибольшаго числа (*le plus grand bien du plus grand nombre*), которое служить абсолютнымъ правиломъ нравственности и законодательства.

Намъ необходимо разяснить два термина: о какомъ благѣ говорится здѣсь и какое число должно разумѣть подъ наибольшимъ числомъ.

Мы согласны, что человѣкъ стремится къ своей пользѣ и имѣетъ на то полное право: счастье, благосостоянiе, удовольствiе не для того даны намъ въ жизни, чтобы мы жили, отталкивая ихъ и страдая. Полезность имѣетъ за собою законность, но идея выгоды не представляется намъ одна. Съ помощью идеи права и долга, мы различаемъ интересы законные отъ незаконныхъ, принимаемъ первые и отлучаемъ вторые, какъ-бы они ни были дороги для насъ. Бентамъ подъ благомъ разумѣетъ одно физическое благо, говорить объ однихъ удовольствiяхъ и думаетъ, что полезное въ самомъ себѣ имѣетъ свое оправданiе, что оно — принципъ первоначальный, единственный, исключительный. Природа, говорить онъ⁵³⁾, поставила человѣка подъ владычествомъ прiятнаго (удовольствiя) и непрiятнаго. Человѣкъ имѣетъ единственной своей цѣлью искать удовольствiя, избѣгать непрiятнаго. Бентамъ утверждаетъ, что полезное всегда справедливо; онъ не признаетъ различiя между выгодой и долгомъ и отрицаетъ идею справедливаго, если оно не имѣетъ никакого отношенiя къ пользѣ. О добродѣтели и преступленiи, въ собственномъ смыслѣ, не можетъ быть рѣчи⁵⁴⁾. Человѣкъ можетъ ошибаться въ своемъ разсчетѣ, т. е. дѣйствуя для своего удовольствiя, попасть въ тюрьму или на висѣлицу; но во всякомъ случаѣ, каковы-бы ни были его поступки, они будутъ плохимъ разсчетомъ, — не болѣе.

Неужели такое ученiе дѣйствительно выражаетъ наши убѣжденiя?

Всякiй изъ насъ дастъ отрицательный отвѣтъ. Польза является главнѣйшимъ, но не единственнымъ двигателемъ людей. Ошибка Бентама заключается въ томъ, что отъ факта матеріальнаго онъ заключилъ о фактѣ нравственномъ, по силѣ двигателя — о правѣ. Между-тѣмъ, изъ того, что большинство людей покорно внушенiямъ эгоизма, еще не слѣдуетъ, чтобы все человѣчество вовсе не признавало закона нравственнаго. Принимая выгоду за послѣднее

⁵³⁾ Oeuvres. I, 9.

⁵⁴⁾ Oeuvres. I, 10, 16, 17.

основаніе вещей, потому только, что она двигатель могущественный, дѣятельный, мы должны будемъ по силѣ пороха заключать о законности пушечнаго выстрѣла.

Бентамъ различаетъ выгоду хорошо и дурно понятую, удовольствіе преходящее и постоянное ⁵⁵⁾ и т. п. Это различіе не ведетъ за собою никакихъ практическихъ результатовъ. Господствуя одна, польза не можетъ быть регуляризована: хорошо понятый интересъ, по законамъ строгой логики, не имѣетъ смысла, какъ и хорошо понятый аппетитъ. Обязательный выборъ не совмѣстенъ съ безусловнымъ закономъ полезности и возможенъ только въ томъ случаѣ, если человѣкъ поставленъ между выгодой и долгомъ.

«Наибольшее число» нисколько не помогаетъ дѣлу и не обязываетъ отдѣльное лице заботиться о его благѣ. Возьмемъ самое большее число: весь родъ человѣческой. Если весь родъ человѣческой одинаково правъ, ошибается-ли онъ въ своемъ удовольствіи, или нѣтъ; если родъ человѣческой не обязанъ наслаждаться болѣе, чѣмъ онъ наслаждается, или отказывается отъ непосредственнаго удовольствія съ цѣлью избѣгать страданій въ будущемъ, — такъ необязателенъ выборъ для провинціи, города, общины, отдѣльнаго лица. Если отдѣльное лице ошибается въ своемъ удовольствіи, разбойничая напр. на большой дорогѣ, — это его дѣло; положимъ, что его удовольствіе преходящее и ведетъ за собою страданіе; положимъ, что честная жизнь доставляетъ болѣе сильное и болѣе прочное удовольствіе; положимъ, что разбойникъ удовлетворилъ-бы лучше своимъ интересамъ, поступая иначе, — но все таки онъ ни мало не обязанъ вести себя иначе, чѣмъ онъ ведетъ себя и дѣйствуетъ, грабя проходящихъ.

Бентамъ не признаетъ права наказанія за отдѣльнымъ лицомъ; онъ признаетъ его только въ томъ случаѣ, когда наказаніе будетъ полезно для массы людей, когда оно доставитъ удовольствіе цѣлому обществу. Но количество ничего не значитъ въ настоящемъ вопросѣ. Числа суть не что иное, какъ формулы, или сокращенный способъ повторять единицу известное число разъ. Чего не въ правѣ сдѣлать одинъ человѣкъ, на то не будутъ имѣть права и сотни тысячъ людей. Если-бы отъ числа зависѣла степень нравственнаго значенія, въ такомъ случаѣ наказаніе, совершенно справедливое для Россіи, было-бы не совѣмъ справедливо для Португаліи и совершенно незаконно для какого-нибудь мелкаго нѣмецкаго княжества.

⁵⁵⁾ Oeuvres. I. 16—17.

По теоріи общественной пользы, природа преступнаго дѣйствія не входитъ, какъ существенный элементъ, въ право наказанія. Человѣкъ становится на степень средства, такъ что нѣтъ существеннаго различія между преступникомъ, умершимъ на эшафотѣ и солдатамъ, погибшимъ въ сраженіи. О справедливости и несправедливости наказанія не можетъ быть рѣчи. Индивидуумъ — не болѣе, какъ орудіе, которое могутъ употреблять какъ хотятъ, и которое не можетъ сопротивляться, не въ правѣ даже жаловаться. И въ самомъ дѣлѣ, на что-бы онъ сталъ жаловаться? На то-ли, что онъ наказанъ безъ вины? Но здѣсь нѣтъ и вопроса о преступности его дѣйствія, а дѣло только въ томъ, полезно-ли его наказаніе обществу, т. е. доставляетъ-ли оно ему удовольствіе. На то-ли, что большинство ошибается на счетъ своей пользы, не понимаетъ своего удовольствія? По ему не зачѣмъ заботиться о чужомъ удовольствіи, не зачѣмъ горевать о чужой пользѣ.

Такова теорія общественной полезности. Ложность ея очевидна.

Нѣмецкія относительныя теоріи расходятся съ романскими въ томъ, что онѣ не признаютъ эмпирической личности во всей цѣлости ея случайной особенности, которая все измѣряетъ благомъ, и все подчиняетъ ему. Абстракціи блага, которое не можетъ существовать безъ права, онѣ противопоставляютъ абстракцію права, которое должно осуществиться въ благѣ индивидуумовъ.

Всѣ эти теоріи распадаются на двѣ главныя группы: на теорію необходимой обороны (System der Nothwer) и на теорію предупрежденія (Präventions-Sicherungsstheorie).

Содержаніе теоріи необходимой обороны видно изъ самого ея названія ⁵⁶⁾: государство имѣетъ право на бытіе и потому обязано защищаться уголовнымъ наказаніемъ отъ нападеній на его существованіе, или безопасность.

Но наказаніе и защита — двѣ вещи совершенно различныя и въ своемъ принципѣ, и въ дѣйствіяхъ.

Защита есть непосредственная, одновременная съ нападеніемъ реакція, которая начинается и оканчивается вмѣстѣ съ нападеніемъ. Наказаніе есть дѣйствіе, слѣдующее за преступленіемъ. Если зло уже совершено, то оборона немыслима, и если-бы наказаніе было тождественно съ защитой, то мы спрашиваемъ: противъ чего можетъ быть устремлено наказаніе — защита? Противъ

⁵⁶⁾ *Schulze*, Leitfaden der Entwicklung der philosophischen Prinzipien des bürgerlichen und peinlichen Rechts. 1818. *Martin*, Lehrbuch des gemeinen deutschen Criminalrechts. 1829.

будущаго зла? Но защита предполагаетъ современность нападенія. Противъ кого можетъ быть направлена защита? Противъ самаго преступника? Но онъ уже не нападетъ и, можетъ быть, не можетъ на кого-либо нападать. Противъ злонамѣренныхъ людей, мѣ самаго преступника? Но не на нихъ падаетъ зло обороны, устремляется реакція защиты.

Защита не обращаетъ вниманія на степень виновности напавшаго, на вмѣняемость дѣятеля, на обстоятельство дѣйствія. Наказаніе должно обращать вниманіе на всѣ эти предметы. Уголовное правосудіе разсуждаетъ прежде, чѣмъ дѣйствуетъ; оборона дѣйствуетъ непосредственно. Право обороны можетъ принадлежать каждому человѣку, право наказанія — одному только государству.

Несостоятельность этой теоріи, кажется, не требуетъ дальнѣйшихъ доказательствъ. Переходимъ ко второй группѣ относительныхъ нѣмецкихъ теорій.

Къ теоріямъ предупрежденія относятся слѣдующія системы:

А. ТЕОРИИ ОБЩАГО ПРЕДУПРЕЖДЕНІЯ.

1) Теорія устрашенія посредствомъ исполненія наказанія (*Strafandrohung-Strafvollziehungstheorie* ⁵⁷).

Масса народа всегда склонна къ преступленіямъ; однимъ изъ средствъ противодѣйствія служитъ наказаніе. Оно должно устрашать и тѣмъ удерживать отъ нарушеній законовъ. Наказаніе, понесенное дѣйствительнымъ преступникомъ, должно имѣть въ виду преступниковъ будущихъ, возможныхъ.

И такъ, по этой системѣ, преступникъ наказывается не за свое преступленіе, а за тѣ преступленія, которыя могутъ быть совершены другими въ будущемъ. Эта теорія несовмѣстна съ правиломъ, что человѣкъ не вещь, а лицо, и слѣдовательно не долженъ быть простымъ орудіемъ въ рукахъ другаго. Мы не говоримъ уже о томъ, что она ведетъ къ страшной строгости наказаній.

2) Теорія устрашенія уголовнымъ закономъ (*Theorie des psychologischen Zwanges* ⁵⁸).

⁵⁷) *Gmelin*, Grundsätze der Gesetzgebung über Verbrechen und Strafen. 1785. *Klein*, Grundsätze des gemeinen und deutschen peinlichen Rechts. 1796. *Schneider*, Noch einige Worte über das Prinzip des Strafrechts. 1806.

⁵⁸) *Feuerbach*, Anti-Hobbes, oder über die Grenzen der höchsten Gewalt und des Zwangsrechts der Bürger gegen den Oberherrn. 1798. Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des peinlichen Rechts. 1799. Ueber Strafe als Sicherungsmittel. 1800. Lehrbuch. изд. 1847.

Эта теорія желаетъ устрашать не наказаніемъ, а угрозою закона. Угроза уголовного закона должна быть такова, чтобы зло наказанія было больше, чѣмъ удовольствіе или выгода отъ преступленія. Всякая преступная воля имѣетъ своимъ источникомъ представленіе пользы, обѣщаемой преступленіемъ. Если мы этому представленію противопоставимъ психологическое принужденіе, т. е. угроженіе закона, то побужденіе къ совершенію преступленій получитъ противоположное направленіе.

Фейербахъ выводитъ право наказанія изъ права угрозы⁵⁹⁾. Но съ этимъ можно согласиться только тогда, если угрожаемое наказаніе справедливо; между тѣмъ, эта теорія не связываетъ тѣсно мѣру наказанія съ степенью преступленія и даже нарушаетъ всякое соотношеніе между ними.

Эта теорія, какъ и система Клейна, ведетъ необходимо къ тѣмъ жестокостямъ прежняго времени, противъ которыхъ такъ долго и бесплодно боролись лучшіе люди. Если цѣлью наказаній является устрашеніе, то, безъ сомнѣнія, чѣмъ строже будутъ наказанія, тѣмъ лучше.

Теорія Фейербаха предполагаетъ во всѣхъ гражданахъ основательное знаніе законовъ. Эта гипотеза основывается на юридической презумпціи, очень далекой отъ истины.

Эта теорія предполагаетъ, что всякое преступленіе есть результатъ холоднаго разсчета. Такая гипотеза опять таки ошибочна и опровергается фактами. Множество преступленій совершается по неразумнью, неосторожности, въ состояніи страсти и т. д.

В. ТЕОРИИ ЧАСТНАГО ПРЕДУПРЕЖДЕНІЯ.

1) Теорія Грольмана.

Мы видѣли, что, по его мнѣнію, наказаніе имѣетъ свое основаніе въ уничтоженіи опасности, происходящей отъ преступленія. Противъ этой теоріи можно возразить слѣдующее:

Требованіе внутренне-правомѣрной воли относится къ области нравственности, а не права.

Эта теорія видитъ основаніе наказанія въ опасности, т. е. въ возможныхъ будущихъ преступленіяхъ, слѣд. она не приурочиваетъ наказаніе къ преступленію. Преступленіе есть не причина, а поводъ къ наказанію, причиной-же является полученная изъ преступленія извѣстность объ опасности въ будущемъ. Но если преступленіе и наказаніе относятся другъ къ другу, не такъ какъ слѣдствіе къ

⁵⁹⁾ См. *Kleinschrod*, syst. Entw. т. II, § 45.

⁶⁰⁾ *Grundsätze*. 1798. Begründung des Strafrechts und der Strafgesetzgebung. 1799.

причинѣ, если будущая, неизвѣстная еще вина есть причина настоящаго, дѣйствительнаго наказанія, если въ настоящемъ преступленіи наказываются преступления будущія, возможныя, — то, безъ сомнѣнія, о правосудіи не можетъ быть и рѣчи. Если наказываютъ преступника для предупрежденія преступленій съ его стороны, то всего лучше, для полнаго обезпеченія, за всякое преступленіе безъ различія казнить смертью. Съ другой стороны, если только будутъ приняты всѣ мѣры къ тому, чтобы предупредить новое преступленіе, то не слѣдуетъ наказывать самого тяжкаго преступника.

Нельзя отрицать, чтобы дѣйствіе наказанія не предотвращало преступленій. Но признавая это дѣйствіе наказанія главной и исключительной его цѣлью, мы придемъ къ самымъ ложнымъ результатамъ. Наказаніе и предупрежденіе, юстиція и полиція, должны быть строго различаемы, какъ два понятія, совершенно различныя по содержанію и по формѣ. Право предупрежденія, въ которомъ конечно нельзя отказать государству, имѣетъ мѣсто въ томъ только случаѣ, когда нужно противодѣйствовать злу вѣроятному, еще не совершившемуся. Уголовное правосудіе имѣетъ дѣло съ фактомъ, уже совершившимся. Средство предупрежденія есть простое (физическое, или психическое) принужденіе, исключющее собою понятіе наказанія; напротивъ, средство уголовного правосудія есть непремѣнно зло, падающее на извѣстное лицо, ради совершеннаго имъ преступнаго дѣйствія. Предупрежденіе находится въ рукахъ полиціи, или, когда ея помощь недостаточна, принадлежитъ каждому; наказаніе есть принадлежность юстиціи, и только ея одной. Если идея предупрежденія уже заключаетъ въ себѣ оправданіе наказанія, какъ думаетъ Грольманъ, то наказаніе должно идти передъ преступленіемъ.

Всѣ, доселѣ разсмотрѣнныя нами теоріи, низводятъ человѣка на степень средства, не уважая въ немъ его личности. Этого упрека старается избѣгнуть

2) Теорія исправленія (Besserungstheorie)⁶¹⁾.

Эта теорія уважаетъ въ преступникѣ человѣка, личность. Наказаніемъ она хочетъ не только удерживать другихъ отъ преступленій, но главнымъ образомъ самого преступника. Этой цѣли она хочетъ достигнуть не страхомъ, но средствомъ болѣе благороднымъ и дѣйствительнымъ — исправленіемъ.

Эту теорію не трудно опровергнуть. Мы спрашиваемъ: на чемъ же основывается наказаніе? — и не находимъ отвѣта. Теорія тре-

⁶¹⁾ Stelzer, Grundsätze des peinlichen Rechts. 1790. Kritik des v. Eggerschen Entwurfs eines Str. G. B. für die Herzogth. Schleswig und Holstein. 1811.

буетъ наказанія, какъ формы исправленія; но почему средствомъ исправленія должно быть непременно наказаніе — она не говоритъ.

Мы не имѣемъ возможности входить въ подробный разборъ всѣхъ теорій и должны ограничиться бѣглымъ указаніемъ на главнѣйшія изъ нихъ. Въ заключеніе, скажемъ нѣсколько словъ о теоріяхъ смѣшанныхъ, или системахъ соединенія.

Одни писатели (Миттермайеръ, Генрици, Росси) соединяли и абсолютный и относительный взглядъ на наказаніе. Другіе (Meister, Krug, Oersted) представляютъ въ своихъ сочиненіяхъ соединеніе относительныхъ цѣлей наказанія. Этихъ теорій такъ-же много, какъ много можетъ быть различныхъ соединеній. Бёмеръ (Elementa Jurispr. crimin. стр. 223) видитъ цѣль наказанія въ сохраненіи безопасности государства, въ частномъ предупрежденіи и въ общемъ устрашеніи. Эшеръ (Abhandlungen aus dem Gebiete des Strafrechts. 1852) принимаетъ: устрашеніе уголовнымъ закономъ и исполненіемъ наказанія и частное предупрежденіе и т. д.

Всѣ эти теоріи страдаютъ недостаткомъ строгаго философскаго построенія и развитія. Несостоятельность этихъ теорій очевидна и въ практическомъ, и въ научномъ отношеніи. При отсутствіи единой цѣли наказанія, законодательство лишается всякой твердости и послѣдовательности. Единство науки, безъ чего она будетъ не наукой, а простымъ агрегатомъ знаній, необходимо требуетъ единства принципа. «Es lässt sich schon a priori vermuthen, говоритъ Фейербахъ⁶²⁾, dass mit einer solchen Coalition nicht recht vor sich und aus zwei zerrissenen Kleidern kein Staatskleid zusammengestüekelt werden könne».

Конечно, единство принципа не нарушается той системой, которая выставляетъ одну главную цѣль наказанія, подчиняя ей другія. Но соединеніе многихъ равныхъ, соподчиненныхъ принциповъ противорѣчитъ первому требованію науки. Говорятъ, что смѣшанная теорія уничтожаетъ недостатки одной теоріи достоинствами другой⁶³⁾. Но за то такая теорія неизбежно заключаетъ въ себѣ и недостатки всѣхъ соединенныхъ простыхъ системъ.

Здѣсь мы оканчиваемъ нашъ краткій критическій обзоръ уголовныхъ системъ и переходимъ къ положительному рѣшенію вопроса о правѣ наказанія.

⁶²⁾ Kritik des natürlichen Rechts. стр. 207.

⁶³⁾ Vorschule, стр. 99 и д. 149. 151.

Безъ сомнѣнія, говоритъ Французъ, государства составляютъ извѣстный разрядъ тѣлъ и ихъ можно сравнивать съ естественными тѣлами. Это сравненіе тѣмъ полезно, что о послѣднихъ мы давно уже имѣемъ ясное и твердое знаніе, такъ какъ явленія природы постоянно повторяются и доступны каждому. Черезъ такое сравненіе, неизвѣстное или малоизвѣстное примкнетъ къ общезвѣстному, и видя, въ чемъ сходно и въ чемъ несходно государство съ естественными тѣлами, мы легко можемъ придти къ вѣрному пониманію его характеристическихъ свойствъ.

Наблюдая явленія государственной жизни въ ихъ общемъ ходѣ, мы увидимъ, что государство имѣетъ большое сходство съ естественными организмами, и во многихъ отношеніяхъ можетъ быть разсматриваемо, какъ организмъ высшаго развитія. Государства возникаютъ, растутъ, заболѣваютъ и умираютъ, какъ животныя и растенія. Точно также происходитъ и здѣсь, какъ тамъ, обращеніе соковъ; они также принимаютъ въ себя пищу (налоги) и разсаживаются (колонизація). Какъ во всякомъ другомъ организмѣ, внутренняя конструкція государства опредѣляется цѣлю цѣлаго и, какъ напр. въ животномъ тѣлѣ мозгъ имѣетъ свое значеніе только какъ органъ и, вынутый изъ тѣла, образуетъ мертвую матерію, такъ и правительство мыслимо только въ государствѣ: оторвавъ его отъ государства, мы получимъ бессильныхъ людей, но не правительство. Правительство — не колесо въ часахъ, которое можетъ быть вынута изъ нихъ и все таки останется колесомъ, — но имѣетъ природу органа. То же мы замѣчаемъ относительно юстиціи, полиціи и т. д.

Жизнь общества совершается по неизмѣннымъ, вѣчнымъ законамъ, и эти законы не могутъ быть нарушаемы безнаказанно. Какъ жизнь отдѣльнаго человѣка, такъ и самостоятельная жизнь государства можетъ быть уничтожена непреодолимой внѣшней силой. Но мы видимъ также, что государство умираетъ отъ внутренней слабости, отъ истощенія силъ, не могущихъ противиться внѣшнему влиянію. И это истощеніе главнымъ образомъ происходитъ отъ ненормальнаго устройства жизни общественнаго организма. «Египетъ, говоритъ В. Н. Лешковъ, какъ союзъ кастъ, не признавалъ, не допускалъ правъ личности, и по безконечности правъ Фараона, и по господству касты надъ отдѣльными лицами. Каста была неизмѣннымъ, безповоротнымъ, окаменѣлымъ и неподвижнымъ, какъ пирамида, осужденіемъ cadaго лица на жизнь и занятія, дѣятельность и убѣжденія, требуемая кастою, а не его природою. Отсюда внутренняя несостоятельность кастъ, для достиженія даже безопасности; мало-по-малу, касты перерождаются или вырождаются, служители боговъ берутся за оружіе, войны безъ стыда бѣгутъ съ поля сраженія, и Египетъ становится лег-

кою добычею Персовъ, Македонянъ, Римлянъ. Между тѣмъ чело-
вѣческое, общественное давно уже принесено въ жертву касто-
вому или политическому, потеряно невозвратно и не могло послу-
жить элементомъ для возрожденія. Разъ павши, древнія государ-
ства не возставали. Такъ было и съ Римомъ. Выражая внутрен-
нюю политику древнихъ государствъ, въ самой краткой формулѣ,
можно сказать, что древнее государство оставляло безъ вниманія
и содѣйствія какъ развитіе богатства, такъ и развитіе образова-
нія въ народѣ, предоставляя то и другое частнымъ усиліямъ от-
дѣльныхъ лицъ. Отсюда происходили слѣдствія вредныя и часто
опасныя для самого государственнаго союза, въ формѣ голодовъ
и бѣдности населенія, преступности и безбожія народа; и правитель-
ства, естественно, должны были расширять тѣмъ болѣе свою
дѣятельность, на внѣшній бытъ народа, подчиняя его, во всѣхъ
явленіяхъ, всей строгости своихъ распоряженій. Такимъ образомъ,
невниманіе къ развитію народа обращалось въ невниманіе къ его
свободѣ, которая должна была страдать и страдала отъ мѣръ,
предупреждавшихъ послѣдствія неразвитости. Особенно, когда на
мѣсто идеи общественнаго блага (*Salus reipublicae*) стала во главѣ
государства воплощавшая ея личность. Пирамида общественнаго
зданія понижалась, утолщалась въ своемъ основаніи и замыкалась
сверху однимъ лицомъ, которое въ заключеніе объявило себя свобод-
нымъ отъ закона (*legibus solutus*). Движеніе къ приобрѣтенію пра-
ва, къ вопаренію справедливости во всемъ обществѣ, естественно
и необходимо въ каждомъ обществѣ. Но это движеніе, въ древно-
сти, неминуемо вело общество къ распаденію; и всякій успѣхъ
права ослаблялъ искусственно возведенное политическое зданіе.
Изгнаніе царей, введеніе трибуновъ, уравненіе плебеевъ, принятіе
союзниковъ, эманципация рабовъ и т. д., все это колебало и раз-
шатывало искусственное античное зданіе государства, которое не
выдерживало естественнаго развитія естественныхъ началъ обще-
ства. Главною причиною паденія должно признать искусственное
построеніе государства, которое оперлось всѣмъ бытіемъ на на-
чало централизаціи, совершенно забывъ о правахъ общества и
самомъ его существованіи ⁶⁴⁾.

Какъ въ жизни отдѣльныхъ лицъ, «грѣхи молодости» отца
отзываются на здоровьѣ его дѣтей, такъ и въ жизни обществъ,
сыновья терпятъ общественныя болѣзни за грѣхи своихъ отцовъ.
Устроится общество такъ, что въ немъ, по выраженію Беккарія ⁶⁵⁾,

⁶⁴⁾ Лешнова, Русскій народъ и государство. Исторія Русскаго обществен-
наго права до XVIII в. — 1858. стр. 39, 67 — 68.

⁶⁵⁾ *Traité des délits et des peines*. 1766, стр. 1.

одна его часть пользуется всевозможнымъ могуществомъ и счастьемъ, а на долю другой достанется и слабость, и бѣдность, — и вотъ является, рано или поздно, пролетариатъ, эта язва нововѣковыхъ западныхъ обществъ, раздается голосъ бѣдныхъ и слабыхъ, заявляющихъ свои права; шумная, голодная, оборванная, притѣсняемая толпа наполняетъ площади и скрытая доселѣ болѣзнь общественнаго организма проявляется въ страшныхъ, кровавыхъ симптомахъ. Это явленіе давно поняли моралисты, хотя поняли односторонно; одни видѣли въ немъ не естественное послѣдствіе, а какое-то виѣшнее воздаяніе, неразумное наказаніе невинныхъ, не обусловленное внутреннею необходимостью искупленіе чужихъ грѣховъ.

Человѣкъ, какъ членъ общества, не можетъ безнаказанно нарушить законы своей общественной жизни, точно также какъ не можетъ онъ нарушить законы своей физической, или духовной жизни. Таковъ вѣчный, неизмѣнный законъ природы.

Общество есть свободное сожителство людей; кореннымъ закономъ его, сказали мы, является господство права. Право есть та сила, которая примиряетъ противорѣчія различныхъ отдѣльныхъ свободъ, въ конфликтѣ личностей водворяетъ и поддерживаетъ нужное равновѣсіе, уничтожаетъ личный произволъ и принуждаетъ къ единству. Право такимъ образомъ имѣетъ двѣ стороны, которыя не могутъ быть отдѣлены одна отъ другой, не нарушая самого понятія права: одна сторона состоитъ въ опредѣленіи того, что право и что неправо, другая — въ обязательной силѣ этихъ опредѣленій. Принужденіе къ реализаціи права составляетъ существенную принадлежность права и потому можетъ быть названо принужденіемъ юридическимъ. Чѣмъ при нарушеніяхъ законовъ духовной жизни являются для человѣка угрызенія совѣсти и т. п. (нравственное принужденіе), чѣмъ при нарушеніяхъ законовъ физической жизни является для него болѣзнь, разстройство организма и т. д. (принужденіе физическое), — тѣмъ при нарушеніи законовъ общественной жизни служитъ принужденіе юридическое. Юридическое принужденіе есть реакція со стороны общества, которая идетъ вслѣдъ за правонарушеніемъ и соотвѣтствуетъ ему въ качествѣ и количествѣ.

Существованіе юридическаго принужденія есть фактъ естественно-необходимый; но онъ, какъ и все естественное, имѣетъ за собой, сверхъ того, и разумную необходимость.

Мы видѣли, что назначеніе человѣка составляетъ развитіе его духовныхъ и нравственныхъ силъ. Это развитіе возможно только въ обществѣ, слѣд. сохраненіе общественной жизни является не только правомъ человѣка, но и его высшей обязанностью. А такъ какъ въ мірѣ нравственномъ, въ противоположность міру веще-

ственному, господствуетъ свобода, а не необходимость и одно внутреннее, нравственное принужденіе недостаточно для того, чтобы требованія права соблюдались неуклонно, — то мы должны необходимо придти къ заключенію о необходимости внѣшняго, объективнаго, юридическаго принужденія. Съ этимъ заключеніемъ нельзя не согласиться. Недостаточность субъективнаго принужденія не измѣняетъ природы вещей. Нравственныя цѣли человѣка, общественность не перестаютъ быть для человѣка обязанностями. Изъ требованій нравственнаго закона вытекаетъ обязанность общественной жизни; изъ обязанности общественной жизни — обязанность поддерживать соблюденіе права; изъ обязанности поддерживать соблюденіе права — обязанность употреблять внѣшнее принужденіе. Нельзя не признать принужденія полезнымъ звеномъ въ цѣпи обязанностей, разумно вытекающихъ одна изъ другой. Принужденіе не мыслимо безъ нарушенія правъ того, противъ кого оно направлено; но будучи по формѣ правонарушеніемъ, оно, въ сущности, является нравственной и юридической необходимостью, или обязанностью. Принужденіе есть не только факультативное право, но право, вытекающее изъ обязанности. Силу, необходимую для реализаціи принужденія, представляетъ собою общество, государство. Оно имѣетъ своимъ призваніемъ быть для человѣка орудіемъ достиженія его нравственныхъ цѣлей, на немъ лежитъ и обязанность принужденія. Какъ скоро право будетъ нарушено, государство должно употребить принужденіе, чтобы отвратить нарушеніе и возстановить право въ его первоначальной цѣлости.

Изъ этихъ словъ не слѣдуетъ однако выводить, чтобы осуществленіе права возможно было только въ государствѣ, чрезъ посредство его органовъ. Юридическое принужденіе, въ основѣ своей, присуще каждому обществу, на какой-бы ступени развитія оно ни находилось. Измѣняются только его формы. Первые неизбѣжныя движенія оскорбленнаго юридическаго чувства проявляются въ грубой формѣ самоуправства и мести. Намъ это состояніе представляется обыкновенно какъ до-государственный хаосъ, въ которомъ право и сила нераздѣльны другъ отъ друга, и гдѣ о правѣ не можетъ быть рѣчи. Но это ошибочно. Приведемъ по этому поводу двѣ, три страницы изъ превосходнаго сочиненія Игеринга о духѣ Римскаго права:

«Существенное въ понятіи господство права есть постоянное, непремѣнное осуществленіе права, и это осуществленіе производится непосредственной силой жизни. Первоначально, каждая потребность жизни удовлетворяется самою жизнью, и до-тѣхъ-поръ, пока, по мѣрѣ развитія, являются мало-по-малу особые органы для различныхъ задачъ и интересовъ общества, эти послѣдніе не предоставлены на произволь случая, но безъ искусственныхъ

средствъ своей собственной цѣлительной силы жизнь непосредственно помогаетъ сама себѣ»⁶⁶). Когда мы обозрѣваемъ множество интересовъ, которые въ наше время ввѣрены надзору или попеченію государства, мы видимъ въ числѣ ихъ много и такихъ, которые не очень за долго тому назадъ были предоставлены себѣ и для которыхъ однако вмѣшательство государства кажется уже теперь намъ неизбѣжнымъ. Тѣмъ болѣе это намъ должно казаться относительно тѣхъ интересовъ, которые съ незапамятныхъ временъ отпали въ область государственной дѣятельности, какъ напр. право. Относительно права, государственная дѣятельность, въ противоположность непосредственной творческой и цѣлительной силѣ жизни, взяла такой перевѣсъ, что юриспруденція видѣла источникъ права въ одномъ законодательствѣ, — и только въ послѣднее время она стала понимать образованіе права непосредственнымъ путемъ (обычное право, *Gewohnheitsrecht*). Въ наше время никто уже не приурочиваетъ начало права къ появленію законодателя. Но освободясь отъ ложнаго воззрѣнія на образованіе права, мы еще не вполне достигли до такого-же свободнаго воззрѣнія на осуществленіе его. Судью, который изрекаетъ право во имя государства, обыкновенно считаютъ за первый реквизитъ господства права, — не обращая вниманія на то, что организующая сила жизни, которая долгое время дѣлала ненужнымъ законодателя, могла находиться въ такомъ-же отношеніи и къ судѣ.

Въ первичныхъ обществахъ не случай господствовалъ вмѣсто права, не превосходство силы давало перевѣсъ, но осуществлялась идея права, точно также какъ и въ наше время, хотя и безформеннымъ образомъ, безъ содѣйствія государства, непосредственной силой жизни. Кто, въ случаѣ правонарушенія, думалъ прибѣгнуть къ самоуправству, тотъ не былъ предоставленъ собственнымъ силамъ. Неправда вызывала въ обществѣ ту-же реакцію чувства права, какъ и въ оскорбленномъ, т. е. дѣятельную, реальную. Оскорбленный находилъ помощь, какая была ему нужна, и превосходство физической силы, какъ и нынѣ, было на сторонѣ того, кто имѣлъ право. Въ чувствѣ права заключается позывъ къ

⁶⁶) *Ihering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. Th. 1. 1852, стр. 116. «Wir haben es erleben müssen, dass man an den Staat die abentheuerliche Anforderung einer «Organisation der Arbeit gestellt hat, aber so sehr man heutzutage auch mit der Idee eines Organisirens von Staatswegen vertraut ist, so hat man doch jene äusserste Consequenz dieser Idee zurückgewiesen und die Antwort ertheilt: die Arbeit organisirt sich selbst, der Staat kann sich nicht hineinmischen. Wie wenn nun zu irgend einer auch die Justiz sich ohne Zuthun des Staats von selbst organisirt hätte, wenn der Staat den Individuen damals so wenig hätte behülflich zu sein brauchen, dass sie Recht fänden, als heutzutage, dass sie Arbeit finden?»

реализаціи себѣ и основаніе его, хотя бы оно касалось одного лица, не только въ одномъ этомъ лицѣ, но во всемъ обществѣ приведетъ въ движеніе этотъ позывъ. Если нѣтъ судьи, который-бы позвалъ и наказалъ обидчика, его все-таки постигнетъ кара вѣриѣе и скорѣй, нежели при самой развитой организаціи уголовно-судебной дѣятельности. Чѣмъ въ наше время является страхъ судебного наказанія, тѣмъ былъ въ то время страхъ кары народного правосудія» ⁶⁷⁾.

Месть и самоуправство не могли быть безграничны; обычай не могъ не имѣть огромнаго вліянія на мѣру удовлетворенія. То же чувство права, которое вызвало общество на защиту и помощь оскорбленнаго, то же чувство можетъ вызвать общество и на защиту обидчика, если обиженный превзойдетъ должную границу удовлетворенія ⁶⁸⁾.

Такимъ образомъ, въ первичныхъ обществахъ, при господствѣ самоуправства и обычнаго права, юридическая воля имѣетъ такое же матеріальное значеніе, какъ и при господствѣ государственной дѣятельности; разница только въ томъ, что родъ и способъ ея проявленія стоитъ на низшей ступени развитія, потому что здѣсь существу права не соотвѣтствуетъ форма его внѣшняго проявленія.

Юридическое принужденіе составляетъ естественную принадлежность общества, неотъемлемое право и неизбѣжную обязанность для общества. Всегда и повсюду оно является общественной реакціей противъ нарушенія права, соотвѣтствующей роду и степени правонарушенія.

Гражданское и уголовное принужденіе исходятъ изъ одного источника и имѣютъ одно основаніе. Но принужденіе относится къ неправдѣ, какъ слѣдствіе къ причинѣ и потому, при неодинаковости неправды, оно не можетъ быть одинаково.

Мы видѣли отличительныя черты гражданской и уголовной неправды. Онѣ помогутъ намъ установить необходимое различіе между гражданскимъ и уголовнымъ принужденіемъ.

Гражданская неправда, по формѣ своей, есть неправда добросовѣстная. Кто уклоняется отъ суда, тотъ самъ себя обличаетъ: онъ тѣмъ показываетъ, что не увѣренъ въ правотѣ своего дѣла ⁶⁹⁾.

⁶⁷⁾ Geist. I, стр. 117, 119 — 120. See ger, Abhandlungen, стр. 174 — 175. Köstlin, der Wendepunkt des deutschen Strafverfahrens im neunzehnten Jahrhundert. 1849, стр. 223.

⁶⁸⁾ Geist. I, стр. 128.

⁶⁹⁾ Fichte, Grundlage des Naturrechts. Th. II. S. 97: «Wer sich nicht freiwillig dem Richter stellt, erhält die Präsomtion gegen sich».

Но здѣсь, при конфликтѣ интересовъ обѣ стороны не избѣгаютъ законной управы. Истецъ и отвѣтчикъ просятъ судъ дать имъ рѣшеніе, сказать, кому изъ нихъ принадлежитъ право. Конечно, право не можетъ принадлежать обѣимъ сторонамъ: ктонибудь изъ тяжущихся долженъ быть неправъ. Но неправый ошибся — и только. Онъ не хотѣлъ, во что-бы то ни стало, идти въ разладъ съ общей волей; онъ думалъ только, что право принадлежитъ ему. Если-бы онъ зналъ, что право какимъ образомъ не можетъ быть за нимъ признано, то онъ-бы или не рѣшился на правонарушеніе, или постарался-бы избѣгнуть законной расправы, но уже никакъ-бы не пошелъ въ судъ, для того чтобы навѣрно проиграть свое дѣло.

Такъ какъ отъ ошибокъ не изъять никто и общество не имѣетъ надобности и права требовать всегдашней безошибочности отъ своихъ членовъ, то личность гражданскаго правонарушителя не имѣетъ никакого значенія для общества и никакого, кромѣ исковаго, значенія для обиженнаго, пока существуетъ возможность предположенія въ пользу ошибки, добросовѣстнаго недоразумѣнія со стороны правонарушителя.

Замѣтимъ кстати одну ошибку Ортлова, хотя это замѣчаніе и не имѣетъ прямаго отношенія къ содержанію настоящей статьи.

Онъ утверждаетъ, будто въ существѣ государства заключается отрицаніе неправды и поддержаніе господства права. Къ задачѣ государства принадлежитъ какъ опредѣленіе нормъ, которыми устанавливается юридическій бытъ, такъ и уничтоженіе всякой неправды. Онъ думаетъ, что по требованіямъ справедливости, строго говоря, ни одно правонарушеніе не должно быть терпимо и слѣд., всякую неправду должно преслѣдовать и уничтожать само государство, *ex officio*, не дожидаясь жалобы обиженнаго и не признавая его свободной воли искать или отказаться отъ своего права ⁷⁰⁾.

Изъ сказаннаго нами видно, что мы не такъ понимаемъ назначеніе государства. Лучшее подтвержденіе мы видимъ въ исторіи. Если-бы въ существѣ государства, дѣйствительно, заключалось такое абсолютное противодѣйствіе всякой неправдѣ, то мы видѣли-бы гдѣнибудь хоть неполное осуществленіе этой идеи. Между-тѣмъ, мы замѣчаемъ противоположное явленіе: бываетъ время въ жизни каждаго народа, когда преслѣдованіе даже уголовныхъ преступленій предоставляется слишкомъ много непосредственной дѣятельности обиженнаго лица; таковы первичныя общества. Но нигдѣ, никогда не бывало наоборотъ.

⁷⁰⁾ *Orloff*, das Strafverfahren in seinen leitenden Grundsätzen und Hauptformen. 1858. S. 8 и слѣд.

Человѣкъ ищетъ въ обществѣ облегченія своей свободы; — этому требованію и должно удовлетворять общество. Пока обиженный видитъ правонарушеніе и, оставаясь вполнѣ свободнымъ, не хочетъ искать своего права, до тѣхъ поръ государство должно оставаться недѣятельнымъ. Общая воля опредѣляетъ каждому законный кругъ его свободной дѣятельности, тотъ кругъ, въ которомъ онъ можетъ свободно распоряжаться. Этотъ кругъ можетъ быть тѣснѣе, или шире, но въ немъ онъ уже полный хозяинъ: можетъ пользоваться и не пользоваться своимъ правомъ, можетъ искать его, въ случаѣ нарушенія, и не искать, держать его за собою и отказаться отъ него, — и его свободная дѣятельность исключаетъ собою какое-бы то ни было вмѣшательство государства.

Но это свободное право иска, исключаящее собою постороннее вмѣшательство, можетъ быть допущено въ томъ только случаѣ, когда правонарушеніе не затрагиваетъ ничьего интереса, кромѣ интереса обиженной стороны. Таковы правонарушенія гражданскія. Не то мы видимъ въ случаяхъ уголовной неправды. Очень можетъ быть, что обиженный, по чувству милосердія, или по другимъ болѣе житейскимъ соображеніямъ, не захочетъ искать своего права. Общество имѣетъ право требовать отъ него не поступать такимъ образомъ; онъ можетъ отказаться отъ своего права и не искать удовлетворенія, но долженъ довести до свѣдѣнія общества о совершенномъ преступленіи.

Преступленіе, по формѣ своей, есть неправда злонамѣренная. Если гражданскій правонарушитель предполагается добросовѣстнымъ, пока не будетъ доказано противнаго, то преступникъ, напротивъ, долженъ доказать свою добросовѣстность или ненамѣренность, чтобы разрушить предположеніе злонамѣренности. А злонамѣренность, даже не выходя изъ области гражданскихъ правонарушеній (напр. ябедничество), уже касается всего общества, затрагиваетъ общій интересъ.

Принужденіе гражданское приводится въ исполненіе для пользы одного лица.

Принужденіе уголовное имѣетъ въ виду интересъ всего общества.

Принужденіе гражданское имѣетъ въ виду одно матеріальное удовлетвореніе обиженнаго лица, имѣетъ дѣло съ однимъ матеріальнымъ фактомъ и устремляется исключительно на имущество.

Уголовное принужденіе имѣетъ дѣло не столько съ вѣншимъ, матеріальнымъ фактомъ, сколько съ волею преступника и падаетъ главнымъ образомъ на лицо, а не на имущество.

Принужденіе, сказали мы, немислимо безъ нарушенія правъ того, противъ кого оно направлено. Но гражданскій правонаруши-

тель, не стараясь избѣгнуть судебной расправы, охотно идя въ судъ, уже выразилъ тѣмъ свою готовность подчиниться его рѣшенію. Терпя принужденіе, онъ какъ-бы самъ уже прежде отказался отъ своего права и потому принужденіе не является для него принужденіемъ въ собственномъ смыслѣ, зломъ, насильственнымъ нарушеніемъ его права (*volenti non fit iniuria*), нежеланнымъ противодѣйствіемъ его притязанію.

Уголовное принужденіе является для преступника зломъ, подрываетъ его свободу и безопасность и заключаетъ въ себѣ такимъ образомъ относительно его основное правонарушеніе, котораго онъ не желалъ и всячески старался избѣгнуть.

Гражданское принужденіе никогда не считалось и не считается наказаніемъ для обвиненнаго. Судъ только разъясняетъ его ошибку.

Уголовное принужденіе, какъ слѣдствіе преступнаго дѣйствія, есть наказаніе, т.-е. зло, заслуженное преступникомъ, потому что онъ самъ навлекъ его на себя своимъ преступленіемъ.

Таковы существенныя различія между гражданскимъ и уголовнымъ принужденіемъ.

Гражданское принужденіе, по своему имущественному характеру, легко опредѣлимо въ способѣ и мѣрѣ своего осуществленія. Сверхъ того, оно производитъ одно только возстановленіе нарушеннаго права: — оно, не являясь никогда въ глазахъ законодателя средствомъ къ достиженію другихъ, постороннихъ цѣлей, и потому не было такъ злоупотребляемо, какъ уголовное наказаніе.

Напротивъ, уголовнымъ принужденіемъ злоупотребляли очень часто: во 1-хъ потому, что мѣра и способъ его осуществленія зависятъ очень много отъ воли и соображеній законодателя; во 2-хъ будучи въ существѣ своемъ принужденіемъ, уголовное принужденіе производитъ въ своемъ исполненіи предупрежденіе преступленій со стороны самого преступника, устрашеніе другихъ и всѣ тѣ дѣйствія, которыя односторонно принимались относительными теоріями за главную цѣль наказанія. Уголовное наказаніе очень легко является въ рукахъ законодателя кровавымъ орудіемъ для достиженія постороннихъ, вышнихъ цѣлей и переходитъ всякую разумную, законную границу.

Заклѣчимъ нашу статью слѣдующимъ общимъ замѣчаніемъ:

Всякое право, а слѣд. и право государства на принужденіе не можетъ быть безпредѣльнымъ и не должно простираться далѣе

своего основанія. Принужденіе есть обязанность государства отвращать нарушеніе и возстановлять господство права. Далѣе этой дѣли государство не можетъ идти, иначе принужденіе будетъ злоупотребленіемъ власти.

Д.

21-го Іюля, 1860 г.

Казань.

СПЕЦ

Октябрь 1860

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

ТЕОРІЯ РУССКАГО ПРАВА.

О СОВРЕМЕННОМЪ СОСТОЯНІИ И ЗАДАЧАХЪ НАУКИ

УГОЛОВНАГО ПРАВА.

(Вступительная лекція, читанная въ Казанскомъ университетѣ, при открытіи курса уголовного права, 6 Сентября 1860 года).

Уже давно уголовное право стало предметомъ научнаго обработыванія, и въ числѣ криминалистовъ мы видимъ людей, стоявшихъ во главѣ современнаго имъ умственнаго движенія (Беккарія, Филанджіери, Бентамъ, Фейербахъ). Законодательства, въ свою очередь, не чуждались руководства науки. Баварское уголовное уложеніе 1751 года было произведеніемъ извѣстнаго тогда юриста Крейтмайера; Баварскій кодексъ 1813 года былъ обработанъ знаменитымъ Фейербахомъ; Австрійское уголовное уложеніе Иосифа II (*Allgemeines Gesetz über Verbrechen und Strafen*, 1787 г.) и другія нѣмецкія законодательства того времени составлены подъ несомнѣннымъ вліяніемъ теоріи предупрежденія. Улучшенію мѣстъ заключенія, учрежденію исправительныхъ тюремныхъ заведеній не мало содѣйствовала наука уголовного права.

Не смотря на все это, Европейскія уголовныя законодательства до позднѣйшаго времени представляли крайне грустное зрѣлище. Трудно повѣрить, что въ Австрійскомъ уголовномъ уложеніи Терезіи (*Constitutio criminalis Theresiana*, 1769) приложено шестнадцать таблицъ чертежей съ отвратительными подробностями, какъ произ-

водить пытки. Въ Прусскомъ законодательствѣ 1791 г. (Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten) вы встрѣтите и сожиганіе, и колесованіе, съ различными омерзительными подробностями и разграниченіями. Въ Англии, въ теченіе семи лѣтъ, отъ 1820 до 1826 года, было произнесено 7656 смертныхъ приговоровъ; изъ нихъ: 714 за кражу барановъ, 865 за кражу лошадей, 1171 за кражу въ 40 шиллинговъ въ обитаемомъ домѣ. И только законъ 1837 года ограничилъ такое неумѣренное употребленіе смертной казни. По увѣренію Бентама, въ его время, въ Европейскихъ колоніяхъ Африки, употреблялась для дикихъ слѣдующая смертная казнь: преступника вѣшали за крюкъ на висѣлицу и оставляли умирать въ такомъ положеніи. Подъ лучами палящаго солнца, при холодныхъ ночныхъ вѣтрахъ, тѣло его трескалось, насѣкомыя налетали на него, пили его кровь, — и онъ умиралъ среди этихъ невыразимыхъ мукъ, терзаемый голодомъ и жаждой. Несчастные Африканцы до того крѣпки, говоритъ Бентамъ, что многіе изъ нихъ живутъ въ этомъ положеніи до 10—12 дней.

Можно положить общимъ правиломъ, что уголовныя законодательства слишкомъ далеко отстаютъ отъ современной имъ цивилизаціи. Уже въ концѣ XVI столѣтія дѣйствуетъ безсмертный Бэконъ. Въ XVII столѣтія является Локкъ, который требуетъ неограниченной свободы совѣсти; требуетъ, чтобы иудей, язычникъ, магометанинъ были совершенно сравнены въ своихъ правахъ съ христіанами. Нѣмецкіе пѣтисты, наравнѣ съ Англійскими скептиками, ратуютъ противъ пасторовъ, которые, вмѣсто словъ любви и мира, произносили проклятія на еретиковъ. Томазіи, вся жизнь котораго была посвящена борьбѣ съ варварствомъ школъ, законовъ и судовъ, особенно прославляется какъ врагъ пытокъ и наказаній за колдовство. Французская философія XVIII в. не оставила безъ вниманія уголовного права: она выставяла, въ поразительномъ свѣтѣ, на позоръ и посмѣяніе общества, уголовные случаи, въ которыхъ отражается варварство того времени. Извѣстно огромное вліяніе этой школы на ходъ Европейской цивилизаціи; извѣстно, какъ сильно дѣйствовали на умы ея горькія ядовитыя насмѣшки....

Между тѣмъ, въ Англии, въ теченіе 17 столѣтія (1602 — 1701 г.) осуждено на смерть за колдовство 3192 человекъ. Въ Баваріи, по свидѣтельству Шюссера, отъ 1750 до 1756 года, кромѣ другихъ казненныхъ за колдовство, были казнены, какъ вѣдьмы, двѣ тринадцатилѣтнія дѣвочки. Въ Швейцаріи послѣдняя казнь за волшебство совершилась въ 1795 году. Пытка уничтожена въ Ганноверѣ только въ 1823 году; въ Баденѣ она существовала до 1831 года. Въ Неаполѣ, къ стыду Европы, пытка до настоящаго времени играетъ главную роль при допросѣ политическихъ преступниковъ: весь Неаполь знаетъ о желѣзномъ обручѣ, сдавливающимъ

голову, о перевязываніи артерій и пульса тонкими бичевками, о сѣчені бычачьими жилами съ гвоздиками на концѣ, и т. п.*).

Ограничусь приведенными примѣрами.

Невольно спросишь себя: отчего уголовныя законодательства на столько отстаютъ отъ современной имъ цивилизаціи? Отчего во всѣхъ прочихъ отношеніяхъ, жизнь Европейскихъ обществъ такъ далеко ушла отъ среднихъ вѣковъ, а въ уголовныхъ законодательствахъ такъ явно слышатся отзвучія прежнихъ временъ, тѣхъ суевѣрныхъ, жестокихъ временъ, когда грѣхъ смѣшивали съ преступленіемъ, когда законодатели считали себя уполномоченными употреблять всѣ средства, которыя, по ихъ мнѣнію, нужны для поддержанія общественнаго порядка и, увеличивая съ ужасающей роскошью количество преступныхъ дѣйствій, поражали ихъ уголовной карой, не соблюдая ни мѣры, ни соотношенія между преступленіемъ и наказаніемъ?

Разсмотрѣніе всѣхъ причинъ, которыя замедляютъ усовершенствованіе уголовныхъ законодательствъ, повело-бы насъ слишкомъ далеко, и потому я ограничусь только тѣми, которыя заключаются въ самой природѣ предмета.

По мѣткому выраженію Моля, наказаніе есть двулицый Янусъ: одно лице его устремлено на прошедшее, другое — на будущее. Преступленіе необходимо должно служить прямой причиной наказанія, и правосудіе, достойное этого имени, должно поражать однихъ виновныхъ, соразмѣрно тяжести ихъ преступленія. Если наказаніе употребляется для однихъ виѣшнихъ, постороннихъ цѣлей, и не обусловливается преступленіемъ, то оно несправедливо. Но, съ другой стороны, общественное правосудіе — элементъ общественнаго порядка, и не его дѣло поражать вину ради одной вины. Если-бы наказаніе не было полезнымъ, государство не имѣло-бы права употреблять его. Уголовное наказаніе должно отвращать нарушенія и возстановлять господство права; иначе, оно будетъ безцѣльнымъ зломъ, которое не имѣетъ оправданія въ рукахъ общественной власти. Будучи полезнымъ для общества, наказаніе получаетъ святое значеніе одного изъ средствъ, которыми человѣкъ достигаетъ своего значенія. Наказаніе поддерживаетъ господство права, а по справедливому замѣчанію Бауера, одно господство права, свобода и безопасность, доставляетъ ту почву, на которой возможно развитіе человѣка. Поддерживать господство права, а слѣдовательно и употреблять наказаніе, составляетъ не только право, но и обязанность, долгъ государства. Но долгъ долженъ быть исполняемъ законными средствами; иначе придется оправдать того, кто помо-

*) Статья эта была написана до извѣстнаго переворота въ Неаполѣ; теперь тамъ пытки уже быть не можетъ. *Ред.*

гаеть бѣднымъ на ворованныя деньги. Цѣль не оправдываетъ средствъ. Будучи полезнымъ, наказаніе должно быть въ то же время справедливымъ, т. е. обусловливаться преступленіемъ и соотвѣтствовать его роду и тяжести.

Таково двойственное назначеніе уголовного правосудія. Разумно комбинировать благо и справедливость, — такова первая, общая задача законодателя.

Но понятна трудность этой задачи и нечему удивляться, если она доселѣ еще не получила должнаго рѣшенія. До настоящаго времени, относительно уголовной кодификаціи, происходила борьба между двумя теоріями: теоріей справедливости и теоріей полезности. Первая видитъ необходимость наказанія для самого наказанія, безъ всякаго отношенія къ благу; вторая оправдываетъ наказаніе одной его полезностью, безъ всякаго отношенія къ справедливости. Въ глазахъ абсолютной теоріи, государство и его цѣли не имѣютъ никакого значенія. Наказаніе, говоритъ Кантъ, должно быть назначаемо всегда, хотя-бы съ послѣднимъ наказаннымъ преступникомъ прекратился весь родъ человѣческой (fiat justitia, pereat mundus). Сторонникъ относительной теоріи, за самое тяжкое преступленіе назначить самое легкое наказаніе, если только оно достаточно для предупрежденія подобныхъ преступленій въ будущемъ. Вліяніе той или другой системы на законодательство вело къ преобладанію той или другой стороны въ наказаніи. И трудно исчислить тѣ гибельныя послѣдствія, къ которымъ повели оба эти одностороннія воззрѣнія. Ограничусь нѣсколькими словами.

Взглядъ абсолютной теоріи на наказаніе, какъ на нравственное возмездіе, далъ въ крайнемъ своемъ развитіи кровавыя преслѣдованія въ дѣлѣ религиозныхъ убѣжденій—инквизицію. «Я хочу лучше лишиться трона, нежели царствовать надъ еретиками», говорилъ Филиппъ II, — и его слова служатъ лучшимъ выраженіемъ абсолютнаго взгляда на наказаніе и самымъ лучшимъ признакомъ, по которому мы узнаемъ несостоятельность этого взгляда.... Мы ужасаемся тѣхъ безчеловѣчныхъ казней, которымъ подвергались еретики; но ошибочно думать, что зло заключалось только въ излишней строгости наказаній, а не въ самомъ принципѣ религиозныхъ преслѣдованій. Какъ можетъ осмѣлиться человѣкъ объявить себя мстителемъ Божества и стать между Богомъ и совѣстью человѣка, какъ сталь-бы онъ между убійцей и его жертвой? Не одно матеріальное зло, но и глубокое извращеніе нравственныхъ понятій произвели эти наказанія, которыя изъ религіи любви и мира дѣлали какой-то культъ ненависти и мщенія. Примѣромъ служить Англія. Суровые законы, долго лежавшіе на ея католическомъ населеніи, въ частности на Ирландіи, произвели глу-

бокiе предразсудки и антипатiи сектъ. Еще не очень давно былъ предложенъ билль объ эманципаци; еще очень недавно умные, образованные, благонамѣренные люди съ презрѣнiемъ смотрѣли на Ирландца, порицали въ немъ дѣло своихъ собственныхъ законовъ, сами съ дѣтства слышали и дѣтямъ своимъ твердили законодательную анаѣму противъ Ирландца, заключенную въ священныхъ словахъ: церковь и государство.

При господствѣ относительнаго взгляда на наказанiе, всякій произволъ легко можетъ находить себѣ оправданiе подѣ предложомъ общественной пользы. Общественное благо, общественный порядокъ — одна изъ тѣхъ сложныхъ идей, которыми злоупотребляли такъ часто и которымъ давали такое значенiе, что они могли пригодиться ко всему, оправдать все. Въ общественномъ благѣ видѣли что-то само-по-себѣ, что-то само для себя, что-то совершенно отдѣльное и даже противоположное благу, интересамъ членовъ общества. Во имя общества угнетали гражданъ, не давали имъ дышать свободно. Общественное благо не разъ являлось Молохомъ, — и изъ исторiи западной Европы видно, кому нужны были жертвы, которыхъ требовали жрецы для этого идола. И этотъ одностороннiй взглядъ на цѣль и значенiе уголовного права производитъ не одно матеріальное зло. Понятно, какъ глубоко потрясается общественный организмъ, когда сила открыто занимаетъ мѣсто права; — какъ страшно возмущается нравственное чувство народа, когда уголовные суды становятся мрачными вертепами, гдѣ невинные страдаютъ только за то, что имѣютъ на своей сторонѣ разумность и законность. Мы можемъ надѣяться, что ни герцогъ Альба, ни Джефрейзъ не повторятся въ наше время. Въ современныхъ уголовныхъ законодательствахъ мы замѣчаемъ стремленiе помирить справедливое съ полезнымъ. Но, къ сожалѣнiю, отъ стремленiя до исполненiя еще очень далеко....

Изъ сказаннаго доселѣ видно, что уголовное законодательство должно корениться, съ одной стороны, въ почвѣ всеобщей правды и справедливости, съ другой — въ потребностяхъ того общества, для котораго это законодательство назначается. Уголовное право состоитъ такимъ-образомъ изъ двухъ частей: абсолютной и относительной. Съ одной стороны, наука изяснять основныя, вѣчныя, неизмѣнныя начала права и справедливости, опредѣляетъ условiя преступности и наказуемости, устанавливаетъ истинное соотношенiе между преступленiемъ и наказанiемъ. Съ другой стороны, опытъ представляетъ матеріалы для узнанiя нравственныхъ понятiй и временныхъ потребностей общества и указываетъ средства, служащiя къ достиженiю особенныхъ цѣлей законодательной дѣятельности. Наука и опытъ, теорiя и практика, взаимно себя проникая и восполняя, приведенныя въ единство, образуютъ то

основаніе, на которомъ должно быть воздвигаемо зданіе уголовного уложенія.

Что касается до абсолютной части уголовного права, — мы видимъ, что уголовная система должна быть согласна съ высшей цѣлью всѣхъ человѣческихъ обществъ, должна находиться въ гармоніи съ достоинствомъ человѣка. Для достиженія этой цѣли, намъ нужно обратиться къ основнымъ принципамъ права и справедливости. Но гдѣ ихъ искать, къ какой школѣ философской обратиться за рѣшеніемъ вопроса? Этихъ школъ много, они такъ противоположны между собою: одни спрашиваютъ отвѣта у разума, у совѣсти; другія отрицаютъ и разумъ, и совѣсть. Три уголовные кодекса, составленные Кантистомъ, ученикомъ Бентама и приверженцемъ теократической школы, будутъ имѣть общаго столько же, сколько принципъ абстрактнаго долга, принципъ абсолютной полезности и принципъ теократическій. Однако, не смотря на эти разногласія, истина существуетъ. Если философъ упускаетъ изъ виду и отрицаетъ цѣлое, — тѣмъ не менѣе оно несомнѣнно. Здравый смыслъ его предчувствуетъ: правда, онъ не можетъ извлечь изъ него всѣхъ послѣдствій, но, по крайней мѣрѣ, дѣлаетъ изъ него приложеніе къ каждому отдѣльному случаю, инстинктивно, но вѣрно. Законодатель долженъ такимъ образомъ остерегаться и духа системъ, потому что ему нужна цѣлость истины, и безсознательнаго чувства истины; потому что ему нужны рационально-выведенныя слѣдствія и одинъ просвѣщенный разумъ можетъ отдѣлить слѣпую страсть отъ естественнаго чувства блага и справедливости. Понятно, какъ трудна эта задача, какъ трудно держаться за разъ и инстинктивнаго пути одного руководителя, и ученыхъ методовъ другаго, какъ трудно не быть ни эмпиристомъ вмѣстѣ съ первымъ, ни одностороннимъ вмѣстѣ со вторымъ!

Но, удовлетворивъ требованіямъ одного абстрактнаго правосудія, законодатель исполнитъ только половину своего дѣла. Уголовное законодательство, сказали мы, должно корениться въ потребностяхъ того общества, для котораго оно назначается; оно должно быть согласно съ особыми цѣлями законодательной дѣятельности. Три главные задачи представляются законодателю въ этомъ отношеніи, именно:

Всякое преступленіе есть результатъ извѣстной причины: бѣдности, пьянства, неосторожности и т. д. Всякое преступленіе, кромѣ страха уголовной кары, встрѣчаетъ другія препятствія, которыя его могутъ остановить; таковы препятствія, встрѣчаемыя въ нравственной санкціи, въ общественномъ мнѣніи, личной защитѣ, предупредительной полиціи. Наконецъ, всякое преступленіе, кромѣ уголовного наказанія, влечетъ за собою неюридическое возмездіе, болѣе или менѣе сильное: угрызеніе совѣсти, ужась и презрѣніе

къ преступникамъ, лишеніе выгодъ, сопряженныхъ съ добрымъ именемъ. Эти причины, препятствія и средства неюридическаго возмездія могутъ быть болѣе или менѣе многочисленны и сильны, смотря по степени нравственнаго и матеріальнаго развитія извѣстнаго народа. Они должны составлять предметъ тщательнаго изученія для законодателя. Законодатель долженъ узнать причины, чтобъ удалить ихъ, препятствія, чтобъ не ослабить ихъ, средства неюридическаго возмездія, чтобъ по возможности воспользоваться ими.

Таково троякое направленіе законодательной дѣятельности. Для нашей цѣли достаточно будетъ сказать объ одной первой задачѣ, т.-е. объ удаленіи причинъ преступленій. Всѣ причины, порождающія преступленія, невозможно исчислить и потому я укажу только на нѣкоторыя главнѣйшія.

Мѣстность страны и изконный образъ жизни ея жителей имѣютъ большое вліяніе на количество преступленій. Вотъ что говоритъ одинъ нѣмецкій писатель: «Поселенія на Одерѣ, Вартѣ, Нецѣ и Вислѣ, особенно нѣкоторые округа, также уединенныя пустынные поселенія, напримѣръ страна Альтъ-Карбы, суть, можно сказать, гнѣздилища преступленій. Жители этихъ мѣстъ, большею частію, стеклись изъ весьма различныхъ странъ и многіе происходятъ отъ лицъ, которыя въ своемъ отечествѣ не принадлежали къ числу лучшихъ гражданъ. Опытъ показываетъ, что между этими колонистами много людей безпокойныхъ и злонамѣренныхъ. Къ недостатку первоначальныхъ нравственныхъ основаній, въ большей части изъ нихъ присоединяется еще и то, что зимою они обыкновенно имѣютъ очень мало дѣла. Они преимущественно воздѣлываютъ овесъ и сѣно, занимаются скотоводствомъ, бьютъ масло и т. п. Овесъ они вымолочиваютъ скоро, сѣномъ занимаются только въ извѣстныя времена года, а скотоводство беретъ ежедневно только нѣсколько часовъ времени. Такимъ образомъ, остается имъ много досуга, который они не умѣютъ или не хотятъ употребить какъ должно. Вотъ почему они предаются праздности, шатаются по кабакамъ, и безпрестанно дерутся и ссорятся между собою и до невѣроятности обременяютъ начальство своими жалобами».

Недостатокъ нравственно-религіознаго воспитанія, незнаніе законовъ, господствующія ложныя убѣжденія являются часто причинами преступленій. Извѣстно, какую сильную пищу находятъ преступленія въ предрасудкахъ, господствующихъ въ цѣломъ народѣ, или въ извѣстныхъ его сословіяхъ: укажемъ на дуэли. Преступленія акцизныя и таможенныя считаются до того ничтожными въ общественномъ мнѣніи, что самые добросовѣстные люди совершаютъ ихъ. Наше простонародье считаетъ преступленіемъ

воровство и не считаетъ грѣхомъ порубку лѣса. Изъ неправильныхъ отношеній одного пола къ другому рождается не мало преступленій, особенно въ низшихъ классахъ общества. Начало ихъ заключается очень часто въ неразумномъ взглядѣ на женщину, при которомъ невозможно нравственное ея развитіе. Въ слѣдствіе этого, является скрытная деморализація женщины, а отсюда—тайное распутство, подкидываніе дѣтей, дѣтоубійство. Обычай устраивать браки не по взаимному желанію брачующихся, а по волѣ родителей или господъ, составляетъ заразу нашихъ крестьянскихъ обществъ: очень часто, тотчасъ послѣ свадьбы, начинаются между мужемъ и женою нелады, которые и кончаются иногда очень трагически.

Но главнѣйшей причиною преступленій является бѣдность. Въ Англии, отъ 1810 до 1833 г., изъ числа обвиненныхъ, 45798 человекъ судилось за преступленія противъ собственности и только 1887—за преступленія противъ лицъ. Во Франціи, отъ 1825 до 1832 года, изъ всѣхъ обвиненныхъ только 29 процентовъ приходилось на преступленія противъ лицъ и 71 проц. на преступленія противъ собственности (То-же самое отношеніе, 28 и 72 проц., видимъ мы въ отчетахъ Французскаго министра юстиціи за 1854 годъ). Отъ 1828 до 1832 года, изъ числа 15829 женатыхъ преступниковъ, 12876 человекъ были обременены семействами и только 2953 человекъ не имѣли дѣтей. Цифры ясно говорятъ сами за себя. Многие бѣднѣютъ по своей собственной винѣ, но едва-ли не большая часть приходитъ въ бѣдность отъ несчастныхъ случаевъ, особенныхъ временныхъ, мѣстныхъ обстоятельствъ и т. д. Неурожай напр. всегда оказываютъ большое вліяніе на умноженіе числа преступленій. Въ 1854 году, во Франціи, вслѣдствіе плохихъ урожаевъ, цифра простыхъ кражъ поднялась противъ 1853 г. отъ 24516 до 39484, обмановъ—отъ 1719 до 1831, нарушеній законовъ объ охотѣ—отъ 18939 до 25728, нарушеній устава лѣснаго—отъ 54133 до 60857. Сюда относятся, далѣе, рабочій кризисъ, застой въ работѣ, возвышеніе наемныхъ цѣнъ на землю и т. д. Не мало способствуетъ увеличенію преступленій въ бѣдныхъ классахъ дороговизна необходимыхъ жизненныхъ припасовъ, нѣкоторыя правительственныя распоряженія, каково напр., распоряженіе, сдѣланное въ сороковыхъ годахъ, въ нѣкоторыхъ мѣстахъ Пруссіи, въ силу котораго лѣсъ изъ королевскихъ имѣній не могъ быть продаваемъ иначе, какъ въ извѣстные сроки, въ большомъ количествѣ, тому, кто предлагаетъ высшую цѣну. Замѣчу кстати, что законы очень легко могутъ заключать въ самихъ себѣ поводъ къ нарушенію и породить преступленія. Такія послѣдствія можетъ производить напр. законъ, по которому въ воспитательные дома могутъ быть принимаемы одни подкидыши. Таковъ несвойствен-

ный духу Русскаго народа, извѣстный законъ Петра I, о единонаслѣдіи (1714 г.) Родители употребляли всѣ средства для того, чтобы раздѣлить между своими дѣтьми имѣніе по ровну, прибѣгали для того къ подложнымъ продажамъ и закладамъ, обязывали дѣтей великими клятвами, чтобы получившіи послѣ нихъ все имѣніе передалъ часть его своимъ братьямъ. Изъ-за наслѣдства рождались между дѣтьми и родственниками ссоры, ненависть, клятвопреступленія, даже смертоубійство. Такое положеніе дѣлъ побудило императрицу Анну Иоанновну, въ 1731 г., отмѣнить этотъ законъ и возстановить прежній порядокъ наслѣдства.

Остановимся здѣсь. Изъ сказаннаго, надѣюсь, достаточно можно убѣдиться въ томъ, что причина преступленій слишкомъ часто заключается въ условіяхъ жизни, которыя и являются главными, если не единственными ихъ источниками. Можно сказать безъ преувеличенія, что изъ числа всѣхъ совершенныхъ преступленій, по-крайней-мѣрѣ, половина является не столько позорнымъ клеймомъ для преступника, сколько скорбнымъ укоромъ обществу. Въ огромномъ числѣ случаевъ, преступникъ есть не болѣе, какъ грустная, невольная жертва судьбы и далеко не такъ виновенъ передъ судомъ нравственнаго закона, какимъ является онъ въ глазахъ общественнаго правосудія.

Между преступниками—справедливо замѣчаетъ одинъ писатель—встрѣчаются очень нерѣдко люди, одаренные благороднѣйшими инстинктами, впавшіе въ преступленіе отъ тысячи причинъ, подъ влияніемъ которыхъ не устояли-бы натуры далеко недюжинныя и пали-бы, какъ пали они. Иногда обстоятельства враждебно сцѣпляются около человѣка безъ всякой со стороны его вины и обрушиваются на него, какъ на преступника въ то время, когда онъ въ душѣ своей далекъ отъ всякаго преступленія. Въ каждомъ преступленіи есть фатальная сторона, которую нельзя производить отъ одной свободной дѣятельности человѣка. Преступленіе родится не мгновенно и не изъ насъ только. Элементы его носятся обыкновенно въ средѣ, насъ окружающей; преступнику большей частью принадлежитъ только ассимиляція этихъ элементовъ и выработка изъ нихъ, при благоприятныхъ данныхъ, преступленія индивидуальнаго, ему лично принадлежащаго. Какъ больной, кромѣ собственной, кроющейся въ его организмѣ воспріимчивости къ болѣзни, есть показателъ вредныхъ для здоровья міазмовъ климатическихъ и другихъ, въ той средѣ, гдѣ онъ живетъ, такъ и всякій преступникъ есть показателъ нравственныхъ міазмовъ, носящихся въ томъ обществѣ, къ которому онъ принадлежитъ.

Если-же большинство преступленій есть проявленіе болѣзни общественнаго организма въ томъ или другомъ его членѣ, то ясно, что уничтоженіе причинъ преступленій далеко не обнимается

уголовной дѣятельностью. Отсѣченіе одного больного члена не можетъ предохранить отъ проявленія болѣзни въ другомъ членѣ: не частная операція поможетъ здѣсь, а радикальное леченіе всего организма. Излишняя строгость наказаній во многихъ случаяхъ можетъ даже принести болѣе вреда, чѣмъ пользы. Таковы преступления, которыя находятъ себѣ пищу въ народныхъ предразсудкахъ и которыя должны подвергаться болѣе или менѣе снисходительнымъ наказаніямъ. Вамъ это, можетъ быть, покажется страннымъ: вы скажете, что будучи снисходительнымъ, государство само способствуетъ усиленію преступленій, давая имъ новую пищу въ этой легкости наказаній? Но, м.м. г.г., строгость въ этомъ случаѣ не уменьшитъ преступленій, а развѣ умножитъ ихъ. Казни производятъ только упорство и сопротивленіе и т. обр. не искореняютъ предразсудковъ, а вкореняютъ ихъ. Припомните, какія строгія наказанія угрожались въ прежнее время дуэлистамъ: топоръ, висѣлица. И между тѣмъ дрались подъ висѣлицами, дрались около плахъ — и дуэли не унимались. Одно просвѣщеніе и очищеніе общественной нравственности способно ослабить и даже совершенно уничтожить силу народныхъ предразсудковъ. Замѣчу, что въ этихъ случаяхъ строгость и сама по себѣ несправедлива. Кто совершаетъ дѣйствіе, которое онъ съ дѣтства привыкъ считать безразличнымъ, позволительнымъ, или даже и похвальнымъ, тотъ, конечно, не такъ виновенъ, чѣмъ тотъ, кто имѣетъ объ немъ то-же самое понятіе, какъ и самъ законодатель. Особенно извинительно преступленіе въ томъ случаѣ, когда повиненіе закону влечетъ за собою безчестіе (дуэли), или, какъ въ преступленіяхъ акцизныхъ и таможенныхъ, преступленіе облегчается общимъ примѣромъ.

Итакъ, вы видите, что кругъ уголовной дѣятельности государства относительно уничтоженія причинъ преступленія не можетъ быть слишкомъ широкъ. Просвѣщеніе, матеріальное довольство, предупредительная полиція суть болѣе дѣйствительныя средства въ этомъ отношеніи. Уголовное наказаніе, какъ мѣра крайняя, и должна быть употребляема съ крайней осторожностью и экономіей.

Не такъ думали прежде. Когда, въ 1831 году, Лионскіе работники отказались работать за 90 сантимовъ по 18 часовъ въ сутки, генераль Рогге считалъ жалобы рабочихъ единственно слѣдствіемъ ихъ мятежнаго духа. И мало-ли еще найдется теперь такихъ генераловъ Рогге, которые видятъ въ уголовной власти государства одно только орудіе противъ мошенниковъ, la saignée. Въ прежнее время, этотъ взглядъ былъ господствующимъ. Прочтите хоть уложеніе царя Алексѣя Михайловича и новоуказныя статьи. Какая безграничная вѣра во всемогущество наказанія, какой ужа-

сающе-широкій объемъ уголовной дѣятельности, какая легкость въ назначеніи безчеловѣчныхъ наказаній! Въ глазахъ законодателя, преступленіе есть не что иное, какъ «воровское дѣло лихаго человѣка». И много нужно было грустныхъ примѣровъ, много вѣковъ нужно было для того, чтобы разувѣриться во всемогущество наказанія и взглянуть на причины преступленій съ другой точки зрѣнія. Теперь мы знаемъ: сколько-бы пушекъ ни выслало Французское правительство противъ Ліонскихъ рабочихъ,—эти воровства лихихъ людей все таки будутъ, время отъ времени, нарушать общественный порядокъ. Мы знаемъ это: мы, слава Богу, узнали простую истину, что пушка не слишкомъ страшна для того, кому грозить неизбежно трудъ выше силъ, или голодная смерть. Но, м.м. г.г., нельзя не сказать, что это знаніе стоить слишкомъ дорого, что его получило человѣчество слишкомъ долгимъ и слишкомъ кровавымъ путемъ.

Приобрѣтеніе такихъ свѣдѣній болѣе дешевой цѣной требуетъ свѣдѣній, необходимость которыхъ мало чувствовалась до нашего времени, требуетъ изученія фактовъ, на которые доселѣ почти не обращали вниманія. Поясню сказанное примѣромъ.

Преступленіе необходимо заключаетъ въ себѣ двоякое зло: нравственное и матеріальное. Дѣйствіе, заключающее въ себѣ одно матеріальное зло, есть несчастіе, неосторожность, но не преступленіе. Ни то, ни другое, взятое отдѣльно, не можетъ быть объектомъ уголовного правосудія. Во всякомъ преступленіи должны заключаться: нравственное зло и зло матеріальное, разсматриваемое въ дѣйствительной жизни, въ его приложеніи къ различнымъ обществамъ, или и къ одному обществу, но на различныхъ ступеняхъ его развитія.

Легко видѣть, что измѣреніе матеріальнаго зла—вещь чрезвычайно важная. Но оно возможно только при совершенномъ знаніи дѣйствительной жизни. Относительное зло, измѣняемое по своей природѣ, обуславливается временемъ и мѣстомъ. Оцѣнка его тѣмъ труднѣе, что должно брать въ расчетъ не одни матеріальные факты, но мнѣнія, вѣрованія и даже предразсудки народа. Особенно необходимо изученіе соціальныхъ фактовъ въ тѣхъ случаяхъ, когда дѣло идетъ о дѣйствіяхъ, которыя, будучи безразличны въ существѣ своемъ, заключаютъ въ себѣ только относительное, матеріальное зло. Сюда относятся полицейскіе проступки: куреніе табаку на улицахъ, ношеніе оружія и т. п. Запрещеніе носить оружіе можетъ быть справедливо и полезно, напр., въ наше время въ Россіи. Но въ прежнее время, когда въ городахъ были дневные грабежи, когда по дорогамъ разгуливали цѣлыя шайки разбойниковъ, человѣкъ въ 40 и болѣе, съ бердышами и другими оружіями,—въ то время, подобное распоряженіе, не обезоруживая разбой-

никовъ, отдавало-бы невинныхъ вопли въ руки злодѣевъ. Кстати замѣчу, что предубѣжденіе, нерасположеніе къ полицейскимъ законамъ имѣеть своимъ источникомъ неполный анализъ моральнаго зла. Обыкновенно считаютъ полицейскія правонарушенія безразличными, а полицейскіе законы произвольными. Но это ошибочно. Если, по извѣстнымъ обстоятельствамъ, извѣстныя дѣйствія нарушаютъ общественный порядокъ, то эти дѣйствія, безразличныя вообще, становятся безнравственными, преступными въ данномъ случаѣ. Конечно, здѣсь чрезвычайно легко перейти законную границу; но злоупотребленія, добросовѣстные и злонамѣренныя, не могутъ служить возраженіями противъ истинности принципа.

Вы видите, что невозможный трудъ взялъ-бы на себя тотъ человѣкъ, который изъ глубины своего кабинета, незнакомый съ дѣйствительной жизнью, вздумалъ-бы издавать уголовные законы. Никакая теорія, никакой гений не помогутъ ему, не замѣнятъ собою знанія мѣстныхъ фактовъ. Нельзя хулить попытки Бентама, этого гиганта абстрактно-философской школы, который занимался анализомъ относительнаго зла. Нельзя не сказать, что раздѣленіе зла отъ преступления на зло перваго, втораго и третьяго разряда, на первоначальное и производное, на постоянное и преходящее и т. д. — методъ, наиболѣе полезный при оцѣнкѣ матеріальнаго зла. Но нельзя также не видѣть и того, что практическое приложеніе этого аналитическаго инструмента къ измѣренію матеріальнаго зла отъ того или другаго преступления, — предполагаетъ непремѣннымъ условіемъ полнѣйшее знаніе дѣйствительной жизни. Одно это знаніе откроетъ силу второстепеннаго и третьестепеннаго зла, пространство зла производнаго и т. д.

Исторія одна можетъ рѣшить всѣ такіе вопросы. Исторія должна служить исходной точкой для законодателя и криминалиста. Судебная статистика представляетъ богатые матеріалы, но ими одними нельзя довольствоваться: статистическія данныя представляютъ результаты, которые могутъ быть произведеніями различныхъ причинъ. При каждомъ родѣ и видѣ преступленій и наказаній, необходимо знать народныя вѣрованія, мнѣнія, убѣжденія, ихъ зарожденіе, развитіе, упадокъ, ихъ причины и связь съ другими сторонами народной жизни, и т. д. и т. д.

Но, до нашего времени, ни законодатели, ни криминалисты не старались о пріобрѣтеніи этихъ свѣдѣній. Наша наука носила доселѣ абстрактно-философскій характеръ и отрицательно относилась къ жизни. Она искала истину въ субъективномъ духѣ мыслителя и не признавала объективнаго бытія идеи, проявляющагося въ исторіи. Такъ, Фейербахъ считаетъ историческое развитіе уголовного права любопытнымъ и, пожалуй, поучительнымъ, но не суще-

ственнымъ: онъ думаетъ, что историческія свѣдѣнія не ведутъ къ истинной основѣ для науки и законодательства. Съ другой стороны, господствующая доселѣ историческая школа, которой начало положено Савиньи, скользитъ болѣе по одной поверхности юридическихъ явленій, не опредѣляя ихъ физиологіи, природы. Историческая школа, какъ справедливо замѣтилъ одинъ ученый, указала на одни источники права, на одни виѣшнія, видимыя формы, которыми обозначается процессъ юридическихъ идей въ пространствѣ и времени. Но здѣсь еще не видно внутренней стороны юридическихъ отношеній; не видно положительной матеріи, сущности юридической, которая должна быть въ каждомъ явленіи и условливать его содержаніе и форму. Однимъ словомъ, мы видѣли тѣло, но не знали духа.

Соображая все сказанное, мы видимъ, что въ настоящее время наукѣ уголовного права предстоятъ слѣдующія главные задачи.

Она должна помирить принципъ полезности и принципъ справедливости, которые доселѣ боролись между собою, стремясь каждый къ исключительному господству въ наукѣ и законодательствѣ. Тщательно разсмотрѣть тотъ и другой принципъ, дать каждому изъ нихъ законно-принадлежащее ему мѣсто, уразумѣть чловѣка и общество въ ихъ цѣлости,—такова первая задача современной науки уголовного права. И можно сказать, что рѣшеніе этой задачи въ наше время возможно, чѣмъ когда нибудь прежде. Вѣра въ непогрѣшимость исключительныхъ возрѣній абсолютной и относительной теорій подорвана. Въ Англіи, принципъ полезности до послѣдняго времени безусловно господствовалъ въ сочиненіяхъ всѣхъ юристовъ, которые занимались теоріей уголовного права. Читая парламентскія пренія прежнихъ годовъ, нельзя не замѣтить его и въ рѣчахъ большинства практиковъ; только тамъ онъ не показывается во всей своей чистотѣ, во всей логической строгости системы. Этому принципа держатся всѣ тѣ, которые стоятъ за излишнюю строгость наказаній. А такихъ примѣровъ представляетъ много исторія парламентскихъ преній. Въ 1813 году былъ отвергнутъ билль Самуила Ромилли, объ уничтоженіи безчеловѣчныхъ принадлежностей наказанія за государственную измѣну. Въ 1817 году парламентъ отвергъ билль Ромилли объ уничтоженіи такъ наз. порчи крови, этой несправедливѣйшей конфискаціи. Но законъ 1859 года о тѣлесныхъ наказаніяхъ для арміи представляетъ собою отрадное явленіе въ исторіи Англійскаго законодательства и знаменуетъ большой переворотъ въ общественномъ мнѣніи. Такой переворотъ вы замѣтите и во Франціи: прочтите напр. сочиненіе Жюсса, разсужденія о гражданскомъ уложеніи, вникните въ духъ знаменитаго Code pénal—и потомъ прочтите сочиненія новыхъ кри-

миналистовъ Росси, герцога Броли, Ортолана. То-же самое явленіе замѣтите вы въ Германіи: стоитъ сравнить труды старыхъ криминалистовъ: Фейербаха, Грольмана, Штибеля, съ трудами современныхъ писателей: Геппа, Зеегера, Бернера, Кёстлина и др. Относительныя теоріи считаютъ теперь въ числѣ своихъ приверженцевъ однихъ отсталыхъ практиковъ, которые еще не перестали толковать о «примѣрныхъ» наказаніяхъ. Точно также и теорія абстрактной справедливости считаетъ въ рядахъ своихъ только немногихъ, запоздалыхъ прозелитовъ теократической школы. Все это отжило уже свой вѣкъ. Во всѣхъ новѣйшихъ ученыхъ трудахъ по уголовному праву и во всѣхъ новѣйшихъ уголовныхъ законодательствахъ, вы замѣтите стремленіе освободиться отъ вліянія прежнихъ одностороннихъ, угловатыхъ теорій.

Но примиреніе двухъ принциповъ, возможное только при полнѣйшемъ знаніи дѣйствительной жизни, не должно быть простымъ ихъ смѣшеніемъ; эклектизмъ не даетъ ничего прочнаго. Нужна новая точка отправленія, иной взглядъ на существо права, преступленія и наказанія. Передѣлка стараго недостаточна, нужно созидать вновь. Надобно вполнѣ отказаться отъ прошлаго, иначе мы никогда не придемъ къ твердой основѣ для уголовной власти государства. Намъ придется искать спасенія въ такъ называемыхъ смѣшанныхъ теоріяхъ (Coalitionssysteme), въ соединеніи равныхъ, соподчиненныхъ принциповъ. Это и сдѣлали многіе криминалисты: Генке, Миттермайеръ, Генрици, Росси, Велькеръ и др. Но подобное соединеніе противорѣчитъ первому требованію науки. Единство науки предполагаетъ единство принципа, иначе она будетъ не наукой, а простымъ агрегатомъ свѣдѣній.

Трудовъ, которые-бы удовлетворяли вновь поднявшимся требованіямъ, еще не представляетъ наука уголовного права. Мы видимъ одни попытки, начинанія, очень далекія отъ осуществленія. Самыя требованія еще не вполнѣ уяснились: мы можемъ болѣе предчувствовать, чѣмъ ясно сознавать, какъ они широки, жизненны, къ какому свѣтлому, глубокому воззрѣнію на предметъ ведутъ они. Въ настоящее время мы видимъ только то, что наука уголовного права болѣе и болѣе теряетъ свой прежній характеръ и принимаетъ реальное направленіе. Она поняла недостаточность логическихъ, разсудочныхъ построеній, — и съ высотъ отвлеченнаго мышленія сходитъ на землю, чтобы лицомъ къ лицу встрѣтиться съ жизнью, уразумѣть ее, учиться у нея. Она поняла, что шла доселѣ по ложному пути и немногое приобрѣла на немъ, изъ чего можетъ сдѣлать теперь полезное употребленіе. Нѣкогда гордая своимъ могуществомъ, она увидала, что требованія превышаютъ ея средства и признала свое безсиліе.

Въ этомъ грустномъ сознаніи лежитъ радостный залогъ буду-

щаго совершенства. И мы уже видимъ не одну отрицательную, но и положительную дѣятельность, не одно разрушеніе стараго, но и созиданіе новаго. На сознаниі несостоятельности абстрактно-философской и абстрактно-исторической школы не остановилось дѣло. Съ одной стороны, Риль, Франтц полагаютъ первое основаніе новой школы, которой можетъ быть дано названіе реальной. Съ другой — Игерингъ, своимъ классическимъ трудомъ о духѣ Римскаго права, начинаетъ другую, такъ называемую физиологическую школу. Провозвѣстникомъ ея въ Россіи былъ покойный Д. И. Мейеръ, такъ рано погибшій для науки и для жизни, память котораго такъ дорога Казанскому университету.

О характерѣ и значеніи той и другой школы мы не будемъ говорить здѣсь: это повело-бы насъ слишкомъ далеко. Заключимъ настоящую статью отраднымъ для насъ убѣжденіемъ, что, для пользы челоуѣчества, наука уголовного права вступаетъ въ новый фазисъ своего развитія, прокладываетъ себѣ новый путь. Этотъ путь, какъ всякій новый, непроторенный, труденъ. Но разумность его такъ очевидна, ложность прежняго пути такъ понятна, что довольствоваться старой, торной дорогой можетъ развѣ какой-нибудь безжизненный рутинеръ. Новое движеніе въ наукѣ права не останется безслѣднымъ; рано, или поздно, оно принесетъ богатые плоды: такъ, когда занимается заря, то день не можетъ не наступить.

А. ЧЕБЫШЕВЪ-ДМИТРІЕВЪ.

ОЧЕРКЪ ТЕОРИИ УГОЛОВНАГО ПРАВА.

СТАТЬЯ ВТОРАЯ.

III.

СОСТАВЪ ПРЕСТУПЛЕНІЯ.

Преступленіе есть противузаконное, злонамѣренное дѣйствіе, непосредственно исключаящее собою возможность возстановленія нарушеннаго права. Такое опредѣленіе, по нашему мнѣнію, должно быть дано преступленію.

Совокупность признаковъ преступления называется *составомъ преступленія* (*corpus delicti*, *Thatbestand des Verbrechens*). ¹⁾ Понятіе его обязано своимъ происхожденіемъ Итальянскимъ юристамъ, у которыхъ со второй половины 16 вѣка часто встрѣчается выраженіе *corpus delicti*. Отъ нихъ перешло оно въ сочиненія Нѣмецкихъ практиковъ, напр., къ извѣстному Карпцову (р. 1595, ум. 1666). Это слово имѣло прежде исключительно процессуальное значеніе и первоначально имѣло приложеніе только къ случаямъ убійства: оно означало тѣло убитаго. Сначала, оно стало приниматься въ болѣе абстрактномъ смыслѣ, означать извѣстность объ убійствѣ, а впослѣдствіи подъ нимъ начали разумѣть уже извѣстность о бы-

¹⁾ *Bauer*, *Abhandlungen*. Th. I. Abh. 4. стр. 223—244. — *Berner*, *Lhrb.* § 75: «Das alte Wort für Thatbestand ist corpus delicti. Es findet sich wohl zum ersten Male bei Farinacius, *Variae quaestiones et communes opiniones*, 1581. Klein hat dafür den deutschen Ausdruck «Thatbestand» erfunden, in den *Grunds. des peinl. R.* 1796, § 68. Dem Thatbestande setzte man die Thäterschaft gegenüber. Die heutige Wissenschaft ist sich des unauf löslichen Zusammenhanges von Thatbestand und Thäterschaft bewusst geworden, betrachtet desshalb die Thäterschaft als einen Theil des Thatbestandes selbst und steht von dem processualischen Ursprunge des Wortes Thatbestand ganz ab.» *Jarcke*, *Handb.* I. § 17.

тія преступнаго факта—вообще. Клаузеній напр., говорить (Commentarius in C. C. C. ad art b): «Significat autem corpus delicti nihil aliud, quam substantiam et veritatem commissi delicti.» Бёмеръ приводит много значеній, придававшихся этому слову. Подъ нимъ разумѣлись слѣды, оставляемые преступленіемъ; вещь, надъ которой преступленіе совершено, орудіе совершенія²⁾. Самъ Бёмеръ опредѣляетъ составъ преступленія, какъ дѣйствительность преступныхъ фактовъ, безъ отношенія къ ихъ виновнику³⁾. Съ этимъ взглядомъ согласны многіе криминалисты позднѣйшаго времени, напр. Штибель, Родгиртъ и др., которые видятъ въ составѣ преступленія одинъ виѣшній фактъ, а не признаки, заключающіеся въ волѣ преступника⁴⁾. Но безъ воли преступника, его дѣйствіе не можетъ быть преступленіемъ; чисто матеріальное зло не есть объектъ уголовного правосудія. Поэтому, мы согласны съ тѣми писателями, которые подъ составомъ преступленія разумѣютъ совокупность субъективныхъ и объективныхъ признаковъ преступленія⁵⁾.

Преступленіе предполагаетъ въ себѣ двѣ стороны: виѣшнюю (объективную) и внутреннюю (субъективную). Последняя состоитъ въ томъ, что виѣшнее дѣйствіе, заключающее въ себѣ преступное нарушеніе права, основывается на противузаконномъ направленіи воли.—Недостатокъ въ той или другой сторонѣ исключаетъ понятіе преступленія. Одно виѣшнее дѣйствіе, безъ участія противузаконной воли, будетъ несчастіемъ, неосторожностью, случаемъ, но не преступленіемъ: гроза срываетъ крышу съ дома, зажигаетъ его и убиваетъ человѣка; безумный кусаетъ прислужника; волкъ съѣ-

²⁾ *Böhmer*, Meditationes in C. C. C. ad art. 6. § 10.

³⁾ *Ibid.*

⁴⁾ *Feuerbach*, Lhrb. § 80. 81. 84. *Stübel*, Ueber den Thatbestand des Verbrechens, die Urheber derselben und die zu einem verdammenden Endurtheile erforderliche Gewissheit des ersteren, besonders in Rücksicht der Tödtung, etc. 1805.

⁵⁾ *Abegg*, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft. 1836. § 103: «Nicht aber treten sie (die Merkmale) äusserlich als neue Momente zu der Handlung, sondern sie liegen unmittelbar in ihr, geben derselben ihre Eigenthümlichkeit, so dass nicht erst eine Handlung da ist, die dann verbrecherisch wird, sondern die Handlung ist durch das Zusammenstellen dieser letztern Momente sofort und unmittelbar — Verbrechen». Составъ преступленія можетъ быть или общій, или особенный. Общій составъ (allgemeiner Thatbestand des Verbrechens, corpus delicti commune) есть совокупность признаковъ, свойственныхъ всѣмъ преступленіямъ. Особенный или частный составъ есть совокупность признаковъ, обуславливающихъ собою извѣстный родъ, или видъ преступленій (besonderer Thatbestand, corpus delicti proprium). Признаки преступленія раздѣляются на essentialia, naturalia и accidentalia. (Wächter, Lhrb. des Str. R. § 43). Одни признаки перваго рода принадлежатъ къ понятію и бытію преступленія. Впрочемъ, naturalia и accidentalia имѣютъ ваіаніе на мѣру наказанія.

даеть ребенка и т. д. (Actus non facit reum, nisi mens sit rea). Одна внутренняя дѣятельность человѣка, при отсутствіи внѣшняго факта, точно также не можетъ быть объектомъ уголовного правосудія, потому что не нарушаетъ собою господства права (Cogitationis poenam nemo patitur)⁶⁾.

Разсмотримъ каждую сторону преступленія отдѣльно.

1.

ВНУТРЕННЯЯ СТОРОНА (СУБЪЕКТИВНЫЙ СОСТАВЪ) ПРЕСТУПЛЕНІЯ⁷⁾.

Ученіе о внутренней сторонѣ преступленія называется иначе ученіемъ о вмѣненіи (Imputationslehre).

Вмѣнять—это значить относить къ субъекту объективное. Понятіе дѣйствія лежить въ основѣ вмѣненія, потому что понятіе дѣйствія уже заключаетъ въ себѣ понятіе виновности. Простое явленіе (напр., болѣзнь, смерть человѣка), явленіе чисто объективное и внѣшнее, безъ всякаго отношенія къ человѣку, причинившее его, есть фактъ (That). Дѣйствіемъ-же (Handlung) мы называемъ только ту внѣшнюю дѣятельность, тотъ фактъ, который обуславливается волей человѣка и въ которомъ имѣетъ мѣсто вмѣненіе (Zurechnung, imputatio). Понятіе дѣйствія исчерпываетъ собою существо вмѣненія, такъ что мы можемъ сказать: вмѣненіе состоитъ въ признаніи того, что извѣстный фактъ есть дѣйствіе⁸⁾.

Взглядъ на то, что два момента, воля (consilium) и внѣшній фактъ (factum) суть условія всякаго человѣческаго дѣйствія, а слѣдовательно и условіями вмѣненія не могутъ быть чужды никакому народу, на какой-бы ступени развитія онъ ни находился, и мы не согласны съ господствующимъ мнѣніемъ, будто въ первич-

⁶⁾ L. 53. § 2. D. de R. 1: «Nec consilium habuisse noceat, nisi et factum secutum fuerit».

⁷⁾ Berner, Grundlinien der criminalistischen Imputationslehre. 1843. Его-же Lhrb. § 90 — 98. Köstlin, Neue Revision § 39 и д. Его-же, System § 41—50. Bauer, Abh. т. I. Abh. 5. Henke, Нов. I. § 46 — 57. и т. д. Многочисленную литературу о вмѣненіи см. Kappler, Handbuch der Literatur des Criminalrechts. 1838. стр. 394 и д.

⁸⁾ Abegg, Lhrb. § 79: «Zurechnung ist die Anerkennung, dass ein äusserlich hervortretender Erfolg die Wirkung der Handlung eines Menschen sei, d. h. auf gesetzwidrige Erscheinungen angewendet, das Urtheil, dass diese in dem Wissen und Wollen des Subjects ihren Grund habe, dass dieser nicht bloss der Thäter, Ursacher, sondern der Schuldige sei, in dessen ganzer Handlung nach ihren beiden wesentlichen Seiten sich die Eigenschaft des Verbrechens findet.» См. также Köstlin, System § 38 и д. Многие не соглашаются съ такимъ воззрѣніемъ, см. напр. Байеръ Abhandl. стр. 249.

ныхъ обществахъ вмѣняется одинъ внѣшній фактъ ⁹⁾. Конечно, при господствѣ частной мести и частнаго удовлетворенія, должна преобладать внѣшняя сторона преступленія. Но если-бы она господствовала исключительно, въ такомъ случаѣ, мечь устремлялась бы и на человѣка, и на животныхъ, на предметы одушевленные и неодушевленные (сломанное вѣтромъ дерево убиваетъ, или ранить человѣка),—но этого мы не видимъ нигдѣ, никогда.

Поэтому, мы не можемъ согласиться, въ частности, съ тѣми криминалистами, которые утверждаютъ, будто во времена Русской Правды вполнѣ господствовала матеріальная сторона преступленія. Скажемъ нѣсколько словъ о двухъ новѣйшихъ трудахъ по Русскому уголовному праву, въ которыхъ высказывается опровергаемое нами мнѣніе, — о сочиненіяхъ гг. Богдановскаго и Колоссовскаго ¹⁰⁾.

Г. Богдановскій, въ подтвержденіе своихъ словъ, ссылается на мѣткое замѣчаніе одного нѣмецкаго историка-юриста (Wilda, *Strafrecht der Germanen*. 1842 стр. 149), который сравнилъ грубаго, первобытнаго человѣка съ младенцемъ. «Какъ младенецъ серьезно бьетъ злой столъ, о который онъ ушибся, такъ и первобытный человѣкъ съ негодованіемъ бросаетъ въ сторону камень, о который онъ ударился: онъ видитъ въ немъ причину вреда и мститъ ей» ¹¹⁾. *Comparaison n'est pas raison*. И въ наше время бываетъ, что человѣкъ, нечаянно ударившись объ уголь, съ досадою гово-

⁹⁾ *Schaffner*, *Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs*, т. I, стр. 315—316: Man hat lange Zeit an einen dem germanischen Strafrechte zu Grunde liegenden sollenden, sogenannten objectiven Gesichtspunkt geglaubt. Allein neuere Forschungen haben das Nichtigte einer solchen Annahme dargethan. Der widerrechtliche Wille war die einzige Grundlage des strafbaren Unrechts, indem die Quellen zwischen Willen und Zufall genau unterscheiden. Da wo kein böser Wille existirte oder von keiner Zurechnung die Rede sein konnte, war weder ein Friedensbruch noch ein Rechtsbruch vorhanden; wohl aber konnte in einzelnen Fällen eine civilrechtliche Entschädigung eintreten. . . . Die verschiedene Beschaffenheit des widerrechtlichen Willens wird aber im germanischen Rechte scharf hervorgehoben. . . . Gewöhnlich wird der Zornmuth (ira) supponirt, dem das höher strafbare Handeln mit berathenem Muthe entgegenstand. Der rasche Entschluss erschien weniger ahndungswerth, als die lange Prämeditation» и т. д.

¹⁰⁾ См. напр. *Колосовскаго*, *Очеркъ историческаго развитія преступленій противъ жизни и здоровья*. 1857. Тезисы III—V: «Въ первомъ періодѣ (т. е. до Судебника 1497 г.) по нашему изслѣдованію въ области вмѣненія господствуетъ внѣшняя сторона. Въ то-же время замѣчаются и нѣкоторыя проблемы внутренней стороны. Этотъ зародышъ новаго начала развивается во второмъ періодѣ (до Уложенія 1649 г.) и производитъ нѣкоторыя измѣненія въ области вмѣненія преступленій противъ жизни». *Богдановскаго*, *Развитіе понятій о преступленіи и наказаніи въ Русскомъ правѣ до Петра Великаго*. 1857, стр. 94—96, 116 и слѣд.

¹¹⁾ Богдановскій, стр. 95.

рить: «Ахъ, чертъ тебя возьми!» Но едва-ли кто скажетъ, чтобы онъ мстиль углу, — ему все въ мірѣ представлялось «какъ-бы живымъ, вредоноснымъ существомъ» и т. д. Во всѣ вѣка и вездѣ встрѣчаются люди, которые, по выраженію г. Богдановскаго, «дѣйствуя всегда подъ неодолимымъ вліяніемъ чувства, страсти, не сдумаютъ, да и не захотятъ различить цѣлей или намѣреній другаго при нанесеніи имъ вреда, или обиды»¹²⁾; но вообразить себѣ цѣлый народъ, который не умѣетъ, или не хочетъ понять, намѣренно, неосторожно, или случайно произошло извѣстное преступленіе,—мы не можемъ. Г. Богдановскій думаетъ, что наше древнее право (Ярославова Правда), признавая еще вполне право частной мести, тѣмъ самымъ предоставляетъ самому обиженному взвѣшивать тяжесть нанесенной ему обиды и судить о свойствѣ дѣйствія своего противника, а первобытный, грубый и неразвитой человѣкъ стремится только отмстить, не обращая вниманія на мотивъ дѣйствія¹³⁾. Но мы уже видѣли въ первой статьѣ, что право обиженнаго на мечь, въ первобытныхъ обществахъ, ограничивается вліяніемъ членовъ рода, общины, и мѣра возмездія не можетъ вполне зависѣть отъ произвола обиженнаго, отъ его субъективной воли.

Г. Богдановскій не совѣмъ соглашается съ тѣми изслѣдователями¹⁴⁾, которые говорятъ, что Русская Правда, наказывая убійство въ разбоѣ, зажигательство и коневую татьбу потокомъ и разграбленіемъ, признаетъ въ этихъ дѣйствіяхъ злой умыселъ и противуполагаетъ ихъ дѣйствіямъ, совершеннымъ подъ вліяніемъ чувства, страсти, волненія; такъ напр., убійству въ разбоѣ, (убійство тайное) противопоставляетъ убійство *въ свадѣ* (въ ссорѣ).¹⁵⁾ Г. Богдановскій утверждаетъ, что способъ возрѣнія древняго права отличается своими особенностями и т. д. Положимъ. Но, «проникая въ духъ древнѣйшаго юридическаго быта и въ особенности тогдашняго возрѣнія на тѣ, или другія человѣческія дѣянія», г. Богдановскій, подкрѣпляя свое мнѣніе указаніемъ на Вильда¹⁶⁾, говоритъ слѣдующее: «У всѣхъ народовъ въ начальныхъ, древ-

¹²⁾ Ibid. стр. 116.

¹³⁾ Ibid.

¹⁴⁾ Напр. *Лешковъ*, Исторія Русск. общ. пр. стр. 100 — 101.

¹⁵⁾ Русская Правда, ст. LXXXVIII: «Аже кто убьетъ князя мужа въ разбои а головника не ищють, то вирьвную платити въ чей же вьрви голова лежить то 20 гривенъ паки ль людинъ то 40 гривенъ.» Ст. LXXVI: «Аще убьютъ огнищанина въ обиду то заплатити зань 80 гривенъ убици а людемъ не надобѣ а въ подѣздномъ княжи 80 гривенъ.» Ст. LXXI: «Будеть ли сталъ на разбои безъ всякоя свады то за разбойника люды не платять нъ выдаютъ и самогò всего и съ женою и съ дѣтми на потокъ и разграбленіе.»

¹⁶⁾ *Strafrecht des Germanen*, стр. 153. 566.

нѣйшихъ законодательныхъ памятникахъ мы видимъ, что особенная опасность для общества извѣстныхъ дѣйствій, или особенная низость, презрительность поведенія, обнаруживающаяся въ поступкахъ извѣстнаго лица и недостойная свободного мужа, берутся во вниманіе при обсужденіи преступленія и опредѣленія за него наказанія. Въ глазахъ древняго Германца, Славянина и всякой другой націи человѣка, преступленіе носило болѣе преступный и опасный характеръ въ томъ случаѣ, когда оно направлялось низкими, недостойными намѣреніями и цѣлями, нежели тогда, когда кто совершалъ преступленіе явно, открыто, мстя за себя,—in re sua violenter resistens,—по выраженію варварскихъ законовъ»¹⁷⁾. И далѣе¹⁸⁾: «Такія побужденія руководятъ нашимъ древнимъ законодательствомъ, когда оно караетъ уголовнымъ наказаніемъ убійцу *въ разбоѣ*, коневаго татя и зажигателя, а всякую другую татьбу облагаетъ продажей въ пользу князя, тогда какъ за другія правонарушенія идетъ только частное вознагражденіе въ пользу истца. Но все эти три неоплатныя преступленія тогда только, по ясному свидѣтельству самой Правды, подлежатъ потоку, когда преступниковъ выдаетъ вервь, ихъ община. *Очевидно, что выдаетъ она только тѣхъ, которыхъ опасается на будущее время и съ которыми истцы даже не захотятъ помириться.*»

Понятно, какъ сильно противорѣчить г. Богдановскій самому себѣ. Можетъ-ли то общество не обращать вниманія на субъективную сторону преступленія, которое опредѣляетъ тяжесть преступленія по мѣрѣ особенной низости и презрительности поведенія, по намѣреніямъ и цѣлямъ, проявившимся въ преступленіи? Если община выдаетъ только тѣхъ, которыхъ опасается на будущее время, то она или должна обращать вниманіе на мотивъ дѣйствія, или выдавать безразлично всякаго преступника.

Защитники опровергаемаго нами мнѣнія упираются главнымъ образомъ на то, что въ древнѣйшихъ законодательныхъ памятникахъ не говорится о зломъ умыслѣ, и т. п. Такъ напр., г. Колоссовскій сводитъ постановленія договоровъ Олега и Игоря съ Греками, Русской Правды и т. д.

Аще убьеть Хрестьянинъ Русина, или
Русинъ Хрестьянина....
Аже оубиеть мужъ мужа....
Оже ли оутнеть роукоу....

И замѣчаетъ, что въ нихъ вовсе не обращается вниманія, умышленно-ли совершено преступленіе или нѣтъ¹⁹⁾. Но изъ того, что

¹⁷⁾ Стр. 117.

¹⁸⁾ Стр. 118 и прим. 4 на этой стр.

¹⁹⁾ Колоссовскій, стр. 25 и д. Богдановскій, стр. 119 и слѣд.

въ древнѣйшемъ законодательствѣ не говорится ничего объ умышленности или неумышленности, не слѣдуетъ заключать, чтобы и самое понятіе о вмѣненіи было чуждо тому времени. Приведемъ по этому поводу глубоко-истинныя слова Игеринга ²⁰⁾:

«Первое, что замѣчаетъ духъ человѣческой, суть внѣшнія практическія вершины права, тѣ части, которыхъ дѣятельность ему тотчасъ бросается въ глаза, т. е. юридическія правила (Rechts-sätze). Онъ видитъ, что нѣчто является, повторяется, онъ чувствуетъ, что это это можетъ являться и эту возможность онъ выражаетъ словомъ. Такъ возникаютъ юридическія постановленія. Но какъ далеко отстаютъ эти абстракціи отъ дѣйствительности, какъ груба и недостаточна картина, которую они даютъ намъ о ней! Они похожи на первые пластическіе опыты народа. Какъ мало отъ послѣднихъ можно заключать, что люди и животныя были въ тѣ времена такими, какими они являются въ этихъ несовершенныхъ изображеніяхъ, точно также нельзя думать, чтобы законодательные памятники изъ первоначальнаго періода извѣстнаго народа представляли вѣрную картину его права. И въ количественномъ, и въ качественномъ отношеніи они очень далеки отъ того права, которое было въ дѣйствительности».

«Не слишкомъ-ли смѣшно это положеніе? Почему мы знаемъ, что право имѣло другое содержаніе и объемъ, нежели какъ это свидѣтельствуютъ намъ памятники? Дѣло очень просто. Чтобы вѣрно представить предметъ, нужна двоякая способность: вѣрно воспринять его и вѣрно передать. Относительно права нужно, чтобы представляющій его изъ-подъ пестрой завѣсы жизненныхъ отношеній, откуда онъ долженъ отвлечь правило, взявъ юридическое зерно и соотвѣтственно ему формулировалъ его. Какъ мы ежедневно просматриваемъ въ окружающей насъ внѣшней природѣ много значительныхъ явленій и только случай обращаетъ на нихъ вниманіе наблюдателя и наталкиваетъ его на важнѣйшія открытія,—такъ-же это бываетъ и относительно міра нравственнаго, и еще въ высшей степени, потому что уловимъ для однихъ духовныхъ очей. Передъ нами стоитъ его опредѣленная организація и мы до того привыкаемъ къ ея равномѣрному движенію, что намъ не приходится почти задавать себѣ вопроса, на сколько этотъ порядокъ необходимо есть просто фактической, на сколько — юридической. Но вотъ случайно, въ какомъ нибудь пунктѣ, кто нибудь нарушить его,—и мы обратимъ на этотъ случай вниманіе, мы задаемъ себѣ этотъ вопросъ, а вмѣстѣ съ вопросомъ является и отвѣтъ. Факты нравственнаго міра обязаны своими плодоносными

²⁰⁾ Geist des röm. R. т. I. стр. 14 — 21.

открытіями главнымъ образомъ случаю. При многихъ открытіяхъ отвѣтъ гораздо легче вопроса».

«Медленно и трудно развивается познаніе въ области права и при высокой ея зрѣлости, все таки многое ускользаетъ отъ ея взора. Насъ спросятъ: возможно-ли это? Вѣдь постановленія права, чтобъ быть прилагаемыми къ дѣлу, должны быть извѣстны? Въмѣсто отвѣта, мы укажемъ на законы языка. Тысячи людей употребляютъ ихъ, отъ роду не слыхавшіе объ ихъ существованіи. Что не достигнуто познаніемъ, то восполняется чувствомъ, тактомъ ²¹⁾».

«Открытіе существующихъ постановленій права обусловливается: 1) даромъ наблюдательности. Что послѣдній, по различію времени и индивидуумовъ, подраздѣляется на различныя ступени, — это такъ-же ясно, какъ и то, что мѣра его вообще опредѣляется духовномъ развитіемъ наблюдателя. И мы вправѣ сказать необразованнымъ, грубымъ народамъ: немногое опредѣлили вы изъ окружающаго васъ юридическаго міра; большая часть ускользнула отъ вашего взора и живетъ въ одномъ вашемъ чувствѣ; вы находитесь въ юридическихъ отношеніяхъ, не зная ихъ; дѣйствуете по нормамъ, которыхъ никто изъ васъ не высказалъ».

«Вторымъ условіемъ при опредѣленіи постановленій права является способность формулировать, т.-е. представлять нами открытыя правила въ соотвѣтствующихъ имъ выраженіяхъ. Формулированіе предполагаетъ хорошее знаніе, но не дается вмѣстѣ съ полезнымъ. Многое стоитъ ясно и опредѣленно передъ нашей душой, — но мы въ высшей степени несовершенно выражаемъ его словомъ. Каждое, даже относительно полнѣйшее право представляетъ намъ

²¹⁾ Pott, etymologische Vorschungen auf dem Gebiete der Indo-Germanischen Sprachen u. s. w. Bd. I. 1853. S. 146: «Jene umgekehrte Kurzsichtigkeit, welche wohl entfernte Punkte, aber nicht die ganz nahe liegenden wahrnehmen lässt, offenbart sich im geistigen Sinne am Menschen vorzüglich, rücksichtlich der Kenntniss seiner Muttersprache. Diese bietet dem Fremden auf den ersten Blick eine Menge auffallender und hervorstechender Punkte dar, die der, welcher sie von Kindesbeinen an redet, eben der *Gewohnheit wegen* entweder nie oder nur schwer inne wird; jener wird schon äusserlich gezwungen darauf sein Augenmerk zu richten, während dieser erst den Reiz des Aufmerkens durch Willenskraft hervorbringen muss. Daher die bekannte Erscheinung, dass man sich in der Regel der Muttersprache erst durch die Erlernung fremder Sprachen recht bewusst wird und *dass es fast schwerer ist, eine Grammatik der Muttersprache, als einer fremden zu verfassen*. Ferner würde der grösste Sprachvirtuose vielleicht der schlechteste Grammatiker sein und umgekehrt. Doch wozu dies? Um uns dem Wahne derer entgegenzustellen, welche die Autorität eines Nationalgrammatikers in All' und Jedem für heilig halten. Es giebt aber solche Böötier, und sie kehren wieder, so oft man sie auch mit den Zinken austreibt». Приведа эти слова Потта, Игг-рингъ прибавляетъ: поставьте вмѣсто языка и національнаго грамматиста право и національнаго юриста — и *mutato nomine de nobis fabula narratur*.

разительные примѣры этого, изъ которыхъ видна наружность такой операціи. Тѣмъ болѣе относится это къ юному обществу, еще не привыкшему къ духовной работѣ. Какъ велика должна быть здѣсь разница между дѣйствительнымъ и формулированнымъ правиломъ! Формулированіе то слишкомъ тѣсно, то слишкомъ широко. То не упоминаются существенныя предположенія правила, потому что о нихъ или почти не думали, или полагали, что они разумѣются сами собою. То правило привязывается къ какому нибудь особому виду, тогда какъ оно въ своемъ практическомъ примѣненіи относится къ цѣлому роду. То выставляется общее правило, безъ упоминанія необходимыхъ видоизмѣненій, и т. д. Рядомъ съ высказанными положеніями, существуетъ много невысказанныхъ правилъ, а высказанныя правила, въ свою очередь, не всегда адекватно формулированы.

«Можно думать, что эти недостаточныя формулированія должны имѣть вредное воздѣйствіе на самое право. Но въ правильныхъ обществахъ, въ тѣ времена, когда способность формулированія стоитъ на самой низшей ступени, такая опасность грозитъ всего менѣе. Точно также и невѣрныя грамматическія правила вредятъ употребленію языка въ жизни наименѣе тогда, когда твердость грамматическихъ абстракцій наименѣе выработалась. Замѣтимъ при этомъ, что высказанныя постановленія права являлись современникамъ, которые ежеминутно видѣли предъ своими глазами конкретныя юридическія отношенія, совершенно въ другомъ свѣтѣ, чѣмъ позднѣйшему наблюдателю. Для первыхъ достаточно одного неполнаго эскиза, чтобы они могли воспроизвести себѣ полную картину. Послѣдній видитъ въ немъ не болѣе, какъ грубый очеркъ. Эти очерки можно назвать замѣтками, которыми означаетъ народъ разширеніе своего юридическаго сознанія. Какъ они ни грубы, какъ ни непонятны всякому третьему, но для того, кто ихъ набросалъ, они играютъ роль подробныхъ изображеній, и онъ не замѣчаетъ пробѣловъ».

На основаніи всего сказаннаго, мы думаемъ, что понятіе о вмѣненіи не могло быть чуждо древнѣйшему Русскому праву временъ договоровъ съ Греками и Русской Правды. И причину молчанія этихъ памятниковъ относительно этого вопроса должно объяснять не такъ, какъ объясняютъ ее г.г. Колоссовскій и Богдановскій. Кромѣ сказанныхъ, есть и другія причины этого молчанія. Уложеніе царя Алексѣя Михайловича ничего не говоритъ напр. о томъ, какъ и въ какой мѣрѣ наказываются старики и малолѣтныя. Но отсюда нельзя-же выводиться, чтобы въ 17 столѣтіи преступленіе вмѣнялось пяти-лѣтнему ребенку. И самъ г. Богдановскій говоритъ, что это молчаніе «можно объяснить только тѣмъ, что дѣ-

ла подобнаго рода завязывались и судились церковнымъ судомъ и по законамъ церкви» ²²).

Возвращаемся къ предмету настоящей статьи.

Въ объективномъ *Corpus delicti* является намъ одно мертвое тѣло дѣйствія. Это тѣло должно получить духовную жизнь, должно стать для насъ рефлексомъ внутренняго духа. Намъ нужно узнать его физиогномію и отъ этого тѣла заключить о присущей ему душѣ, *animus*, волѣ.

Наши слова могутъ подать поводъ къ недоразумѣніямъ. Намъ могутъ сказать: «вмѣненіе основывается на дѣйствіи, между-тѣмъ не всякое преступленіе есть дѣйствіе. Слово — не есть дѣйствіе, но и оно можетъ быть преступнымъ. Сверхъ того, здѣсь упускаются изъ виду *delicta omissionis*, состояція въ томъ, что человекъ не дѣлаетъ чего-либо.»

Легко объяснить это недоразумѣніе.

Мы опредѣлили дѣйствіе, какъ единство воли и факта. При словесныхъ обидахъ есть желаніе оскорбить (*animus injuriandi*), и выраженіе этого желанія словомъ, т.-е. и моментъ воли и моментъ факта. Всякій назоветъ дѣйствіемъ, если я побью Гасія, съ цѣлью обидѣть его. Но эта реальная обида отличается отъ словесной только тѣмъ, что въ одной дѣйствуетъ рука и палка, въ другой — ротъ и слово. Дѣйствіе является какъ здѣсь, такъ и тамъ. Вдохновенныя слова Лютера на Вормскомъ сеймѣ, западавшія въ души присутствующихъ, были дѣйствіями и дѣйствіями въ высококомъ значеніи этого слова, не менѣе всѣхъ битвъ отъ Александра Македонскаго до нашихъ временъ.

Что касается до отрицательныхъ дѣйствій, *delicta omissionis*, то они состоятъ въ томъ, что я не желаю что-либо дѣлать. Но нехотѣніе (*Nichtwollen*) есть тоже воля. Непредпринятіе извѣстнаго дѣйствія, которое должно было предпринять, есть тоже фактъ (*Necare videtur non solum is, qui partem perfocat, sed et is qui alimonia denegat*). Здѣсь точно такъ-же, какъ и въ положительномъ дѣйствіи, мы видимъ и волю, и ея проявленіе, и соотношеніе между волей и фактомъ ²³).

Заключимъ общія понятія о вмѣненіи вопросомъ о томъ, какое различіе существуетъ между юридическимъ и нравственнымъ вмѣненіемъ?

Мы не будемъ говорить о томъ, что моралистъ вмѣняетъ многое, о чемъ не знаетъ криминалистъ, напр. нарушеніе простыхъ

²²) Стр. 134.

²³) Уложеніе, ст. 4. 16. 17. 131—133 и т. д.

обязанностей любви и т. д. Это и подобныя ему различія относятся къ объекту вмѣненія, а не къ самому вмѣненію. Мы только спросимъ себя: принципъ юридическаго вмѣненія различенъ-ли отъ принципа вмѣненія нравственнаго?

Новая философія доказала, что право, нравственность и политика суть члены одного огромнаго органическаго цѣлаго. На высшей точкѣ, мы найдемъ точку единства между ними. Научное единство ихъ возможно только подъ условіемъ общности принципа; этимъ общимъ принципомъ для нихъ является воля. Такимъ образомъ, различіе между юридическимъ, и нравственнымъ вмѣненіемъ заключается не въ принципѣ.

Когда моралистъ осуждаетъ человѣка, онъ обращаетъ вниманіе на мотивы и побужденія дѣйствія. Онъ будетъ доказывать, что преступникъ выросъ подъ неблагоприятными условіями, что его воспитаніе было дурно, образованіе недостаточно; и онъ будетъ смотрѣть, какія побужденія руководили его дѣйствіемъ и т. д. Вмѣняющій судья не обращаетъ вниманія на то, какимъ образомъ человѣкъ сталъ до того дурень, что рѣшился на преступленіе; для него достаточно то, что онъ дурень, и онъ убѣждается въ томъ, когда откроетъ, что преступное дѣйствіе имѣло въ своей основѣ волю преступника. Конечно, наказаніе, смотря по обстоятельствамъ, можетъ быть различно; при опредѣленіи мѣры наказанія необходимо смотрѣть на мотивъ поступка и т. д. Но все это должно быть исключено изъ ученія о вмѣненіи и отнесено къ области законодательства и къ другимъ частямъ науки уголовнаго права (къ ученію объ измѣненіи, уменьшеніи, смягченіи и увеличеніи наказаній). Въ ученіи о вмѣненіи идетъ дѣло только о томъ, было-ли явившееся волимымъ, или нѣтъ. Ученіе о смягчающихъ обстоятельствахъ (*Strafmilderungsgründe, circonstances atténuantes*) должно быть строго отдѣляемо отъ вмѣненія. Чѣмъ ближе эти двѣ области другъ къ другу, тѣмъ труднѣе и тѣмъ необходимѣе установить твердыя границы между ними.

Вмѣненіе, сказали мы, основывается на понятіи дѣйствія, а дѣйствіе опредѣлили мы какъ единство двухъ моментовъ, какъ соотвѣтствіе между волей и фактомъ. Вмѣненіе, такимъ образомъ, уничтожается:

- 1) По недостатку самоопредѣленія, при отсутствіи воли.
- 2) По недостатку соотношенія между волей и фактомъ.
- 3) По недостатку факта.

Раземотримъ каждый изъ этихъ случаевъ отдѣльно.

А. УНИЧТОЖЕНИЕ ВМЪНЕНИЯ ПО НЕДОСТАТКУ ВОЛИ ²⁴⁾.

Здѣсь мы должны будемъ говорить о возрастѣ, о душевныхъ и тѣлесныхъ болѣзняхъ и о нѣкоторыхъ душевныхъ состояніяхъ, которыя, не будучи болѣзнью, уничтожаютъ однако способность самоопредѣленія.

Свободная воля, или способность самоопредѣленія не дается человѣку разомъ, а растетъ постепенно вмѣстѣ съ его тѣлеснымъ организмомъ. Отсюда является понятіе о *возрастѣ* ²⁵⁾.

Современная наука раздѣляетъ жизнь человѣка на три главные возраста: дѣтство, мужество и старость. Дѣтство, въ свою очередь, дѣлится на возрастъ новорожденныхъ (*aetas neonatorum*), младенчество (*infantia*), отрочество (*pueritia*) и юношество (*pubertas*). Послѣдней ступеню человѣческой жизни и второй половиной старости признается обыкновенно такъ называемая глубокая старость (*Senectus decrepita*).

Состояніе новорожденныхъ, подобно состоянію зародышей (*embryonatus*), не имѣетъ отношенія къ настоящему вопросу ²⁶⁾, потому что люди въ этотъ періодъ своего существованія физически не способны совершать преступленій. Что касается до младенчества, конечной гранью котораго полагается обыкновенно седьмой годъ, то никто не сомнѣвается, что человѣкъ въ эти года не подлежитъ вмѣненію.

Но относительно вмѣненія во время отрочества, мнѣнія расходятся. Количественный терминъ здѣсь опредѣляется въ различныхъ законодательствахъ различно. По Баварскому уголовному кодексу 1813 г. и Альтенбургскимъ законамъ, срокъ, съ котораго открывается вмѣненіе, опредѣляется восьмымъ годомъ. Въ Австрійскихъ и Виртембергскихъ законахъ онъ отодвинутъ на десятилѣтній возрастъ. Въ законахъ Ганноверскихъ, Гессенскихъ, Баденскихъ, Тюрингскихъ и Саксонскихъ (1838 г.) до двѣнадцати лѣтъ. Въ законодательствахъ Брауншвейгскомъ и Саксонскомъ, по измѣненіямъ 1855 г., онъ простирается до 14 лѣтъ. Замѣтимъ, что опредѣлить точными цифрами границы возрастовъ — вещь невозможная. О неизмѣнно-опредѣленныхъ терминахъ не можетъ

²⁴⁾ См. *Friedreich*, Systematisches Handbuch der gerichtlichen Psychologie etc. 1835. *Ego-же*, Compendium der gerichtlichen Anthropologie. 1853.

²⁵⁾ См. на Русскомъ языкѣ прекрасную статью г. *Колосовскаго* (О значеніи возраста въ области уголовного вмѣненія), помѣщенную въ Архивѣ Н. В. Калачова. 1859. Кн. 1.

²⁶⁾ Впрочемъ, они имѣютъ юридическій характеръ и не совсѣмъ лишены практическаго значенія. При дѣтоубійствѣ вмѣненіе бываетъ различно, смотря по тому, новорожденный-ли былъ ребенокъ, или нѣтъ. Въ первомъ случаѣ назначается болѣе легкое наказаніе, чѣмъ во второмъ.

быть рѣчи. Многія случайныя обстоятельства, обстановка жизни, самыя повидимому отдаленныя (напримѣръ климатическія) условія то ускоряютъ, то замедляютъ развитіе человѣка. Наука, вникая въ существенныя черты и признаки этого возраста и создавъ возможно-вѣрный типъ въ физиологическомъ и психологическомъ отношеніи, замѣчаетъ, что въ большей части случаевъ отрочество кончается между 14 и 16 годами.

Мы думаемъ, что въ періодъ отрочества человѣкъ не только не достигаетъ полнаго развитія, но не достигаетъ даже и до высокой его степени. Этотъ возрастъ отличается вообще господствомъ желательной способности и влеченій, и хотѣніе не можетъ быть принимаемо за волю. А отсюда понятно, что люди въ этомъ возрастѣ не могутъ быть субъектами юридическаго вмѣненія.

Иные утверждаютъ, что во многихъ людяхъ развитіе моральное опережаетъ развитіе физическое и что мѣра злости бываетъ часто несравненно выше возраста (*malitia supplet aetatem*). Но — какъ справедливо возражаетъ Колоссовскій — ²⁷⁾ процессъ духовнаго развитія человѣка, въ своихъ главныхъ чертахъ, совершается въ неизмѣнной послѣдовательности и одинаковости. Каждому возрасту самой природой назначена извѣстная сумма задачъ, которыя должны быть рѣшены послѣдовательно, въ преемственномъ порядкѣ. Если и встрѣчаются дѣти, которыя замѣтно опережаютъ сверстниковъ степенью духовнаго развитія, — все-таки въ ихъ природѣ нельзя не замѣтить присутствія тѣхъ отличительныхъ свойствъ, изъ которыхъ слагается существенный характеръ отрочества. Еще менѣе имѣетъ основанія мысль, будто въ дѣтскомъ возрастѣ можно встрѣтить не только злость, но и высокую ея степень. Понятіе о злости требуетъ свободнаго выбора, опирающагося на разумныя основанія. Но подобное техническое состояніе, естественно, не можетъ встрѣтиться въ этомъ возрастѣ. Натура человѣка въ этотъ періодъ представляется еще несложившейся въ твердую и правильную норму. Это — періодъ броженія, нормальнымъ состояніемъ котораго является отсутствіе стройнаго и правильнаго порядка. Дѣятельность человѣка представляетъ пеструю смѣсь самыхъ разнохарактерныхъ поступковъ. Несложившаяся натура, находящаяся въ непрерывномъ волненіи, отданная вся господству разнообразныхъ, неодолимыхъ влеченій, неудержимо стремится къ проявленію себя во внѣ. Насильственныя дѣйствія этого возраста, имѣющія повидимому характеръ

²⁷⁾ Мы почти вполне согласны со взглядомъ г. Колоссовскаго въ настоящемъ вопросѣ и главнымъ образомъ руководствуемся его статьею. Но, къ сожалѣнію, не имѣя подъ рукою его статьи, а одни только выписки изъ нея, мы не можемъ ни отмѣтить страницъ, на которыхъ находятся приводимыя нами слова его, ни ручаться за буквальную точность выраженій.

злостныхъ, предпринимаются обыкновенно безъ всякаго умысла, даже безъ всякой ясной цѣли, единственно по какому-то неясному побужденію. Эта дѣятельность, какъ будто инстинктивная, является причиной той склонности къ разрушенію, шуму, противорѣчію, которыя характеризуютъ дѣтскій возрастъ. Поводомъ къ недоразумѣнію служить обыкновенно смѣшеніе злости съ вспыльчивостью, которая какъ нельзя болѣе согласна съ характеромъ дѣтскаго возраста. То-же должно сказать на счетъ ненависти. Въ этомъ возрастѣ кажущаяся ненависть есть только выраженіе безсознательнаго отвращенія, которое чувствуется иногда дѣтьми къ извѣстнымъ лицамъ и увлекаетъ ихъ къ насильственнымъ дѣйствіямъ. Признаніе въ нѣкоторыхъ людяхъ злости, превышающей возрастъ, стоитъ въ прямомъ противорѣчіи съ психическимъ характеромъ отрочества. Подобныя свойства могутъ подлежать домашнему исправленію со стороны воспитателя, а не вѣдомству уголовного суда.

Отрочество переходитъ въ юношество, и съ этихъ только поръ открывається возможность уголовного вмѣненія. Но свобода, способность самоопредѣленія, уже присущая этому возрасту, по недавности своего рожденія, не имѣетъ еще той цѣлости и спокойствія, какъ въ зрѣлый возрастъ. Необдуманность и легкомысліе, составляющія существенную принадлежность юношескаго характера, ближе всего объясняютъ собою ту быстроту и рѣшимость на дѣятельность всякаго рода, какія обыкновенно мы встрѣчаемъ въ людяхъ этого возраста. Въ нихъ нѣтъ еще спокойной обдуманности, стойкости въ намѣреніяхъ и твердости въ достиженіи предположенныхъ цѣлей. Въ нихъ господствуетъ пылкость, раздражительность чувствъ, которыя и приобрѣтаютъ значительную власть надъ всей юношеской дѣятельностью. Вообще, духовныя силы не вмѣщены еще здѣсь въ опредѣленные границы, отъ чего и психическое состояніе дѣйствующаго не представляетъ надлежащей правильности и послѣдовательности въ своихъ проявленіяхъ. Всѣ силы юноши представляются какъ-бы вышедшими изъ границъ, положенныхъ для сохраненія внутренней гармоніи и порядка; они какъ будто стремятся все впередъ и въ этомъ движеніи своемъ точно хотятъ обогнать другъ друга; вездѣ излишняя полнота, льющаяся черезъ край, въ соотвѣтствіи избытку физическихъ силъ, которыя растрчиваются даромъ, безъ всякой бережливости. Восторженность и горячность всей натуры составляютъ главный фонъ картины. Юноша, получивъ способность самоопредѣленія, вступаетъ въ первый разъ въ область вмѣненія. Но при этомъ новомъ своемъ положеніи, онъ не долженъ подвергаться всей строгости юридическаго толкованія. Только съ зрѣлаго установившагося возраста (*aetas virilis*) начинается область вмѣненія въ ея полномъ

объемъ, потому что только этотъ возрастъ представляетъ картину возможно-полнаго для человѣка развитія. За окончаніе этого послѣдняго возраста въ физиологическомъ отношеніи признается упадокъ способности къ половой дѣятельности. Появленіе этого признака у мужчинъ замѣчается между 60 и 70 годами, у женщинъ между сороковымъ и пятидесятымъ.

Опредѣлять начало вмѣняемости на основаніи извѣстнаго года— явная несообразность: психическія особенності опредѣленной нужды; исключаютъ всякую возможность для установленія опредѣленной нужды; духовное развитіе совершается не у всѣхъ въ одни сроки; слѣдовательно, опредѣленный закономъ возрастъ далеко не всегда будетъ соответствовать своему настоящему содержанію. Установленіе такого опредѣленнаго возраста ведетъ прямо къ несообразности: можетъ-ли быть разумно оправдано то, что напр. наканунѣ наступленія 16 лѣтъ строгость наказанія смягчается, а на другой день вмѣненіе примѣняется во всей своей строгости. Развѣ въ одинъ день можетъ случиться съ человѣкомъ такое превращеніе?

Тѣмъ не менѣе, законодательство должно установить сроки и можетъ избѣгнуть упрековъ, если распорядится благоразумно. Опредѣляя начало вмѣняемости не на исключительномъ основаніи извѣстнаго года, законодательство должно въ помощь ему выставить другое обстоятельство, или сдѣлать приличную оговорку. Числовой терминъ получить тогда условное значеніе и будетъ служить хорошимъ проводникомъ къ отысканію истины. При этомъ должно остерегаться, чтобы не впасть въ излишнее употребленіе числовыхъ терминовъ, въ обиліе видовыхъ подраздѣленій.

Всего разумнѣе открыть начало вмѣненія юношескимъ возрастомъ. Видимымъ знакомъ здѣсь можетъ служить исполненіе 16 лѣтъ отъ роду. Въ это время всегда происходитъ предполагаемая психическая перемѣна (конечно, если не будетъ болѣзненной задержки развитія). Но такъ какъ шестнадцатый годъ не имѣетъ характера постояннаго признака и юношескій возрастъ съ соответственнымъ ему развитіемъ иногда наступаетъ ранѣе, то преступникъ, и недостигшій этого возраста, можетъ быть подвергаемъ суду, если будетъ доказано, что онъ дѣйствительно обладаетъ необходимымъ условіемъ вмѣненія.

Изъ того, что этотъ терминъ не исключаетъ собою возможности тѣхъ случаевъ, когда и семилѣтнія дѣти приводятся въ судъ (чему бывали примѣры ²⁸⁾), — то отсюда понятна необходимость изъ первоначальной шестнадцатилѣтней жизни отдѣлать такой періодъ времени, который былъ-бы безусловно изъять отъ

²⁸⁾ Rossé, Traité. стр. 269.

вмѣненія. Пространство его можетъ быть ограничено первыми десятию, или даже двѣнадцатю годами жизни.

Юношескій возрастъ требуетъ для себя мягкаго толкованія и служитъ основаніемъ для неполнаго дѣйствія закона. Такое предположеніе можетъ простираться до 25 лѣтъ включительно. Но такъ-какъ и этотъ терминъ не имѣетъ характера неизмѣнно-точнаго, то справедливо выставить промежутокъ отъ 21 года до 25 лѣтъ, въ который благосклонное толкованіе закона теряетъ безусловную силу.

Съ наступленіемъ 25 лѣтъ, свободная воля человѣка получаетъ свой полный объемъ и слѣдовательно преступникъ подвергается полному вмѣненію.

Римское право ²⁹⁾ считаетъ невмѣняемыми дѣтей (*infantes*) до 7 лѣтъ: «*infans vel furiosus, si hominem occiderint, lege Corn. non tenentur* (по случаю *innocentia consilii*) ³⁰⁾». Малолѣтныя (*impuberes*) не безусловно невмѣняемы, но при каждомъ отдѣльномъ преступленіи судья долженъ рѣшить вопросъ о вмѣняемости. Несовершеннолѣтніе (*minores*) имѣютъ право на снисхожденіе и уменьшеніе наказанія только при особенныхъ обстоятельствахъ и въ случаѣ однихъ неосторожныхъ преступленій: «*in delictis minor annis XXV non meretur in integrum restitutionem, utique atrocioribus: nisi quatenus interdum miseratio aetatis ad mediocrem poenam iudicem producerit, et non sit aetates excusatio adversus praescepta legum ei, qui dum leges invocat, contra eas committit*» ³¹⁾.

Уголовное уложеніе Карла V (1532 г. Каролина) видитъ только вообще въ малолѣтствѣ возможное основаніе къ безнаказанности, не обозначая перваго періода дѣтства ³²⁾. Въ арт. 164 оно при-

²⁹⁾ *Rein, das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus.* 1844. стр. 206 и д.

³⁰⁾ L. 23. D. de furt. (47. 2). L. 12. D. ad. leg. Corn. sicar. (48. 8). Въ Кормчей: «Седми лѣтъ отрокъ или бѣсный, аще убьетъ кого, неповиненъ есть смерти».

³¹⁾ L. 37. § 1. D. de minor. (4. 4). — 1. 9. § 2. D. cod. 1. 13. 36. 38. D. ad leg. Jul. adult. (48. 5). — 1. 1. C. si advers. delict. (2. 35). Ср. постановленія каноническаго права (C. de delict. puer.): «*Pueris grandiusculis peccatum nolunt attribueri quidam, nisi ab annis XIV, cum pubescere coeperint. Quod merito crederemus, si nulla essent peccata, nisi quae membris genitalibus admittuntur. Quis vero audeat affirmare, furta, mendacia et perjuria non esse peccata? At his plena est puerilis aetas: quamvis in iis non ita, ut in maioribus punienda videantur.*»

³²⁾ Des allerdurchleuchtigsten grossmechtigsten unüberwindlichsten Keyser Karls des fünften: und des heyligen Römischen Reichs peinlich Gerichts-ordnung, auff den Reichsstägen zu Augspurgk und Regenspurgk, inn jahren dreissig, und zwey und dreissig gehalten, auffgericht und beschlossen (Nach der ältesten Ausgabe vom Jahr 1533 abgedruckt). Или: Code criminel de l'empereur Charles V vulgerement apellé la Caroline etc. 1777. Apr. 179.

знаеть въ *pubertati proximis* возможность вмѣняемости и думаетъ, что въ то время злость восполняетъ возрастъ (*malitia supplet aetatem* ³³).

Баварское уголовное уложение 1813 г. отдаетъ дѣтей менѣе 8 лѣтъ домашнему надзору и исправленію. Для преступниковъ моложе 16 лѣтъ назначаетъ смягченное наказаніе ³⁴).

Французское законодательство предписываетъ, что относительно всѣхъ лицъ, не достигшихъ 16 лѣтъ, судья долженъ предварительно рѣшить, совершили-ли они преступленіе *avec discernement*, или нѣтъ ³⁵).

Въ нашемъ уложеніи о преступленіяхъ и наказаніяхъ мы встрѣчаемъ распоряженія слѣдующаго рода:

Ст. 106. Дѣти, не достигшія семи лѣтъ отъ роду, не подлежатъ наказаніямъ: они отдаются родителямъ, опекунамъ, или родственникамъ, для вразумленія и наставленія ихъ впослѣдствіи.

Ст. 148. Малолѣтство и несовершеннолѣтіе подсудимаго признаются обстоятельствомъ, уменьшающимъ вину и строгость наказанія.

³³) «Item so der dieb oder diebin jrs alters vnder viertzezen jaren weren, die sollen vmb diebstall, on sondern vrsach, auch nit vom leben zum todt, gen richt, sonder der obgemelten leibstraff gemess, mit sampt ewiger vrphede gestrafft werden. Wo aber der dieb nahent bei vierzezen jaren alt wer, vnd der diebstall gross oder obbestimpt beschwerlich vmbstende, so geuerlich dabei gefunden würden, also dass die bossheyt das alter erfüllen möcht, So sollen Richter vnd vurtheyler desshalb auch, (wie hernach gemelt) radts pflegen, wie eyn solcher junger dieb an gut, leib oder leben zustraffen sei». Art. 179. (Von junge-dieben)

³⁴) Art. 98. 99.

³⁵) Code pénal, art. 66. 67. 68. «Lorsque l'accusé aura moins de seize ans, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement, il sera acquitté; mais il sera, selon les circonstances, remis à ses parens, ou conduit dans une maison de correction, pour y être élevé et détenu pendant tel nombre d'années, que le jugement déterminera, et toutefois ne pourra excéder l'époque où il aura accompli sa vingtième année.

S'il est décidé qu'il a agi avec discernement, les peines seront prononcées ainsi qu'il suit:

S'il a encouru la peine de mort, de travaux forcés à perpétuité ou de la transportation, il sera condamné à la peine de dix à vingt ans d'emprisonnement dans une maison de correction.

S'il a encouru la peine des travaux forcés à tems ou de la réclusion, il sera condamné à être renfermé dans une maison de correction pour un tems égal au tiers au moins, et à la moitié au plus, de celui, auquel il aurait put être condamné à l'une de ces peines.

Dans tous ces cas, il pourra être mis, par l'arret ou le jugement, sous la surveillance de la haute police pendant cinq ans au moins, et dix ans au plus.

S'il a encouru la peine de carcan ou du bannissement, il sera condamné à être renfermé d'un an à cinq ans dans une maison de correction.

Dans aucun des cas prévus par l'article précédent, le condamné ne subira l'exposition publique.

Ст. 149. Дѣти, коимъ болѣе 7, но менѣе 10 лѣтъ отъ роду, и которыя не имѣютъ еще надлежащаго о своихъ обязанностяхъ разумѣнія, равно какъ и дѣти отъ 10 до 14 лѣтъ, когда съ достовѣрностью извѣстно, что преступленіе учинено ими безъ разумѣнія, не подвергаются наказанію, но отдаются родителямъ, или благонадежнымъ родственникамъ для строгаго за ними присмотра, исправленія и наставленія, между прочимъ и чрезъ духовника ихъ или другаго священнослужителя.

Ст. 150. Наказаніе имѣющихъ отъ 10 до 14 лѣтъ и учинившихъ преступленіе съ разумѣніемъ, смягчается на слѣдующемъ основаніи:

1) За преступленія, подвергающія лишенію всѣхъ правъ, тѣлесному наказанію черезъ палачей и ссылкѣ въ каторжную работу, они, по лишеніи правъ состоянія, ссылаются въ Сибирь на поселеніе безъ тѣлеснаго наказанія.

2) За преступленія, подвергающія лишенію всѣхъ правъ, тѣлесному наказанію черезъ палачей и ссылкѣ на поселеніе, они присуждаются къ заключенію въ монастырѣ, если въ томъ мѣстѣ или не въ весьма дальнемъ отъ онаго разстояніи есть монастыри ихъ вѣроисповѣданія, или-же, въ противномъ случаѣ, въ смиренительномъ домѣ, на время отъ пяти до восьми лѣтъ, также безъ тѣлеснаго наказанія.

3) За преступленія, менѣе тяжкія, за которыя опредѣляются закономъ лишеніе всѣхъ особенныхъ, лично и по состоянію присвоенныхъ, правъ и преимуществъ и ссылка на житье въ Сибирь или другія отдаленныя губерніи, или-же отдача въ исправительныя арестантскія роты гражданскаго вѣдомства, или въ рабочіе дома, они присуждаются къ заключенію на время отъ двухъ мѣсяцевъ до одного года въ монастырѣ или въ смиренительномъ домѣ.

4) За преступленія, за которыя опредѣлено закономъ заключеніе въ смиренительномъ домѣ, или другое еще менѣе строгое, они подвергаются исправительному домашнему по распоряженію родителей или опекуновъ наказанію.

Ст. 151. Несовершеннолѣтніе, имѣющіе отъ роду болѣе четырнадцати лѣтъ, но менѣе 21 года, за учиненіе преступленій, которыя влекутъ за собою лишеніе всѣхъ правъ состоянія, подвергаются тѣмъ-же наказаніямъ, какъ и совершеннолѣтніе, съ тою лишь разницею, что наказанія тѣлесныя совершаются не чрезъ палачей, а чрезъ полицейскихъ служителей, и не плетьюми, а розгами, и что время работъ, къ коимъ они приговариваются, сокращается одной третью; а въ случаяхъ, когда ихъ слѣдовало приговорить къ каторжной работѣ въ рудникахъ безъ срока, они приговариваются къ каторжнымъ работамъ въ рудникахъ на 20 лѣтъ.

Ст. 152. За преступленія менѣе тяжкія, за кои опредѣляются

закономъ лишеніе всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ и ссылка на житье въ Сибирь или другія отдаленныя губерніи, или же отдача въ арестантскія роты гражданскаго вѣдомства, несовершеннолѣтніе отъ 14 л. до 21 года, безъ лишенія особенныхъ правъ и преимуществъ, отдаются въ военную службу рядовыми съ выслугой, или, въ случаѣ неспособности къ строевой службѣ, въ писцы военнаго вѣдомства, также съ выслугой.

Несовершеннолѣтніе-же отъ 14 л. до 21 г., не изъятые по закону отъ наказаній тѣлесныхъ, за учиненіе преступленій и проступковъ, которые по общимъ законамъ влекутъ за собою лишеніе всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ и заключеніе въ рабочемъ домѣ, подвергаются, безъ лишенія сихъ правъ и преимуществъ, наказанію розгами.

За всѣ прочія преступленія и проступки, несовершеннолѣтніе отъ 14 л. до 21 г. приговариваются къ опредѣленнымъ въ законѣ наказаніямъ одною, или двумя степенями ниже.

Ст. 156. Когда доказано, что несовершеннолѣтній вовлеченъ въ преступленіе другимъ совершеннолѣтнимъ, то мѣра слѣдующаго ему наказанія можетъ, по усмотрѣнію суда, быть уменьшена одною или двумя степенями, но однако-жъ безъ измѣненія рода опредѣленнаго закономъ за то преступленіе наказанія ³⁶⁾.

Ст. 157. За преступленія, учиненныя по неосторожности, несовершеннолѣтніе отъ 14 л. до 21 г. подвергаются лишь домашнему исправительному наказанію, по распоряженію родителей или опекуновъ.

Ст. 158. Несовершеннолѣтніе, присужденные къ заключенію въ смирительномъ домѣ, крѣпости или тюрьмѣ, содержатся въ оныхъ отдѣльно отъ прочихъ заключенныхъ ³⁷⁾.

Ст. 159. Малолѣтныя (отъ 10 до 14 л.) и несовершеннолѣтніе, которые послѣ суда и наказанія за преступленіе будутъ изблечены вторично въ томъ самомъ, или въ равномъ, или-же болѣе тяжкомъ преступленіи, подвергаются за сіе новое преступленіе одинаковому съ совершеннолѣтними наказанію, токмо съ освобожденіемъ отъ наказаній тѣлесныхъ, или съ уменьшеніемъ мѣры оныхъ, по правиламъ, въ ст. 150 и 151 положеннымъ.

Принятые здѣсь сроки (отъ 7 до 10, 10 — 14, 14 — 21 г.), не обнимаютъ собою всѣхъ подраздѣленій, принимаемыхъ нашимъ

³⁶⁾ Но если нельзя уменьшить наказанія, не измѣнивъ его рода? Если, по обстоятельствамъ совершенія, преступленіе и безъ того заслуживаетъ самой низшей мѣры наказанія извѣстнаго рода? Неужели смягченіе наказанія не имѣетъ мѣста въ тѣхъ случаяхъ, когда преступленіе должно подвергаться самой низшей степени наказанія, опредѣленнаго за этотъ родъ преступленій?

³⁷⁾ Правило вполнѣ прекрасное. Весьма грустно, что оно не всегда соблюдается на практикѣ.

законодательствомъ. Въ ст. 94, 570 и нѣкр. др. выставляется еще терминъ — 17 лѣтъ, именно въ ст. 570 сказано: «Кто, для избѣжанія военной службы, умышленно самъ себя изувѣчитъ или позволить себя другому изувѣчитъ, тотъ за сіе подвергается наказанію розгами отъ 90 до 100 ударовъ и отдачѣ въ военную службу. Тѣ членовредители, которые не достигли еще семнадцатилѣтняго возраста, не подвергаются наказанію тѣлесному и обращаются въ военные кантонисты».

Послѣ всего сказаннаго нами о значеніи несовершеннолѣтія въ области уголовнаго вмѣненія, мы не считаемъ нужнымъ подвергать критикѣ постановленія нашего свода и ограничиваемся только тѣмъ, что приводимъ здѣсь его распоряженія. На сколько они соотвѣтствуютъ требованіямъ науки, — легко можетъ видѣть всякій. Замѣтимъ только, что въ нихъ еще ясно видна строгость постановленій прежняго времени.

Что касается до старческаго возраста, то законодательство не въ правѣ давать ему безотносительной силы смягчающаго обстоятельства. Конечно, бываютъ случаи, что человѣкъ подѣ старость лѣтъ обращается въ состояніе дѣтства, — тѣмъ не менѣе, мы не можемъ согласиться съ тѣми писателями, которые (напр. г. Колосовскій) полагаютъ, что со вступленіемъ человѣка въ 70-лѣтній возрастъ, должно признать его неподлежащимъ вмѣненію, оставивъ право доказывать противное. По нашему мнѣнію, гораздо разумнѣе распоряженіе нашего законодательства, по которому вмѣненію не должны подлежать лица, потерявшія умственные способности отъ старости и дряхлости ³⁸). Такъ какъ это обстоятельство требуетъ быть доказаннымъ, слѣд. сама по себѣ старость не составляетъ основанія къ невмѣненію преступника. Но смягченіе наказанія необходимо для стариковъ на другомъ основаніи, именно, по причинѣ слабости ихъ физическихъ силъ. И наше уложеніе освобождаетъ отъ тѣлесныхъ наказаній престарѣлыхъ, имѣющихъ не менѣе 70 лѣтъ отъ роду ³⁹), и замѣняетъ каторжную работу ссылкой на поселеніе въ отдаленнѣйшихъ мѣстахъ Сибири ⁴⁰).

Вторымъ основаніемъ къ невмѣненію преступленій служатъ *нѣкоторыя физическія и душевныя болѣзни* ⁴¹). Сюда относятся:

³⁸) Улож. ст. 109.

³⁹) Ibid. Прил. I, п. 33.

⁴⁰) Ibid. ст. 78.

⁴¹) Въ нашемъ Уложеніи относительно этого предмета мы встрѣчаемъ слѣдующія распоряженія :

1. *Глухонѣмота.* Глухонѣмыхъ не должно смѣшивать съ глухими и нѣмыми. При собственной глухонѣмотѣ нѣмота есть слѣдствіе глухоты и поэтому глухонѣмымъ (*surdo-mutus*)⁴²⁾ мы называемъ того, кто или родился безъ слуха, или потерялъ его въ раннемъ дѣтствѣ, прежде чѣмъ научился говорить. Кто потерялъ слухъ и языкъ впоследствии, того мы называемъ глухимъ и нѣмымъ. Глухонѣмота не абсолютно задерживаетъ духовное развитие: заведенія для глухонѣмыхъ имѣютъ цѣлью провести нравственное вліяніе на глухонѣмыхъ другимъ путемъ кромѣ слуха. Поэтому, законодательства вполне разумно раздѣляютъ глухонѣмыхъ (говоря словами нашего свода) на получившихъ понятіе объ обязанностяхъ и законѣ и на тѣхъ, которые не получили его ни чрезъ воспитаніе, ни чрезъ сообщество съ другими, — и только первыхъ считаютъ вмѣняемыми. Но и получившіе воспитаніе должны, въ большинствѣ случаевъ, подобно малолѣтнимъ, подвергаться сравнительно меньшимъ наказаніямъ, потому что и самое воспитаніе не исцѣляетъ глухонѣмыхъ отъ слабоумія и раздражительности, которыми они обыкновенно страдаютъ.

Слѣпые и глухіе также не всегда могутъ подвергаться наказаніямъ за свои дѣйствія. Кромѣ преступленій, возможныхъ только подъ условіемъ чувствъ зрѣнія и слуха (напр. недонесеніе о многихъ преступленіяхъ), отъ нихъ нельзя требовать всегда строгаго отчета въ ихъ дѣйствіяхъ, потому что они очень часто не могутъ имѣть образованія, нужнаго для правильнаго сужденія преимущественно о юридическомъ свойствѣ дѣйствія.

2. *Слабоуміе, глупость, простота.* Во всѣхъ этихъ случаяхъ

Ст. 107. Преступленіе или проступокъ, учиненные безумнымъ отъ рожденія, или сумасшедшимъ, не вмѣняются имъ въ вину, когда нѣтъ сомнѣнія, что безумный или сумасшедшій, по состоянію своему въ то время, не могъ имѣть понятія о противозаконности и о самомъ свойствѣ своего дѣянія. Ст. 108. На томъ-же основаніи, не вмѣняются въ вину и преступленія и проступки, учиненные больнымъ въ точно-доказанномъ припадкѣ умоизступленія или совершеннаго безпамятства. Ст. 109. Постановленія предшедшей 108 статьи о невмѣненіи въ вину преступленій и проступковъ, учиненныхъ въ припадкѣ болѣзни, сопровождаемой умоизступленіемъ или совершеннымъ безпамятствомъ, распространяются и на дунатиковъ (сонноходцевъ), которые, въ припадкахъ своего нервнаго разстройства, дѣйствуютъ безъ надлежащаго разумія. Ст. 110. Глухонѣмые отъ рожденія, а равно и лишившіеся слуха и языка въ дѣтскомъ возрастѣ, когда нѣтъ сомнѣнія, что они не получили ни чрезъ воспитаніе, ни чрезъ сообщество съ другими, никакого понятія о обязанностяхъ и законѣ, также не подвергаются наказаніямъ за преступленія и проступки.

⁴²⁾ Выраженіе *surdo-mutus* стали употреблять уже новѣйшіе писатели; Римляне-же говорили только о *surdis* и *mutis*. Но изъ многихъ мѣстъ видно, что глухонѣмота въ глазахъ Римлянъ была причиною невмѣненія, напр. L. 3. § 8, 399. de Scto Silan. 29. 5. L. 43. pr. de procur. 3, 3. L. 3. de Aedil. edict. 21, 1. и т. д.

вмѣненіе зависитъ отъ степени глупости, слабоумія, простоты и отъ свойства самого преступленія.

3. *Безуміе*. Безуміемъ называется такое разстройство самосознанія, вслѣдствіе котораго больной не въ состояніи различить субъективнаго отъ объективнаго, своихъ внутреннихъ ощущеній отъ внѣшнихъ чувственныхъ впечатлѣній ⁴³⁾.

4. *Бѣшенство*, *манія* (Tollheit, Tobsucht).

5. *Лунатизмъ* ⁴⁴⁾ и т. д.

Мы здѣсь не вдадимся въ область уголовной психологіи и судебной медицины и не будемъ говорить о существѣ, классификаціи и оцѣнкѣ безчисленно разнообразныхъ душевныхъ болѣзней, уничтожающихъ вмѣненія или, по-крайней-мѣрѣ, служащихъ основой къ уменьшенію наказанія. Укажемъ только на одинъ важный вопросъ.

Такъ какъ безуміе бываетъ періодическое, то спрашивается: могутъ-ли быть вмѣняемы преступления, совершенныя во время свѣтлыхъ промежутковъ?

Мы думаемъ, что нѣтъ. Что такое періодическое безуміе? Чѣмъ оно отличается отъ совершеннаго прекращенія болѣзни? Если-бы *lucidum intervallum* былъ полнымъ выздоровленіемъ, то болѣзнь не возвращалась-бы. Свѣтлый промежутокъ есть состояніе среднее между болѣзненнымъ и здоровымъ, во время его прекращается не самая болѣзнь, а только внѣшнее проявленіе болѣзни; поэтому, безъ сомнѣнія, остается нѣкоторая слабость и разстройство въ разсудкѣ. Сверхъ того, для вмѣненія необходимо не одно сознание, но и свобода. Если безумный и получаетъ въ свѣтломъ промежуткѣ употребленіе разсудка, то отсюда еще не слѣдуетъ заключать, что онъ имѣетъ въ это время и свободу. Конечно, въ это время безумный не въ той степени несвободенъ, какъ во время болѣзни; но онъ имѣетъ только отрицательную свободу, а не положительную. Сознаніе о свойствѣ дѣйствія рѣдко можетъ удерживать его отъ того, къ чему онъ чувствуетъ внутреннее влеченіе. Наконецъ, въ практическомъ отношеніи, весьма трудно, почти невозможно доказать дѣйствительность свѣтлаго промежутка. Часто припадки сумасшествія такъ медленно слѣдуютъ одни за другими, что только

⁴³⁾ *Berner*, Imputationslehre. стр. 157—158: «Ist diese Doppelwelt vorhanden, ohne dass das Subject das Bewusstsein ganz verliert, so ergiebt sich die *Melancholie*. Lässt ferner das Subject das Bewusstsein jener Discrepanz der subjectiven und realen Objectivität fallen so haben wir die *Narrheit*. Wird endlich jener Unterschied noch erkannt, die subjective Objectivität aber für die Wahre genommen, so ist diess der *Wahnsinn*».

⁴⁴⁾ Подробнѣе объ этомъ предметѣ на Русскомъ языкѣ, см. *С. И. Баршсва*, Общія начала теоріи и законодательства о преступленіяхъ и наказаніяхъ 1841. Отд. I. стр. 45—71.

мало по малу оканчивается одинъ и начинается другой. При томъ, свѣтлый промежутокъ иногда легко можетъ быть смѣшиваемъ съ тѣмъ состояніемъ сумасшедшаго, когда онъ не обнаруживаетъ признаковъ сумасшествія только потому, что его удерживаютъ отъ этого какія нибудь внѣшнія обстоятельства, или что онъ не имѣетъ къ тому повода.

Заклучимъ общимъ замѣчаніемъ.

Относительно душевныхъ болѣзней, законодательство не можетъ а priori установить правила невмѣняемости въ приложеніи къ различнымъ, отдѣльнымъ случаямъ. Въ разрѣшеніи этихъ случаевъ особенно видна необходимость предоставить судьбѣ такую мѣру свободы, которая можетъ быть дана только присяжнымъ, а не судьямъ отъ короны. И здѣсь должно дѣйствовать съ крайней осторожностью. Наблюденіе далеко не доставило достаточнаго количества фактовъ, на основаніи которыхъ наука могла бы построить неопровержимую теорію, и специалисты еще очень расходятся между собою въ установленіи общихъ признаковъ, по которымъ-бы можно было узнать въ человѣкѣ помѣшательство ума.

Мы обыкновенно убѣждаемся въ присутствіи или отсутствіи ума въ человѣкѣ посредствомъ наведенія (inductio): мы ставимъ себя на мѣсто того лица, сравниваемъ его дѣйствія и слова съ тѣмъ, какъ-бы мы дѣйствовали или говорили при этихъ обстоятельствахъ, — и отсюда выводимъ то или другое заключеніе. Но понятна возможность ошибокъ⁴⁵⁾. Съ одной стороны здѣсь предостойтъ опасность видѣть безуміе тамъ, гдѣ его нѣтъ, съ другой — признать вмѣняемымъ душевно больного.

Мы судимъ о степени здраваго ума извѣстнаго человѣка, смотря по тому, на сколько его дѣйствія сходны или несходны съ нормой человѣческихъ дѣйствій. Такъ напр. человѣкъ, не лишенный разума, дѣйствуетъ всегда вслѣдствіе извѣстнаго мотива. Но нельзя думать, чтобы всѣ дѣйствія, безъ понятнаго для насъ мотива, были невмѣняемы, какъ слѣдствія помѣшательства ума. Мы

⁴⁵⁾ Этотъ способъ употребляется при измѣреніи вмѣняемости ребенка. Ребенку, пойманному въ воровствѣ, предлагается на выборъ яблоко и червонецъ. Если онъ выбираетъ червонецъ, то отсюда выводять, что онъ знаетъ цѣнность вещей и можетъ быть обвиненъ въ злоумышленномъ воровствѣ, — но это несправедливо. Онъ можетъ предпочесть червонецъ, какъ вещь менѣе виданную имъ, болѣе красивую, блестящую, болѣе удобную для игры. Въ Англіи нѣкогда осудили двухъ мальчиковъ, 9 и 10 лѣтъ, въ убійствѣ, основываясь на томъ, что они старались скрыть трупъ. Но это основаніе крайне недостаточно, если не было доказано, что они предварительно думали о скрытіи слѣдовъ преступленія. Нельзя смѣшивать страхъ и ужасъ, внушаемые ребенку при видѣ окровавленнаго, бездыханнаго, изуродованнаго трупа, съ предварительнымъ сознаніемъ существа и слѣдствія предпринимаемаго преступленія.

часто говоримъ «онъ дѣлаетъ зло для зла» про тѣхъ людей, кто безъ цѣли злословить ближняго, кто радъ сообщить всякому дурную новость, кто готовъ сдѣлать неприятность безъ всякой для себя выгоды, кромѣ удовольствія сдѣлать зло и т. д. Дайте такому человѣку побольше сердечной жестокости, побольше смѣлости — и изъ него можетъ выдти полный преступникъ. Безъ сомнѣнія, человѣкъ, который не воздерживается отъ того или другаго побужденія, можетъ быть увлеченъ имъ за предѣлы предвѣннаго. Бываютъ случаи, когда человѣкъ, долго ласкавшій преступную мысль, бываетъ ей совершенно, непреодолимо увлеченъ. Но если кто назоветъ этого человѣка душевно больнымъ, мономаномъ, — то это будетъ несправедливо. Въ такомъ состояннн находится огромное большинство преступниковъ при самомъ совершеши преступления. Нельзя иначе, какъ не этимъ опьяненіемъ, объяснить растерянность преступника, неуничтоженіе слѣдовъ преступления и т. п. Разсматривая уголовныя дѣла, очень часто удивляешься недогадливости преступниковъ, доходящей до крайности. «Странная вещь! Стоило бы ему сдѣлать только это, — и онъ остался-бы внѣ всякаго подозрѣнія!» — услышишь часто въ публикѣ при публичныхъ засѣданіяхъ уголовныхъ судовъ. Но нельзя-же такихъ преступниковъ оставлять за границами уголовного вмѣненія. Таковы мономаны: они знаютъ безнравственность своего побужденія, но удовлетворяютъ ему, потому что страсть, которую они не старались одолѣть, доводитъ ихъ до послѣдней крайности. Съ этими людьми можно сравнить пьяницу, который пьянствомъ разстроиваетъ свое здоровье, которому докторъ совѣтуетъ воздержность, угрожая въ противномъ случаѣ смертью: онъ помнитъ совѣты доктора, видитъ разрушеніе своего здоровья, — но продолжаетъ пить и умираетъ. Кто назоветъ такого человѣка сумасшедшимъ? Судья поступаетъ несправедливо, если, увлекаясь чувствомъ дурно-понятой гуманности, будетъ извинять, подъ предлогомъ безумія, кровавыя наклонности человѣка.

Но, съ другой стороны, легко принять здравый умъ въ человѣкѣ дѣйствительно сумасшедшемъ. Особенно легко ошибочное сужденіе о частномъ безуміи, потому что помѣшанные этого рода нерѣдко имѣютъ здоровыя чувства, твердую память, мыслятъ и говорятъ какъ здоровые, при допросѣ припоминаютъ все обстоятельства дѣла и даютъ приличные отвѣты (*amnesia occulta*). Иногда дѣйствія безумнаго отличаются послѣдовательностью и соразмѣрностью между средствами и цѣлями, хитростью и притворствомъ. Безсмысленность иногда очень хорошо поддѣлывается подъ благоразумную расчетливость ума.

Изъ сказаннаго ясно видно, съ какой осмотрительностью должно здѣсь дѣйствовать, а подобныя ошибки въ области права

ужасны по своимъ послѣдствіемъ. Есть что-то страшно-возмущающее душу, когда рѣшеніемъ гражданскаго суда признается за сумасшедшаго человѣкъ, находящійся въ здоровомъ умѣ. Еще ужаснѣе, когда человѣкъ помѣшанный наказывается какъ здоровый. Ошибки-же послѣдняго рода болѣе возможны въ уголовныхъ дѣлахъ, по тому интересу, который имѣетъ подсудимый притвориться безумнымъ, употребивъ въ дѣло заранѣе разсчитанныя дѣйствія, и тѣмъ избѣгнуть наказанія.

Къ обстоятельствамъ, имѣющимъ большое вліяніе на степень вѣняемости, относятся далѣе:

6. *Пьянство*. Иные не признаютъ въ пьянствѣ повода къ извиненію, потому что оно само по себѣ есть дѣйствіе предосудительное. Другіе придерживаются противоположнаго мнѣнія. Нѣкоторые раздѣляютъ пьянство на произвольное и несвободное, постоянное и случайное и т. д. Говоря о вѣненіи, вопросъ долженъ ограничиться только тѣмъ, на сколько можно вѣнать дѣйствія, совершенныя въ пьяномъ видѣ. И здѣсь надо различить степени опьяненія ⁴⁶).

Неполное опьяненіе не можетъ быть причиной къ невѣненію. Но полное опьяненіе можетъ отнять и сознаніе и рассудокъ. Когда преступникъ отрезвится, можно наказать его какъ человѣка, самовольно поставившаго себя въ такое положеніе, которое ведетъ къ опаснымъ послѣдствіямъ, — наказать его какъ неосторожнаго преступника; но вѣнать ему дѣйствіе, совершенное въ состояніи опьяненія, — неразумно. И въ этомъ послѣднемъ отношеніи заслуживаютъ особенной пощадѣ тѣ случаи, когда пьянство — или само по себѣ болѣзнь (запой) или ведетъ за собою болѣзнь, напр. *delirium tremens* — болѣзнь, почти не отличающуюся отъ сумасшествия. Пьянство должно быть причиной смягченія наказанія, когда оно неполно и уничтожаетъ сознаніе. Конечно, не безвредно для общественной безопасности признаніе пьянства, какъ основанія къ смягченію, или полной отпѣнѣ наказанія ⁴⁷), по причинѣ той легкости, съ которой употребляется въ дѣло это средство извиненія. Но и узаконить, что пьянство, даже полное и вполне невинное, не можетъ быть причиной невѣненія, это значитъ наказывать въ нравственномъ существѣ дѣйствія безсознательной машины.

⁴⁶) Гейнротъ (*Lehrbuch der Seelenstörungen*. Th. II. S. 272), дѣлитъ на три періода. Тоже Гоффбауеръ (*Die Psychologie in ihren Anwendungen auf die Rechtspflege*. § 190 fgg). Съ нѣкоторыми несущественными измѣненіями, это тройное раздѣленіе (*Rausch, Betrunkenheit, Besoffenheit*) принимается большинствомъ криминалистовъ.

⁴⁷) *Berner*, *Lhrb.* стр. 116. *Es ist nicht zu wünschen, dass die Gesetzgebung für irgend einen Fall die Straflosigkeit wegen Trunkenheit positiv ausspreche, weil dies wie ein Privilegium der Säufer erscheinen, zum Trunk ermuthigen und die vielen lügnerischen Berufungen auf Trunkenheit noch vermehren würde. Es genügt und ist vorzuziehen, wenn das Gesetzbuch nur die Möglichkeit zu entsprechender Berücksichtigung der Trunkzustände offen lässt.*

Нѣтъ надобности говорить, что человѣкъ, намѣренно напившійся для того, чтобы совершить преступленіе, не только не заслуживаетъ смягченія наказанія, но и долженъ подвергнуться большей строгости.

Относительно вліянія опьяненія на степень вѣняемости преступленія, иностранныя законодательства очень недостаточны ⁴⁸). Въ нашемъ Уложеніи мы встрѣчаемъ только слѣдующее неудовлетворительное распоряженіе: «за преступленіе, учиненное въ пьянствѣ, когда доказано, что виновный привелъ себя въ сіе состояніе именно съ намѣреніемъ совершить сіе преступленіе, опредѣляется высшая мѣра наказанія, за то преступленіе въ законахъ положеннаго. Когда-жъ, напротивъ, доказано, что подсудимый не имѣлъ сего намѣренія, то мѣра его наказанія назначается по другимъ, сопровождавшимъ преступленіе обстоятельствамъ ⁴⁹).»

7. Состояніе страсти (affectus).

«Обыкновенное состояніе страсти хотя и уменьшаетъ виновность, но не уничтожаетъ вовсе вѣняемости. Одолѣть страсть — возможно для человѣка и составляетъ его нравственную задачу ⁵⁰). Впрочемъ, высшая степень страсти приводитъ человѣка въ состояніе помраченнаго сознанія и слѣдовательно дѣлаетъ его невѣняемымъ ⁵¹).»

⁴⁸) Австр. § 2, Прусск. § 40. Баварск. (1813) арт. 121, Саксонск. (1838) арт. 67, Ганноверск. арт. 84, Виртемб. арт. 76, Гессенск. арт. 37, Брауншв. § 30, Баденск. § 75—76, Саксонск. (1855) арт. 87.

⁴⁹) Св. з. т. XV. кн. 1. ст. 118. Сверхъ того, при нѣкоторыхъ преступленіяхъ въ частности указано смягченіе наказанія. См. ст. 196. 198. 236. 240 и мн. др.

⁵⁰) Berner, Lhrb. § 79.

⁵¹) Баршова, Общія начала и т. д. стр. 63—65: «Свобода и свободно-нравственное спокойствіе воли имѣетъ границы. Она подчиняется многимъ условіямъ, надъ которыми не можетъ возвышаться въ извѣстныхъ случаяхъ. Гнѣвъ, въ которомъ совершаются въ подобныхъ случаяхъ преступленія, есть невольный припадокъ, природный инстинктъ, искушеніе, которое превышаетъ силы воли. Это есть напоръ самыхъ темныхъ, но въ то-же время и самыхъ сильныхъ представленій, при которомъ нѣтъ сознанія даже и о намѣреніи нанести смертельную рану или умертвить, а есть только желаніе утолить чувствительное и нестерпимое оскорбленіе. Какъ возможна въ подобныхъ случаяхъ свобода воли? И эти случаи не похожи-ли на тѣ, въ которыхъ человѣкъ дѣлается добычей невольнаго страха. Человѣка пугаютъ ночью; всѣ мѣры, которыя должны увеличить страхъ, приняты уже напередъ, и все поддѣлано какъ нельзя лучше, чтобы придать шуткѣ видъ истины. Этотъ человѣкъ приближается вооруженный къ предмету страха и убиваетъ мнимаго вора. Діететическія правила, правда, прекрасны; онъ долженъ былъ прежде разсмотрѣть хорошенъко, или даже не бояться и не терять присутствія духа. Но годятся-ли онѣ къ чему нибудь въ состояніи, гдѣ присутствіе духа ни съ чѣмъ несообразно? То-же должно сказать и о безслии воли въ случаѣ всеокушающаго гнѣва. Въ случаѣ сильнаго страха, въ человѣкѣ слишкомъ сильно дѣйствуетъ чувство физическаго самосохраненія, а

Наше законодательство, къ сожалѣнію, не признаетъ состояніе страсти за возможную причину невѣренія, а только за основаніе къ уменьшенію наказанія ⁵²⁾: оно даетъ общее правило, что наказаніе опредѣляется по мѣрѣ большей или меньшей умышленности ⁵³⁾ и потомъ при нѣкоторыхъ отдѣльныхъ случаяхъ опредѣляетъ мѣру смягченія наказанія, за дѣйствія, совершенныя въ состояніи страсти; сюда относятся: нанесеніе священнослужителю во время богослуженія побоевъ ⁵⁴⁾, убійство въ запальчивости ⁵⁵⁾, увѣчья или обезображенія ⁵⁶⁾ и т. д. Но о дѣйствіяхъ, совершенныхъ въ состояніи страха, не говорится ничего. Сверхъ того, во взглядѣ Уложенія на запальчивость или раздраженіе замѣчается какое-то колебаніе. Если запальчивость и раздраженіе признается извиняющимъ обстоятельствомъ, то само собою разумѣется, что раздраженіе должно служить обстоятельствомъ смягчающимъ наказаніе во всѣхъ преступленіяхъ. Между тѣмъ, въ нѣкоторыхъ преступленіяхъ наше законодательство уравниваетъ умышленное преступленіе съ преступленіемъ, совершеннымъ въ состояніи страсти. Въ Уложеніи сказано: «Если священнослужитель, во время совершенія имъ службы Божіей или исправленія духовныхъ требъ, будетъ кѣмъ либо убитъ умышленно, или хотя и не съ прямымъ на то умысломъ, но однако-жъ и не случайно, а съ намѣреніемъ нанести ему, по злобѣ или запальчивости, увѣчье, раны или побои» и т. д. ⁵⁷⁾. Здѣсь не только поставлено на одну линію убійство предумышленное, съ убійствомъ, совершеннымъ въ состояніи страсти, но даже сравнено злоумышленное убійство съ неосторожнымъ послѣдствіемъ покушенія на увѣчье по злобѣ или запальчивости. Убійство въ запальчивости и раздраженіи признается смягчающимъ обстоятельствомъ, только въ томъ случаѣ, если оно совершено не надъ родителями ⁵⁸⁾. При нанесеніи увѣчья, ранъ, обезображенія, Уложеніе упоминаетъ о запальчивости и раздраженіи, а при нанесеніи побоевъ, подвергающихъ жизнь опасности, или поврежденія въ умственныхъ способностяхъ и т. д., Уложеніе не говоритъ ничего. Но понятно, что важность нарушеннаго права не

въ случаѣ сильнаго гнѣва, имъ руководить чувство духовнаго самосохраненія. Если-же и въ физической жизни возможны пункты, гдѣ натянуты струны допаются, то почему они невозможны въ нравственной?»

⁵²⁾ Ст. 146.

⁵³⁾ Ст. 116. 117. 141.

⁵⁴⁾ Ст. 236. Убійство его въ запальчивости наказывается одинаково съ убійствомъ умышленнымъ, см. ст. 237.

⁵⁵⁾ Ст. 2004.

⁵⁶⁾ Ст. 2029.

⁵⁷⁾ Ст. 237.

⁵⁸⁾ См. ст. 2004, 2000, 1998.

имѣть здѣсь никакого значенія, иначе намъ придется согласиться съ тѣми писателями, которые утверждали, что за важнѣйшія преступления (напр. государственныя) должно наказывать безумныхъ и малолѣтныхъ ⁵⁹⁾.

Таковы главнѣйшія причины невмѣненія преступленій по недостатку воли. Перейдемъ къ разсмотрѣнію тѣхъ случаевъ, въ которыхъ нѣтъ соотношенія между волей и внѣшнимъ фактомъ.

В. УНИЧТОЖЕНІЕ ВМѢНЕНІЯ ПО НЕДОСТАТКУ СООТНОШЕНІЯ МЕЖДУ ВОЛЕЙ И ФАКТОМЪ.

Сюда относится главнымъ образомъ ученіе о случаѣ, неосторожной винѣ и зломъ умыслѣ ⁶⁰⁾.

Случай (casus).

Дѣйствіе, сказали мы, есть такой внѣшній фактъ, который можетъ быть признанъ продуктомъ свободы. Воля имѣетъ право считать своими только тѣ факты, которые представляютъ собою тождество субъективной и объективной стороны. Дѣйствіе, соотвѣтственное этому праву, есть дѣйствіе намѣренное, обусловленное волей. Прямую противоположность дѣйствію намѣренному представляетъ дѣйствіе случайное, которое совершается человекомъ или въ слѣдствіе непреодолимой естественной силы (*vis major naturae*), или въ слѣдствіе физическаго принужденія со стороны другаго человѣка (*vis absoluta*) ⁶¹⁾. Сюда-же относятся и тѣ случаи, когда воля и фактъ хотя и присутствуютъ при явленіи, но не соотвѣтствуютъ другъ другу и всякая связь между ними уничтожается (*Error facti* и *aberratio delicti*). Послѣдствія извѣстнаго дѣйствія, которыхъ нельзя было предполагать, не стоятъ въ связи съ волей субъекта и уничтожаютъ вмѣненіе. Когда человѣкъ дѣйствуетъ въ ложномъ фактическомъ предположеніи, которое, будучи истиннымъ, или уничтожало, или, по крайней мѣрѣ, уменьшало-бы преступность дѣйствія, — въ такомъ случаѣ вмѣненіе или вовсе

⁵⁹⁾ Jousse, *Traité de justice criminelle en France*. 1771.

⁶⁰⁾ L. II. § 1. D. de poen. (48. 19): *Delinquitur aut proposito (dolus), aut impetu (culpa), aut casu.*

⁶¹⁾ Психическое принужденіе (угроза и т. п.) не относится въ этотъ раздѣлъ. Дѣйствіе, совершенное при этихъ условіяхъ, остается дѣйствіемъ, если только угроза не лишила сознанія, и слѣд. вмѣненіе не уничтожается. Но законъ можетъ и долженъ объявить извѣстныя дѣйствія не подлежащими наказанію. Поэтому, если я убью кого въ состояніи необходимой обороны и т. д. — то понятіе дѣйствія не уничтожается, но это дѣйствіе не составляетъ собою преступления. Здѣсь так. обр. является не уничтоженіе вмѣненія, но уничтоженіе преступности. Ученіе о психическомъ принужденіи мы относимъ къ слѣдующему раздѣлу теоріи уголовного права, къ ученію о внѣшней сторонѣ преступнаго дѣйствія. — *Berner, Imputationslehre*, стр. 49—50.

уничтожается, или-же преступленіе должно подлежать меньшему наказанію ⁶²).

Въ нашемъ Уложеніи мы встрѣчаемъ слѣдующія распоряженія:

Ст. 7. Зло, сдѣланное случайно, не только безъ намѣренія, но и безъ всякой со стороны учинившаго оное неосторожности, не считается виною. *Ст. 115.* Если однакожь дѣяніе, отъ коего послѣдовало сіе зло, было само по себѣ противозаконное, то онъ подвергается наказанію, но лишь за то, что былъ намѣренъ учинить. Сверхъ сего, въ нѣкоторыхъ закономъ опредѣленныхъ случаяхъ, для успокоенія совѣсти, онъ предается церковному покаянію ⁶³).

Ст. 111. Кто учинить что либо противное закону единственно по совершенному, отъ случайной ошибки или въ слѣдствіе обмана происшедшему, невѣднію тѣхъ обстоятельствъ, отъ коихъ именно дѣяніе его обратилось въ противозаконное, тому содѣянное имъ не вменяется въ вину. Онъ можетъ, однакожь, въ нѣкоторыхъ случаяхъ, закономъ опредѣляемыхъ, быть принуждаемъ къ церковному покаянію.

Что касается до церковнаго покаянія, назначаемаго закономъ въ нѣкоторыхъ случаяхъ, для успокоенія совѣсти, — согласиться съ этими распоряженіями, въ которыхъ слышится отголосокъ церковнаго права, — мы не можемъ. У церкви нельзя отнимать право назначать покаяніе, — но мы говоримъ здѣсь о свѣтскомъ законодательствѣ. Празнавъ случайныя преступленія невменяемыми,

⁶²) *Berner, Imputationslehre*, стр. 63: «Rechtsirrtum ist in der That kein Aufhebungsgrund der Zurechnung. Ob ich weiss, dass eine Handlung verboten ist, oder ob ich dieselbe für erlaubt hatte, dies ist für die Anwendung des Begriffs der Zurechnung durchaus indifferent. Die Handlung bleibt in diesem, wie in jenem Falle Handlung. Es ist die Aufgabe der Lehre von der Strafbarkeit, darzuthun, in wiefern error juris eine Handlung straflos mache; die Imputationslehre aber hat nur die Frage zu beantworten: ist eine wahrhafte Handlung vorhanden? Die Frage ist diese Handlung strafbar? — muss sie gänzlich bei Seite liegen lassen». — См. *Köslin, System*. § 62.

⁶³) Ср. ст. 104. Поэтому, въ ст. 2005 сказано: «Кто, имѣя намѣреніе нанести кому либо смерть, вмѣсто сего лица, по ошибкѣ или иному случаю, лишитъ жизни другаго, тотъ подвергается тому-жъ самому наказанію, какому онъ долженствовалъ бы подвергнуться, если бы умертвилъ того, на жизнь коего онъ имѣлъ умыселъ». Въ толкованіяхъ на правило Василія Великаго (гл. 21 печатной Кормчей, стр. 159) мы читаемъ: «Аще убо кто верже сѣживо на кого, и убіетъ того, и иже мѣчь иземъ или ножъ иземъ убивъ кого, и разбойници и супостати, иже ово убо богатства ради убивають, ово же явѣ убити хотять противящесе имъ, тіе убо вси вольніи убици нарипаются, понеже волею убивають Аще же камень вергъ на пса или древо, хотя возвратити ему отъ себе, и погрѣшивъ пса и ударитъ человека и отъ того умретъ и сей отъ невольныхъ убійцахъ счмняется».

государство должно освободить ихъ отъ всякаго наказанія и взыска- нія. Успокоивать совѣсть не есть дѣло государства, тѣмъ бо- лѣе, что самъ подсудимый очень часто не чувствуетъ потребности подобнаго успокоенія. А какъ человѣкъ вполнѣ невинный, онъ имѣетъ полное право на отсутствіе всякаго принужденія на свою личность. Съ другой стороны, совѣсть можетъ требовать успокоенія посредствомъ покаянія и въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ законодатель- ство не предписываетъ покаянія. По нашему мнѣнію, покаяніе, успокоеніе совѣсти должно быть предоставлено личному, свобод- ному распоряженію каждаго.

2. Неосторожная вина. (Culpa, Fahrlässigkeit ⁶⁴).

Цѣлость дѣйствія выражается въ слѣдующихъ формулахъ: явившееся есть волимое, волимое есть явившееся. Воля и фактъ находятся въ равновѣсіи между собою.

Эту совокупность воли и факта думаютъ обозначать однимъ именемъ «дѣйствіе умышленное». Но это ошибочно. Если мы смо- тримъ на равновѣсіе воли и факта со стороны воли, то получимъ, дѣйствительно, понятіе умышленнаго преступленія. Если-же бу- демъ разсматривать эту совокупность со стороны факта, то по- лучимъ понятіе преступленія оконченнаго, совершеннаго (delictum consummatum). Преступленіе умышленное выражается формулой: явившееся есть волимое. Преступленіе совершенное выражается формулой: волимое есть явившееся. Когда въ цѣлости дѣйствія перевѣшиваетъ моментъ факта, то мы получаемъ понятіе неосто- рожнаго преступленія. Если въ цѣлости дѣйствія преобладаетъ моментъ воли, то является понятіе покушенія на преступленіе.

Неосторожная вина имѣетъ мѣсто тогда, когда преступленіе не содержится въ намѣреніи дѣйствующаго, но возникаетъ изъ дѣйствія противъ его воли и заключается не въ самомъ дѣйствіи, но въ его противозаконномъ послѣдствіи. Это происходитъ обыкно- венно отъ того, что дѣйствующій не видитъ, или не думаетъ, что его дѣйствіе можетъ имѣть противозаконное послѣдствіе. Подобно злоумышленности, неосторожная вина можетъ состоять и изъ положительнаго, и изъ отрицательнаго дѣйствія (Thun, Unterlassen), но собственное моментъ преступности есть всегда отрицательное;

⁶⁴ Въ законодательствахъ мы встрѣчаемъ многія выраженія: negligentia, lascivia, petulantia, Geilheit, Muthwille, Frevelhafigkeit, Leichtfertigkeit. Въ Кормчей (гл. 21): «убійства убо суть, ово вольная (умышленная), а другая не- вольная (случайная), инаже близъ вольныхъ (неосторожныхъ). Уложеніе царя Алексѣя Михайловича нерѣдко и для случайныхъ и для неосторожныхъ пре- ступленій употребляетъ выраженія «безхитрое, грѣшнымъ дѣломъ», но встрѣчается для послѣднихъ и особое названіе «небереженіе». У кримина- листовъ: Unbedachtsamkeit, Unvorsichtigkeit, Uebereilung, Unbesonnenheit, Sorglosigkeit, Unachtsamkeit, Nachlässigkeit, Indolenz.

между тѣмъ преступность умышленного дѣйствія, — будетъ-ли оно положительное или отрицательное (*delictum commissionis, delictum omissionis*), — всегда представляетъ собою положительное, волю. Впрочемъ — замѣчаетъ Кёстлинъ (*System. § 65*) — въ неосторожности есть и положительное, именно: знаніе и желаніе тѣхъ условій, изъ которыхъ развивается преступный результатъ, какъ реально-возможное послѣдствіе.

Различными путями искали прежніе криминалисты въ неосторожной винѣ моментъ воли. Не находя его, думали даже вовсе исключить неосторожныя дѣйствія изъ области уголовного права. Новѣйшіе криминалисты видятъ его во вниманіи. Конечно — говорятъ они, дѣйствіе непроизвольное не есть преступленіе, но вниманіе представляетъ собою произвольную дѣятельность и опущеніе вниманія есть произвольное опущеніе ⁶⁵). Что касается до тѣхъ криминалистовъ, которые (*Stübel, Roszhirt*) выключаютъ неосторожныя преступленія изъ области уголовного права и относятъ ихъ въ область полиціи, — съ ними никакъ нельзя согласиться. Правда, неосторожныя дѣйствія имѣютъ относительное тождество съ полицейскими правонарушеніями въ томъ отношеніи, что тѣ и другія суть опасныя дѣйствія. Но между ними нельзя не замѣтить и существенной разницы. 1) Принципъ этого различія заключается въ различіи понятія и цѣли судебной и полицейской дѣятельности. Первая имѣетъ дѣло съ дѣйствительной, проявившейся неправдой, имѣетъ дѣло съ неосторожнымъ преступленіемъ не какъ съ опасной возможной неправдой, но поскольку изъ нея развилась дѣйствительная неправда. Напротивъ, полицейская дѣятельность имѣетъ дѣло не съ дѣйствительной, проявившейся, а съ возможной, будущей неправдой; она имѣетъ въ виду благо, для котораго, между прочимъ, запрещены подъ страхомъ наказанія такія дѣйствія, которыя, будучи безразличны сами по себѣ, заключаютъ въ себѣ реальную возможность неправды. 2) Неосторожное

⁶⁵) *Berner, Imputationslehre*, стр. 228: «Dass die Aufmerksamkeit Activität sey, spricht sich sehr hübsch in dem lateinischen Worte *animadversio* aus. Unaufmerksamkeit, *animus non advertere*, ist also ein negatives Vergehen. Sie ist indess noch keineswegs der contradictorische Gegensatz der Aufmerksamkeit. War nämlich diese ein *animus advertere*, so besteht ihr Gegensatz in einem *animus abvertere*. Aufmerksamkeit ist etwas Positives, Unaufmerksamkeit ein blos Negatives, das *Animus abvertere* aber ein positiv Negatives. Es liegt in dieser Unterscheidung schon der Begriffsunterschied von Unbesonnenheit und Frevelhaftigkeit, in den sich die *Culpa derimirt*». *Bayers* даетъ слѣдующее опредѣленіе неосторожной вины: «Die Fahrlässigkeit besteht in dem Entschlusse zu einer Handlung, aus welcher zwar ihrer Natur nach, aber ohne die Absicht des Handelnden, ein strafgesetzwidriger Erfolg entstanden ist». (*Abhandl. I*, стр. 284).

преступление предполагает, что противозаконное послѣдствие уже проявилось. Полиція, напротивъ, не идетъ далѣе опасности, простой возможности неправды. 3) Какъ по внѣшнему проявленію, такъ не менѣе и по внутреннему характеру различаются между собою неосторожные и полицейскіе проступки. Качество неосторожного преступленія заключается въ неправдѣ, происшедшей изъ опаснаго дѣйствія, и только изъ посредственнаго ея отношенія къ волѣ дѣйствующаго открывается существо неосторожности. Къ полицейскимъ проступкамъ понятие неосторожности почти непримѣнимо: опасное дѣйствіе само по себѣ есть умышленное, хотя-бы дѣйствующій и не зналъ, что онъ нарушаетъ имъ полицейскій законъ ⁶⁶).

Неосторожное дѣйствіе стоитъ посрединѣ между случаемъ и умысломъ ⁶⁷), и потому оно должно подлежать меньшему наказанію, чѣмъ злой умыселъ. Неосторожно дѣйствующій зналъ и желалъ не дѣйствительнаго существованія противозаконнаго послѣдствія, а только его условій; поэтому, при объективно-равно преступномъ результатѣ мы видимъ, здѣсь, въ противоположность дѣйствію умышленному, неполное соотношеніе между волей и фактомъ.

Такъ какъ въ неосторожности (сказали мы) моментъ факта перевѣшиваетъ моментъ воли (явилось болѣе, чѣмъ было въ намѣреніи дѣйствующаго), — отсюда видно, что степеней неосторожной вины можетъ быть безчисленное множество. Чѣмъ менѣе перевѣшиваетъ моментъ факта, — тѣмъ преступнѣй дѣйствіе, и на оборотъ.

Въ прежнее время принимали обыкновенно три степени не-

⁶⁶) Berner, Lhrb. § 97: «Strafdrohungen gegen blossе Fahrlässigkeit sind nur am Orte, wenn sie durch die besondere Wichtigkeit des Gegenstandes der Verletzung, oder durch polizeiliche Rücksichten, oder endlich wegen einer durch die Fahrlässigkeit verletzten Berufspflicht gefordert werden».

⁶⁷) Köstlin, System § 69: «Die vorsätzliche Handlung ist reiner Abdruck des Willens, die zufällige That reiner Abfall und Gegensatz davon. Während nun aber der Handelnde alles Zufällige gern von sich abweisen und nur das Vorsätzliche sich zurechnen lassen möchte, so tritt eben in der Kulposen Handlung demselben die Macht des Naturcausalismus mit der Forderung gegenüber, von ihm anerkannt und relativ vertreten zu werden. Kann nun aber der Handelnde diese Forderung hinsichtlich der realmöglichen Folgen, deren Bedingung seine Handlung war, nicht von sich abweisen, so muss er den Naturcausalismus noch um so mehr in Beziehung auf die Handlung selbst anerkennen und vertreten. Die subjective Willkühr, die im Begriff des Vorsatzes liegt, muss sich vor dem objectiven Zusammenhang der Handlung als eines von dem Belieben des Subjects unabhängigen, in sich abgeschlossenen Ganzen beugen. Der Wille, so auf die Substanz der Handlung (ihren wesentlichen Thatbestand) bezogen, ist nicht mehr (bloss Subjectiver) Vorsatz, sondern (auf ein objectiv für sich Bestehendes absehende) Absicht».

осторожной вины (*lata, levis, livissima culpa*). Въ наше время господствуетъ система двухчленнаго дѣленія.

Противъ раздѣленія на три степени, Фейербахъ, который держится раздѣленія только на двѣ степени, замѣчаетъ слѣдующее: «съ полнымъ правомъ — говоритъ онъ — можно сказать, что вина неосторожная имѣетъ столько степеней, сколько есть возможныхъ случаевъ ея. Каждый проступокъ, по особенному свойству дѣйствія, по различію внѣшнихъ обстоятельствъ, при которыхъ совершается, по неодинаковому роду связи между дѣйствіемъ и его послѣдствіемъ, по большей или меньшей степени образованности дѣйствующаго, по различію обязанностей, которыя лежатъ на немъ и т. д., бесконечно видоизмѣняется, такъ что можетъ быть, ни одинъ случай совершенно не походить на другой по отношенію къ степени виновности. Между грубѣйшимъ проступкомъ и малѣйшею неосторожностію заключается необозримый рядъ степеней, которыя, посредствомъ переходовъ, совершенно непримѣтныхъ, сливаются одна съ другою. Чтобъ исчерпать всѣ эти степени, недостаточенъ ни всеобъемлющій гений законодателя, ни глубокая расчетливость судьи. Поэтому, чтобы управлять приговоромъ послѣдняго и ограничивать его произволъ, первый можетъ обозначать только самыя крайнія и наиболѣе примѣныя точки и, собирая такимъ образомъ все безчисленное разнообразіе модификацій подъ эти точки, фиксировать въ огромныхъ массахъ для ограниченнаго взора человѣка различныя степени неосторожной вины. Но для этой цѣли единственно приличное средство есть то, когда онъ раздѣляетъ всѣ степени ея только на двѣ части и какъ бы проводитъ между ними пограничную черту, опредѣляя общіе характеристическіе признаки, которыми область грубыхъ проступковъ отдѣляется отъ области незначительныхъ»⁶⁸⁾.

«Дѣйствительно — говоритъ С. И. Баршевъ — степени вины неосторожной такъ безчисленны и разнообразны, и такъ не похожи одна на другую, что Фейербахъ совершенно правъ, когда находитъ это раздѣленіе полезнымъ. Но если недостаточно тройное раздѣленіе, то почему-же достаточно двойное? Если то не исчерпываетъ всѣхъ случаевъ, то какъ-же можетъ исчерпывать это? Но это только крайнія точки, подъ которыя судья долженъ подводить встрѣчающіеся случаи. Но Фейербахъ самъ-же говорить, что между грубымъ поступкомъ и маловажною неосторож-

⁶⁸⁾ Баршева, Общія начала, стр. 125—126. Прежде Фейербахъ придерживался четырехчленнаго дѣленія, см. его *Betrachtungen über dolus und culpa* (Grolman, Biblioth. Th. II. St. 1. S. 223). Ср. *Jarcke Handb. I.* стр. 203. *Henke Handb. I.* стр. 358. *Грольманъ* дѣлитъ неосторожность на близкую и отдаленную (*culpa proxima, s. remota*) см. его *Grundsätze.* § 48.

ностью находится безчисленное множество ступеней, которыя слѣд. не могутъ быть отнесены ни къ грубой, ни къ легкой неосторожной винѣ. Что-же, спрашивается, за польза обозначать эти крайнія точки? Если эти точки обозначены въ законахъ и за всевозможныя неосторожныя преступленія опредѣлены только два рода наказанія, то судья по необходимости долженъ вездѣ видѣть или грубую, или легкую неосторожную вину, хотя-бы въ данномъ случаѣ преступленіе и не было ни то, ни другое, а слѣд. иногда быть жестокимъ, а иногда слабымъ»⁶⁹).

«Вообще — замѣчаетъ онъ — по отношенію къ неосторожнымъ дѣйствіямъ должно принять за правило: чѣмъ ближе неосторожность къ злонамѣренности, тѣмъ больше должно быть и наказаніе, — и на оборотъ. Но когда неосторожность близко граничить къ злонамѣренности, и когда далеко отстоитъ отъ нея? — Рѣшить это вообще трудно и даже невозможно»⁷⁰). Здѣсь должно предоставить такой-же произволь судья при обсужденіи каждаго отдѣльнаго случая, какъ и при вопросѣ о вѣроятности. Личность подсудимаго какъ здѣсь, такъ и тамъ, играетъ чрезвычайно-важную роль. Непосредственность, устность пренія здѣсь особенно необходима.

3. Злой умыселъ (dolus, Vorsatz).

Злой умыселъ составляетъ прямую противоположность съ случаемъ⁷¹) и есть самый предосудительный видъ воли. Но и самыя

⁶⁹) Баршова, Общія начала. стр. 126 — 127.

⁷⁰) Ibid. стр. 124 — 125. *Abegg*, Lhrb. § 86—87: «Die culpa ist um so grösser, je wahrscheinlicher das Eintreten eines gesetzwidrigen, nicht gewollten, aber doch gekannt oder pflichtmässig zu nennenden Erfolgs war, und um so geringer, je wahrscheinlicher das Gegentheil war, zwischen welchen beiden Endpunkten der Fall gleicher Möglichkeit in der Mitte steht. — Ist die Handlung, bei Gelegenheit welcher der nicht gewollte, aber zur culpa zuzurechnende Erfolg entstand, auch für sich eine verbrecherische, so concurriren dolus und culpa und die Zurechnung besieht sich dann selbständig auf jede dieser beiden Seiten».

⁷¹) Опредѣленія злаго умысла у криминалистовъ очень разнообразны. *Kleinschrod* (Syst. Ent. § 14): «Dolus ist der Entschluss zu einer Handlung, deren Gesetzwidrigkeit man vollkommen und deutlich einsieht». *Grolman* (Grundsätze, § 65): «Eine Rechtsverletzung heisst dolus (vorsätzlich), wenn ihre Bewirkung Zweck des Handelns war». *Feuerbach* (Lhrb. § 54): «Dolus ist eine Bestimmung des Willens zu einer Rechtsverletzung, als Zweck, mit dem Bewusstseyn der Gesetzwidrigkeit des Begehrens (das Baiersche St. G. B. Art. 39: «Mit Rechtswidrigem Vorsatze wird ein Verbrechen gegangen, wenn eine Person die Hervorbringung des aus ihrer Handlung entstandenen Verbrechens sich als Zweck und Absicht dieser ihrer Handlung vorgesetzt hat, und sich dabei der Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit dieses Entschlusses bewusst gewesen sei). *Heffer* (Lhrb. § 65): «Crimineller Dolus ist das bewusste Bestreben, eine Wirklichkeit hervorzubringen, welche als schlechthin dem Staatswillen widersprechend erkannt wird, sollte auch eine bestimmte Absicht nicht damit verbunden seyn, wiewohl dieses seyn kann

злонамѣренныя преступленія, подобно неосторожнымъ, могутъ быть неодинаково важны. Злонамѣренность, такъ-же какъ и неосторожность, не во всѣхъ случаяхъ одинакова. Чтобы опредѣлить по возможности эти случаи, теорія раздѣляетъ злой умыселъ на различныя степени, для которыхъ придуманы ею и особыя названія.

1. По объему намѣренія дѣйствующаго злой умыселъ раздѣляется:

а) На опредѣленный, т.-е. устремленный на извѣстное противозаконное послѣдствіе (*dolus determinatus S. specialis*) и

б) Неопредѣленный, направленный на многія послѣдствія дѣйствія (*dolus indeterminatus S. generalis*). Неопредѣленный злой умыселъ, въ свою очередь это преимущественно бываетъ тогда, когда воля направляется къ извѣстному роду правонарушеній, содержащему въ себѣ весьма различныя правонарушенія; напримеръ, когда я желаю отомстить кому нибудь, нанести извѣстное тѣлесное поврежденіе, какое именно? — для меня все равно. — Это — обыкновенное настроеніе духа у человѣка раздраженнаго, когда онъ выражаетъ свой гнѣвъ во внѣшнихъ оскорбительныхъ поступкахъ ⁷²).

Старые криминалисты принимали еще *dolus indirectus* (непрямой злой умыселъ), когда преступникъ посредствомъ своего дѣйствія хочетъ достигнуть хотя и опредѣленной, но не столько преступной цѣли, какъ та, которой онъ дѣйствительно достигаетъ, и которой онъ или не желалъ, или даже не предвидѣлъ. Но въ этихъ случаяхъ справедливѣе видѣть неосторожность, обусловленную злымъ умысломъ (*culpa dolodeterminata*) ⁷³).

2. По отношенію къ роду направленія воли, злой умыселъ раздѣляется на

а) предумышленный (*dolus praemeditatus*) и

б) внезапный (*dolus repentinus*), возникшій вслѣдствіе мгновеннаго душевнаго движенія (*impetus, repentinus motus, motus et perturbatio animi*) ⁷⁴). Эти раздѣленія принимаются и нашимъ законо-

und bei vielen Verbrechen sogar erforderlich ist, dass der Vorsatz durch eine gewisse Absicht bestimmt sey». *Abegg* (Lhrb. § 83): «Dolus ist der Entschluss zur Hervorbringung eines als gesetzwidrig gekannten Erfolgs» и т. д.

⁷²) *Веберъ* (N. Arch. Bd. VII. St. 4) дѣлитъ злой умыселъ на *d. alternativus* (когда я хочу того или другаго послѣдствія своего дѣйствія) и *d. eventualis* (когда я хочу одного, но согласенъ и на другія послѣдствія своего дѣйствія). *Фейербахъ* (Lhrb. § 59) принимаетъ случайный злой умыселъ за тождественный съ неопредѣленнымъ и не отличаетъ его отъ *d. alternativus*.

⁷³) *Bauer*, Abh. I, стр. 273: «Der s. g. indirecte Dolus, welcher eine Beziehung des Willens auf etwas nicht gewolltes enthalten würde, ist ein Unding».

⁷⁴) Злой умыселъ раздѣляется, далѣе, на *antecedens* и *subsequens*, на *d. manifestus* и *d. clandestinus s. tectus*, чистый и смѣшанный, общій и особенный, — но эти раздѣленія или несправедливы, или лишены практическаго значенія.

дательствомъ. Статя 6-я говоритъ: «Въ преступленіяхъ и проступкахъ умысленныхъ различаются двѣ степени: 1-я, когда противозаконное дѣяніе учинено въ слѣдствіе не внезапнаго, а заранѣе обдуманнаго намѣренія или умысла; 2-я, когда оно учинено хотя и съ намѣреніемъ, но по внезапному побужденію безъ предумышленія.» Ст. 120 — 121: «Если по обстоятельствамъ, сопровождавшимъ его дѣяніе, подсудимый могъ и долженъ былъ предвидѣть, что послѣдствіемъ онаго должно быть не одно, а нѣсколько преступленій разной важности: то хотя бы онъ и не имѣлъ положительнаго намѣренія совершить именно важнѣйшее изъ сихъ преступленій, мѣра его наказанія опредѣляется всегда по сему важнѣйшему изъ преступленій, долженствовавшихъ быть послѣдствіемъ его дѣянія. Если подсудимый, при содѣянніи какого либо преступленія, тѣмъ самымъ, хотя и безъ прямого на сіе умысла, учинить еще другое, болѣе тяжкое, то мѣра его наказанія опредѣляется по правиламъ о совокупности преступленій (ст. 165), кромѣ лишь случаевъ, въ коихъ въ законахъ полагается за сіе именно другое наказаніе, болѣе строгое».

Вопросъ о зломъ умыслѣ и неосторожной винѣ былъ тщательно разсматриваемъ криминалистами. Мы не будемъ говорить о всѣхъ вопросахъ, возникающихъ здѣсь: это повело-бы насъ слишкомъ далеко. Мы отсылаемъ читателей къ тѣмъ сочиненіямъ, изъ оторыхъ они могутъ близко познаться съ этимъ предметомъ⁷⁵⁾ и переходимъ къ внѣшней сторонѣ преступнаго дѣйствія. Въ заключеніе, скажемъ нѣсколько словъ объ.

С. УНИЧТОЖЕНІЕ ВМѢНЕНІЯ ПО НЕДОСТАТКУ ФАКТА.

Одно внутреннее, желаемое, кромѣ того что не можетъ быть извѣстно, не должно быть вмѣняемо еще и потому, что право имѣть дѣло съ однимъ внѣшнимъ объективнымъ міромъ и воля отвѣтственна только за свое проявленіе (*Cogitationis poenam nemo patitur*).

2.

ВНѢШНЯЯ СТОРОНА (ОБЪЕКТИВНЫЙ СОСТАВЪ) ПРЕСТУПЛЕНІЯ.

Какъ видъ неправды, преступленіе есть разрывъ единичной воли съ общей въ средѣ внѣшняго бытія. По содержанію своему,

⁷⁵⁾ *Kleinschrod*, System. Entw. I. Zweites Cap. — *Berner*, Imputationslehre. *Köstlin*, System. § 58 и д. и мн. др. Въ *Lehrbuch's* Фейербаха, изд. Миттермайеромъ § 54 и слѣд. указана литература настоящаго вопроса. Изъ новѣйшихъ сочиненій укажемъ на *Gessler's*, über den Begriff und die Arten des Dolus.

преступленіе есть основное нарушеніе права; по формѣ, оно есть овеществленіе воли во внѣшнемъ бытіи, т.-е. внѣшнее дѣйствіе.

А. НАРУШЕНІЕ ПРАВА.

Какъ абсолютная норма объективно-нравственнаго, право есть всеобщее, признанное всѣми правило дѣйствій, требуемыхъ коренными условіями общественной жизни. Право, являющееся объектомъ преступления, опредѣляется закономъ, или обычаемъ; поэтому, преступленіе есть нарушеніе закона въ обширномъ смыслѣ, т.-е. нарушеніе положительнаго правоопредѣленія.

Преступленія нѣтъ тамъ, гдѣ дѣйствіе допускается или терпится закономъ, или гдѣ у объекта преступления законъ отнимаетъ то качество, въ силу котораго оскорбленіе его получаетъ характеръ преступнаго. Отсюда выходитъ, что для понятія преступления, необходимо юридическое свойство объекта.⁷⁶⁾ Это свойство можетъ или вовсе не быть у объекта, или уничтожено общей или частной волей. Рассмотримъ оба случая.

1) Одна личность, одна воля можетъ быть объектомъ преступления. Безличныя предметы (вещи, res) безправны. Если дѣйствія вмѣняемаго человѣческаго субъекта противъ объекта безличнаго могутъ быть преступленіемъ, то нужно, чтобъ этотъ объектъ имѣлъ юридическій характеръ, который онъ можетъ получить только чрезъ полученное отъ дѣйствительнаго лица личное значеніе. Внѣшній міръ есть нѣчто непосредственно, безконечно различное отъ воли, несвободное, безличное, безправное, не имѣющее цѣли ни для себя, ни для другихъ. Лице влагаетъ въ вещь свою собственную волю, — и эта вещь, дѣлаясь моею, проникнутая моею волей, получаетъ и цѣль, и значеніе, и жизнь. Воля, проникая въ предметъ, вводитъ вещь въ кругъ личности, налагаетъ на нее печать права. Воля, это внутренней внѣшней вещи, и является единственнымъ объектомъ преступления. Преступленіе такимъ образомъ не можетъ быть совершено надъ вещами неодушевленными и животными,

⁷⁶⁾ Berner, Lehrb. § 81: «An einem für das beabsichtigte Verbrechen physisch schlechthin untauglichen Objecte kann das Verbrechen nicht begangen werden. Hat Jemand, die völlige Untauglichkeit des Objectes verkennend, seine verbrecherische Absicht an demselben auszuführen gewöhnt, — hat er zum B. an einer blossen Puppe oder an einem Schatten einen Mord verüben wollen, so liegt ein Wahnverbrechen (delictum putativum) vor, das nach gemeinem Rechte, auch nach den bedeutendsten neueren Gesetzbüchern, nicht gestraft werden kann. Damit ist allerdings nicht ausgeschlossen, dass der Gesetzgeber die sich in dem Wahnverbrechen bekundende Gefährlichkeit des Willens polizeilich beachtet, und dass man in demjenigen Falle kriminell strafen könne, wo das Wahnverbrechen ein anderes wirkliches Verbrechen in sich schliesst».

взятыми сами по себѣ, безъ всякаго отношенія къ личности. Гдѣ не оскорбляется личность, тамъ не нарушается и право, а слѣд. нѣтъ и преступленія. Нападенія на вещи и на животныхъ преступны только какъ нарушение права собственности. Нападенія на животныхъ могутъ сверхъ того подвергаться полицейскимъ наказаніямъ, какъ дѣйствія, оскорбляющія нравственное чувство человѣка⁷⁷⁾. Съ этой точки зрѣнія должно смотрѣть и на религіозныя и нравственныя преступленія: они не должны оставаться безнаказанными⁷⁸⁾; но они должны подлежать наказанію только какъ возмущеніе общественнаго порядка и наказаніе за нихъ не должно считатьъ возмездіемъ за оскорбленіе Божества, какъ это думали прежде. Государство не должно осмѣливаться считатьъ себя мстителемъ за Божество: государство учрежденіе чисто человѣческое⁷⁹⁾.

Наконецъ, убійство новорожденнаго младенца чудовищнаго вида криминалисты⁸⁰⁾ не считаютъ преступленіемъ и только, въ видахъ политики, совѣтуютъ подвергать наказанію такое убійство, безъ вѣдома надлежащаго начальства⁸¹⁾.

⁷⁷⁾ При наказаніи за мученія животныхъ можно брать въ расчетъ и вредное вліяніе, производимое такими дѣйствіями на общество. Сверхъ того человѣкъ, проявляющій такимъ образомъ большое звѣрство характера, не даетъ обезпеченія относительно хорошаго исполненія гражданскихъ и человѣческихъ обязанностей. Саксонское уголовное уложеніе 1838 г., которое прежде всѣхъ прочихъ законодательствъ обратило вниманіе на это дѣйствіе (арт. 310), вполне разумно помѣстило ихъ въ ряду оскорбленій нравственности.

⁷⁸⁾ Rossi, traité, стр. 186 — 188: «Un homme outrage publiquement, d'une manière grave, les lois de la chasteté et de la pudeur sans cependant exercer sur personne ni séduction, ni violence.... Poussons la supposition plus loin: parmi les spectateurs du fait illicite, pas un n'a été blessé dans ses sentimens moraux; une grande partie de la nation applaudit à ces excès, l'autre partie demeure dans une parfaite indifférence. La justice sociale est — elle absolument sans droit? L'acte est immoral en soi; il est de nature à ce que la justice humaine puisse l'apprécier et le punir avec équité; il ne reste qu'une condition à vérifier: l'action pénale est — elle utile? Supposons qu'elle le soit. Une nation sans moeurs publiques n'a plus de vie politique ni morale. L'ordre y est profondément vicié. L'action de la justice ne suffira pas, il est vrai, pour rétablir la moralité publique; mais elle empêchera peut-être que le mal n'augmente; elle fera de moins respecter les lois de la décence: elle prouvera que le pouvoir social n'est point complice de la dépravation générale. Le droit de faire respecter la morale publique existe dans la société, lors même que chaque individu, pris isolément, n'en sent plus l'importance».

⁷⁹⁾ Jarcke, Handb. Zweiter B. Erster Abschn.

⁸⁰⁾ Henke, Handb. II. § 35.

⁸¹⁾ Наше законодательство за убійство такого уroda, «какъ существа рожденнаго отъ человѣка и слѣд. имѣющаго человѣческую душу», назначаетъ (ст. 2018 — 35), лишеніе всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ и

2) Предметъ — видѣли мы — тогда только становится объектомъ преступленія, когда въ немъ присутствуетъ воля. Гдѣ воля уничтожается, тамъ нападеніе не будетъ уже преступленіемъ.

Такъ какъ право основывается на волѣ частнаго лица, или на волѣ общей, то и уничтожено оно можетъ быть или единичной, или общей волей.

а) Обращаясь къ уничтоженію права единичной волей, мы должны разрѣшить два вопроса:

Насколько человѣкъ можетъ совершать преступленія противъ самого себя?

Насколько человѣкъ можетъ предоставить другому нарушеніе своихъ правъ?

Подобно вопросу о противорелигіозныхъ и противонравственныхъ преступленіяхъ, эти два вопроса принадлежатъ къ числу самыхъ спорныхъ, любопытныхъ и важныхъ въ теоретическомъ и практическомъ отношеніи.

Положенію «*volenti non fit iniuria*»⁸²⁾ придавали обыкновенно слишкомъ широкое значеніе. Въ этомъ мѣстѣ Римскій юристъ (Ульпіанъ) говоритъ не о всѣхъ преступленіяхъ вообще, а только объ обидахъ. И вообще въ Римскомъ правѣ это правило далеко не имѣло такого абсолютнаго значенія, какъ это обыкновенно думаютъ⁸³⁾.

Отказъ отъ своихъ правъ имѣеть свои предѣлы въ правахъ другихъ людей и въ интересѣ общества. Нельзя уничтожить права, когда этимъ нарушаются самостоятельныя права другихъ, напримѣръ семейственныя права, потому что право здѣсь соединено съ обязанностію и нарушеніе права будетъ нарушеніемъ обязанности. Равнымъ образомъ, нельзя отказываться отъ тѣхъ правъ, съ сохраненіемъ которыхъ соединяется общественный интересъ (*ius publicum privatorum voluntate mutari nequit*). — Отказъ отъ своихъ правъ имѣеть полное свое приложеніе единственно въ отношеніи оборотныхъ гражданскихъ правъ, и здѣсь не только самъ владѣлецъ права, но и всякій уполномоченный имъ можетъ нарушать объектъ, не совершая преступленія. Но если индивидуумъ отказывается отъ своихъ необоротныхъ правъ, то хотя въ

ссылку на житье въ губерніи Томскую или Тобольскую, а для неизятыхъ отъ тѣлесныхъ наказаній, наказаніе розгами отъ 50 до 60 ударовъ и отдачу въ исправительныя арестантскія роты гражданскаго вѣдомства отъ 1 до 2 лѣтъ. Христіане подвергаются сверхъ того церковному покаянію.

⁸²⁾ L. 1. § 5. D. de injur: «*Usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut, etiam si volentem filium qui vendiderit, patri suo quidem nomine competat injuriarum actio; filii vero nomine non competit, quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat.*»

⁸³⁾ *Rein, Criminalrecht des Römer, стр. 133 — 136.*

объектъ и не нарушается единичная воля, частное право, — во всякомъ случаѣ оскорбляется общая воля, общее право.

Разсмотримъ относящіеся сюда частные случаи:

а) *Самоубійство* ⁸⁴⁾. До прошедшаго столѣтія никто не сомнѣвался въ томъ, что самоубійство есть не только преступленіе, но и тяжкое преступленіе ⁸⁵⁾. Но съ тѣхъ поръ, какъ особенно Монтескьё и Беккарія вычеркнули самоубійство изъ списка противозаконныхъ дѣйствій ⁸⁶⁾, на него стали смотрѣть другими глазами. Этотъ новый взглядъ сдѣлался господствующимъ въ современныхъ законодательствахъ. И мы съ нимъ вполне согласны ⁸⁷⁾.

Въ наше время уже никто не смѣшиваетъ права съ нравственностью, церкви съ государствомъ, и никто не признаетъ за государствомъ права отеческихъ вразумленій и т. п. Было-бы анахронизмомъ доказывать, что государство не имѣетъ права наказывать самоубійство, какъ самоубійство, какъ дѣйствіе безнравственное. Самоубійство должно быть рассмотрѣно нами только въ отношеніи его къ обществу, къ государству.

Мы думаемъ, что ни общество, ни отдѣльные его члены не имѣютъ права требовать отъ человѣка, чтобы онъ жилъ. Индивидуумъ обязанъ обществу и другимъ людямъ, пока онъ живетъ, но онъ не обязывается жить. Жизнь не есть собственно право, и самоубійца нарушаетъ не право свое на жизнь, а уничтожаетъ самого себя. Напрасно стараются доказать преступность самоубійства, толкуя объ обязанности человѣка быть гражданиномъ извѣстнаго государства, членомъ извѣстнаго союза и т. п. Обязанность жить не можетъ быть юридической обязанностью. Конечно, право и бытіе низшей сферы, въ случаѣ необходимости, должно быть приносимо на жертву сферы высшей: во время войны жизнь частнаго человѣка должна быть приносима на пользу общества. Но изъ того, что въ извѣстныхъ обстоятельствахъ гражданинъ имѣетъ обязанность умирать за общество, еще не слѣдуетъ

⁸⁴⁾ Кромѣ *Handbuch'овъ* и *Lehrbuch'овъ* по уголовному праву см. *Heller, über den Selbstmord. 1787. Thiele v. Thielenfeld, Gründe für und wider den Selbstmord. 1817. Oslander, über den Selbstmord 1813. Baumhauer, de morte voluntaria. 1843. Händlin, Geschichte der Vorstellungen und Lehren vom Selbstmorde. 1824. — Casper, über den Selbstmord und seine Zunahme in unserer Zeit въ его Beiträge zur Medicinischen Statistik und Staatsarzneikunde. 1825. Wächter, Revision der Lehre von dem Selbstmorde etc. въ Neues Archiv des Criminalrechts. Bd. X. и мн. др.*

⁸⁵⁾ *Jarcke, Handb. III. § 42.*

⁸⁶⁾ *Beccaria, traité des délits et des peines. 1766. § 35.*

⁸⁷⁾ *Abegg, Untersuchungen aus dem Gebiete der Strafrechtswissenschaft. 1830. стр. 72 и д.*

заключать, что онъ долженъ жить для него. Скажутъ, что самоубійство уменьшаетъ народонаселеніе, отнимаетъ у общества силы, на которыя оно имѣетъ полное право. Но въ такомъ случаѣ, на ряду съ самоубійствомъ должно быть поставлено безбрачіе. Нельзя такимъ образомъ согласиться съ мнѣніемъ Вехтера, будто солдатъ долженъ быть наказываемъ за покушеніе на самоубійство. Вехтеръ говоритъ, что солдатъ обязанъ служить государству главнымъ образомъ своими силами и жизнью, и что отказываясь отъ этой обязанности самоубійствомъ, онъ совершаетъ преступленіе. Это положеніе есть слѣдствіе ложной посылки, что жизнь есть нѣчто подлежащее договору, юридической обязанности. Солдатъ, какъ и всякій другой служащій государству, обязывается не своей жизнью, но самимъ собою, своими силами. Жизнь не можетъ быть объектомъ обязательства; она тождественна съ его субъектомъ. Солдатъ обязывается и служить пока онъ живетъ, но онъ не обязывается жить.

Противъ наказаній за самоубійство говоритъ сверхъ того и состояніе души самоубійцы. Уголовная статистика болѣе чѣмъ треть самоубійствъ относитъ къ поврежденіямъ разсудка. Смотря такимъ образомъ на дѣло съ практической точки зрѣнія, мы увидимъ, что въ случаѣ совершившагося самоубійства, наказаніе невозможно (о безнравственности и незаконности посмертныхъ наказаній вопросъ окончательно порѣшенъ въ наше время), а въ случаѣ покушенія на самоубійство придется вести наитруднѣйшее слѣдствіе о душевномъ состояніи преступника и потеряться въ психологическихъ предположеніяхъ, которыя рѣдко могутъ привести къ положительному результату. Вообще, кто рѣшается на самоубійство, нуждается скорѣе въ духовномъ и тѣлесномъ леченіи, чѣмъ въ уголовномъ наказаніи.

Римское право наказываетъ самоубійство у однихъ солдатъ⁸⁸⁾. Новѣйшія иностранныя законодательства оставляютъ самоубійство безъ всякаго наказанія. Въ нашемъ законодательствѣ мы встрѣчаемъ распоряженія слѣдующаго рода:

Ст. 2022. Изобличенный въ покушеніи лишить себя жизни не въ безуміи, сумасшествіи, или временномъ припадкѣ безпамятства отъ какой либо болѣзни, когда исполненіе его намѣренія остановлено посторонними, независѣвшими отъ него средствами, передается, если онъ христіанинъ, церковному покаянію по распоряженію своего духовнаго начальства.

Ст. 2021. Лишившій себя жизни съ намѣреніемъ и не въ безуміи, сумасшествіи, или временномъ отъ какихъ либо болѣзнен-

⁸⁸⁾ L. 38. § 12. D. de poenis. L. 6. § 7. D. de re militari.

ныхъ припадковъ безпамятствѣ, признается не имѣвшимъ права дѣлать предсмертныя распоряженія, и потому, какъ духовное завѣщаніе его, такъ и вообще всякая, какимъ-бы то ни было образомъ въ отношеніи къ дѣтямъ, воспитанникамъ, служителямъ, имуществу, или къ чему-либо иному изъясненному имъ воля не приводится въ исполненіе и считаются ничтожными. Если самоубійца принадлежалъ къ одному изъ христіанскихъ исповѣданій, то онъ лишается христіанскаго погребенія.

bb. *Помощничество къ самоубійству* не можетъ подлежать наказанію, если мы признали самоубійство не преступнымъ. Участіе не можетъ ⁸⁹⁾ быть преступленіемъ, если главное дѣйствіе не составляетъ собою ни преступленія, ни проступка.

Наше Уложеніе признаетъ помощничество къ самоубійству преступнымъ: за соучастіе въ немъ назначается лишеніе всѣхъ правъ состоянія и ссылка въ работы въ крѣпостяхъ на время отъ 10 до 12 лѣтъ, а для лицъ, неизъятыхъ отъ тѣлесныхъ наказаній, наказание плетью чрезъ палачей отъ 60 до 70 ударовъ ⁹⁰⁾. Это распоряженіе съ логической необходимостью вытекаетъ изъ того воззрѣнія, котораго держится наше законодательство и которое явилось подъ вліяніемъ каноническаго права. Но Уложеніе гораздо снисходительнѣе смотритъ на тотъ случай, когда родители, опекуны и другія облеченныя какою либо властью лица побуждаютъ подчиненное имъ, или ввѣренное ихъ попеченію лицо къ самоубійству посредствомъ явнаго, соединеннаго съ жестокостью злоупотребленія власти. За это преступленіе назначается лишеніе нѣкоторыхъ особенныхъ правъ и преимуществъ, заключеніе въ смирительномъ домѣ на время отъ 1 года до 2 лѣтъ и церковное покаяніе, если виновный принадлежалъ къ одному изъ христіанскихъ исповѣданій ⁹¹⁾. Мы думаемъ, напротивъ, что съ какой-бы точки зрѣнія мы ни смотрѣли на эти два рода преступленій, во всякомъ случаѣ мы должны признать послѣднее преступленіе не только равнымъ съ первымъ по степени важности, но и болѣе тяжкимъ. Распоряженіе статьи 2025 несовмѣстно, сверхъ того, съ ст. 2158, по которой родители чрезъ злоупотребленіе во зло своей власти, или посред-

⁸⁹⁾ Ст. 2023: «не считается самоубійствомъ, когда кто либо, по великодушному патриотизму, подвергнетъ себя очевидной опасности, или и прямо вѣрной смерти для сохраненія государственной тайны и въ другихъ подобныхъ случаяхъ, а равно если женщина лишитъ или покусится лишитъ себя жизни для спасенія цѣломудрія и чести своей отъ грозившаго ей и никакими другими средствами неотвратимаго насилія. Позволительно-ли отказывать самоубійцамъ въ христіанскомъ погребеніи? — мнѣнія криминалистовъ разсѣяны, см. С. И. Бариева литогр. «Чтенія по предмету уголовнаго законодѣнія. Часть особенная». 1850, стр. 120 и слѣд.

⁹⁰⁾ Ст. 2003. 21. 133.

⁹¹⁾ Ст. 2,025.

ствомъ преступныхъ внушеній умышленно вовлекшіе дѣтей своихъ въ какое-либо преступленіе (напр. убійство), подвергаются высшей мѣрѣ наказанія, опредѣленнаго за это преступленіе, т. е. въ настоящемъ случаѣ они должны подвергаться строжайшему наказанію, чѣмъ соучастники въ самоубійствѣ. Наконецъ, по ст. 1340, лица, имѣющія надзоръ за малолѣтними или несовершеннолѣтними и благопріятствующія склонности этихъ лицъ къ непотребству и другимъ порокамъ,—сверхъ наказанія (тюрьма отъ 3 до 6 мѣсяц.), лишаются на всегда права имѣть надзоръ за малолѣтними и несовершеннолѣтними ⁹²⁾. А доведя такое лицо до самоубійства, они не лишаются этого права! Но бываютъ примѣры, что родители желаютъ избавиться отъ дѣтей для различныхъ своекорыстныхъ цѣлей. Всѣмъ Московскимъ жителямъ памятно событіе, какъ одна вдова желала извести дѣтей, намѣреваясь выдти за человѣка, который отказывался жениться на ней, не желая взять на свои плеча ея дѣтей отъ чужаго мужа. Наказанный однажды имѣетъ такимъ образомъ полную возможность довести и другое дитя до самоубійства. Въ заключеніе замѣтимъ, что строгость наказанія необходима здѣсь уже и для того, чтобы противодѣйствовать грубости, даже безчеловѣчности семейныхъ и патримоніальныхъ отношеній, которыя, къ сожалѣнію, встрѣчаются слишкомъ часто. Лицо, облеченное властью, нерѣдко воображаетъ себя автократомъ и автономомъ въ родѣ древне-римскаго *paterfamilias*, и намъ не разъ приходилось слышать поговорку, что за убійство сына родитель только семь пятницъ молока не ѣстъ.

сс. Убійство по соизволенію убитаго должно быть, по нашему мнѣнію, разсматриваемо какъ помощничество къ самоубійству. Изъ новѣйшихъ законодательствъ, одни назначаютъ за убійство по соизволенію меньшее наказаніе, чѣмъ за простое убійство; другія (Прусское, Русское) ничего не говорятъ объ этомъ предметѣ и слѣд. то и другое убійство уравниваютъ и подвергаютъ наказанію.

Что касается до тѣхъ случаевъ, гдѣ преступленіе по соизволенію нарушаетъ право третьяго,—хотя подобныя дѣйствія не могутъ оставаться безнаказанными, но все таки они должны подвергаться сравнительно меньшимъ наказаніямъ, потому что нарушаютъ одно общее право, одну объективную сторону права, въ противоположность прочимъ преступленіямъ, которыя заключаютъ

⁹²⁾ Ст. 2157 за принужденіе дѣтей ко вступленію въ бракъ или въ монашество назначаетъ заключеніе въ тюрьмѣ отъ 6 мѣсяцевъ до 2 лѣтъ (ср. ст. 2171). По ст. 1351 изблеченные въ сводничествѣ своихъ дѣтей подвергаются лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ на житье въ Тобольскую, или Томскую губернію, съ заключеніемъ на время отъ 2 до 3 лѣтъ (ср. ст. 2159. 1353).

въ себѣ двойное нарушеніе—общаго и частнаго права.—Поэтому, наше Уложеніе вполне разумно признаетъ во многихъ случаяхъ согласіе оскорбленнаго, за причину къ уменьшенію наказанія ⁹³).

Но замѣтимъ слѣдующее: многія дѣйствія, не будучи преступленіями, показываютъ виновника ихъ съ дурной стороны, какъ человѣка и гражданина. Такія дѣйствія не могутъ оставаться чуждыми для общества и поэтому они, не подвергаясь уголовнымъ наказаніямъ, должны влечь за собою тѣ или другія вредныя послѣдствія для виновника ихъ: уменьшеніе политическаго права и т. п. Въ древнемъ Римѣ такія дѣйствія подлежали вѣдомству цензорской власти; къ числу ихъ относилось жестокое обращеніе съ рабами, надъ которыми, какъ надъ лицами безправными, не могло быть совершаемо преступленій и т. п. ⁹⁴).

в) *Уничтоженіе права общей волей* можетъ относиться или къ субъекту, или къ объекту правонарушенія.

Сюда относятся слѣдующіе случаи:

1. Уничтоженное государствомъ вообще, въ частности не признанное приговоромъ суда, право не можетъ быть нарушено.

Это правило можетъ быть принято не иначе, какъ съ большими ограниченіями.

Мысль, что существо преступленія заключается въ правонарушеніи, справедливо въ томъ только случаѣ, когда при этомъ мы

⁹³) Напр. ст. 2026 и др., за нанесенія увѣчья назначаютъ лишеніе всѣхъ правъ состоянія и т. д. Но изблеченные въ умысленномъ изувѣченіи другаго по его желанію, для воспрепятствованія приему его въ рекруты, приговариваются къ заключенію въ смирительномъ домѣ на время отъ 2 до 3 лѣтъ съ потерю нѣкоторыхъ особыхъ правъ и преимуществъ. Кто, какимъ-бы то ни было образомъ, обратитъ свободнаго человѣка, или уволеннаго въ безсрочный отпускъ, или бѣглаго солдата въ крѣпостные, съ согласія сего послѣдняго, — тотъ за сіе подвергается лишенію всѣхъ особенныхъ правъ и преимуществъ и ссылкѣ на житье въ губерніи Тобольскую, или Томскую, съ заключеніемъ на время отъ 2 до 3 лѣтъ, или наказанію розгами отъ 70 до 80 ударовъ и отдачѣ въ исправительныя арестантскія роты гражданскаго вѣдомства отъ 4 до 6 лѣтъ (ст. 1930). Если-же кто учинитъ это безъ согласія обращеннаго имъ въ крѣпостное состояніе, тотъ за сіе приговаривается къ лишенію всѣхъ правъ состоянія и къ ссылкѣ въ Сибирь на поселеніе, или и наказанію плетью чрезъ палачей отъ 10 до 20 ударовъ (ст. 1931). Кто безъ вѣдома и согласія беременной женщины произведетъ изгнаніе плода ея, тотъ за сіе подвергается лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ въ каторжныя работы на заводахъ отъ 4 до 6 лѣтъ или наказанію плетью чрезъ палачей отъ 30 до 40 ударовъ, съ наложеніемъ клеймъ (ст. 2010). Если-же кто сдѣлаетъ это съ вѣдома и согласія беременной женщины, тотъ подвергается лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ на поселеніе въ отдаленнѣйшихъ мѣстахъ Сибири, или и наказанію плетью чрезъ палачей отъ 20 до 30 ударовъ (ст. 2011).

⁹⁴) *Geib, Geschichte des röm. Criminalprocesses.* 1842. стр. 88. *Jhering, Geist. Th. II.* § 26.

имѣемъ въ виду не одно право отдѣльнаго индивидуума, но другое высшее право, право общее, тѣ опредѣленія, которыя должны быть разсматриваемы какъ существенные элементы права извѣстнаго народа. Нарушеніе всеобщаго закона есть главная сторона; нарушеніе права въ тѣсномъ смыслѣ есть второстепенная сторона въ преступленіи.

Положимъ, что безправный не имѣетъ никакихъ правъ, что у лишеннаго извѣстныхъ нѣкоторыхъ правъ эти права не могутъ быть нарушены, — мы спрашиваемъ себя: возможны-ли случаи безправности въ такомъ широкомъ объемѣ? Конечно нѣтъ. Въ основѣ личности и правъ ложится въ нововѣковомъ обществѣ не гражданское, а человѣческое достоинство. Говорятъ, что убійство приговореннаго къ смерти не есть преступленіе. Но смертный приговоръ отнимаетъ у человѣка право жить только относительно общей воли, которую государство и приводитъ въ исполненіе посредствомъ своихъ органовъ. Частная воля не имѣетъ права отнимать у него жизни: въ убійствѣ, причиненномъ ею, видѣнъ не актъ необходимости, но дѣйствіе противозаконнаго произвола ⁹⁵⁾. Скажутъ, что обида немыслима относительно лица, лишеннаго чести. Но такихъ лишенныхъ всякой чести нѣтъ. И лишенный чести живетъ въ государствѣ, пользуется извѣстными правами. Общее человѣческое достоинство требуетъ себѣ уваженія отъ всѣхъ прочихъ членовъ общества и уничтоженіе этого достоинства не можетъ заключаться ни въ видахъ, ни во власти государства ⁹⁶⁾.

2. Нарушеніе права перестаетъ быть преступленіемъ, когда оно произведено чиновникомъ или въ силу власти и въ должныхъ границахъ, или въ слѣдствіе обязательнаго приказанія.

а) Когда чиновникъ предпринимаетъ извѣстное преступное дѣйствіе, къ которому его уполномочиваетъ его должность и которое онъ долженъ совершить по требованію своей службы ⁹⁷⁾,—

⁹⁵⁾ *Abegg*, über die angebliche Rechtslosigkeit der zum Tode Verurtheilten (въ *M. Arch. des Cr. R. B. IX. St. 4*).

⁹⁶⁾ Фейербахъ держится противоположнаго воззрѣнія, см. его *Lehrbuch*. § 32: «Wenn das Verbrechen zu seinem Wesen eine bestimmte Person als Gegenstand der Rechtsverletzung erfordert, so ist dessen Begehung nur möglich an einer Person, welche in dem Schutze des Staats steht, dessen Strafgesetz für übertreten betrachtet werden soll; denn wer ausser dem Schutze des Staates ist, steht auch ausser dem Schutze der Strafgesetze desselben». § 34: «Es ist kein Verbrechen vorhanden, wenn die Handlung einem Rechte widerspricht, dessen der Verletzte von dem Staate für verlustig erklärt worden ist». Этотъ взглядъ окончательно отвергнуть въ наше время.

⁹⁷⁾ Напр. св. з. т. XV, кн. 1. ст. 2020: «Смертоубійство не вѣняется въ преступленіе: 1) когда служитель или чиновникъ карантинной стражи убьетъ человѣка, покушающагося бѣжать изъ подъ надзора ея, или прорваться за карантинную черту, или бѣжать изъ карантина или карантиннаго судна, и

то это дѣйствіе, безъ сомнѣнія, не должно считаться преступнымъ и подлежать наказанію. Въ этомъ случаѣ чиновникъ исполняетъ объективную волю государства. Если мои служебныя обязанности требуютъ отъ меня уничтоженія, нарушенія чужаго права, то здѣсь нѣтъ разрыва между моей и общей волей, слѣд. нѣтъ и преступленія. Конечно, очень возможны такіе случаи, гдѣ такія дѣйствія могутъ быть безнравственны. Нравственный долгъ обязываетъ чиновника въ такихъ случаяхъ просить начальство о позволеніи отступить отъ буквы закона, или отказаться отъ службы. Но во всякомъ случаѣ, не входя въ противорѣчіе съ самимъ собою, государство не можетъ наказывать такихъ безнравственныхъ дѣйствій.

Сюда-же относится дозволенное и частнымъ лицамъ самоуправство въ нѣкоторыхъ обстоятельствахъ ⁹⁸⁾.

в) Приказаніе. Вотъ что говоритъ Бернеръ ⁹⁹⁾: «по сколько моя служебная обязанность предписываетъ мнѣ повиновеніе начальству, до той мѣры я свободенъ отъ уголовной отвѣтственности, исполняя приказаніе начальства. Въ моей служебной инструкціи государство изрекаетъ свою объективную волю и дѣйствуя по этой инструкціи, я не разрываю своей субъективной воли съ объективной волей государства». — Таково неоспоримое, но слишкомъ общее правило. Необходимо знать, когда именно приказаніе обязательно?

Въ наше время нечего доказывать, что обязанность, называемая пассивной, не составляетъ абсолютный долгъ. Теперь многіе, если и держатся противоположнаго возрѣнія, то единственно относительно военной службы. Но съ этимъ послѣднимъ мнѣніемъ невозможно согласиться. Солдатъ, какъ и всякій другой органъ общественной силы, остается человѣкомъ, существомъ нравственнымъ и слѣд. отвѣтственнымъ. Въ наше время не существуетъ рабской всецѣлой зависимости отъ чужой воли и никакое отноше-

будетъ признано, что безъ сего нельзя было остановить его покушенія. 2) Когда таможенною, или лѣсною стражею, при точномъ исполненіи возложенныхъ на оную обязанностей и безъ всякаго отступленія отъ установленныхъ для употребленія ею огнестрѣльнаго оружія правилъ, будетъ убитъ человѣкъ, покусившійся на одно изъ преступленій, которыя сія стража должна стараться предупреждать. 3) Когда часовымъ или инымъ караульнымъ или дозорнымъ и вообще какою либо стражею будетъ убитъ нападавшій силою на нихъ, или на ввѣренныя ихъ охраненію зданія, деньги, или вещи, или покушавшійся бѣжать изъ тюрьмы или изъ подъ стражи заключенный, когда не было иного средства предупредить побѣгъ». Ср. ст. 204б.

⁹⁸⁾ Таковы насильственные дѣйствія, неизбѣжныя при предупрежденіи преступленій, поимкѣ виновнаго, и т. п.

⁹⁹⁾ Lehrbuch, § 84. Abegg, Untersuchung en, стр. 90 — 106.

ніе службы и подчиненія не можетъ обнять всей личности чело-
вѣка ¹⁰⁰).

Солдатъ не долженъ разсуждать, — посредствомъ этого ба-
нальнаго афоризма думаютъ безусловнымъ образомъ разрѣшить
вопросъ о степени повинненія. Но если онъ не долженъ разсуж-
дать, то относительно кого? Обязанъ-ли онъ слушаться всякаго
начальника, долженъ-ли онъ слушаться всѣхъ во всемъ? Если онъ
не смѣетъ разсуждать никогда, ни въ чемъ, слѣд. онъ свободенъ
отъ отвѣтственности и въ томъ случаѣ, когда, по приказанію ун-
теръ-офицера, оскорбитъ честь фельдмаршала?— однако этого никто
еще не утверждалъ. Если-же солдатъ обязанъ дѣлать выборъ
между начальниками и ихъ приказаніями, слѣд. онъ долженъ раз-
суждать.

Повиновеніе начальству предполагаетъ законность приказанія.
Начальникъ облеченъ властью и признанъ компетентнымъ судьей
предпринимаемыхъ имъ мѣръ и законнымъ цѣнителемъ исполняе-
мыхъ дѣйствій. Онъ имѣетъ т. обр. на своей сторонѣ предположе-
ніе въ законности его приказаній. Но предположеніе еще не вѣ-
роятность. Каковы-бы ни были гарантіи, представляемыя полити-
ческимъ устройствомъ государства, люди, облеченные властью, все
таки могутъ злоупотреблять властью и приказанія ихъ могутъ
быть незаконны. Когда-же презумпція въ пользу начальника до-
пускаетъ доказательство противнаго?

Различимъ три рода фактовъ. Одни изъ нихъ могутъ быть
опредѣлены прямымъ распоряженіемъ закона; другіе не могутъ
быть напередъ опредѣлены закономъ, но исполненіе ихъ можетъ
быть обезпечено съ помощію специальныхъ формъ и гарантій;
третьи наконецъ, по самой природѣ своей, должны быть предо-
ставлены свободному обсужденію и благоусмотрѣнію людей, обле-
ченныхъ властью.

Относительно фактовъ перваго и втораго разряда не можетъ
возникать никакого сомнѣнія. Исполненіе закона, исполненіе су-
дебнаго рѣшенія всегда будетъ дѣйствіемъ законнымъ. Остается
третьей разрядъ, который именно и разумѣется, когда говорятъ
о повинненіи начальству. Это повинненіе требуется одинаково
какъ отъ военнаго, такъ и отъ гражданскаго чиновника и раз-
ница только въ томъ, что послѣдствія неповиновенія неодина-
ковы для того и другаго.

Ни одно законодательство не признаетъ іерархическаго пови-
новенія безусловно слѣпымъ и пассивнымъ ¹⁰¹). Иначе и не мо-

¹⁰⁰) Rossi, traité, стр. 252 и д.

¹⁰¹) Св. зак. XV. кн. 1, ст. 448: «Начальникъ, который прикажетъ или
инымъ образомъ склонитъ или побудитъ подчиненнаго сдѣлать въ кругѣ
дѣйствія его по службѣ что либо противное законамъ, подвергается за сіе

жетъ быть. Разумъ, который даетъ мнѣ возможность рѣшить, въ правѣ-ли такой-то давать мнѣ приказанія, — этотъ разумъ неужели долженъ оставаться недѣятельнымъ при оцѣнкѣ компетентнаго приказа? Неужели здѣсь я долженъ закрыть глаза на очевидность и не видать преступленія, хотя-бы оно явилось въ самыхъ яркихъ формахъ? Никто никогда не рѣшится сослаться на одно повиновеніе приказу и будетъ оправдываться тѣмъ, что онъ считалъ приказаніе законнымъ, — и это оправданіе должно быть принимаемо во вниманіе при очень многихъ случаяхъ, особенно относительно низшихъ чиновъ, которые бываютъ обыкновенно лишены всякаго, а тѣмъ болѣе юридическаго, образованія. Но оно не можетъ имѣть мѣста въ томъ случаѣ, когда нѣтъ и видимости законности, когда преступность даннаго приказанія разрушаетъ возможность предположенія въ его пользу.

с. Состояніе принужденія (Nothstand).

Различными путями доказывали криминалисты безнаказанность дѣйствій, совершаемыхъ въ состояніи принужденія ¹⁰²); но никто не сомнѣвался въ справедливости оставлять безнаказанными дѣйствія, совершенныя въ этомъ состояніи.

Подъ психическимъ принужденіемъ разумѣется угрожающая опасность для человѣка, происходящая отъ естественныхъ причинъ, или отъ другаго человѣка, которой можно избѣгнуть единственно посредствомъ нарушенія чужаго права.

Если жизнь или здоровье вступаютъ въ коллизію съ собственностью, то послѣдняя можетъ быть безнаказанно пожертвована для спасенія первыхъ. Человѣкъ въ этомъ случаѣ не становится невмѣняемымъ ¹⁰³), но жизнь и тѣло суть основныя, незамѣнимыя условія личности и посему въ сравненіи съ правомъ собственности имѣютъ безгранично высшую цѣнность.

Если жизнь одного приходитъ въ столкновеніе съ жизнью другаго, то хотя никто изъ нихъ не имѣетъ положительнаго права подчинить себѣ жизнь другаго, и на ея счетъ спасти свою собственную жизнь, — но пожертвованіе чужой жизни все таки не можетъ быть преступнымъ. Такимъ образомъ — говорить Росси ¹⁰⁴)

самой высшей мѣрѣ опредѣленныхъ за то противозаконное дѣло наказаній. Подчиненный, исполнившій такое приказаніе начальника, зная, что сіе противно законамъ, подвергается тому-жъ наказанію, но въ меньшей мѣрѣ». Или ст. 438: «За явно оказанное начальству въ дѣлахъ службы послушаніе, *кроме лишь случая, если бы начальникъ потребовалъ чего либо противозаконнаго*, виновный приговаривается» и т. д. ср. ст. 146.

¹⁰²) Köstlin, Neue Revision. § 154.

¹⁰³) См. прим. 61.

¹⁰⁴) Traité. I. II. ch. 23.

не долженъ считаться преступникомъ тотъ, кто среди океана, избѣгая голодной смерти, съѣдаетъ своего товарища. За что его наказывать? Какую пользу извлечетъ общество изъ этого наказания? Имѣютъ-ли дѣйствія, совершенныя въ такихъ ужасныхъ, исключительныхъ обстоятельствахъ, характеръ преступлений? Есть-ли надежда предупредить ихъ наказаніемъ? Предупредивъ, мы только получимъ одну жертву вмѣсто другой; наказывая, мы получимъ двѣ жертвы вмѣсто одной.

Если при рожденіи дитяти необходимо должно пожертвовать жизнью зародыша, или жизнью матери, то конечно заслуживаетъ предпочтенія самостоятельная жизнь матери, какъ условіе уже развившейся личности ¹⁰⁵⁾.

Степень извиняемости дѣйствій, совершенныхъ въ такихъ обстоятельствахъ, не можетъ быть точно опредѣлена напередъ и должна быть обсуживаема при каждомъ случаѣ отдѣльно. Судъ присяжныхъ здѣсь дѣйствуетъ крайне благодѣтельно.

Въ заключеніе, скажемъ нѣсколько словъ о томъ, какъ трудно бываетъ иногда опредѣлить и раздѣлить виновность дѣйствій,

¹⁰⁵⁾ Berner, Lhrb. § 85. п. 2: «Wenn das Röm. Recht gestattet, bei einer Feuerbrunst das Haus des Nachbars einzureissen, um das eigene dadurch zu retten, — oder bei Sturm zur Rettung des Schiffes Waaren auszuwerfen, oder die Ankertaue eines Andren zu durchschneiden: so handelt es sich hier gar nicht um einen wahren Nothstand, sondern um einfache privatrechtliche Regeln, deren Zweckmässigkeit, bei gehöriger Vertheilung der Ersatzpflicht, Niemand bestreiten wird (см. ниже). Auf Nothstand gründet sich dagegen der Art. 166. C. C. C. (Каролины), der das Stehlen von Esswaaren in rechter Hungersnoth für straflos erklärt, wenn es geschieht, um sich selbst, sein Weib oder seine Kinder zu ernähren, — natürlich unter der Voraussetzung, dass die Bedürfnisse des Nothstandes dabei nicht überschritten, dass also namentlich nicht gleich ein grösserer Vorrath von Esswaaren genommen wurde. Aenlich Decreti pars III, De consecratione, dist. 5. can. 26: «Discipulos, cum per segetes transeundo evellerent spicas, ipsius Christi vox innocentes vocat, quia fame coacti hoc feurunt». Auch Decret. Gregor. I. v. tit. 18. de furtis, c. 3: «Si quis propter necessitatem famis, aut nuditatis furatus fuerit cibaria, vestem, vel pecus, poeniteat hebdomades tres: et si reddiderit, non cogatur jejunare». Die neueren Gesetzbücher erkennen das Nothrecht an, bald bei Lebensgefahr: Baiern (1813) 121, Sachsen (1838) 69, Würt. 106, Darmst. 45, Baden 81; (сюда должно причислить и Русское, ст. 112: «Учинившему противозаконное дѣяніе въ слѣдствіе непреодолимаго къ тому отъ превосходящей силы принужденія и только для избѣжанія непосредственно грозившей его жизни въ то самое время неотвратимой другими средствами опасности, содѣянное имъ также не вмѣняется въ вину»: Крайность и совершенное неимѣніе никакихъ средствъ къ пропитанію и работѣ служить обстоятельствомъ, уменьшающимъ вину и наказаніе. см. ст. 146); bald auch bei Leibesgefahr: Sachs. (1838) 69, 72, Hannov. 84, Würt. 101, Darmst. 39, Thuring. 64. 65. — Oesterreich erwähnt der drückenden Noth unter den Milderungsgründen § 46 (Св. з. XV. кн. 1, ст. 146). Preussen schweigt über den Nothstand, giebt indess genügende Andeutungen in der Bestimmung über den Einfluss von Drohungen. Vgl. jetzt noch Sachsen. 1855. Art. 92, 93.

совершаемых въ состояніи принужденія. Часто мы чувствуемъ внутреннее различіе между двумя фактами, а разумъ анализомъ факта не доходитъ до удовлетворительнаго объясненія этого различія ¹⁰⁶).

Если въ море будетъ брошенъ грузъ для спасенія корабля, — это дѣло кажется намъ не только извинительнымъ, но и законнымъ. Но если кто украдетъ хлѣбъ у булочника, чтобъ избѣжать голодной смерти, — тотъ наказывается за воровство и наказаніе считаемъ мы если и строгимъ, то не совсѣмъ несправедливымъ. Между тѣмъ, въ обоихъ случаяхъ нарушается собственность, нарушение дѣлается по необходимости спасти свою жизнь, по инстинкту самосохраненія; наконецъ, мы одинаково осуждаемъ и собственника, который не позволяетъ бросить свой товаръ въ море, и хлѣбника, которой не даетъ нищему хлѣба. Гдѣ-же различіе между этими двумя случаями?

Осуждая хлѣбника, мы основываемся на признаніи долга помогать бѣднымъ. Если-же собственники имѣютъ обязанность помогать, то этой обязанности соотвѣтствуетъ право со стороны бѣдныхъ, которымъ они обязаны помогать. Но обязанности бываютъ двухъ родовъ: одни — внѣшнія, юридическія; другія — внутреннія, нравственныя. Первымъ соотвѣтствуютъ полныя, обязательныя, юридическія права; вторымъ — неполныя, нравственныя. Нравственное право не можетъ быть предметомъ иска; юридическое право можетъ быть вынуждаемо: оно уполномочиваетъ призывать на помощь общественную власть, а въ случаѣ необходимости и частную силу.

Между нищимъ и булочникомъ существуетъ связь, но связь только общечеловѣческая. Нищій умираетъ съ голоду, но хлѣбникъ — человѣкъ жестокой, безчеловѣчный, — все таки не служитъ прямой причиной его смерти. Онъ обязанъ давать хлѣбъ нищему не болѣе всѣхъ другихъ хлѣбниковъ.

Другое отношеніе между корабельщикомъ и хозяиномъ груза. Если корабль наполненъ товарами и людьми, то между собственникомъ груза и пассажирами является специальное отношеніе. Хотя-бы это отношеніе не было ясно высказано, тѣмъ не менѣе само собою разумѣется, что въ случаѣ надобности спасти людей, грузъ долженъ быть брошенъ въ море. И если при наступленіи опасности, собственникъ противится бросанью груза, то онъ находится не въ положеніи булочника, который не даетъ хлѣба нищему. Положительная обязанность, истекающая изъ отношеній между нимъ и его товарищами, предписываетъ ему отказаться отъ

¹⁰⁶) Rossi, traité, стр. 305 и д.

своей собственности: таково было условіе (безмолвное, или ясно выраженное — все равно), безъ котораго его товаръ не былъ-бы взятъ на корабль. Мореплаватели, бросая грузъ, осуществляютъ свое право, — и ихъ дѣйствіе вполнѣ не предосудительно, не смотря на свою преступную форму.

д) Необходимая оборона (Nothwehr, moderamen inculpatae, tutela, tutela inculpata).

Между состояніемъ необходимой обороны и состояніемъ принужденія различіе заключается въ томъ, что въ первомъ случаѣ праву противопоставляется неправда, а во второмъ — право приходитъ въ столкновеніе съ другимъ правомъ. Необходимая оборона есть защита своего или чужаго права противъ угрожающаго несправедливаго нападенія, при отсутствіи помощи общественной власти¹⁰⁷).

Условія необходимой обороны суть:

- 1) Несправедливое нападеніе, нарушающее право.
- 2) Современность нападенія (laesio inchoata).
- 3) Невозможность современной помощи государства.

Что касается до перваго условія, то здѣсь представляется слѣдующій вопросъ: позволительна-ли необходимая оборона для защиты однихъ личныхъ правъ, или и для защиты собственности?

Относительно собственности нѣкоторые криминалисты (Paalzow, Damhouder, Böhmig) дѣлаютъ чисто количественное различіе и не распространяютъ права необходимой обороны на защиту незначительныхъ предметовъ. Но количественная граница недостаточна уже потому, что совершенно произвольна. Другіе писатели утверждаютъ, что оборона позволительна для одной защиты незамѣнимаго блага, или такого права, которое по особенному свойству случая теряется невозвратно. Они исключаютъ необходимую оборону собственности главнымъ образомъ тогда, когда оскорбленный можетъ разсчитывать на достаточное судебное удовлетвореніе, — что вполнѣ примѣняется къ нападенію на недвижимую собственность (Feuerbach, Salchow, Martin, Marezoll)¹⁰⁸). Кажется, въ подобныхъ случаяхъ гораздо справедливѣе смотрѣть не на важность права, или цѣнность предмета, а на свойство самого нападенія. Чѣмъ сильнѣе и опаснѣе нападеніе, тѣмъ болѣе и нужда въ защитѣ, такъ что и при нападеніи на маловажный предметъ необходимая оборона можетъ простираться до убійства.

Что касается до обидъ, то всѣ, конечно, признаютъ законной оборону цѣломудрія и реакцію противъ реальныхъ обидъ; но боль-

¹⁰⁷ Feuerbach, Lehrbuch. § 37. Здѣсь (въ изданіи 1847) § 37—39 приведены сочиненія по вопросу о необходимой оборонѣ. Изъ новѣйшихъ сочиненій укажемъ на приведенное въ первой статьѣ сочиненіе *Zeigera* Abhandlungen и т. д. *Levita*, das Recht der Nothwehr. 1856.

¹⁰⁸ Ср. *Fichte*, Naturrecht. § 82.

шинство писателей не дозволяетъ защиты противъ словесныхъ и символическихъ обидъ (Feuerbach, Tittmann, Jarcke, Marezoll, Mittermaier и др.). И съ этимъ мнѣніемъ нельзя не согласиться. Въ подобныхъ случаяхъ вполнѣ законно смягченіе наказанія, въ уваженіе къ состоянію справедливаго гнѣва, но о необходимой оборонѣ не можетъ быть рѣчи. Съ первымъ моментомъ это нападеніе на честь обыкновенно уже и кончается.

Говоря о несправедливости нападенія, мы встрѣчаемся съ слѣдующими вопросами: позволительна-ли необходимая оборона противъ дѣйствій общественной власти? Позволительна-ли оборона противъ существа невмѣняемаго, или противъ находящагося въ состояніи принужденія? Должно-ли быть несправедливое нападеніе сверхъ того и невызваннымъ, чтобы узаконить необходимую оборону?

1. Не можетъ быть никакого сомнѣнія въ незаконности обороны, если нападающій имѣетъ право нападать. Я не могу бить чиновниковъ, которые отряжены арестовать меня, или произвести обыскъ въ моемъ домѣ. Но оборона должна быть дозволена, если лицо, облеченное властью, не имѣетъ этого права; напр., когда некомпетентная власть арестуетъ меня, или когда компетентная власть приводитъ въ исполненіе матеріально незаконное дѣйствіе. Запрещать оборону противъ властей, потому только что они власти, — это значитъ уничтожить вполнѣ гражданскую свободу членовъ общества, тѣмъ болѣе, что опасность противузаконныхъ дѣйствій со стороны лицъ, облеченныхъ властью, можетъ случаться чаще и дѣйствовать губительнѣе, нежели подобныя дѣйствія со стороны частныхъ лицъ. Достоинство государства — справедливо говорить Гуфнагель¹⁰⁹⁾ — гораздо болѣе выигрываетъ, если оно отказывается отъ несправедливо-дѣйствующаго чиновника, нежели въ томъ случаѣ, когда оно старается заставить уважать его, какъ своего органа, какъ-бы онъ ни дѣйствовалъ. — Необходимая оборона въ этихъ случаяхъ составляетъ не только право гражданина, но и его священную обязанность, чтобы неисполненіемъ этого своего права онъ не допускалъ являться несправедливостямъ со стороны должностныхъ лицъ.

2. Невмѣняемость напавшаго не имѣетъ значенія для необходимой обороны, потому что она защищаетъ право отъ нарушенія, которое одинаково производится вмѣняемымъ и невмѣняемымъ субъектомъ. Что-же касается обороны противъ лица, находящагося въ состояніи психическаго принужденія, то мы думаемъ, что нападеніе на низшее право должно уступать мѣсто высшему и по-

¹⁰⁹⁾ Comment. III, стр. 229 и д.

этому нападенію на собственность, обусловленное требованіемъ права жизни, исключаетъ защиту.

3. Мнѣніе древнихъ криминалистовъ, что несправедливое нападеніе должно быть невызваннымъ¹¹⁰⁾, вновь поднято Люденомъ¹¹¹⁾. Этотъ вопросъ, подобно вопросу о дозволенности необходимой обороны противъ необходимой обороны, принадлежитъ къ числу чрезвычайно спорныхъ. Въ рѣшеніи перваго вопроса, дѣло зависитъ отъ того, каковъ былъ поводъ къ нападенію и каково было нападеніе. Если на меня нападетъ нѣкто за словесную обиду и его нападеніе угрожаетъ даже моей жизни, то естественно, что я имѣю право на оборону. Что до необходимой обороны противъ необходимой обороны, то понятно, что необходимая оборона, будучи законной, исключаетъ законность защиты до тѣхъ-поръ, пока не превзойдетъ должныя границы (*excessus defensionis*).

Въ понятіи необходимой обороны уже заключается то, что она устремляется на современное, а не на совершившееся зло. Поэтому, одно непосредственно-угрожающее, или наступившее зло узакониваетъ необходимую оборону. При томъ дѣйствиіи, вызывающее реакцію защиты, должно быть положительнымъ, а не отрицательнымъ¹¹²⁾.

Наконецъ, относительно границъ необходимой обороны, должно замѣтить, что она бываетъ незаконна:

если нападеніе еще не началось (оборона преждевременная);

если защищавшійся дѣлаетъ насиліе большее того, которое нужно для обороны;

если оборонявшійся имѣлъ возможность обойтись другими средствами, болѣе мирными;

если оборона продолжалась долѣе, чѣмъ самое нападеніе, или продолжалась тогда, когда нападавшій уже не имѣлъ средствъ вредить.

Но, при разсужденіи о томъ, было-ли въ извѣстномъ случаѣ излишество обороны (*excessus defensionis*), или нѣтъ, должно обращать особое вниманіе на личность защищавшагося. Абстрактно—общій масштаб здѣсь не имѣетъ мѣста¹¹³⁾. Наше законодательство дозволяетъ употребленіе мѣръ необходимой обороны не только для своей собственной защиты, но и для защиты другихъ находящихся въ этомъ положеніи¹¹⁴⁾. И это вполне разумно: необ-

¹¹⁰⁾ Henke, Handb. I. § 36.

¹¹¹⁾ Handbuch, I. S. 301, п. 18.

¹¹²⁾ Köstlin, Revision. § 187 — 191.

¹¹³⁾ Прусское и нѣкоторыя др. нѣмецкія законодательства оставляютъ безнаказаннымъ излишество обороны, когда оно произошло вслѣдствіе «Bestürzung, Furcht, Schrecken».

¹¹⁴⁾ Ст. 115. ср. ст. 2020.

ходимая оборона есть не самозащитеніе, а правозащитеніе, слѣд. имѣеть мѣсто и при защитѣ чужаго права.

Необходимая оборона признается, по Уложенію, законной для защиты жизни, здоровья, свободы, женскаго дѣломудрія, противъ нападенія вора или разбойника, при насильственномъ вторженіи въ домъ оборонявшагося и наконецъ, когда застигнутый при похищеніи или поврежденіи чужаго имущества силою противится задержанію, или прекращенію начатаго имъ дѣла. ¹¹⁵⁾ Нападеніе должно заключать дѣйствительную опасность для жизни, здоровья, или свободы оборонявшагося и защита мѣстнаго, или ближайшаго начальства невозможна ¹¹⁶⁾.

При этомъ полагается общимъ правиломъ:

1. Оборонявшійся обязанъ о всѣхъ обстоятельствахъ и послѣдствіяхъ своей обороны, немедленно объявить собѣднимъ жителямъ, а при первой возможности и ближайшему начальству ¹¹⁷⁾.

2. Всякій напрасный, сдѣланный нападающему, послѣ уже отращенія отъ него грозившей опасности, вредъ, признается зло-

¹¹⁵⁾ Ст. 113. 114.

¹¹⁶⁾ Ст. 113. *Berner Lhrb.* § 86: «Von Manchen wird als besonderes Erforderniss der Nothwehr aufgestellt, dass die drohende Gefahr nicht durch Anrufung der obrigkeitlichen Hülfe abwendbar gewesen seyn dürfe. Dies Erforderniss ist nun insoweit richtig, als es schon in der Bedingung einer gegenwärtigen Gefahr enthalten liegt. Stellt man es als ein selbständiges Requisit auf, so verleitet man den Richter zu verkehrten Urtheilen. — (Deshalb hat man in der Gesetzgebung den Satz, dass die drohende Gefahr nicht durch Anrufung der obrigkeitlichen Hülfe abwendbar gewesen sein müsse, gestrichen, «nicht als ob es, bei der Beurtheilung der Nothwehr, überhaupt nicht auf die Möglichkeit der obrigkeitlichen Hülfe ankomme, sondern weil man fürchtete, den Richter die besondere Hervorhebung der Anrufung obrigkeitlicher Hülfe, als eines Mittels zur Abwendung von Angriffen, zu verleiten, das Recht der Nothwehr über die Gebühr zu schmälern, inden er für Pflicht halten könnte, besonders streng bei der Beurtheilung der Frage zu sein, ob nicht durch Anrufung der obrigkeitlichen Hülfe die Gefahr hätte abgewendet werden können. Die Anrufung der obrigkeitlichen Hülfe ist nicht anders zu beurtheilen, als die übrigen zur Abwehr geeigneten Mittel. Es ist die Erfahrung gemacht worden, dass ohne genügenden Grund von Gerichten das Dasein der Voraussetzungen der Nothwehr gerade deshalb nicht anerkannt wurde, weil sie den, der sich im Stande der Nothwehr befunden haben wollte, noch an die obrigkeitliche Hülfe verwiesen»).

¹¹⁷⁾ Но какое наказаніе слѣдуетъ за недонесеніе? — Уложеніе не говорить. *Biener, Lhrb.* § 88: «Wenn der rechtswidrige Angreifer in der Nothwehr verwundet oder gedödtet worden ist, so ist es wünschenswerth und in manchen Gesetzbüchern mit Strafe befohlen, dass der Benöthigte hiervon Anzeige mache. Es könnten sonst Unschuldige in den Verdacht eines begangenen Verbrechens gerathen. Es könnte nicht minder der Benöthigte, durch Unterlassung der Anzeige, sich selbst verdächtig machen. Es wird endlich die Anzeige der erfolgten Tödtung oder Verwundung auch durch das Interesse der polizeilichen Ordnung gefordert».

употребленіемъ обороны, и виновный въ томъ долженъ быть подвергаемъ наказанію ¹¹⁸). Такимъ образомъ:

а) Кто безъ нужды, послѣ уже отвращенія грозившей опасности, нанесетъ нападавшему увѣче, или раны, тотъ приговаривается или къ заключенію въ тюрьмѣ отъ 3 до 6 мѣсяцевъ, или аресту отъ 7 дней до 3 недѣль, или выговору болѣе или менѣе строгому, въ присутствіи суда ¹¹⁹).

б) Если-же кто безъ нужды нанесетъ нападавшему смерть, послѣ уже отвращенія грозившей опасности, тотъ подвергается, смотря по роду побужденія и другимъ обстоятельствамъ, или заключенію въ тюрьмѣ отъ 6 мѣсяцевъ до 1 года, или аресту отъ 3 до 7 дней, или строгому выговору въ присутствіи суда и во всякомъ случаѣ, если онъ христіанинъ, предается церковному покаянію ¹²⁰).

В. ВНѢШНЕЕ ДѢЙСТВІЕ.

Дѣйствія человѣка бываютъ или внутреннія, или внѣшнія. Первоначальная причина его внѣшнихъ дѣйствій лежитъ въ глубинѣ его души, въ дѣятельности его разума и свободы, такъ что дѣйствію наиболѣе быстрому и мгновенному всегда предшествуетъ движеніе воли и сознанія. Мы уже сказали, что желанія и помышленія человѣка не могутъ быть объектомъ уголовного правосудія ¹²¹).

Что касается до внѣшнихъ дѣйствій, то въ каждомъ изъ нихъ есть двѣ крайнія точки: точка исхода и точка достиженія, начало и исполненіе. Посредствующіе акты представляютъ собою болѣе или менѣе долгій, возрастающій рядъ: здѣсь множество отѣнковъ, изъ которыхъ каждый въ глазахъ моралиста имѣетъ свое особенное значеніе и цѣну. Общественное правосудіе не имѣетъ ни надобности, ни средствъ, ни права пускаться въ такой подробный анализъ. Все пространство между внутренней преступной волей и оконченнымъ дѣйствіемъ оно разбиваетъ на три степени: приготовленіе, покушеніе и совершеніе.

¹¹⁸) Ст. 113.

¹¹⁹) Ст. 2042.

¹²⁰) Ст. 2016.

¹²¹) *Köstlin*, System, § 80, п. 2: «Der Satz: *cogitationis poenam nemo patitur* ist im römischen Rechte auf's unzweifelhafteste anerkannt. Das kanon. Recht wurde zwar durch seinen religiösmoralischen Geist folgerichtig zur (wenigstens kirchlichen) Bestrafung der *nuda cogitatio* geführt; allein jedenfalls bequeme es sich mit der Zeit dem weltlichen Standpunkte und wiederholte die Aussprüche des römischen Rechts, wurde auch in der Praxis in diesem Sinne gehandhabt, wenn gleich nicht ganz ausnahmslos».

1. ПРИГОТОВЛЕНИЕ.

Трудно провести твердую границу между приготовлением и покушением; но различие существует и смешение их другъ съ другомъ можетъ неминуемо повести къ послѣдствіямъ, гибельнымъ для законныхъ предѣловъ уголовного правосудія.

Дѣйствіе приготовленное не даетъ намъ понятія о преступленіи. А. покупаетъ ножикъ, оттачиваетъ его, зоветъ къ себѣ въ гости В. и старается удалить всѣхъ людей изъ своей квартиры къ тому времени, когда долженъ придти В. Только слову «убійца» обязаны мы тѣмъ, что всѣ эти дѣйствія соединяются въ нашихъ глазахъ воедино, всѣ эти факты оживаютъ передъ нами и получаютъ смыслъ, — иначе всѣ его дѣйствія кажутся намъ, если и не вполне естественными, обыкновенными, то могутъ быть объясняемы странностью характера и т. д. Возьмемъ другой примѣръ. А. ночью приставляетъ лѣстницу къ окну чужаго дома и лѣзетъ по ней въ окно. Изъ одного факта никакъ нельзя заключать, что онъ хотѣлъ совершить воровство. Быть можетъ, онъ шелъ на тайное свиданіе, хотѣлъ похитить или обезчестить женщину; быть можетъ, наконецъ, онъ просто хотѣлъ заглянуть въ окно.

Виновникъ дѣйствій приготовительныхъ, если не будетъ продолжать своего преступнаго намѣренія, еще не совершилъ никакого прямого нападенія на право, которое онъ хотѣлъ нарушить. Покусившійся уже началъ это нападеніе. Первый можетъ сказать: «я не хочу начинать». Второй, отказываясь отъ своего намѣренія, говоритъ: «я хочу перестать».

Чтобъ имѣть право объявить человѣка виновнымъ въ извѣстномъ дѣйствіи и подвергнуть его наказанію, необходимы матеріальные факты, которые имѣли-бы прямое и непосредственное соотношеніе съ преступнымъ намѣреніемъ. Этого-то именно соотношенія и нѣтъ въ дѣйствіяхъ приготовительныхъ. Часто они могутъ говорить даже о совершенно противоположномъ убѣжденіи. Я желаю, на примѣръ, вынудить извѣстный актъ, заемное письмо, или деньги у В., который живетъ въ другомъ городѣ. Я пишу къ нему нѣжныя письма, зову его къ себѣ погостить, прельщаю его различными удовольствіями, которыя ожидаютъ его и т. д. Не зная о моемъ скрытномъ намѣреніи, можно-ли подозрѣвать здѣсь что-либо преступное? Поэтому, дѣйствія приготовительныя должны быть свободны отъ всякаго наказанія. Относить ихъ къ разряду преступныхъ дѣйствій — противно и основаніямъ правосудія, и правиламъ политики: подобный законъ 1) можетъ усилить осторожность настоящихъ преступниковъ и совершенно несправедливо обременить честныхъ людей; 2) какъ-бы ни было велико раз-

личіе въ наказаніи за приготовленіе и покушеніе, все таки наказаніе болѣе или менѣе побуждаетъ къ совершенію преступленія, уменьшая побужденія къ тому, чтобъ отказаться отъ покушенія, ограничась однимъ приготовленіемъ ¹²²). Дѣйствіе приготовительное, заключающее въ себѣ преступленіе, должно наказываться за это только преступленіе. Кто крадетъ ружье, чтобъ застрѣлить своего врага, тотъ долженъ быть наказанъ за воровство, а не за покушеніе къ убійству. Не должно видѣть также наказанія за приготовленіе тамъ, гдѣ законъ объявляетъ извѣстныя дѣйствія, которыя могутъ служить приготовленіемъ къ преступленію, какъ полицейскіе проступки, или даже какъ преступленія sui generis. Приготовленіе яда, напримѣръ, можетъ быть дѣйствіемъ приготовительнымъ къ отравленію. Но если законъ запрещаетъ это дѣйствіе, какъ преступное само по себѣ, то оно подвергается наказанію и тогда, когда виновникъ не имѣлъ никакого замысла на отравленіе, а готовилъ ядъ съ какой нибудь совершенно невинной цѣлюю.

Безнаказанность дѣйствій приготовительныхъ признана новѣйшими иностранными законодательствами ¹²³). Впрочемъ, это правило подлежитъ ограниченіямъ при многихъ преступленіяхъ, которыя считаются до того важными и опасными, что государство считаетъ нужнымъ наказывать даже приготовленіе къ нимъ. Такія-же опредѣленія встрѣчаемъ и въ Русскомъ законодательствѣ. Въ Уложеніи сказано: «Приготовленіе, т.-е. присканіе, или приобрѣтеніе средствъ для совершенія преступленія ¹²⁴), — если оно не сопряжено было съ средствами противозаконными, или такими, коихъ приобрѣтеніе не соединено съ опасностью для частныхъ лицъ или для общества, и преступный умыселъ не доказанъ несомнѣнно, — не подвергается наказанію, кромѣ случаевъ, именно означенныхъ въ законѣ» ¹²⁵). Къ числу этихъ случаевъ относятся: преступленія противъ Государя Императора и членовъ Императорскаго дома ¹²⁶), бунтъ ¹²⁷), составленіе различныхъ подложныхъ бумагъ ¹²⁸) и т. д.

¹²²) Rossi, traité, I. II, ch. 25.

¹²³) Саксон. арт. 29 (1838), арт. 45 (1855). Ганнов. 34. Брауншв. 40. Дармшт. 65. 66. Виртемб. 63. Баденск. 108. Прусск. 31. Австр. § 8.

¹²⁴) Ст. 8.

¹²⁵) Ст. 103. 123.

¹²⁶) Ст. 276. 279.

¹²⁷) Ст. 285. 286.

¹²⁸) Ст. 334. 336.

2. ПОКУШЕНИЕ (VERSUCH, CONATUS) И СОВЕРШЕНИЕ (DELICTUM CONSUMMATUM).

Покушением называется такое злонамеренное действие, устремленное на совершение преступления, которое само по себе открывает намерение преступника ¹²⁹).

В противоположность покушению стоит преступление оконченное, когда преступник осуществляет свое преступное намерение во внешнем действии. Но заметим, что определить вообще, когда преступление окончено и когда существует одно покушение, — невозможно. Иногда одно и то же действие может быть и покушением, и преступлением оконченным: таково нанесение рань, увечья, которое представляет собою покушение на убийство и в то же время является самостоятельным преступлением. Сверх того, для некоторых преступлений требуется известное вредное последствие, другие же считаются оконченными как скоро совершено внешнее действие, необходимое для их осуществления.

Так-какъ отъ начальнаго пункта покушенія до окончательнаго исполненія преступленія лежитъ много ступеней возрастанія преступной дѣятельности, — то для оцѣнки преступности покушенія нужно установить известныя степени и каждую обозначить свойственными ей признаками. Наука признаетъ возможнымъ и нужнымъ дѣлать различіе только между покушеніемъ оконченнымъ (conatus perfectus) и покушеніемъ неоконченнымъ, которое въ свою очередь раздѣляется на покушеніе близкое и отдаленное ¹³⁰).

¹²⁹) Bauer, Abhandl. I, стр. 309 — 310: «Der Versuch unterscheidet sich hiedurch von dem Mangel des Thatbestandes, indem zwar bei jedem Versuche ein Mangel des Thatbestandes des versuchten Verbrechens, nämlich der zu dessen Vollendung erforderlichen Merkmale, vorhanden ist, nicht aber jeder Mangel des Thatbestandes einen Versuch enthält, sondern nur derjenige, welcher im Nichtdaseyn eines auf die Thätigkeit und deren Folgen sich beziehenden, die Vollendung bestimmenden Merkmals besteht».

¹³⁰) Bauer, Abh. crp. 335 — 336: «Aeltere theilten den Versuch in *delictum attentatum*, *inchoatum* und *perfectum*. Allein das s. g. del. *attentatum* ist, als blosse Vorbereitung zu einem Verbrechen, noch kein Versuch desselben und passt nicht unter den Begriff des Versuchs. Das del. *inchoatum* oder der Anfang der Ausführung (*inchoatio*) ist mit Versuch überhaupt gleichbedeutend und bezeichnet also keine besondere Stufe desselben. *Delictum perfectum* soll aber das Nämliche bezeichnen, was oben beendigter Versuch genannt wurde, ist jedoch kein angemessener Ausdruck, weil nicht das Verbrechen selbst, sondern nur der Versuch beendigt ist. Hefster unterscheidet vier Stufen, del. *praeparatum* (Vorbereitung), d. h. auf die Erlangung der Mittel gerichtetes Handeln; del. *attentatum* (entfernter Versuch), d. h. Zubereitung der vorhandenen Mittel; del. *inchoatum* (nächster

а) Покушеніемъ оконченнымъ называется тотъ случай, когда оно прекратилось прежде, чѣмъ преступникъ сдѣлалъ все нужное для того, чтобы преступленіе совершилось. Покушеніе можетъ быть прекращено или волею самого преступника, или внѣшними обстоятельствами.

в) Покушеніе оконченное имѣетъ мѣсто въ томъ случаѣ, когда преступникъ сдѣлалъ съ своей стороны все нужное для того, чтобы преступленіе произошло, но его намѣреніе не осуществилось по относительной или абсолютной невозможности.

Преступность покушенія вообще — видна изъ того, что покушеніе есть преступное дѣйствіе, хотя воля и не объективировалась во всемъ своемъ объемѣ. Что же касается до относительной степени тяжести покушенія, то очевидно, что оно заслуживаетъ меньшаго наказанія, нежели преступленіе оконченное: противуположное мнѣніе можетъ основываться только на незаконномъ смѣшеніи религіозной, или полицейской точки зрѣнія съ юридической¹³¹⁾. Въ покушеніи перевѣшиваетъ моментъ воли и оно должно подвергаться меньшему наказанію, чѣмъ преступленіе совершенное, потому что здѣсь, какъ и въ неосторожномъ преступленіи, нѣтъ нужнаго равенства между волей и фактомъ.

Таково общее правило, признанное всѣми новѣйшими законодательствами¹³²⁾. Но это правило нарушается съ одной стороны тѣмъ, что покушеніе при нѣкоторыхъ, наиболѣе опасныхъ преступленіяхъ (напр. государственныхъ), наказывается наравнѣ съ совершеніемъ; съ другой стороны, вполне разумно оставлять безъ наказанія покушенія на слишкомъ маловажныя преступленія, когда почти нѣтъ положительнаго зла и все дѣло ограничивается ничтожнымъ страхомъ и опасностью. Наконецъ, должно оставить безъ наказанія и покушеніе, прерванное по доброй волѣ преступника.

Древніе криминалисты (Engau, Koch, Guistorp, Meister, Klein) и нѣкоторые новѣйшіе (Grolman, Kleinschrod, Oersted, Tittman) счи-

Versuch), d. h. Anfang der Handlung, deren Fortsetzung das Verbrechen beendet haben würde, und *beendigt*, aber *erfolgloser* Versuch. — Die ersten beiden Stufen sind indessen nur Arten der Vorbereitung und enthalten noch keinen wirklichen Versuch, die dritte bildet den Begriff des Versuchs überhaupt und nur die vierte enthält eine bestimmte Stufe des Versuchs. Die Abtheilung in *nahen* und *entfernten* so wie in *nächsten*, *nahen* (oder mittleren) und *entfernten* Versuch, lässt sich durch kein allgemeines bestimmtes Merkmal unterscheiden und begränzen.

¹³¹⁾ Köstlin, System. § 86. п. 2. § 81. п. 1, 2.

¹³²⁾ Наше законодательство подвергаетъ *conatus perfectus* равному наказанію съ совершеніемъ (ст. 127). Справедливо-ли такое распоряженіе? — объ этомъ подробнѣе мы скажемъ ниже.

таютъ нужнымъ наказывать покушеніе этого рода ¹³³). Но большинство новѣйшихъ криминалистовъ стоятъ за безнаказанность, (Feuerbach, Schroetter, Martin, Bauer, Henke, Wächter, Mittermaier, Heffter, Klenge, Abegg, Hepp, Rosshirt, Marezoll, Köstlin, Berner, Rossi). И мы согласны съ послѣдними, потому что въ пользу ихъ мнѣнія говорятъ и юридическія, и политическія основанія ¹³⁴). Конечно, если это покушеніе заключаетъ въ себѣ другое преступленіе, то оно должно подлежать наказанію, но не какъ покушеніе, а какъ преступленіе *sui generis*. Этому взгляда держатся всѣ новѣйшія иностранныя законодательства и наше Уложеніе, которое въ статьѣ 125 постановляетъ: «когда покусившійся на преступленіе остановился при томъ и по собственной волѣ не совершилъ преднамѣреннаго, то онъ подвергается наказанію лишь въ томъ случаѣ, если содѣянное имъ при семъ покушеніи есть само по себѣ преступленіе, и только за сіе преступленіе, а не за то, которое онъ былъ прежде намѣренъ совершить.»

Уже изъ сказаннаго о покушеніи вообще, можно видѣть, что покушеніе, прерванное вѣншей посторонней силой, должно подлежать меньшему наказанію, чѣмъ вполнѣ оконченное преступленіе, — въ этомъ никто не сомнѣвался. Въ пользу этого мнѣнія, кромѣ приведенныхъ выше основаній, говорятъ и многія другія. Покушеніе прервано. Но совершилось-ли-бы преступленіе, если-бы не было этой помѣхи? Для небеснаго правосудія воля лица — не тайна, степень его развращенности измѣрена. Будетъ-ли прервано преступленіе, или нѣтъ, — тамъ извѣстно, готова-ли была душа преступника отступить отъ своего намѣренія, или нѣтъ. Но для общественнаго правосудія нѣтъ этого откровенія. Когда покушеніе прервано, оно не можетъ рѣшить, было-ли-бы совершено преступленіе безъ этого помѣшавшаго обстоятельства. Конечно, преступникъ прошелъ до своей цѣли уже три четверти дороги. Но, съ другой стороны, чѣмъ ближе человѣкъ подходитъ къ концу, чѣмъ ближе подходитъ къ преступленію, тѣмъ болѣе могутъ его

¹³³) Этому мнѣнія держится изъ Русскихъ криминалистовъ С. И. Баршевъ. См. его *Общія Начала*. II, стр. 130 — 135.

¹³⁴) *Berner*, *Lhrb.* § 104: «*Rechtsgrund*: Wurde die Fortführung der That aus freiem Antriebe aufgegeben, so verliert die That den Charakter des Versuches. Der noch nicht verwirklichte Theil der Absicht ist aus der Aussenwelt wieder zurückgenommen worden. Und da dies aus freiem Antriebe geschah, so bekundet sich in dem äusserlich bewirkten kein darüber hinausgehender realer Wille. *Politischer Grund*: Es ist rathsam dem Verbrecher, solange er den Erfolg noch hindern kann, die Hoffnung auf Straflosigkeit zu lassen. Scheidet man ihm den Rückweg zur Straflosigkeit ab, so treibt man ihn damit an, auf dem Wege zur Vollendung des Verbrechens vorwärts zu gehen. Lässt man dagegen den freiwillig aufgegebenen Versuch straffrei, so muntert man bis zum letzten Augenblicke den Verbrecher auf, seiner verbrecherischen Absicht zu entsagen.

одолѣвать чувства, которыя заставляютъ отказаться отъ преступнаго совершенія. Часто напр. преступникъ бываетъ пораженъ какимъ-то суевѣрнымъ страхомъ; представится какое нибудь неожиданное, ничтожное обстоятельство, — и преступникъ почувствуетъ ужасъ, страхъ, совѣсть заговоритъ въ немъ, и если только не закрыть ему путь къ возврату, онъ легко откажется отъ своего умысла. Наказаніе за покушеніе, равное наказанію за оконченное дѣйствіе, противорѣчитъ не только идеи правосудія, но и правиламъ мудрой политики.

Что-же касается до покушенія оконченнаго, то съ перваго взгляда можетъ возникнуть сомнѣніе, есть-ли дѣйствительно причины смягчать наказаніе. Преступникъ сдѣлалъ уже все, что нужно было сдѣлать съ его стороны, возвратъ невозможенъ. Обстоятельство, что желаемое преступленіе не произошло, повидимому, не имѣетъ здѣсь значенія, — и преступникъ, кажется, долженъ подлежать тому-же наказанію, какъ и за преступленіе вполне оконченное.

Дѣйствительно, оконченное покушеніе есть самый тяжкій видъ покушенія. Но преступленіе не совершено, слѣд. наказаніе должно быть легчайшее. И въ людяхъ живетъ это чувство: они иначе смотрятъ на преступника, жертва котораго лежитъ въ гробу, чѣмъ на того преступника, жертва котораго жива, невредима и можетъ быть преспокойно смотреть на казнь. Мы все съ бѣльшимъ снисхожденіемъ смотримъ на виновника зла несовершившагося, отвратимаго, хотя-бы преступленіе не произошло и противъ воли преступника. Этому чувству правды не долженъ противорѣчить законодатель: въ немъ заключается глубокая истина.

Такъ какъ покушеніе можетъ неудаться по невозможности средствъ и пѣли,—то спрашивается: можно-ли считать подобное покушеніе преступнымъ и подвергать его наказанію?

Изъ новѣйшихъ криминалистовъ, Фейербахъ особенно стоялъ за безнаказанность такихъ дѣйствій¹³⁵⁾. Миттермайеръ старался лучше провести и доказать этотъ взглядъ¹³⁶⁾. Многіе новѣйшіе кри-

¹³⁵⁾ Lhrb. § 42. п. 3: «... Weil bürgerliche Strafbarkeit ohne eine dem äusseren Rechte widersprechende Handlung unmöglich, eine Handlung aber nur dann (äusserlich) rechtswidrig ist, wenn sie das Recht verletzt, oder gefährdet. Die rechtswidrige Absicht allein giebt keiner Handlung das Merkmal des Verbrechenens. Wer von dem Verbrechen der Mittheilung eines vermeintlichen Gifts, von dem Versuch der Tödtung eines Leichnams und dergl. spricht, verwechselt das Moralische mit dem Rechtlichen, die Gründe der Sicherungspolizei mit dem Recht zur Strafe, und muss auch jenen Baiern eines strafbaren Versuchs der Tödtung zu erklären, der nach einer Kapelle wallfahrtete, um da seinen Nachbar todt zu beten». Здѣсь п. VIII см. литературу этого вопроса.

¹³⁶⁾ N. Archiv. I. S. 183 ff. S. 104 ff. X. 551. f.

миналисты явились противниками этого мнѣнія (Кнарр, Нерр, Јагске, Trummer), а Цахаріе и др.—горячими защитниками ¹³⁷⁾.

Чтобы разсмотрѣть этотъ вопросъ надлежаще-точнымъ и яснымъ образомъ, необходимо представить роды и виды неудавшихся покушеній.

Неудавшимся покушеніемъ называется такое, которое неспособно къ произведенію замышленного преступленія ¹³⁸⁾. Причина этой невозможности заключается,—или

А. въ свойствѣ самого дѣйствія, которое состоитъ:

1) въ употребленіи безусловно невозможнаго средства, напр., я даю сахаръ вмѣсто яда. Употребленіе такихъ средствъ, въ свою очередь, можетъ имѣть своимъ основаніемъ:

а) Или случай: я хочу купить арсеникъ и получаю вмѣсто него соду.

б) Или заблужденіе, въ силу котораго я недѣйствительное средство считаю дѣйствительнымъ, напр., по Русскому повѣрью, я ставлю Ивану-воину свѣчку вверхъ ногами, для того, чтобы мой врагъ изсохнулъ и умеръ.

2) Причина невозможности можетъ заключаться далѣе или въ употребленіи недостаточнаго количества средствъ для произведенія извѣстнаго дѣйствія, или въ несоотвѣтственномъ употребленіи дѣйствительныхъ и достаточныхъ средствъ: напр. смѣшиваю ядъ съ другими веществами, которыя дѣлають его безвреднымъ.

В. наконецъ невозможность покушенія можетъ имѣть свое основаніе въ неизвѣстномъ преступнику свойствѣ объекта: хочу убить мертваго и т. п.

Употребленіе абсолютно-недѣйствительнаго средства, которое человекъ считаетъ дѣйствительнымъ по заблужденію, суевѣрью, или по глупости—безъ сомнѣнія, не подлежитъ наказанію. Основа-

¹³⁷⁾ Die Lehre von dem Versuche des Verbrechenens, 1836. 1839.

¹³⁸⁾ Bauer, Abh. стр. 373 и д. «Die gewöhnliche Bezeichnung «Versuch mit untauglichen Mitteln» ist zu beschränkt, weil auch die unangemessene Anwendung eines an sich tauglichen Mittels eine untaugliche Versuchshandlung enthält. Auch der Ausdruck «Mangel objektiver Gefährlichkeit der Handlung» ist nicht entsprechend, und enthält eine irreleitende Zweideutigkeit, indem hierunter auch eine an sich betrachtet und also objectiv höchst gefährliche Handlung, falls sie wieder einen nicht geeigneten Gegenstand gerichtet wird, als eine objectiv nicht gefährliche, d. h. den bestimmten Gegenstand nicht gefährdende Handlung verstanden wird. Z. B. das Zerschmettern des Hirnschädels eines Menschen mit einer Axt, um ihn zu ermorden, ist gewiss eine an sich sehr gefährliche Handlung, wenn sich es aber nachher zeigt, dass der Mensch bereits vorher gestorben war, so würde die Handlung insofern keine objective Gefährlichkeit haben, wenn sie gleich überhaupt die Eigenschaft einer an sich und also objectiv gefährlichen Handlung behält».

нѣ безнаказанности заключается здѣсь въ томъ, что обыкновенно вѣбшее дѣйствіе ни сколько не показываетъ бытіе преступнаго замысла. А если вѣбшее дѣйствіе не показываетъ преступнаго намѣренія, то мы и не можемъ вести его въ соотношеніе съ задуманнымъ преступленіемъ, развѣ будемъ дѣлать заключеніе не отъ существованія вѣбшняго дѣйствія къ преступному замыслу, а отъ намѣренія придемъ къ заключенію о преступности дѣйствія, въ существѣ своемъ непреступнаго. Но понятна несостоятельность этого послѣдняго пути.

Что касается до тѣхъ случаевъ, гдѣ употреблены дѣйствительныя средства, но въ недостаточномъ количествѣ, или употреблены они не такъ какъ должно,—то едва-ли можетъ быть разумно сомнѣніе въ томъ, что такія дѣйствія должны быть разсматриваемы какъ покушеніе на преступленіе и подлежатъ наказаніямъ.

Сомнительны только два случая:

1) Когда человекъ намѣренъ употребить дѣйствительное средство, но получаетъ по случаю и употребляетъ средство недѣйствительное.

2) Когда покушеніе невозможно по свойству объекта преступленія, т. е. когда преступникъ ошибочно предполагаетъ въ немъ то свойство, котораго этотъ предметъ не имѣетъ и при существованіи котораго преступленіе совершилось-бы ¹³⁹⁾.

Мы думаемъ, что многіе изъ этихъ случаевъ должны подлежать наказанію, такъ какъ они указываютъ на преступное намѣреніе виновника и дѣйствія эти заключаютъ въ себѣ опасность — для общества.

Д.

9-го Августа
1860 года.

¹³⁹⁾ Pfothenauer, über den Einfluss des factischen Jrrthums auf die Strafbarkeit verübter Verbrechen. 1839.

наго права желанная эпоха вскорѣ наступила, началась Французская революція. Это была минута торжества и вмѣстѣ пробный камень для естественнаго права. Разрушивши настоящее, отвергнувъ прошедшее, приступили къ построению новаго общественнаго и политическаго зданія, и имѣя подъ рукою готовые образцы и идеалы въ системахъ естественнаго права,—обратились къ нимъ и начали примѣнять ихъ въ самой дѣйствительности. Но здѣсь то и оказалось все безсиліе естественнаго права, какъ дѣйствующей системы. Здѣсь то увидѣли, что отвлеченныя системы не въ состояніи преобразовать міръ, что юридическій порядокъ есть созданіе цѣлой жизни народа, и потому можетъ измѣняться только въ связи съ самою жизнью.

Извѣстенъ исходъ Французской революціи, извѣстно и то горькое разочарованіе, которое постигло горячихъ реформаторовъ ясно увидѣвшихъ, что самая громадная энергія, самый высокій умъ безсильны въ виду преданія вѣковъ и могущества современныхъ отношеній.

Какъ бы въ отмщеніе за пылкое увлеченіе къ преобразованіямъ, за горячія мечты о новомъ лучшемъ порядкѣ, вслѣдъ за окончаніемъ революціи и ея дѣтища—имперія, образуется охлажденіе къ реформаторству, укрѣпляется невѣріе въ естественное право, какъ дѣйствующую систему и начинается воззваніе къ осмѣяннѣмъ и опозореннѣмъ принципамъ прошедшаго.

Здѣсь то зараждается и вскорѣ вырастаетъ, какъ страшная сила, историческая школа, которая научнымъ путемъ доказала непримѣнимость и бесплодность естественнаго и философскаго права, какъ дѣйствующей системы.

Послѣ ударовъ исторической школы естественное и философское право, потеряло кажется на всегда свое прежнее значеніе. Въ настоящее время ему оставляютъ (и то не все) мѣсто только въ области науки, и даютъ значеніе посредствующей силы, которая можетъ дѣйствовать путемъ доказательствъ, уясненій, убѣжденій, а не какъ нормы положительнаго права. Въ такомъ смыслѣ говорится о естественномъ и философскомъ правѣ и въ новѣйшихъ юридическихъ энциклопедіяхъ; все онѣ положительно отрицаютъ его значеніе какъ системы съ дѣйствительною силою, и принимаютъ только съ смыслѣ науки, которая можетъ имѣть одно посредствующее вліяніе на дѣйствительную юридическую жизнь (Блюме §§ 9, 10; Варкѣнигъ §§ 37, 56; Вальтеръ §§ 32, 48, 49); только въ одной изъ нихъ, именно Фридендера, оспаривается и это послѣднее значеніе естественнаго и философскаго права (Ab. 2, § 12; Ab. 7); но мы будемъ говорить объ этомъ въ статьѣ о наукѣ права.

Н. Ренненкампфъ.

ОЧЕРКЪ ТЕОРИИ УГОЛОВНАГО ПРАВА.

СТАТЬЯ ТРЕТЬЯ.

IV.

НАКАЗАНИЕ. ЕГО КАЧЕСТВА И ДѢЙСТВІЯ.

Во введеніи къ нашему очерку мы сказали, что наука уголовного права имѣетъ своей цѣлью найти высшій, основной принципъ права наказанія и за тѣмъ опредѣлить какъ объемъ преступныхъ дѣйствій, такъ равно и основанія для мѣры и средствъ наказанія. Въ первыхъ двухъ статьяхъ мы разсмотрѣли вопросы о принципѣ уголовной власти государства и о преступленіи. Теперь переходимъ къ рѣшенію вопроса о мѣрѣ и средствахъ наказанія. Но предварительно, считаемъ необходимымъ сказать нѣсколько словъ о дѣйствіяхъ и качествахъ уголовного наказанія¹⁾.

А. ДѢЙСТВІЯ УГОЛОВНАГО НАКАЗАНІЯ.

Наказаніе есть реакція со стороны общества противъ нарушителя законовъ общественной жизни, подобная всякой другой естественной реакціи противъ нарушителя законовъ физической, или духовной жизни. Также какъ и естественная реакція, уголовное наказаніе естественно—необходимо и всеобще. Но они различаются другъ отъ друга тѣмъ, что уголовное наказаніе не представляетъ собою той непосредственности, какъ реакція естественная, и по этому, проходя черезъ руки общества, оно подвергается въ своемъ примѣненіи и исполненіи тѣмъ или другимъ господствующимъ воззрѣніямъ. Силы природы дѣйствуютъ произвольно,

¹⁾ Rossi, traité. l. III. ch. 2. 3. 5. Bentham, théorie des peines légales l. I. ch. 3. 4. 6. (Oeuvres. t. II). Welcker, über Staat, Recht und Strafe, стр. 249 и др.

однообразно. Между тѣмъ, вмѣстѣ съ измѣненіемъ понятій о существѣ и цѣли уголовного наказанія, мы видимъ соотвѣтствующія ему, часто очень быстрыя измѣненія въ уголовномъ законодательствѣ относительно мѣры, качества, строгости или снисходительности наказаній. Пониманіе существа и цѣли наказанія, его свойствъ и дѣйствій можетъ быть крайне различно, можетъ болѣе или менѣе уклоняться отъ истины. Философія уголовного права должна поставить своей задачей открыть настоящую, естественную фізіономію наказанія, достигнуть возможно — близкаго соотношенія между наказаніемъ и преступленіемъ. Естественная реакція служить во многихъ отношеніяхъ примѣромъ, на который долженъ быть устремленъ взоръ законодателя и криминалиста. Замѣтимъ, что общественная власть, въ области уголовного правосудія, можетъ ошибаться слишкомъ часто и потому законодатель сдѣлаетъ лучше, если во многихъ случаяхъ будетъ снисходительнѣе, чѣмъ надобно, нежели строже того, сколько того требуютъ онъ него юридическія основанія.

Наказаніе, по самому понятію своему, не можетъ быть мыслимо безъ преступленія. Не обусловливаясь преступленіемъ (*quia peccatum est*), наказаніе не имѣетъ смысла ²⁾.

Но съ этимъ основнымъ условіемъ наказанія не только соединены, но и неразрывно-связаны извѣстныя его дѣйствія устремляющіяся на будущее (*ne peccetur*). Ошибка абсолютистовъ заключалась въ томъ, что они устремляли наказаніе на одно прошедшее: наказаніе, разсматриваемое съ ихъ точки зрѣнія, является безцѣльнымъ зломъ, которое не имѣетъ оправданія въ рукахъ общественной власти. Бѣзцѣльность наказанія оскорбляетъ наше нравственное чувство и несовмѣстна съ мудрыми законами природы. Будучи справедливымъ, наказаніе необходимо должно быть полезно для общества, и уголовное законодательство должно удовлетворять двоякимъ требованіямъ: требованіямъ философіи уголовного права и требованіямъ уголовной политики, которая имѣетъ своимъ назначеніемъ соединять государственныя цѣли съ началами справедливости и относится къ уголовному праву, какъ цѣлесообразное къ абстрактно — справедливому.

Ошибочно думать, чтобы полезное и справедливое были двѣ

²⁾ *Abegg, Lehrb. § 114: «Strafe heiszt der aus einer Gesetzesübertretung hervorgehende, im Wesen der Gerechtigkeit gegründete Zwang gegen den Urheber, zur Unterordnung seines dem Rechte widerstrebenden Willens unter eben dieses Recht». § 49: «Die Strafe, als der Schuld entsprechend und nothwendig durch sie hervorgerufen, bezieht sich also auf das Vergangene, den widerrechtlichen Willen, aber nicht als solchen, sondern wie dieser sich in der verbrecherischen That beurkundet hat, also auf die Handlung, nicht auf etwas künftiges».*

противоположности, или строго различать право и политику³⁾. Конечно, въ уголовныхъ законодательствахъ мы видимъ къ сожалѣнію нерѣдко, что соображенія полезности, являются на первомъ планѣ, подчиняя или и вовсе исключая требованія справедливости. Но, какъ справедливо замѣчаетъ Бернеръ⁴⁾, только ложное пониманіе права и политики и могло ихъ поссорить между собою. «Уголовное право (повторимъ прежде сказанное) не должно быть наукой абстрактно — справедливаго. Государственныя цѣли, полезное — органически соединяются съ справедливостью; цѣлесообразное исходитъ изъ внутренней жизни справедливаго, соображенія полезности и справедливости могутъ идти рука объ руку. Уголовное правосудіе, какъ всякая сила въ живомъ организмѣ, не есть слѣпое противодѣйствіе преступленію, безцѣльный отпоръ удару, но внутренне — органическая, цѣлесообразная дѣятельность». Отвращая и предупреждая правонарушенія, наказаніе возстановляетъ господство права, а господство права является кореннымъ условіемъ общественной жизни.

Полезныя дѣйствія наказанія очень разнообразны и въ нихъ заключается его истинность и справедливость. Дѣйствія эти слѣдующія:

1. Какъ угроженіе закона, уголовное наказаніе производитъ наставленіе и страхъ.

Уголовная санкція есть непосредственное и обязательное изъясненіе законовъ нравственнаго міра въ ихъ отношеніи къ общественной жизни. Нравственное наставленіе бываетъ часто неэффективно, ибо человекъ не всегда слѣдуетъ голосу совѣсти; еще чаще недостаточно, потому что дѣйствіе преступное можетъ легко казаться безразличнымъ, или даже похвальнымъ. Запрещая извѣстныя дѣйствія подъ страхомъ наказанія, законъ даетъ а) *наставленіе*: такъ называемъ мы дѣйствіе наказанія, относящееся ко всѣмъ гражданамъ извѣстнаго государства, даже и къ тѣмъ, кто не имѣетъ ни малѣйшаго намѣренія нарушить законъ. б) *Предвареніе*; оно состоитъ въ угроженіи закона и относится болѣе къ тѣмъ, которые, не будучи высоко-нравственными людьми, хотя жить сообразно съ закономъ, не изъ одного только страха наказанія, но по чувству общественной нравственности. в) *Страхъ наказанія* дѣйствуетъ на тѣхъ, которыхъ не удерживаютъ отъ преступленій даже требованія общественной нравственности, но которые боятся однако страданія, неразрывнаго съ наказаніемъ.

³⁾ Hepp, Darstellung. III. § 115.

⁴⁾ Berner, Lehrb. § 38.

II. Какъ зло дѣйствительно приводимое въ исполненіе, наказаніе производитъ слѣдующія дѣйствія:

а) Оно дѣлаетъ угроженіе закона дѣйствительнымъ, потому что угроза имѣетъ значеніе въ томъ только случаѣ, когда извѣстно, что она дѣйствительно будетъ приведена въ исполненіе.

б) Посредствомъ примѣра наставленіе закона получаетъ большую силу въ глазахъ общества, производитъ болѣе яркое, глубокое впечатлѣніе на умы. Публикація уголовного закона проходитъ обыкновенно незамѣтной для большинства народа. Но публичный судъ и исполненіе наказанія могущественно дѣйствуютъ на толпу. При томъ же законъ общъ, судъ и исполненіе наказанія — факты индивидуальныя, законъ — нѣчто абстрактное, судъ и наказаніе — нѣчто конкретное. Однимъ словомъ, закону не достаетъ многихъ существенныхъ условій, которыя бы привлекли на него вниманіе общества; судъ и исполненіе наказанія соединяютъ въ себѣ эти условія. Страху наказанія точно также примѣръ придаетъ большую силу.

Относительно самаго преступника наказаніе производитъ слѣдующія дѣйствія:

с) Во многихъ случаяхъ оно лишаетъ преступника физической возможности совершать преступленія (смертная казнь, лишеніе свободы).

д) Вѣроятнымъ дѣйствіемъ наказанія является страхъ, частное предупреденіе. Если наказаніе, напр. тюремное заключеніе, не будучи жестокимъ, сохраняетъ однако характеръ наказанія, то можно надѣяться, что преступникъ, выпущенный на свободу, воздержится отъ преступленія, чтобъ не попасть снова въ тюрьму.

е) Исправленіе преступника. Этаго дѣйствія надобно желать всего болѣе. Страхъ наказанія не есть еще полное возрожденіе преступника. Страхъ дѣйствуетъ такъ сказать механически противъ преступныхъ побужденій: дѣйствіе страха со дня на день можетъ уменьшаться по мѣрѣ удаленія отъ наказанія, а обобщеніе преступленіемъ пропорціонально увеличиваться. Одного страха недостаточно; нужно, чтобъ въ законѣ преступникъ видѣлъ не только предметъ страха, но и правило нравственно обязательное для человѣка. Исправленіе преступника возможно и его должно имѣть въ виду при назначеніи мѣры и качества наказанія. Установляя наказанія, которыя по существу своему (тѣлесныя, членовредительныя наказанія), или по способу исполненія (плохое устройство тюремъ), развращаютъ преступника. — законодатель дѣлаетъ болѣе, чѣмъ простую неосмотрительность.

ф) Наказаніе очищаетъ общественный организмъ отъ больна-

го, вреднаго члена или исправляя его, или лишая его возможности вредить, или изгоняя его изъ предѣловъ государства. Въмѣстѣ съ тѣмъ, оно возстановляетъ нарушенное спокойствіе и безопасность государства, тѣмъ болѣе, что наказаніе можетъ возстановить къ преступнику прежнее уваженіе и довѣріе его согражданъ.

Кромѣ изчисленныхъ нами дѣйствій, наказаніе производитъ наконецъ г) удовлетвореніе общественной совѣсти, юридическаго чувства народа. Это чувство не должно смѣшиваться съ чувствомъ безопасности. Это чувство не эгоистическое; его испытываютъ и тѣ, которымъ нечего бояться наказаннаго преступника, нечего бояться совершеннаго имъ преступленія. Это любовь къ добру, порядку, справедливости, которая имѣетъ свою общественную цѣну: она главнымъ образомъ, почти единственно, сохраняетъ общественный порядокъ, освящаетъ, націонализируетъ и усиливаетъ дѣйствіе и силу закона.

Таковы дѣйствія уголовного наказанія. Мы не думаемъ, что изчислили ихъ вполне, и даже не имѣли этаго въ виду. Мы хотѣли только указать на главнѣйшія изъ нихъ ⁵⁾.

⁵⁾ Изъ древнихъ писателей, *Платонъ* принимаетъ три цѣли наказанія: наказаніе, исправленіе преступника и устрашеніе другихъ (*Gorgias*, ed. Bipont. IV. p. 168). *Аристотель*: возмездіе и исправленіе преступника (*Rhetor.* 1, 10). *Цицеронъ*: ut et ipse (преступникъ) ne quid tale post hac committat, et ceteri sint ad injuriam tardiores (*de offic.* 1. 11). *Гелій* говоритъ, что наказанія назначаются «castigandi atque emendandi gratia, ut is, qui fortuito delinquit, attentior fiat correctiorque, aut... quia dignitas auctoritasque ejus, in quem est peccatum, tuenda est, ne praetermissa animadversio contentum ejus pariat, et honorem levat; aut... quia poenitio propter exemplum est necessaria, ut ceteri similibus a peccatis, quae prohiberi publicitus interest, metu cognitae poenae deterreantur. (*Noctes Atticae* 1, 14). У Римскихъ юристовъ мы встрѣчаемъ: исправленіе преступленія, удовлетвореніе обиженнаго общее и частное предупрежденіе (*Rein*, *Criminalrecht der Römer*. стр. 77 — 88). — *Гуго Гроцій*: исправленіе преступника и безопасность прочихъ гражданъ. *Гоббсзъ*: исправленіе и устрашеніе (*de cive*, 3, 11). *Пуффендорфъ* къ этимъ дѣйствіямъ наказанія присоединяетъ лишеніе преступника возможности вредить (*de jure naturae et gentium*. 8, 3, § 9). *Лейзеръ*: satisfactio laesi, pensatio mali cum malo, emendatio malefici, detractio virium nocendi, terror aliorum, incrementum aerarii, aut alia reipublicae utilitas (*medit. ad. Pandectus*. § 649. med. 1). — *Бѣмеръ*: обезпеченіе безопасности государства посредствомъ общаго и частнаго предупрежденія. (*Elementa jurisprudentiae criminalis* p. 223). У новѣйшихъ криминалистовъ комбинируется по большей части (воздаяніе, исправленіе, предупрежденіе. См. напр. *Jarcke*, *Handbuch*. 1827. I. § 39. *Veizin*, *die Befugniss des Staats in Hinsicht auf Rechtsverletzungen*. 1801. *Meister*, *Lehrbuch des Naturrechts*. 1809. § 583. *Philosophie oder philosophische Rechtslehre*. 1817. S. 225 fg. *Henke*, *Handbuch*. 1828. I. § 62—63. *Escher*, *Abhandlungen aus dem Gebiete des Strafrechts*. 1822. *Schmalz*, *die Wissenschaft des natürlichen*

Б. КАЧЕСТВА НАКАЗАНІЯ.

Наказаніе вызывается преступной волей человека, проявившейся во вѣдшемъ дѣйствіи, и потому падаетъ на лице, на волю преступника. Отсюда понятно, что наказаніе должно поражать только виновнаго, т. е.

1. Наказаніе должно быть *личнымъ*. Этотъ принципъ былъ такъ часто забываемъ у народовъ древности, что нельзя не признать огромной заслуги еврейскаго законодательства въ томъ, что оно громко провозгласило его ⁶⁾, тѣмъ болѣе, что онъ не находилъ себѣ признанія даже въ законодательствахъ, почти современныхъ намъ, западной Европы. Обращаясь къ европейскимъ законодательствамъ XVII и XVIII в., мы увидимъ, что конфискація имущества играетъ огромную роль и обогащаетъ собою казну, или доносчиковъ, даже иногда она прямо нарушаетъ права кредиторовъ, мужа, жены. Въ Англіи всѣ многочисленные случаи felonіи влекутъ за собою конфискацію. Имѣніе самоубійцы также конфискуется. Во Франціи, отецъ и мать обвиненнаго въ оскорбленіи величества au premier chef на всегда изгоняются изъ государства подѣ страхомъ висѣлицы за возвращеніе ⁷⁾. Въ Германіи, по прусскому земскому уложенію наказывается не только самъ виновный въ государственной измѣнѣ, но и дѣти его, которые или изгоняются на всегда изъ государства, или подвергаются вѣчному тюремному заключенію. Въ 1809 г. предложенъ былъ англійскому парламенту билль, имѣвшій цѣлю остановить развитіе подкупа, который употребляли отцы, чтобы доставить своимъ дѣтямъ выгодныя мѣста въ Индіи. Въ числѣ другихъ распоряженій было и такое, по которому дѣти, получившіе такимъ образомъ мѣсто, должны быть лишены своихъ должностей: Уложеніе Царя Алексѣя Михайловича и позднѣйшее законодательство (напр. Петра I) изобилуютъ примѣрами этаго рода. Понятна неразумность и незаконность такихъ распоряженій, которыя заставляютъ страдать невинныхъ за вину другаго. Конечно, всякое наказаніе производитъ непрямо дѣй-

Rechts. 1831. § 167. *Berner*, Lehrbuch. 1857. § 115—116 и др. Подробно и полно исчисляются дѣйствія наказанія въ сочиненіяхъ, приведенныхъ нами въ первомъ примѣчаніи настоящей статьи. См. также *Hepp*, Darstellung, I, стр. 261—368. III. 658—677. 744 и д.

⁶⁾ Второз. XXIV. 16.

⁷⁾ *Ortolan*, Cours de législation pénale comparée. 1839—1841, t. II (1841), p. 115—116. — *Bentham*, th. des peines. I. IV: «La peine est déplacée ou mal assise dans deux cas. 1) Si le delinquant n'étant pas puni, un autre l'est à sa place (peine vicairie). 2) Si le delinquant étant puni, quelque personne innocente est puni avec lui en vertu d'une clause expresse de la loi (peine transitive)».

ствіе, которое падаетъ на невинныхъ. Этихъ дѣйствій законодатель не можетъ устранить вполне. Самый легкій штрафъ напр. все таки уменьшаетъ доходы всего семейства. Тюремное заключеніе отца семейства, а тѣмъ болѣе ссылка его, могутъ повергнуть въ нищету его жену и дѣтей. Самый судъ надъ преступникомъ очень часто уже выдвигаетъ его семейство изъ обыкновеннаго уровня и обращаетъ на него особое вниманіе общества, которое бываетъ обыкновенно крайне неприятно. Но подобныя результаты суть чепрямыя послѣдствія наказанія и прямыя слѣдствія преступленія: истинная причина здѣсь не лежитъ въ выборѣ средствъ наказанія и всякое изъ нихъ необходимо производитъ это дѣйствіе въ большей или меньшей мѣрѣ. Уголовныя преступленія, также какъ и нравственно-личныя пороки индивидуума, воздѣйствуютъ своими гибельными послѣдствіями на всѣхъ, находящихся съ нимъ въ тѣхъ или другихъ отношеніяхъ. Дѣло законодателя состоитъ въ томъ, чтобы не расширить этихъ результатовъ далѣе ихъ естественныхъ границъ, чтобы заключить дѣйствія непрямаго зла въ возможно-тѣсныхъ границахъ; особенно должно остерегаться такого выбора средствъ или мѣры наказанія, которыя станутъ прямой причиной зла поражающаго невинныхъ ⁸⁾.

2. Наказаніе должно быть *нравственнымъ*, т. е. оно не должно имѣть по крайней мѣрѣ прямаго вреднаго дѣйствія на нравственность преступника.

Всякое наказаніе *можетъ* подѣйствовать гибельно на наказаннаго, даже въ томъ случаѣ, если цѣлью наказанія будетъ исправленіе. Какъ-бы хорошо ни было устроена исправительная тюрьма, но все таки очень возможно напр., что въ ней воцарится самое

⁸⁾ Такъ какъ уголовное наказаніе имѣетъ своимъ объектомъ волю преступника, то оно можетъ быть назначаемо только надъ живымъ преступникомъ. Вопреки справедливому правилу Еврейскаго законодательства (Второз. XXI. 23), европейскія законодательства до поздняйшаго времени (XVIII в.) оставляли трупъ преступника на висѣлицѣ, на колесѣ до тѣхъ поръ, пока время не произведетъ на него своего разрушительнаго дѣйствія (*Ortolan*, вышеприведенное сочиненіе II. III). Даже болѣе. Во Франціи напр. ордонансъ 1870 г. узаконяетъ процессъ противъ мертваго. Въ случаѣ осужденія, трупъ былъ *«trainé sur la claie»*, или вѣшаемъ на висѣлицу. Если трупа нельзя было достать, то наказаніе исполнялось *in effigie* (*Schaeffner, Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs. 1859. т. III. стр. 447*). Не стоить много опровергать законность такихъ возмутительныхъ для нравственнаго чувства наказаній, которыя, унижая государство до самой гнусной и безсмысленной мести, показываютъ только его безсиліе. Точно тоже должно сказать и о наказаніяхъ совершаемыхъ надъ преступниками, лишившимися разсудка. (*С. И. Баршова, Общія начала, т. II, стр. 219 — 221. Jarcke, Hdb. I. § 54. Неразумно наказаніе en effigie и того, кто скрылся отъ рукъ правосудія. — Köstlin, System. § 126.*

ужасное лицемѣріе. Денежный штрафъ — наказаніе само по себѣ нисколько не безнравственное, но очень легко можетъ случиться, что присужденный заплатитъ штрафъ даже и очень малый, оставить работу и т. д.

Стремясь безусловно къ тому, чтобы отвратить эти печальныя дѣйствія, законодателью пришлось-бы отмѣнить всѣ наказанія, что невозможно. Но законодатель имѣетъ обязанностью отмѣнить тѣ наказанія, которыя прямо и непосредственно имѣютъ безнравственное вліяніе на преступника, и заботиться о томъ, чтобы оставшіяся за тѣмъ наказанія были устройствомъ своимъ способны къ исправленію преступника. Исправленіе преступника, будучи благороднѣйшей цѣлью наказанія, имѣетъ огромное значеніе и въ политическомъ отношеніи, потому что самымъ человѣчнымъ путемъ оно *лишаетъ преступника возможности вредить надежнѣе всѣхъ другихъ средствъ наказанія* (исключая конечно вѣчнаго лишенія свободы, которое если и можетъ имѣть мѣсто, то въ очень немногихъ случаяхъ).

Должны быть отмѣнены всѣ наказанія, возбуждающія въ народѣ чувства безнравственныя, жестокость, корыстолюбіе и т. д. Сюда относятся мучительныя казни, штрафы въ пользу доносчика и т. п.

Замѣтимъ, что ученіе о нравственности наказанія требуетъ глубокихъ свѣденій о дѣйствіяхъ наказанія, глубокаго знанія о состояніи общественнаго мнѣнія, самаго тщательнаго изученія результатовъ уголовной статистики.

3. Относясь къ преступленію какъ слѣдствіе къ причинѣ, наказаніе должно быть *аналогично* съ преступленіемъ, т. е. заключаться въ духѣ преступленія. Но замѣтимъ, что требованіе аналогіи можетъ имѣть мѣсто въ очень немногихъ случаяхъ. Философія права, которая не хочетъ выдумывать чистопроизвольныя средства наказанія, конечно не должна вовсе упускать изъ виду аналогіи, но проводить ее она должна до тѣхъ только поръ, пока аналогія можетъ быть проведена разумно. Такъ какъ преступленіе имѣетъ своимъ объектомъ или прирожденные права (жизнь, честь, здоровье, свобода) или прибрѣтенныя (имущества), — отсюда являются и два главные рода наказанія: одни падаютъ на права личныя (лишеніе свободы, ссылка), другія на имущество (денежныя штрафы). Но излишнее стремленіе къ аналогіи можетъ повести къ высочайшимъ жестокостямъ и несправедливостямъ, чему лучший примѣръ представляютъ уголовныя законодательства прежнихъ временъ.

4. Заключая въ себѣ для преступника зло, соотвѣтствующее совершенному имъ злу⁹⁾, наказаніе должно быть *дѣлимо*, т. е. оста

⁹⁾ Должно ли замѣнять назначенное закономъ наказаніе другимъ, если оно не кажется преступнику зломъ? см. *Abegg, Untersuchungen. 1830. Erste Abh.*

ваясь неизмѣннымъ въ родѣ, измѣняются въ тяжести и продолжительности, смотря по роду различныхъ преступлений, или по степени одного и того же преступленія. Конечно, и недѣлимое наказаніе можетъ быть законнымъ, но оно будетъ имѣть приложеніе въ очень небольшомъ числѣ случаевъ. Число допускаемыхъ разумомъ средствъ наказанія очень мало сравнительно съ множествомъ и разнообразіемъ преступленій. Дѣлимость наказанія восполняетъ число средствъ и чѣмъ дѣлимѣе наказаніе, тѣмъ лучше.

5. Наказаніе должно быть *оцѣнимымъ, измѣримымъ.*

Будучи страданіемъ, лишеніемъ извѣстнаго права, наказаніе является равной цѣны съ тѣмъ благомъ, котораго оно касается. Наказаніе должно дѣйствовать равномѣрно на всѣхъ преступниковъ, между тѣмъ одно и тоже благо, которое оно поражаетъ, очень часто имѣетъ далеко не одинаковую цѣну для тѣхъ, кто имъ обладаетъ. Есть сверхъ того блага очень дорогія для однихъ и неизвѣстныя, недоступныя для другихъ. Поражая наказаніемъ такія блага, законодатель не можетъ напередъ ни быть увѣреннымъ въ дѣйствительномъ значеніи наказанія, ни оцѣнить важность его для лицъ, имѣющихъ подвергнуться наказанію. По англійскимъ законамъ, говоритъ Бентамъ, нѣкоторыя преступленія наказываются конфискаціей всего движимаго имущества. Понятно, что тотъ, чье имущество заключается въ движимости, разоряется совершенно, а другой не терпитъ почти ничего. Таковы далѣе наказанія оскорбительныя для чести (позорный столбъ и т. п.); наказанія тѣлесныя. О нихъ подробнѣе мы говоримъ ниже. Теперь замѣтимъ только то, что употребленіе наказаній, слишкомъ ужасныхъ и жестокихъ для однихъ и слишкомъ ничтожныхъ для другихъ, наноситъ большой вредъ правосудію. Безъ сомнѣнія, всякое наказаніе въ своемъ приложеніи дѣйствуетъ болѣе или менѣе неравномѣрно, и требованіе одинаковости наказанія имѣетъ за собою справедливость и законность только какъ протестъ противъ различныхъ сословныхъ и другихъ привиллегій, которыя, къ сожалѣнію, такъ часто встрѣчаются въ уголовныхъ уложеніяхъ. Но законодатель обязанъ избирать тѣ наказанія, которыя сохраняютъ свой уголовный характеръ, каковъ-бы ни былъ наказываемый индивидуумъ, и которыхъ неравномѣрность не слишкомъ значительна. Различія этаго рода могутъ быть уменьшены, а иногда и вовсе уничтожены, когда судьямъ предоставляется свобода въ назначеніи наказаній, свобода, разумѣется, ограниченная и предоставляемая подъ контролемъ гласности судопроизводства ¹⁰⁾.

¹⁰⁾ Rossi, traité, стр. 446: «Seulement il ne faut pas songer à appliquer le même correctif à celles des peines dont les variations d'intensité sont immenses, selon la diverse qualité des individus. Le législateur ne peut tout faire, ni tout calculer d'avance; mais le juge ne doit pas non plus pouvoir se jouer du frein de

6. Наказаніе должно быть *отвратимо* и *вознаградимо*. Наказаніе вознаграждимо, если оно не исключаетъ возможности дать наказанному вознагражденіе, способное изгладить понесенное имъ зло. Наказаніе отвратимо, если оно, во время совершенія, можетъ быть остановлено и отмѣнено, не оставляя по себѣ неизгладимыхъ слѣдствъ. Денежныя наказанія вознаграждимы; лишеніе свободы болѣе отвратимо, чѣмъ вознаграждимо.

Эти качества наказанія необходимы по случаю несовершенствъ человѣческаго правосудія и слѣдственно легкой возможности ошибокъ. Такъ какъ большее или меньшее совершенство правосудія зависитъ главнымъ образомъ отъ организациі уголовной юстиціи, то требованія этихъ двухъ качествъ уменьшаются въ томъ государствѣ, гдѣ господствуетъ устный, гласный судъ присяжныхъ, несвязанныхъ законной теоріей доказательствъ. Извѣстно, что этотъ порядокъ судопроизводства наиболѣе способствуетъ къ открытію матеріальной истины, т. е. дѣйствительной вины или невинности подсудимаго.

Строго говоря, нѣтъ наказаній, которыя были бы отвратимы и вознаграждимы. Вознаграждая меня за уплаченный мною штрафъ, невозможно сдѣлать, чтобы тѣ лишенія, которыя потерпѣлъ я, заплативъ его, какъ бы не существовали. Выпуская меня изъ тюрьмы, кто можетъ изгладить и чѣмъ вознаградить меня за то, что переживалъ я, находясь въ заключеніи? Но не имѣя возможности достигнуть полной вознаграждаемости наказаній, законодатель долженъ по крайней мѣрѣ отказаться отъ тѣхъ наказаній, которыя наиболѣе неотвратимы и неознаградимы (смертная казнь, отсѣченіе членовъ, клейменіе и т. д.).

Таковы дѣйствія наказанія и необходимыя его качества. Переходимъ теперь къ изложенію основаній для мѣры и средствъ наказанія. Сперва представимъ и разберемъ мнѣнія различныхъ писателей относительно этаго вопроса, а потомъ займемся положительнымъ его разрѣшеніемъ ¹¹⁾.

V.

СРЕДСТВА И МѢРА НАКАЗАНІЯ.

Наука уголовного права, какъ и всякая наука не чисто теоретическая, имѣетъ назначеніемъ прилагать свои основанія къ дѣлу.

la loi. Il y a un partage prudent, judicieux, de pouvoirs à faire entre le législateur et le juge. C'est un des problèmes les plus difficiles à résoudre dans la science des lois».

¹¹⁾ При обзорѣ и оцѣнкѣ уголовныхъ теорій мы руководствуемся сочиненіемъ *Genna, Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme*. 1843 — 1845, къ которому и отсылаемъ желающихъ ближе ознакомиться съ этимъ предметомъ.

Упрекъ въ неприложимости очень важенъ при оцѣнкѣ уголовной теории и ему подвергаются въ высшей степени системы абсолютныя.

I. Абсолютныя теории, какъ мы видѣли въ первой статьѣ, не могли дать твердой основы для принадлежащаго государству права наказанія. Если основаніе наказанія лежитъ въ нашемъ нравственномъ чувствѣ (Кантъ), или въ идеѣ неправды (Гегель), то государство должно взять на себя не только наказаніе безнравственныхъ дѣйствій, но и награду добрыхъ дѣлъ. Награда и наказаніе являются нашему нравственному чувству съ одинаковой необходимостью: они составляютъ единую, нераздѣльную идею воздаянія. Но понятно, какъ непрактично это требованіе, вытекающее съ логической необходимостью изъ основной идеи абсолютистовъ. Понятно также и то, почему общественное правосудіе никогда и нигдѣ не присвоивало себѣ право награды и оставляло за собою только право наказанія.

Такъ-же несостоятельно ученіе абсолютистовъ и относительно вопроса объ объемѣ преступныхъ дѣйствій. Мы видѣли, что по теоріи Гегеля должны считаться преступленіями, т. е. подвергаться уголовному наказанію не только дѣйствія, которыя обыкновенно называются преступленіями, но и всякое правонарушеніе, всякая безнравственность, ибо всякая безнравственность ничтожна и поэтому должна быть уничтожена, т. е. наказана.

По системѣ Канта, также не одни преступленія, но и всякая безнравственность, даже всякое безнравственное помышленіе должно подлежать уголовному наказанію, потому что передъ судомъ нравственнаго закона виѣшнее дѣйствіе важно только какъ проявленіе внутренняго движенія души, которое одно и имѣетъ за собою самостоятельное значеніе.

Мысль о совершенной тождественности между естественнымъ и гражданскимъ наказаніемъ, какъ и вообще смѣшеніе права, съ нравственностію принадлежитъ эпохѣ младенчества и въ исторіи народовъ и въ философіи права. Естественно, что абсолютисты старались отдѣлить нравственность отъ права, разграничить нравственное и общественное наказаніе и, положивъ первое въ основу втораго, помирить ихъ между собою. Но такъ какъ идея нравственнаго наказанія только произвольно можетъ быть ограничена извѣстнымъ родомъ безнравственныхъ дѣйствій и согласно требованіямъ нашего нравственнаго чувства ни одинъ, самый малѣйшій грѣхъ не можетъ пользоваться привилегіей безнаказанности, то понятно, что абсолютисты не могли достигнуть своей желанной, но недостижимой цѣли разграничить законъ положительный отъ нравственнаго и гражданское наказаніе отъ естественнаго воздаянія.

Якобъ ¹²⁾ выводитъ положительный законъ изъ нравственнаго слѣдующимъ образомъ:

«Нравственные законы—говорить онъ—опредѣляютъ необходимость извѣстныхъ дѣйствій. Отсюда рождается понятие обязанности (нравственно-необходимаго дѣйствія) и понятие права (въ субъективномъ смыслѣ). Свободное дѣйствіе непротивное нравственной обязанности, есть дозволенное и слѣдовательно должно проявить себя. Если же оно должно проявить себя, то тѣмъ самымъ другіе обязываются не препятствовать его проявленію. Право состоитъ въ нравственной возможности дѣйствовать (*facultas moralis agendi*) и всякому праву человѣка соотвѣтствуетъ обязанность со стороны всѣхъ прочихъ людей».

Но если право человѣка исходить изъ его нравственной обязанности (*das Dürfen aus dem Sollen*), то оно не можетъ простирается далѣ своей нравственной необходимости, т. е. оно должно быть нравственно-возможнымъ. Изъ сказаннаго Якобомъ слѣдуетъ только то, что человѣкъ долженъ исполнять свои нравственныя требованія и, что другіе не должны ему въ томъ препятствовать. Эта мысль, безспорно прекрасная, не ведетъ къ матеріальному разграниченію положительнаго и нравственнаго закона. Здѣсь нѣтъ свободной воли, нѣтъ факультативной власти что либо дѣлать или не дѣлать, нѣтъ того, что мы обыкновенно соединяемъ съ понятіемъ права. Когда возможность (*das Dürfen*) истекаетъ изъ долга (*das Sollen*), то человѣкъ можетъ дѣлать только то, что долженъ, слѣдственно на дѣйствія противныя нравственному закону здѣсь не дается права. Право рождается изъ нравственно-возможныхъ дѣйствій, а противное нравственному закону не есть нравственно возможное. Если такимъ образомъ права человѣка совпадаютъ съ его обязанностями и положительный законъ не есть законъ разума различный отъ нравственнаго, то и въ области уголовного права не можетъ быть юридическаго возмездія различнаго отъ нравственнаго.

Кантъ выводитъ понятіе права не изъ нравственнаго закона (нравственнаго понятія обязанности). Онъ принимаетъ за основаніе права внѣшнюю свободу человѣка, которая дана всѣмъ людямъ поровну. Кругъ дѣйствія воли cadaго лица ограничивается кругомъ дѣйствія свободы другихъ лицъ, и такъ какъ человѣкъ имѣетъ право на все то, что лежитъ внутри сферы его свободы, то понятіе права различно отъ понятія нравственной обязанности: юридически-возможное идетъ далѣ нравственно-возможнаго ¹³⁾.

Но практическій разумъ, не противорѣча и не уничтожая са-

¹²⁾ *Philosophische Rechtslehre*. 1795.

¹³⁾ *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre*. 1798, стр. 225 — 226.

маго себя, не можетъ позволять и запрещать одно и тоже дѣйствіе, т. е. признавать его въ одно и тоже время достойнымъ наказанія, но не подлежащимъ наказанію. Между тѣмъ Кантъ ограничиваетъ идею нравственнаго воздаянія не только одними внѣшними ограниченіями, но даже изъ числа правонарушеній только за нѣкоторыми оставляетъ онъ названіе преступленій и, въ основаніе этаго раздѣленія правонарушеній на гражданскія и уголовныя, онъ принимаетъ опасность преступленій для всего общества, которая уполномочиваетъ само государство быть истцемъ по дѣламъ этаго рода.

Но ясно, что этими словами Кантъ противорѣчитъ не только идеѣ нравственнаго, но даже и идеѣ юридическаго возмездія. И съ точки зрѣнія юридическаго воздаянія, преступленіе наказывается ради него самаго, а не потому только, что оно опасно для общества. Признавать преступленіями одни опасныя для государства дѣйствія, это значитъ другими словами сказать, что основаніе преступности дѣйствій лежитъ въ ихъ всеобщей опасности. А всеобщая опасность не есть признакъ, который заключается въ идеѣ воздаянія, какъ фактъ нашего нравственнаго чувства, но основывается на другихъ началахъ. Такимъ образомъ, мысль Канта стоитъ въ полномъ противорѣчій съ его системой нравственнаго воздаянія и онъ впадаетъ въ область относительныхъ теорій¹⁴⁾.

Теорія нравственнаго воздаянія не даетъ твердыхъ основъ для мѣры и средствъ наказанія точно также, какъ несостоятельно ея воззрѣніе относительно вопроса о правѣ наказанія, и какъ не практичны вытекающія изъ основной ея идеи основанія для опредѣленія объема преступныхъ дѣйствій.

Изъ теорій Канта видна только необходимость зла, въ чемъ же должно состоять это зло — она не говоритъ. Задачею практи-

¹⁴⁾ *Köstlin*, Revision, стр. 768 — 770: «Die Forderung einer moralischen Wiedervergeltung erscheint nur als eine Folge des noch nicht vollzogenen Scheidungsprocesses (нравственности отъ права). Uebrigens ist schon von Abegg (Lhrb. S. 62) mit Recht bemerkt, dass die Art der Begründung solche Theorien durchaus als relative erscheinen lasse. Man muss aber noch weiter gehen und behaupten, dass von dem allgemeinen Standpunkt des subjektiven Idealismus aus (und wenigstens als dessen Vorbereitung erscheint das vorkantische Naturrecht) überall eine wahre Gerechtigkeitstheorie consequenter Weise gar nicht möglich war, da man wenn man nicht mit Kant zu dem, von Fichte gehörig gewürdigten, kategorischen Imperatif greifen, d. h. sich alle Consequenz ersparen wollte, doch nicht umhin konnte, die aus der Gerechtigkeit begründete Strafe definitif erst durch den Staatsvertrag und seine Zwecke zu rechtfertigen. Damit ist aber von selbst das Absolute wieder zum Relativen, das Gerechte zum Zweckmässigen herabgesetzt».

ческаго разума не можетъ быть а priori установить систему наказаній. Понятія о ви́шнихъ средствахъ наказанія, какъ понятія чисто-эмпирическія, не могутъ быть присущими нашему духу, или формѣ нашего разума, какъ говоритъ Кантъ. Вопросъ о нихъ принадлежитъ опыту. Въ тоже время, такъ какъ съ одной стороны между виной и наказаніемъ должно быть количественное и качественное соотношеніе, то назначеніе рода и средствъ наказанія не можетъ быть предоставлено произволу законодателя. Съ другой стороны, законодателью предстоитъ неразрѣшимая задача. Согласно требованіямъ разума, онъ долженъ, обратясь къ опыту, найти законныя средства наказанія, и привести въ равновѣсіе нравственную, внутреннюю вину и извѣстный ви́шний родъ наказанія. Но ви́шнее и внутреннее двѣ величины несоизмѣримыя, которыя не могутъ быть приведены ни въ какое взаимное соотношеніе и равновѣсіе. Понятна несостоятельность уголовной теоріи, которая задаетъ законодателью неразрѣшимыя задачи.

Сверхъ того, согласно требованію этой теоріи, мѣра наказанія должна опредѣляться степенью безнравственности преступника. Но спрашиваемъ: въ состоянн-ли какойнибудь судья узнать степень безнравственности человѣка? Кто можетъ осмѣлиться бросить взоръ въ сокровеннѣйшія глубины человѣческаго сердца, съ тѣмъ чтобы проникнуть въ отношеніе его свободы къ необходимости и судить человѣка не на основаніи отдѣльнаго, подлежащаго обсужденію факта, но на основаніи всей жизни человѣка? Невозможность такой задачи поняли еще средніе вѣка: откуда можетъ быть объяснено происхожденіе Божьихъ судовъ. Конечно, это было дѣтски-ложное убѣжденіе, что Богъ всегда видимымъ, ви́шнимъ образомъ заступаетъ за невиннаго и открываетъ виноватаго. Но въ основѣ своей это воззрѣніе глубоко истинно. Замѣтимъ, въ заключеніе, что ни одно законодательство не предоставляло судѣ исключительно - нравственную оцѣнку вины преступника, и даже тамъ, гдѣ этотъ взглядъ господствовалъ хотя отчасти, — мы видимъ вездѣ варварство юстиціи.

Якобъ выставляетъ матеріальное возмездіе, какъ принципъ устанавлиющій истинное соотношеніе между преступленіемъ и наказаніемъ какъ относительно рода, такъ и относительно степени возмездія. — Это мнѣніе не стоить долгихъ опроверженій.

Не говоря уже про то, что принципъ матеріальнаго возмездія (око за око, зубъ за зубъ) ведетъ къ жестокостямъ разнаго рода, отъ которыхъ Европа ушла, слава Богу, довольно далеко, — онъ сверхъ того можетъ имѣть приложение къ очень небольшому числу преступленій: убійца подлежитъ смертной казни, членовредитель подвергается лишенію того члена, который онъ повредилъ другому. Но какъ наказывать вора, мошенника и т. д.? При многихъ престу-

пленіяхъ (преступленія плотскія) возмездіе или вовсе невозможно, или-же наказаніе за преступленіе будетъ вторичнымъ преступленіемъ. Повидимому, могутъ оказать помощь аналогичныя наказанія. Но они въ большинствѣ случаевъ основываются на чистомъ произволѣ, на одной игрѣ фантазіи. Можно казнить наприм. тотъ членъ тѣла, которымъ совершено преступленіе, (отсѣченіе руки при воровствѣ, отсѣченіе языка при клеветѣ), или казнить тѣми средствами, которыми совершено преступленіе (сожженіе за зажигательство), или подвергать тому наказанію, до котораго преступникъ довелъ невиннаго, или опредѣлять наказаніе по мотиву дѣйствія. Но и эти наказанія, къ счастью вышедшія изъ употребленія, все таки недостаточны для многихъ случаевъ (покушеніе на преступленіе и т. д.). Сверхъ того, кажущееся равенство бываетъ почти всегда огромнымъ неравенствомъ, потому что одно и то же благо, поражаемое наказаніемъ, бываетъ въ высшей степени различно для различныхъ лицъ, смотря по ихъ полу, возрасту, общественному положенію: ослѣпленіе или отсѣченіе рукъ не такъ важно для богача, какъ для человѣка, который живетъ собственными трудами. Если — далѣе — кривой окривить зрячаго, то по принципу возмездія онъ долженъ потерпѣть зло большее, чѣмъ причиненное имъ зло, потому что ему, кривому, придется быть ослѣпленнымъ. Если-же слѣпой окривить другаго, — то его нѣтъ возможности наказать. Чтобы установить надлежащее равенство, чтобы пополнить недостаточность матеріальнаго возмездія, нужно потеряться въ произволѣ, въ выдумкахъ при изобрѣтеніи средствъ наказанія, предоставить судѣ огромную власть въ назначеніи наказаній — и все таки не достигнуть никакихъ разумныхъ результатовъ. — Принципъ матеріальнаго (объективнаго) возмездія есть принципъ мщенія и можетъ быть признанъ разумомъ тѣмъ менѣе, что мщеніе, осуществляемое государствомъ, не имѣетъ здѣсь оправданія даже въ страстности непосредственно оскорбленнаго.

Не болѣе удачна и попытка Канта. По его мнѣнію родъ и мѣра наказанія опредѣляются началомъ равенства. Какое незаслуженное зло ты дѣлаешь другому (говоритъ Кантъ), такое зло ты дѣлаешь себѣ самому: если ты поносишь его, то поносишь себя; если ты окрадываешь его, то окрадываешь себя; если ты бьешь его — то бьешь себя самаго; если ты безчестишь его — безчестишь себя самаго; если ты убиваешь его — убиваешь себя самаго¹⁵⁾.

Кантъ уклоняется отъ вѣтхозавѣтнаго правила *око за око*, онъ возстаётъ противъ квалифицированной смертной казни, необходимой съ точки зрѣнія матеріальнаго возмездія за убійство, соединенное съ истязаніями. Онъ не требуетъ зла наказанія тождествен-

¹⁵⁾ Metaph. Anfangsgr. стр. 227. Zusätze ко 2-му изд. стр. 170.

наго по качеству съ зломъ преступленія. Онъ выставляетъ формальный (идеальный) принципъ возмездія и требуетъ, чтобы наказаніе вообще соотвѣтствовало роду и степени преступленія, обнимаемая субъективную и объективную сторону факта. Преступленіе, угрожая цѣлому обществу, ео ipso дѣлаетъ преступника недостойнымъ быть членомъ этого общества. Это правило не должно понимать такъ, чтобы преступникъ долженъ быть изгнанъ изъ государства (какъ утверждаетъ Фихте), но должно принимать въ томъ смыслѣ, что по закону возмездія преступникъ лишается тѣхъ выгодъ, которыя доставляло ему общество. Отсюда:

Убийство заслуживаетъ смертной казни. Правомѣрность ея основывается не на матеріальномъ возмездіи, но на томъ соображеніи, что убійца угрожаетъ жизни всѣхъ и поэтому лишается юридической защиты собственной своей жизни. (О незаконности смертной казни мы скажемъ впослѣдствіи).

Вторая формула (окрадывая его ты окрадываешь себя самого) имѣетъ тотъ смыслъ, что преступникъ, угрожая собственности всѣхъ, лишается обезпеченія и всего своего имущества. Такъ какъ онъ лишается всего, что имѣетъ, и не можетъ ничего приобрѣсти, то государство, лишивъ его всего приобрѣтеннаго и имѣющаго быть приобрѣтеннымъ, должно его содержать. Но подобную обязанность государству не за чѣмъ брать на себя безвозмездно, поэтому оно вправе требовать отъ него работы. (*Versetzung in den Sclavenstand*).

(Но въ такомъ случаѣ и самое ничтожное воровство должно подлежать такому-же наказанію, — что явно несправедливо. Конечно, Кантъ говорить и о временномъ наказаніи этого рода, — но оно не имѣетъ основанія съ его точки зрѣнія).

Дальнѣйшія формулы (*beschimpfst du ihn, so beschimpfst du dich selbst; schlägst du ihn, so schlägst du dich selbst*) узаконяютъ, въ смыслѣ формальнаго возмездія наказанія оскорбительныя для чести, тѣлесныя наказанія, о несправедливости, жестокости и неравномѣрности которыхъ достаточно говоритъ теорія уголовного права (см. ниже).

Въ своемъ воззрѣніи на мѣру и средства наказанія Кантъ впадаетъ въ область относительныхъ теорій. Вся его теорія падаетъ, если мы взглянемъ на преступленіе какъ на нравственную неправду (съ точки зрѣнія нравственнаго воздаянія), или какъ на непосредственное правонарушеніе (съ точки зрѣнія юридическаго возмездія). Это особенно видно изъ словъ Канта о наказаніи за преступленія противъ чести женщинъ и противъ супружеской вѣрности. Такъ какъ, по его мнѣнію, преступникъ угрожаетъ чести всѣхъ женщинъ, то онъ долженъ быть лишенъ физической возможности совершать такія преступленія. Но какъ согласить опасность общества въ будущемъ съ принципомъ воздаянія, по которому преступ-

никъ наказывается только ради совершеннаго имъ преступленія, безъ всякаго отношенія къ пользѣ, которая можетъ быть извлечена изъ этого наказанія для всего общества, или для отдѣльнаго его члена?

Цахаріэ¹⁶⁾, подобно Канту, основываетъ право наказанія на нравственномъ принципѣ и, также какъ и онъ, ограничиваетъ объемъ преступныхъ дѣйствій одними правонарушеніями съ полнымъ исключеніемъ награждающаго правосудія. Но онъ старается установить а ргіогі твердую систему наказаній и утверждаетъ, что одно лишеніе свободы является дозволеннымъ средствомъ наказанія.

Юридическій законъ — говоритъ онъ — ограничиваетъ свободу человѣка не въ существѣ ея, а только въ отношеніи къ другимъ людямъ. Слѣдовательно юридическія наказанія должны состоять въ уничтоженіи свободы преступника относительно другихъ лицъ. Въ той мѣрѣ, въ какой онъ вторгся во внѣшнюю свободу другого, въ той же мѣрѣ онъ долженъ потерпѣть вторженіе и въ свою собственную внѣшнюю свободу¹⁷⁾. Если преступленіе уничтожаетъ вполне личность оскорбленнаго (напр. убійство), то лишеніе свободы должно быть вѣчнымъ, и т. д.

Противъ этого мнѣнія можетъ быть замѣчено слѣдующее:

Внѣшняя свобода (внѣшняя свободная дѣятельность), по мнѣнію Канта, есть корень юридическаго закона и потому можетъ быть названа юридической свободой человѣка, или первоначальнымъ правомъ (Urrecht) личности, изъ котораго вытекаютъ всѣ прочія, отдѣльныя права, прирожденныя и приобрѣтенныя. Всѣ преступленія, напр. убійство, воровство, заключаютъ въ себѣ вторженія во внѣшнюю (юридическую) свободу и, на оборотъ, всѣ наказанія (смертная казнь, штрафы и т. д.) падаютъ на эту свободу. Но съ ней нельзя смѣшивать внѣшнюю свободу въ собственномъ или тѣсномъ смыслѣ, подъ которой разумѣется независимость отъ чужаго произвола, отъ посторонняго принужденія, и которая, подобно всѣмъ прочимъ правамъ, заключается въ первоначальномъ правѣ личности, или во внѣшней юридической свободѣ.

Когда Цахаріэ утверждаетъ, что всякое вторженіе во внѣшнюю (юридическую) свободу, въ силу равенства, должно быть наказано равномернымъ вторженіемъ во внѣшнюю (личную) свободу, — то здѣсь понятіе свободы принимается то въ обширномъ, то въ тѣсномъ смыслѣ, — что противно законамъ логики. Справедливѣе положеніе матеріальнаго возмездія, по которому вторженіе въ юриди-

¹⁶⁾ Anfangsgründe der philosophischen Rechtslehre. 1805. — Strafgesetzbuch. Entwurf и т. д. 1826.

¹⁷⁾ Подобная мысль встрѣчается у Грольмана (Begründung des Strafrechts. 1799. стр. 195) и Фейербаха (kleine Schriften. Abth. 1. S. 200).

ческую свободу наказывается равномѣрнымъ вторженіемъ въ юридическую же свободу, т. е. убійство—смертной казнью и т. д.

Такимъ образомъ положеніе о лишеніи свободы, какъ единственно законномъ средствѣ наказанія, установленномъ а priori, остается недоказаннымъ. Никто не найдетъ равенства между уничтоженіемъ юридической свободы посредствомъ убійства и лишеніемъ, хотя бы и вѣчнымъ, личной свободы, посредствомъ заключенія въ тюрьмѣ. По этой теоріи, при однихъ нарушеніяхъ личной свободы можетъ имѣть мѣсто равновременное тюремное заключеніе, при всѣхъ же прочихъ преступленіяхъ родъ и мѣра наказанія должны опредѣляться по другому принципу.

Генке¹⁸⁾, видя въ наказаніи нравственное воздаяніе, думаетъ однако, что наказаніе ради самаго наказанія не позволительно и что желать зла за зло ради самаго зла—неразумно. По его мнѣнію, наказаніе имѣетъ своимъ назначеніемъ исправить преступника, вылечить душевно больного. Исправленіе должно быть принципомъ для мѣры и средствъ наказанія.

Мысль Генке можетъ быть выражена слѣдующимъ образомъ: наказаніе есть нравственно-необходимое, требуемое идеей воздаянія, слѣдствіе преступленія и степень его должна опредѣляться степенью безнравственности, проявившейся въ этомъ дѣйствіи. Но такъ какъ внутренняя вина не можетъ быть опредѣлена; притомъ же внѣшнее и внутреннее не имѣютъ между собой ничего общаго, то необходимъ посредствующій принципъ, который и представляетъ въ исправленіи преступника.

Но принципъ исправленія стоитъ въ полномъ противорѣчій съ идеей нравственнаго воздаянія. Будучи воздаяніемъ, наказаніе устремляется на прошедшее; имѣя цѣлью исправленіе, наказаніе обращается къ будущему. По началамъ воздаянія, виновный долженъ быть наказанъ по мѣрѣ своей внутренней (нравственной) вины: здѣсь должно брать во вниманіе безнравственность, высказавшуюся въ проступкѣ, т. е. современную ему. Между тѣмъ, по теоріи Генке, качество и количество наказанія опредѣляется по

¹⁸⁾ Относительно принципа уголовной власти государства и относительно вопроса о мѣрѣ и средствахъ наказанія, Генке измѣнял свое мнѣніе, прежде чѣмъ добился постояннаго убѣжденія. Въ *Grundriss einer Geschichte des gemeinen peinlichen Rechts in Deutschland*. 1809. (Th. 2. S. 362 fg) онъ является противникомъ абсолютныхъ теорій и въ слѣдующемъ своемъ сочиненіи (*über den gegenwärtigen Zustand der Criminalrechtswissenschaft*, S. 118—113 fg. 144—145) онъ придерживается еще теоріи Фихте. Но въ *über den Streit der Strafrechtstheorien. Ein Versuch zu ihrer Vehmönnung*. 1811. Онъ является сторонникомъ абсолютныхъ системъ и это послѣднее воззрѣніе онъ приводилъ и въ позднѣйшихъ своихъ сочиненіяхъ *Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*. 1815 и *Handbuch der Criminalrechts und der Criminalpolitik*. 1823.

мѣрѣ ранняго или поздняго исправленія преступника. Есть много обстоятельствъ, по которымъ маловажный преступникъ долго, или даже и вовсе не исправится, а самый тяжкій преступникъ легко и скоро достигаетъ полнаго нравственнаго возрожденія. Имѣя въ виду не степень виновности, современную факту, но обстоятельство приводящее послѣ, тѣ измѣненія въ духѣ человѣка, которыя наступаютъ послѣ совершенія имъ преступленія, теорія Генке разрушаетъ всякое соотвѣтствіе между виной и наказаніемъ и поэтому не совмѣстна съ идеей воздаянія, которое Генке полагаетъ въ основу гражданскаго наказанія.

Замѣтимъ въ заключеніе, что теорія Генке впадаетъ въ противорѣчіе съ самой собою, признавая законность смертной казни. Самаго тяжкаго преступника нельзя признать нераскаяннымъ злодѣемъ. Конечно, по требованію практическаго разума, убійца долженъ подлежать смертной казни. Но кто же не скажетъ, что убійца, особенно убійца въ состояніи страсти, скорѣе можетъ исправиться, чѣмъ какой нибудь закоренѣлый воръ, или мошенникъ. Генке такимъ образомъ допускаетъ два принципа для мѣры и средствъ наказанія: одинъ (принципъ канта) безусловно допускаетъ смертную казнь, другой (принципъ исправленія) безусловно отвергаетъ ее. Понятна несостоятельность такой теоріи. Мѡль ¹⁹⁾, признавая исправленіе за принципъ наказанія, отвергаетъ смертную казнь и допускаетъ одно лишеніе свободы. Конечно его теорія избѣгаетъ многихъ упрековъ, которыхъ не можетъ избѣгнуть система Генке, но въ основѣ своей она все таки стоитъ въ полномъ противорѣчій съ идеей воздаянія, которую она принимаетъ за исходный пунктъ.

Теорія діалектическаго возмездія. Относительно вопроса о мѣрѣ и средствахъ наказанія мысль Гегеля состоитъ въ слѣдующемъ: ²⁰⁾ наказаніе, въ идеѣ (in abstracto) есть оскорбленіе за оскорбленіе и цѣль его состоитъ въ уничтоженіи неправды. Этотъ характеръ наказанія должно сохранять и въ дѣйствительности (in concreto), какъ вообще равное можетъ быть уничтожено только равнымъ. Преступникъ долженъ потерпѣть тоже самое зло, которое онъ совершилъ, и такъ какъ преступленіе въ своемъ проявленіи имѣетъ количественное и качественное содержаніе, то и наказаніе должно имѣть тотъ же объемъ. Это равенство не должно быть специфическимъ, т. е. матеріальнымъ возмездіемъ, но формальнымъ. Преступникъ долженъ быть наказанъ по мѣрѣ своей вины. Но какъ осуществить тождество преступленія съ наказаніемъ, какъ уравнять двѣ несоизмѣримыя величины? Гегель не даетъ отвѣта.

¹⁹⁾ *Möhl, über den Zweck der Strafe.* 1837.

²⁰⁾ *Grundlinien.* § 82 и д.

Принципъ формальнаго возмездія даетъ недостаточные результаты, какъ мы это видѣли сейчасъ при оцѣнкѣ теоріи нравственнаго воздаянія. Сверхъ того, дедукція Гегеля обращаетъ вниманіе на одну субъективную сторону факта: это — односторонность.

По Гегелю, преступная воля, и только она одна, должна подлежать наказанію. Равенство между абсолютно-различнымъ должно быть получено не посредствомъ третьяго посредствующаго члена, какъ требуетъ теорія воздаянія: Гегель принимаетъ между преступленіемъ и наказаніемъ первоначальное, внутреннее равенство, тождество ихъ въ понятіи. И преступленіе и наказаніе суть нарушенія: преступленіе — нарушеніе общей воли, наказаніе — оскорбленіе личной воли. Внѣшнее дѣйствіе имѣетъ значеніе только какъ проявленіе воли; посредствомъ его воля входитъ во внѣшнее бытіе. Теорія Гегеля переходитъ такимъ образомъ въ теорію нравственнаго возмездія и вмѣстѣ съ нею подлежитъ одинаковымъ упрекамъ.

Что касается — даѣе — до равенства между преступленіемъ и наказаніемъ, то понятно, что между общей волей (закономъ) и частной (преступной) волей не только нѣтъ равенства, но даже существуетъ полное противорѣчіе. Преступленіе есть несправедливое оскорбленіе, наказаніе — оскорбленіе справедливое. Между справедливымъ и несправедливымъ всякій признаетъ противоположность, а по этому преступленіе и наказаніе не могутъ быть равны между собою ни въ понятіи, ни въ дѣйствительности.

Абеггъ, согласно съ Гегелемъ, утверждаетъ, что право ненарушимо и что неправда должна быть уничтожаема наказаніемъ. Но онъ справедливо признаетъ, что наказаніе, какъ неправда за неправду, незаконно. Если разумъ не одобряетъ особеннаго частнаго закона, который проявилъ преступникъ въ своемъ дѣйствіи, — то онъ не можетъ одобрить и привести въ исполненіе противъ преступника этотъ же самый, неодобренный имъ частный законъ. Человѣкъ остается человѣкомъ и по совершеніи преступленія, поэтому противъ него долженъ быть употребленъ не частный, неразумный законъ, но законъ разумный, всеобщій. И Абеггъ думаетъ, что неправда (преступленіе) должна быть уничтожаема не другой неправдой, но принужденіемъ, которое есть законный спутникъ права ²¹⁾.

Но его теорія противорѣчитъ идеѣ воздаянія. Подъ воздаяніемъ разумѣется возмездіе за равное равнымъ, т.-е. предполагается тождество преступленія съ наказаніемъ. Между тѣмъ, по мнѣнію Абегга, неправда должна быть уничтожаема не неправдой, но справедливымъ принужденіемъ (правомъ). Здѣсь воздается за неравное

²¹⁾ *Abegg*, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft. 1836. § 48.

неравнымъ, такъ что система Абега представляетъ намъ одинъ моментъ (преступленіе) безъ другаго (наказаніе).

II. Относительныя теоріи. Обзоръ относительныхъ теорій мы начнемъ съ системы общественнаго договора. Мы не говорили о ней, рассуждая о правѣ наказанія, потому что мысль о договорѣ, какъ основѣ общественной жизни, ужъ слишкомъ устарѣла въ наше время, такъ что странно было бы серьезно опровергать ее и толковать о невозможности основывать право наказанія на общественномъ договорѣ. Но въ вопросѣ о мѣрѣ и средствахъ наказанія мы считаемъ не лишнимъ сказать нѣсколько словъ объ этой теоріи: мнѣніе Фихте отличается и гуманностью, и оригинальностью построения.

Теорія общественнаго договора. Основывая правомѣрность государственной власти на договорѣ, легко придти къ заключенію о необходимости вывести и уголовную власть изъ договора, которому можно дать названіе общественно-уголовнаго договора.

Съ перваго взгляда можетъ показаться, что въ этомъ особомъ договорѣ нѣтъ надобности, потому что уголовная власть составляетъ неотъемлемую составную часть общей государственной власти. Но многіе изъ приверженцевъ этой теоріи считали невозможнымъ обойтись безъ него, чтобы устранить противорѣчіе между цѣлью общественнаго договора и правомъ государства на наказаніе: какимъ образомъ государство, въ силу этой власти, можетъ отнимать у гражданъ жизнь, свободу и все то, что оно должно охранять въ силу общественнаго договора? Эти писатели старались изыскать юридическій объемъ, или границы уголовной власти, а для этой цѣли одинъ общій договоръ недостаточенъ.

Писатели, принимающіе одинъ общій договоръ, не видятъ надобности въ особомъ доказательствѣ того, что человѣкъ имѣетъ право и обязанность для цѣли государства ограничивать свою внѣшнюю юридическую свободу; объемъ уголовной власти государства самъ собою истекаетъ изъ цѣли государства, опредѣляемой въ договорѣ²²⁾. Напротивъ, тѣ писатели, которые считаютъ нужнымъ особый, уголовный договоръ, прежде всего задаютъ себѣ вопросъ, на сколько человѣкъ имѣетъ право отказываться отъ своихъ прирожденныхъ правъ для цѣли государства. И здѣсь встрѣчается страшное разнообразіе въ мнѣніяхъ²³⁾.

Нѣкоторые писатели возстаютъ только противъ смертной казни; другіе отвергаютъ смертную казнь и пожизненное лишеніе свободы. По правилу *qui nimium probat nihil probat* — эти мнѣнія

²²⁾ *Wagner*, *Warnungstheorie, nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorien*. 1830. стр. 5 и д.

²³⁾ *Archiv des Criminalrechts*. Thl. XI. № 4.

очевидно несостоятельны. Какъ человѣкъ не можетъ отказаться отъ жизни, также точно онъ не можетъ распоряжаться и всѣми прочими, немѣновыми своими правами, такъ что государству остается право на одни денежные штрафы и на изгнаніе. Были писатели, которые старались помочь дѣлу, утверждая что человѣкъ представляетъ какъ бы въ обезпеченіе общественнаго договора свою жизнь и прочія немѣновыя права. Въ области фикцій все возможно, возможна слѣдовательно и мысль, что государство имѣетъ право заклада на головы своихъ членовъ.

Послѣдовательно поступаютъ тѣ писатели, которые (напримѣръ Мерио ²⁴) лишаютъ государство права употреблять всѣ тѣ наказанія, которыя касаются жизни, здоровья, чести и свободы гражданъ. Но въ такомъ случаѣ государство не будетъ имѣть почти никакихъ средствъ наказанія.

Мерио понимаетъ это и допускаетъ нѣкоторыя исключенія изъ правила. При нарушеніяхъ важнѣйшихъ правъ общества онъ предоставляетъ обществу право необходимой обороны въ неограниченномъ объемѣ. Но мы уже видѣли въ первой статьѣ, что необходимая оборона не можетъ имѣть мѣста, когда зло уже совершено. Онъ допускаетъ далѣе тюремное заключеніе въ соединеніи съ обязательной работой, въ томъ случаѣ если преступникъ не въ состояніи вознаградить обиженнаго за причиненный вредъ. Какъ ни оригинальна мысль представить наказаніе, какъ средство вознагражденія, но она стоитъ въ противорѣчьи съ его теоріей. Мерио допускаетъ, въ видахъ безопасности, нарушеніе немѣновыхъ правъ оскорбителя, когда онъ нарушитъ немѣновыя же права своего согражданина.

Все это не болѣе, какъ остроумная, но бесплодная игра ума. Подъ другими именами (необходимой обороны, мѣры безопасности) мы получаемъ тѣ же наказанія, ту же смертную казнь, тоже лишеніе свободы, противъ которыхъ возстаетъ Мерио. Мы такъ сказать возвращаемся въ тоже самое зданіе уголовнаго права, изъ котораго минуту назадъ вышли, но входимъ другими дверями, — и только.

Фихте говорить слѣдующее ²⁵):

Согласно понятію права вообще, каждый человѣкъ пользуется своими правами подъ условіемъ, что постановленія права онъ сдѣлаетъ ненарушимымъ закономъ своей жизни, что будетъ уважать чужія права. Если это условіе несоблюдено, то договоръ уничтожается. Какъ скоро онъ нарушитъ договоръ въ какойнибудь его

²⁴) *Mereau*, Beiträge zum peinlichen Rechte. 1797.

²⁵) *Grundlage des Naturrechts nach Principien der Wissenschaftslehre*. 1796. Thl. II. S. 99. fg.

часть, онъ теряетъ всё свои права, какъ гражданинъ и какъ человѣкъ и становится безправнымъ (*exlex*)²⁶⁾. Такъ какъ цѣлью государственной власти служить обезпеченіе правъ всѣхъ и каждаго и государство соединяется для того, чтобы употреблять средства достаточныя для этой цѣли, поэтому государство не обязано за всякое преступленіе назначать непременно изгнаніе, исключеніе изъ общества: оно можетъ назначать и другія наказанія, когда они достаточны для обезпеченія гражданъ. Смотря по мотиву дѣйствія и по различію самыхъ преступленій, наказанія могутъ быть различныхъ родовъ: наказанія устрашенія, наказанія исправленія и полицейскія мѣры безопасности.

Наказанія перваго рода (устрашающія) наказанія должны быть употребляемы тогда, когда преступленіе имѣетъ своимъ источникомъ матеріально-злую волю, волю корыстолюбивую, устемляющуюся на чужія блага. Представленіе о денежномъ взысканіи, превышающемъ цѣну покраденнаго, должно устрашить такихъ преступниковъ.

Если этой мысли дать полное приложеніе въ практикѣ, то это принудить дать чрезвычайно широкой объемъ полномочію суда въ назначеніи наказаній. За одно и то же преступленіе, по различію побужденій къ нему, должно быть назначаемо различное по качеству наказаніе. Если даже убійство, или государственная измѣна совершены по корыстолюбію, то неужели судъ долженъ ограничиться денежнымъ взысканіемъ? Здѣсь, очевидно, нарушается всякое соотношеніе между преступленіемъ и наказаніемъ. Если же судамъ дано будетъ право выбора между различными наказаніями одного и того же рода, въ такомъ случаѣ мысль Фихте будетъ имѣть приложеніе въ крайне небольшомъ числѣ случаевъ. Замѣтимъ еще и то, что преступленія изъ корысти чрезвычайно рѣдко бываютъ слѣдствіемъ собственно жадности къ чужому, скряжничества. Обыкновенно источникомъ ихъ бываетъ бѣдность, склонность къ лѣности, беспорядочный образъ жизни и т. д. Преступ-

²⁶⁾ Ср. *Rousseau*, *Contrat social*. II. 5: «*Tout malfaiteur, attaquant le droit social, devient par ses forfaits rebelle et traître de la patrie; il cesse d'en être membre en violant ses-lois, et même il lui fait la guerre. Alors la conservation de l'état est incompatible avec la sienne; il faut qu'un des deux périsse, et quand on fait mourir le coupable, c'est moins comme citoyen, que comme ennemi. Les procédures, le jugement sont les preuves et la déclaration, qu'il a rompu le traité social, et par conséquent, qu'il n'est plus membre de l'état. Or comme il s'est reconnu tel, tout au moins pour son séjour, il en doit être retranché par l'exil comme infracteur du pacte, ou par la mort comme ennemi public; car un tel ennemi n'est pas une personne morale, c'est un homme, et c'est alors, que le droit de la guerre est de tuer le vaincu.*»

ники этого рода обыкновенно ничего не имѣютъ: имъ нечего бояться штрафовъ, потому что съ нихъ нечего взять.

Когда устрашающія наказанія недостаточны, Фихте предлагаетъ наказанія исправительныя: — колоніи, по образцу англійскихъ, имѣющія цѣлю политическое исправленіе преступника. Эти наказанія имѣютъ въ виду формально-злую волю, т.-е. должны быть назначаемы за преступленія совершенныя изъ мести, вражды и т. д. Устрашающее наказаніе здѣсь не можетъ быть дѣйствительнымъ, потому что преступникъ готовъ потерпѣть наказаніе, лишь бы оскорбленный имъ потерпѣлъ зло.

Защитники нравственного исправленія считаютъ немислимымъ исправленіе юридическое, котораго требуетъ Фихте. Но это ошибочно. Юридическое исправленіе есть не что иное, какъ ограниченное нравственное исправленіе. И если сами противники его соглашаются, что рѣшеніе вопроса о нравственномъ исправленіи преступника возможно только съ помощью человѣческаго, несовершеннаго, внѣшняго масштаба, — то нѣтъ ничего неразумнаго не возвышать требованій выше этого масштаба. Юридическое исправленіе основывается не на томъ, чтобы внѣшній человѣкъ возродился, а внутренній оставался неизмѣннымъ какъ и прежде: измѣнившійся образъ жизни, трудолюбіе, бережливость, привычка къ порядку и труду, — если они дѣйствительно пріобрѣтены человѣкомъ, — не могутъ не имѣть вліянія и на нравственное его исправленіе. Наконецъ, сами противники юридическаго исправленія утверждаютъ, что нравственное исправленіе можетъ быть достигнуто главнымъ образомъ и почти единственно посредствомъ этого внѣшняго, юридическаго исправленія.

Съ этой стороны Фихте совершенно правъ. Но ошибка его заключается въ томъ, что онъ подвергаетъ исправительнымъ наказаніямъ только нѣкоторыя преступленія, напримѣръ преступленія имѣющія своимъ источникомъ формально-злую волю. Между тѣмъ какъ не видно, почему не нуждается въ исправленіи тотъ корыстолюбецъ, котораго не устрашаетъ устрашающее наказаніе и который, не смотря на него, совершаетъ преступленіе? Точно также, вопреки Фихте, ни откуда не слѣдуетъ, почему убійца лишается безусловно права на попытку со стороны государства къ его исправленію?

О томъ, что исправленіе, какъ цѣль наказанія, разрушаетъ соотношеніе между преступленіемъ и наказаніемъ, — мы уже говорили при оцѣнкѣ теоріи Генке.

Наконецъ, къ числу полицейскихъ мѣръ безопасности Фихте относитъ смертную казнь и изгнаніе изъ государства.

Почему эти два средства наказанія причислены не къ наказаніямъ, а къ мѣрамъ безопасности? Развѣ устрашающія и исправи-

тельные наказанія, въ смыслѣ Фихте, не тѣ же полицейскія мѣры? И какой выигрышъ получаемъ мы изъ этаго ненужнаго раздѣленія понятій? Неужели для преступника и для общества не все равно, будетъ ли приведена въ исполненіе смертная казнь какъ уголовное наказаніе, или какъ полицейская мѣра? Для преступника даже гораздо хуже, если его подвергнуть важнѣйшему наказанію не по суду, а путемъ полиціи.

Сверхъ того, противъ изгнанія изъ государства говорятъ слѣдующія основанія ²⁷⁾:

1) Это наказаніе не обезпечиваетъ государство противъ возвращенія преступника.

2) Это наказаніе бываетъ очень часто недѣйствительно, еще чаще неравномѣрно.

3) Приводимое часто въ исполненіе, оно лишитъ государство многихъ, иногда очень полезныхъ силъ.

4) Оно противорѣчитъ правиламъ международныхъ отношеній: ни одно государство не имѣетъ права посылать въ другое государство своихъ преступниковъ.

5) Это наказаніе наконецъ не только не ведетъ преступника къ исправленію, но и принуждаетъ его къ новымъ преступленіямъ, потому что высланный на чужбину, какъ уголовный преступникъ, лишенный средствъ жизни, онъ естественно не можетъ поддерживать свое существованіе честнымъ путемъ.

Таково ученіе Фихте. Очевидно, что оно не удовлетворяетъ требованіямъ справедливости и во многихъ частяхъ своихъ не совсѣмъ и не вездѣ можетъ быть приложимо къ практикѣ.

Вообще никакая теорія — справедливо замѣчаетъ С. И. Баршевъ ²⁸⁾ — которая видитъ въ наказаніи только средство къ цѣли, не въ состояніи рѣшить удовлетворительно вопроса о мѣрѣ (и средствахъ) наказанія. Въ большей части изъ нихъ вопросъ этотъ даже совершенно лишній, потому что если послѣдовательно развивать тѣ начала, на которыхъ онѣ основываются, то изъ нихъ прямо вытекаетъ, что при опредѣленіи наказанія за преступленіе не должно наблюдать вовсе никакого соотношенія.

И дѣйствительно: возьмемъ *теорію частнаго предупрежденія*. По мнѣнію Грольмана, преступленіе служитъ не причиной, а поводомъ къ наказанію; причиной же наказанія является полученная изъ преступленія извѣстность объ опасности для государства въ будущемъ. — Но если преступленіе и наказаніе относятся другъ къ другу не такъ какъ слѣдствіе къ причинѣ, если будущая, не-

²⁷⁾ См. напр. *Berner, Lehrbuch*, § 120, стр. 183.

²⁸⁾ *Общія начала*. II. 93.

извѣстная еще вина преступника есть причина настоящаго, опредѣленнаго; если въ настоящемъ преступленіи наказываются преступления будущія, возможныя, — то конечно о правосудіи не можетъ быть и рѣчи. Если наказываютъ преступника для предупрежденія преступленій съ его стороны, то всего лучше для полнаго обезпеченія, за всякое преступленіе, безъ различія, казнить смертью. Съ другой стороны, не слѣдуетъ наказывать самаго тяжкаго преступника, если только будутъ приняты всѣ мѣры къ тому, чтобъ предупредить новое преступленіе съ его стороны.

По принципу *теоріи необходимой обороны*, государство, наказывая преступника, ведетъ съ нимъ оборонительную войну, отражая силу силой. И С. И. Баршевъ справедливо говоритъ, что отсюда вытекаетъ такое же безграничное право государства наказывать, какъ безпредѣльно право самозащиты и каждаго частнаго человѣка, находящагося въ состояніи необходимой обороны. Если оно и ограничивается, то развѣ правилами благоразумія, которое велитъ соразмѣрять отраженіе съ нападеніемъ. Но эта граница легко нарушается отъ того, что тотъ, кто защищается отъ нападенія дѣйствуетъ подъ вліяніемъ страха, а страхъ обыкновенно увеличиваетъ опасность. Отсюда открывается само собою, каково было бы наказаніе, если бы оно употреблялось государствомъ только какъ средство самосохраненія²⁹⁾.

Теоріи устрашенія еще менѣе могутъ дать вѣрныя начала для мѣры и средствъ наказанія. Мысль ихъ, какъ извѣстно, заключается въ томъ, что наказаніе поддерживаетъ общественный порядокъ и въ этой цѣли находятъ свое оправданіе. Но въ такомъ случаѣ, наказаніе (въ своемъ исполненіи, или угроженіи) должно дѣйствовать устрашительно на общество и тѣмъ предотвращать каждаго изъ его членовъ отъ совершенія преступленій.

Въ Гертфордскомъ судѣ ассизовъ, одинъ обвиненный жаловался, что ужъ слишкомъ строго присудили его къ висѣлицѣ за кражу одной лошади, и получилъ отъ судьи слѣдующій отвѣтъ:

«Не за то тебя вѣшаютъ, что ты укралъ лошадь, но для того, чтобы вообще не воровали лошадей».

Это извѣстное изрѣченіе всего лучше характеризуетъ теорію устрашенія. Преступникъ наказывается не потому, что онъ совершилъ преступленіе, но для того, чтобы другіе не шли по его слѣдамъ. На справедливость наказанія, очевидно, здѣсь не обращается никакого вниманія. Еще шагъ далѣе и мы дойдемъ до Валленштейнскаго изрѣченія «nun, so hänge man dich unschuldig; desto gewisser wird der Unschuldige zittern», — и согласимся съ Жуссомъ который утверждалъ, что за государственную измѣну и оскорбле-

²⁹⁾ Ibid. стр. 96.

ніе величества должно наказывать даже безумныхъ и сумасшедшихъ³⁰⁾. Конечно, приверженцы этихъ теорій стараются избѣгать такихъ результатовъ и для того прибѣгаютъ то къ принципу правосудія, то къ правиламъ политики. Но самая необходимость, заставляющая эти теоріи прибѣгать къ чуждымъ для нихъ принципамъ, ясно показываетъ ихъ несостоятельность.

Наказанія устрашительныя лишены всякаго юридическаго основанія. Никто, даже самый тяжкій преступникъ не можетъ быть мучимъ для того, чтобы видъ его мученій устрашалъ толпу. Никто не сомнѣвается въ томъ, что государство имѣетъ право и даже обязанность извлекать для себя пользу изъ угроженія закона и исполненія наказанія. Но если эта цѣль становится единственною цѣлью и основаніемъ наказанія, въ такомъ случаѣ наказаніе не имѣетъ за себя никакого оправданія. Наказывая преступника для устрашенія другихъ, мы обращаемся съ нимъ какъ съ существомъ безличнымъ и безправнымъ, — но человѣкъ и послѣ совершенія преступленія остается человѣкомъ, слѣдовательно личность его должна быть уважаема. Нѣкоторые писатели старались оправдаться отъ этихъ упрековъ, утверждая, что человѣкъ является правовымъ субъектомъ до тѣхъ только поръ, пока живетъ согласно съ разумомъ, потому что одна разумная природа является источникомъ права; дѣйствуя противоразумно, т. е. совершивъ преступленіе, человѣкъ нисходитъ на степень безправнаго животнаго, потому что перестаетъ быть разумнымъ существомъ. (Maasz Stephani). Но всѣ мы болѣе или менѣе грѣшимъ противъ разума, нельзя же весь родъ человѣческій представлять себѣ огромнымъ стадомъ звѣрей! Притомъ же истинно развитой человѣкъ не позволить себѣ жестокости и относительно животнаго.

Нѣкоторые изъ приверженцевъ теоріи Фейербаха понимали, что наказаніе не можетъ быть справедливымъ, когда не только законодатель ставитъ его въ зависимость отъ принципа устрашенія, но даже и судья, который долженъ наказывать за дѣйствіе уже совершенное, принужденъ постановлять наказаніе на основаніи этаго же принципа. Они понимали, что здѣсь смѣшивается напоящее преступленіе съ будущими, настоящій, дѣйствительный преступникъ съ будущими, возможными, справедливо-судящій судья съ судьей угрожающимъ. Они старались избѣгнуть этихъ недостатковъ. Гросъ и Вауеръ представляютъ замѣчательныя попытки въ этомъ родѣ³¹⁾.

³⁰⁾ *Jousse, Traité de justice criminelle en France. 1771.*

³¹⁾ *Gros, dissertatio de notione poenarum forensium. 1798. Philosophische Rechtswissenschaft. § 346, fg. Bauer, Warnungstheorie etc. — Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft. 1830. Abhandlungen aus dem Strafrechte und dem Strafprocesse. 1840.*

Относительно цѣли наказанія, Гросъ устанавливаетъ двойкую точку зрѣнія: точку зрѣнія угрожающаго законодателя, цѣль котораго есть предупрежденіе преступленій (не recedetur), и точку зрѣнія судьи, который долженъ опредѣлять наказаніе за преступленіе уже совершенное (quia recesatum est). Качество (средства) наказанія должно опредѣляться устрашеніемъ, какъ особой цѣлью наказанія (уголовнаго закона). При этомъ должны быть отмѣнены всѣ варварскія казни, на которыя такъ щедро было прежде время. Мѣра наказанія должна быть опредѣляема судьей по мѣрѣ виновности преступника. Что касается до средствъ наказанія въ частности, Гросъ думаетъ, что наказаніе должно заключать въ себѣ такое зло, которому человѣкъ, безъ оскорбленія своего человѣческаго достоинства, можетъ подчиниться въ силу договора, на случай если совершить преступленіе. Изъ отдѣльныхъ, юридически-возможныхъ средствъ наказанія заслуживаютъ предпочтенія тѣ, которыя наиболѣе способны произвести желаемое дѣйствіе, или которыя вмѣстѣ съ тѣмъ доставляютъ государству обезпеченіе отъ преступника въ будущемъ. Что касается наконецъ до мѣры наказанія, то въ объективномъ отношеніи преступленіе тѣмъ тяжеле, чѣмъ больше вреда возникаетъ изъ него для правъ другихъ лицъ. Въ субъективномъ отношеніи дѣйствіе тѣмъ преступнѣе, чѣмъ болѣе опасная для общественнаго порядка воля проявляется въ немъ.

Принимая два принципа наказанія, одинъ для законодателя и другой для судьи, Гросъ отклоняется отъ Фейербаха. Если нельзя согласиться съ Фейербаховымъ положеніемъ въ матеріальномъ отношеніи, то въ формальномъ отношеніи его нельзя не признать: законодатель не можетъ и не долженъ допускать, чтобы судья руководился не тѣмъ принципомъ, изъ котораго исходитъ онъ самъ. Изъ словъ Гроса не видно, почему онъ не сдѣлалъ еще одного шага и, отвергнувъ принципъ устрашенія только для мѣры, оставилъ его для опредѣленія средствъ наказанія. Съ точки зрѣнія справедливости, качество наказанія точно также не должно быть опредѣляемо принципомъ устрашенія, какъ и количество. Ограниченія, которыя принимаетъ Гросъ, несомнѣсны съ принципомъ устрашенія. Наказаніе есть зло, не простая необходимость, какъ думаютъ одни, не благодѣяніе, какъ думаютъ другіе, а именно зло: награждать преступника и оказывать ему благодѣянія для государства невозможно, а подъ необходимымъ разумѣется многое такое, что не можетъ быть названо наказаніемъ. Но отсюда не слѣдуетъ, что главный вопросъ при оцѣнкѣ средствъ наказанія, состоитъ въ томъ устрашаетъ ли оно? Есть много юридически-дозволенныхъ средствъ, которыя не устрашаютъ, и много устрашающихъ средствъ, которыя не согласны ни съ достоинствомъ человѣка, ни съ достоинствомъ уголовнаго правосудія.

Еще далѣе идетъ Бауеръ, положившій начало *теоріи предваренія* (Warnungstheorie). Мы не говорили о ней въ первой статьѣ и потому скажемъ нѣсколько словъ теперь.

Мысль этой теоріи можетъ быть выражена слѣдующимъ образомъ:

Государственная власть имѣетъ право и обязанность предупредить, на сколько то возможно, дѣйствія, угрожающія общественному порядку. Средствами для этой цѣли служатъ частью народное образованіе, частью полицейскія установленія, частью предвареніе гражданъ посредствомъ уголовного закона. Такимъ образомъ, по мнѣнію Бауера, желаемой цѣлью уголовного закона является не устрашеніе, а только предвареніе (*monet lex, antequam feriat*). Отсюда, говоритъ онъ, вытекаютъ слѣдующіе важные результаты: 1) Предвареніе, какъ цѣль уголовной угрозы, идетъ далѣе устрашенія, потому что противодѣйствуетъ всѣмъ причинамъ, порождающимъ преступленія, тогда какъ устрашеніе устремляется на одни чувственныя побужденія. 2) Уголовный законъ, имѣя въ виду не устрашеніе, а предвареніе, можетъ опредѣлять мѣру и средства наказанія по началамъ справедливости, т. е. устанавливать количественно и качественно-справедливыя наказанія.

Теорія Бауера, не смотря на ея преимущества передъ системой Фейербаха, не изъята многихъ ошибокъ. Онъ смѣшиваетъ въ одну категорію народное образованіе, полицію и уголовную юстицію. Это вполне несправедливо.

Нельзя отнимать у образованія предупреждающаго свойства: невѣжество, предрасудки, суевѣріе легко могутъ быть причинами преступленій. Но нельзя на него смотрѣть единственно какъ на средство противодѣйствовать преступленіямъ. Если бы государство смотрѣло на него исключительно съ этой точки зрѣнія, то народное образованіе стало бы простымъ полицейскимъ учрежденіемъ, которое имѣетъ дѣло съ человѣкомъ только какъ съ политическимъ существомъ въ полицейскомъ учрежденіи, называемомъ государствомъ.

Наказаніе не можетъ быть разсматриваемо и какъ простое средство предупрежденія. Повторимъ сказанное нами въ первой статьѣ: Наказаніе и предупрежденіе, юстиція и полиція, должны быть строго различаемы, какъ два понятія, совершенно различныя и по сущности и по формѣ. Право предупрежденія имѣетъ мѣсто въ томъ только случаѣ, когда нужно противодѣйствовать злу вѣроятному, несовершившемуся. Уголовное правосудіе имѣетъ дѣло съ фактомъ уже оконченнымъ. Средство предупрежденія есть простое (физическое или психическое) принужденіе, исключющее собою понятіе наказанія. Напротивъ, средство уголовного правосудія есть зло, падающее на извѣстное лице, ради совершеннаго имъ

преступления. Предупреждение есть дѣло полиціи, или (когда мощь полиціи недостаточна) принадлежит каждому; наказаніе есть принадлежность юстиціи, и только ея одной. Если бы наказаніе было тождественно съ предупрежденіемъ, то оно должно было бы идти передъ преступленіемъ.

Наконецъ, спросимъ себя: на какомъ основаніи Бауеръ принимаетъ два принципа, почему онъ и угроженіе закона не представляетъ чистымъ актомъ справедливости и, на оборотъ, наказанію въ его исполненіи онъ не даетъ той же цѣли, какъ и угроженію? Почему онъ одному только судѣ позволяетъ быть справедливымъ, а не законодателю, когда какъ отъ законодателя зависитъ дать возможность судѣ постановлять справедливыя рѣшенія? Почему, съ другой стороны, наказаніе въ своемъ исполненіи не должно имѣть ту же цѣль, какъ и угроженіе? Наказаніе можетъ служить такимъ же средствомъ предваренія, какъ и уголовный законъ и даже лучшимъ средствомъ, потому что законовъ не читаетъ большинство людей а зрителей суда и казни найдется всегда гораздо больше, чѣмъ занимающихся чтеніемъ уголовныхъ законовъ.

На эти вопросы мы не находимъ отвѣта.

Мы, кажется, достаточно показали, что отъ системъ относительныхъ также мало, какъ и отъ абсолютныхъ теорій можно, ожидать вѣрнаго рѣшенія вопроса о мѣрѣ и средствахъ наказанія. Не вдаваясь въ подробный разборъ разныхъ мнѣній объ этомъ предметѣ, укажемъ только на три, особенно замѣчательныя, какъ по числу, такъ и по именамъ ихъ приверженцевъ.

Первое мнѣніе принадлежитъ тѣмъ писателямъ, которые думаютъ, что зло наказанія должно быть больше, чѣмъ болѣе выгода или удовольствіе, получаемое отъ преступленія ³²⁾

Противъ этаго мнѣнія могутъ быть сдѣланы слѣдующія возраженія:

1) Если бы наказаніе измѣрялось въ каждомъ случаѣ только на соображеніи возможной выгоды или удовольствія отъ престу-

³²⁾ *Bentham*, Oeuvres. I. 170: Faites que le mal de la peine surpasse l'avantage du délit... Pour empêcher le délit il faut que le motif qui réprime soit plus fort que le motif qui séduit. La peine doit se faire craindre plus que le crime ne se fait désirer. Une peine insuffisante est un mal en pure perte. Il n'en résulte aucun bien ni pour le public, qu'on laisse exposé à des semblables délits, ni pour le délinquant, qui n'en deviendra pas meilleur. II. 3. Il faut que le mal de la peine surpasse le profit du délit. *Soden*, Geist der peinlichen Gesetzgebung Deutschlands. Th. I, § 37. 38. *Gmelin*, Grunds. der Gesetzg. über Verbr. u. Straf. § 19. 23. *Servin*, *Globig* u. *Huster* и мн. др.

пенія, то иногда пришлось бы наказывать самымъ легкимъ образомъ тяжкія преступленія и, наоборотъ, назначать тяжелое наказаніе за легкій проступокъ. Человѣкъ, который совершаетъ убійство за ничтожную плату, должно было бы подвергнуть самому легкому наказанію, потому что выгода, которую онъ получаетъ отъ преступленія, маловажна. Между тѣмъ очевидно, что подобнаго преступника слѣдуетъ наказать особенно строго, потому что продать себя за ничтожную плату, согласиться на убійство за маловажную сумму можетъ только закоренѣлый злодѣй, который торгуетъ преступленіемъ, довольствуясь и ничтожной, и большой выгодой, смотря по обстоятельствамъ. Примѣры доказывающія противное, принадлежать къ самымъ рѣдкимъ исключеніямъ, потому что если преступленіе совершаетъ бѣдный человѣкъ изъ-за малой прибыли, то выгода для него вовсе не такъ мала, какъ кажется съ перваго взгляда.

2) Измѣряя степень наказанія степенью удовольствія или выгоды отъ преступленія, намъ пришлось бы наказывать самымъ строгимъ образомъ тѣхъ, которые заслуживаютъ наибольшей пощады. Человѣкъ, который воруетъ для того, чтобы спасти себя и свое семейство отъ голодной смерти, имѣетъ естественно наибольшій интересъ въ преступленіи, но онъ заслуживаетъ въ тоже время и наибольшаго снисхожденія. Между тѣмъ, по этому принципу, онъ долженъ быть подвергнутъ самому строгому наказанію.

3) Этотъ способъ измѣренія не имѣетъ приложенія ко многимъ преступленіямъ, которыя не доставляютъ человѣку ни выгоды, ни удовольствія. Въ этихъ случаяхъ невозможно измѣрить наказаніе: придется оставлять такія дѣйствія безнаказанными ³³⁾.

Другое мнѣніе состоитъ въ томъ, что единственной мѣрой наказанія является опасность, которою преступленіе угрожаетъ государству ³⁴⁾.

³³⁾ *Kleinschrod*, syst. Entw. II. § 10. *Баршевъ*, Общія начала. II. 86—88.

³⁴⁾ Это мнѣніе встрѣчается у *Эриарда* (см. его переводъ *Pastorets* *Betrachtungen über die Strafgesetze*. 1792. Th. I. § 24) *Ренацци* и др. *Kleinschrod* *ibid* § 10: «*Renazzi* (elem. jur. crimin. I. II. c. 4. § 7) setzt vier Punkte fest, nach denen die Grösse der Strafe soll bestimmt werden. 1) *damnum societatis*, 2) *libertas et cognitio delinquentis*, 3) *malum exemplum prodiens e crimine, quum scilicet illud facile committi et occultari potest*, 4) *vis impulsuum ad delinquendum*. — Aber schon *Püttman* (elem. jur. crimin. § 53) hat bemerkt, dass man die vier Punkte auf zwey zusammenziehen könne. I und III wie auch II und IV hängen offenbar zusammen. Und alsdann ist der Schaden, den die Gesellschaft zu besorgen hat (I und III) der eigentliche Maasstab der Strafe; die innere Beschaffenheit der That (II und IV) der Maasstab der Zurechnung und auf mittelbare Art der Bestrafung».

Этаго міѣннїя держится Фейербахъ ³⁵), но помяте и лучше оно выказано Клейншродомъ ³⁶).

При назначенїи наказанїя за преступленїе — говоритъ Клейншродъ — должно главнымъ образомъ смотрѣть на то, въ какой степени оно опасно для государства. Степень наказанїя не можетъ опредѣляться по степени виновности (ближайшимъ образомъ). Виновность (*dolus* и *culpa*) показываетъ только, что дѣйствїе должно подлежать наказанїю, но какому именно — этаго не видно ³⁷). Виновность есть условїе, безъ котораго наказанїе не возможно. Когда она доказана, тогда должно опредѣлить наказанїе по степени опасности. Скажутъ: легко можетъ случиться, что виновность маловажна, а опасность велика, — неужели же онъ долженъ подвергнуться тяжкому наказанїю? Но если виновность не велика, то и опасность не велика. Не слѣдуетъ думать, что преступникъ виновенъ въ той мѣрѣ, въ какой мѣрѣ преступленїе вредно и опасно для государства. На оборотъ, слѣдуетъ говорить такъ: вина преступника такъ велика, что она угрожаетъ высшей опасностью для государства и причиняетъ такой вредъ, что именно это, а не другое наказанїе необходимо для возстановленїя общественнаго порядка и защищенїя нарушеннаго права.

У С. И. Баршева встрѣчаются возраженїя противъ этой теорїи, съ которыми нельзя не согласиться ³⁸). Если бы — говоритъ онъ — всякое преступленїе дѣйствительно угрожало опасностью государству, то и въ этомъ случаѣ опасность не можетъ быть истиннымъ масштабомъ наказанїя. Понятїе объ опасности есть понятїе относительное; опасность зависитъ отъ многихъ, чисто случайныхъ обстоятельствъ, отъ качества полицїи и т. д. И если бы

³⁵) Revision. Th. II. S. 204 fg. Lehrbuch. § 103.

³⁶) *Kleinschrod*, *ibid.* § 11: «Je mehr es also der Gesellschaft Interesse fordert, dass Missethaten nicht begangen werden, je mehr der Hauptzweck derselben, der allgemeine Schutz, die öffentliche Ordnung, verletzt wird, oder wie Feuerbach sehr richtig sagt, je grösser die Gefahr für den rechtlichen Zustand ist, desto grösser wird auch die Ahndung seyn müssen, die gegen ein Verbrechen erkannt ist. Bei Bestimmung der Strafen wird also darauf zu sehen seyn, ob eine Missethat diese Grundfeste des Staats mehr oder weniger untergräbt. Und die Grösse dieses Angriffs ist der eigentliche Maasstab der Strafe».

³⁷) *Ibid.*: «Der Maasstab, welchen Grolman (Grunds. § 78) aufstellt, scheint zu subjectiv zu seyn, wenn er sagt: man müsse die Strafe darnach abmessen, ob ein Mensch mehr oder minder willkürliche Gesetzwidrigkeit verrathe, je grösser der Kampf der Sinnlichkeit gegen die Stimme der Vernunft war. Daraus weiss man zwar, wie ich glaube, wie die Handlung zuzurechnen, aber nicht, wie sie zu bestrafen sey. Es ist möglich, dass ein kleines Verbrechen mit der grössten, ein grösseres mit gewöhnlicher willkürlicher Gesetzwidrigkeit begangen wird. Deswegen ist doch die zweyte Handlung strafbarer als die erste».

³⁸) Общїя начала. II. 89 и д. *Henke*, Hdb. I. 491.

мы стали измѣрять наказаніе за преступленіе только степенью опасности, то намъ пришлось бы возвышать его и понижать по такимъ причинамъ, которыя не имѣютъ никакой связи съ преступленіемъ.

Не вдаваясь въ болѣе подробный разборъ мнѣнія Клейншрода переходимъ къ положительному разсмотрѣнію вопроса о средствахъ и мѣрѣ наказанія. Д.

ИЗЪ ЮРИДИЧЕСКОЙ ПЕРЕПИСКИ.

I.

Вы затрогиваете, на первый разъ, четыре вопроса: а) о возможно лучшей формѣ уголовного судопроизводства, б) о необходимыхъ условіяхъ въ лицѣ начальниковъ тюремъ, с) объ объемѣ законнаго понятія о состояніи необходимой обороны, и наконецъ д) вопросъ въ высшей степени интересный и новый для насъ: о такъ называемыхъ преступленіяхъ противъ нравственности, въ связи съ исторіей проституціи вообще.

Слѣшу, согласно обѣщанію, сообщить вамъ, по каждому изъ этихъ вопросовъ, свое крайнее убѣжденіе.

Говоря о судѣ присяжныхъ, вы торопливо ссылаетесь на авторитетъ общественнаго мнѣнія и признаете потомъ эту форму уголовного судоустройства, въ ея современномъ состояніи въ Англіи, образцомъ возможнаго совершенства, неоставляющемъ желать ничего лучшаго.

Но дѣйствительно ли это такъ? спрашиваю я; сознательно-ли мы убѣждены, въ нашихъ прогрессивныхъ мнѣніяхъ и вникали-ли въ нихъ аналитически?

Подобнаго рода вопросъ вы, можетъ быть, встрѣтите удивленіемъ и заподозрите меня даже въ намѣреніи ратовать на защиту коронныхъ судей—чиновниковъ. Ничего не бывало: на такіе подвиги способны только избранные герои, насквозь проникнутые отвагой бюрократизма,—а я хочу только сообщить вамъ одну давнюю свою мысль, которая невольно вызвала предыдущій вопросъ.

Относясь логически къ предмету нашего разсужденія, слѣдуетъ опредѣлить прежде всего необходимыя существенныя качества возможно-лучшей формы уголовного судоустройства; другими

4
4
Январь 1861

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

ТЕОРІЯ ПРАВА.

ОЧЕРКЪ

ТЕОРІИ УГОЛОВНАГО ПРАВА.

СТАТЬЯ ЧЕТВЕРТАЯ.

(Продолженіе).

СРЕДСТВА НАКАЗАНІЯ.

Наказаніе есть нарушеніе права, лишеніе блага, которымъ пользуется человѣкъ. По различію благъ, или правъ, подвергающихся наказанію, средствами наказанія являются:

- Смертная казнь.
- Тѣлесныя наказанія.
- Наказанія падающія на честь.
- Лишеніе свободы.
- Денежныя наказанія.

Разсмотримъ каждый родъ наказанія отдѣльно.

1. СМЕРТНАЯ КАЗНЬ ¹⁾.

Относительно законности смертной казни между криминалистами происходитъ споръ, который, можетъ быть, еще долго не бу

¹⁾ Rossi L, III. ch. 6. Bentham L, II. ch. 13—14. Berner, Lhrb. § 122. Литература вопроса о смертной казни см. Böhmcr, Handbuch der Literatur des Criminalrechts. 1814. стр. 647. Feuerbach. Lhrb. § 145. Изъ новѣйшихъ сочиненій. Schlatter, das Unrecht der Todesstrafe. 1857. Seeger, Abhandlungen. 1856. 2-те Erörterung.

1861

тедь разрѣшенъ окончательно: одни допускають, другіе отвергаютъ ее. До прошедшаго столѣтія смертная казнь не встрѣчала себя противниковъ. Первый Беккариа возсталъ на нее, ²⁾ и съ тѣхъ поръ съ каждымъ днемъ увеличивается число ея противниковъ, къ которымъ мы причисляемъ и себя.

Какъ требованіе справедливости, смертная казнь не можетъ быть доказана ни при одномъ преступленіи, даже при убійствѣ. Если уже уголовное законодательство дошло до той степени развитія, что отвергло членовредительныя тѣлесныя наказанія, то оно должно отказаться тѣмъ болѣе отъ смертной казни. Одинъ изъ остроумныхъ защитниковъ смертной казни, доказывая законность ея, опровергаетъ мнѣніе тѣхъ, которые утверждаютъ, что дни человѣка сочтены, что никто не имѣетъ права ускорить его смерти и т. д. Если-бы — говоритъ онъ — дни человѣка были сочтены абсолютнымъ образомъ, въ такомъ случаѣ нельзя было-бы защищаться, война, даже оборонительная, была-бы незаконна, и тотъ, кто подвергаетъ жизнь свою опасности для спасенія другаго, поступалъ-бы безнравственно.

Съ этими возраженіями нельзя согласиться. Война не только убиваетъ воиновъ, но и лишаетъ ихъ рукъ, ногъ. Однако-же онъ не выводитъ отсюда право государство на безчеловѣчныя членовредительныя наказанія. Пожертвованіе жизни воиновъ во время войны не есть цѣль государства, а только необходимое послѣдствіе защиты, съ которой наказаніе не имѣетъ ничего общаго.

Смертную казнь трудно оправдать и съ политической точки зрѣнія. Сравнительно съ лишеніемъ свободы, она убыточна для государства, уменьшая число рабочихъ силъ. Она дѣйствуетъ въ высшей степени неравномѣрно: для однихъ — ужасна, для другихъ — безразлична, а иные даже желаютъ ее. Смерть есть лишеніе всѣхъ благъ жизни, но въ то-же время съ ней уничтожаютъ всѣ страданія. А жизнь очень многихъ преступниковъ представляетъ грустное стеченіе страданій: они находятся въ постоянной борьбѣ между страхомъ закона и необходимыми потребностями существованія; ихъ жизнь лишена всего того, что даетъ ей цѣну, и они не слишкомъ заботятся беречь ее, развѣ для немногихъ тайныхъ удовольствій, получаемыхъ опять таки черезъ преступленіе.

Смертная казнь неотвратима и невознаграждаема, а ошибки въ уголовномъ приговорѣ чрезвычайно возможны ³⁾: иногда самый

²⁾ *Traité des délits et des peines*. 1766. § XVI, стр. 114 и д.

³⁾ См. очень любопытную статью о судебныхъ ошибкахъ въ *Журналѣ Министерства Юстиціи*. 1860. № 4, стр. 140.

неожиданный случай открывает невинность обвиненнаго, противъ котораго доказательства говорили такъ сильно, что исключали всякую возможность предположенія невинности. Смертная казнь, лишая обвиненнаго возможности найти оправдывающее обстоятельство и тѣмъ смыть съ себя позоръ обвиненія и избавить-ся отъ незаслуженной казни, вмѣстѣ съ тѣмъ уничтожаетъ часто источникъ важныхъ свидѣтельскихъ показаній: архивъ преступленій нерѣдко заключается въ головѣ преступника, такъ что съ смертью каждаго изъ нихъ непойманный еще, или уже судимый преступникъ теряетъ, можетъ быть, обвиняющаго свидѣтеля. Когда преступникъ пойманъ, и сообщники его скрываются, то у разбойниковъ, воровъ считается своего рода героизмомъ не выдавать ихъ передъ судомъ. Находясь въ тюрьмѣ хорошо устроенной, преступникъ легко можетъ потерять смыслъ къ этому роду чести героизма, — и одной минуты бываетъ достаточно для того, чтобы онъ выдалъ своихъ сообщниковъ.

Самое исполненіе смертной казни производитъ въ зрителяхъ такія чувства, которыхъ не можетъ и не долженъ желать законодатель. И это дѣйствіе наказанія происходитъ не отъ излишнихъ мученій, злоупотребленій смертной казнью, но отъ существа ея. Есть что-то глубоко возмущающее въ душу въ страшномъ зрѣлищѣ, когда палачъ борется съ человѣкомъ, лишеннымъ всѣхъ средствъ защиты, и наконецъ убиваетъ его. Это зрѣлище въ однихъ возбуждаетъ безчеловѣчное, безнравственное любопытство, въ другихъ — ужасъ къ правосудію и сожалѣніе къ преступнику. Нѣкоторые законодательства старались помочь дѣлу, отмѣняя публичность совершенія смертной казни (Нью-Йоркъ). Но истина не боится свѣта: если публичность вредна, если правосудіе должно дѣйствовать во мракѣ какъ преступникъ, то лучше вовсе уничтожить самое наказаніе.

Говорятъ, что смертная казнь бываетъ иногда неизбежна для защиты государства отъ преступника. Но спрашиваемъ: могутъ-ли быть, дѣйствительно, такіе случаи, что государство не имѣетъ рѣшительно никакихъ другихъ средствъ защиты? Едва-ли! Тюремное заключеніе, ссылка могутъ быть употребляемы съ меньшей пользой. И нельзя-же оправдывать тѣхъ Швейцарскихъ судей, которые наказывали преступника смертью только потому, что тюрьмы находились въ такомъ жалкомъ положеніи, что изъ нихъ не уходилъ только лѣтний.

Говорятъ, что преступникъ доходитъ иногда до той степени, когда никакая тюрьма, никакая ссылка не обезпечиваетъ противъ злодѣя, который отовсюду умѣетъ вырваться, котораго каждый шагъ на свободу есть шагъ къ новому, большому преступленію, который самъ откровенно скажетъ, что смерть единственная для

него узда отъ преступленій. Но Бентамъ справедливо замѣчаетъ, что бѣшеныхъ, безумныхъ бываетъ иногда также трудно удерживать, какъ и этихъ преступниковъ. Но отсюда еще никто не выводилъ заключенія, чтобы этихъ несчастныхъ нужно было убивать.

Говорятъ, что мнѣніе абсолютно отвергающее смертную казнь противорѣчитъ законодательствамъ всѣхъ временъ и въ этомъ явленіи, во всеобщности факта, противящагося всѣмъ переворотамъ цивилизаціи, видятъ не малое подкрѣпленіе въ пользу своего мнѣнія.

Мы, съ неменьшей достовѣрностью, можемъ указать на другой фактъ—на уменьшеніе случаевъ смертной казни по мѣрѣ развитія европейскихъ народовъ, на увеличивающееся нерасположеніе къ ней. Не свидѣтельствуетъ-ли современное состояніе вопроса о смертной казни того, что время ея прошло и что пришла пора ея полного уничтоженія?

Смертная казнь, какъ извѣстно, бываетъ простая (обезглавленіе, повѣшеніе, разстрѣляніе) и квалицированная (колесованіе, четвертованіе, сожженіе и т. д.)⁴⁾.

Не стоитъ говорить о томъ, что если ужъ законодательство хочетъ удерживать смертную казнь, то оно должно отказаться отъ квалицированной смертной казни. Можно удивляться только тому, что сія послѣдняя такъ долго держалась въ европейскихъ законодательствахъ, напр. признаваемая во Франціи наполеоновымъ кодексомъ, она была уничтожена только въ 1832 г.! Способъ исполненія смертной казни долженъ быть избранъ такой, который возможно скоро, вѣрно и менѣе мучительно лишаетъ преступника жизни.

⁴⁾ Мы не будемъ высчитывать всѣхъ ужасныхъ казней этого рода, на которыя такъ богато было прежнее время, и ограничимся выпиской изъ Шюссера (Исторія XVIII столѣтія. Т. II, стр. 142) о наказаніяхъ за шотландское возмущеніе противъ Георга III. Въ бумагахъ касающихся этого процесса мы читаемъ: «Вышеупомянутые арестанты должны возвратиться въ Сѣррейскую темницу, откуда ихъ должно тащить на мѣсто казни. Когда они сюда придутъ, ихъ должно нѣсколько разъ вѣшать за шею, но не такъ, чтобы они умерли сейчасъ же, ибо они должны быть спущены съ висѣлицы живыми, кишки изъ нихъ вынуты и сожжены передъ ихъ глазами» и т. д. Вотъ описаніе казни Таунли: «Повисѣвши шесть минутъ на висѣлицѣ, онъ былъ спущенъ живымъ; онъ былъ живъ, когда лежалъ на доскѣ и долженъ былъ быть четвертованъ. Палачъ нанесъ ему нѣсколько ударовъ въ грудь, которыми онъ однако не убилъ его и потому перерѣзалъ ему шею. Послѣ того онъ поднялъ его голову, раскололъ ее, пополамъ, вынулъ изъ него кишки и сердце и бросилъ ихъ въ огонь, потомъ разрубилъ тѣло на четыре части» и т. д. См. также *Abegg, Lehrbuch*. § 126.

Въ Россіи, съ давнихъ временъ, извѣстна смертная казнь, простая и квалифицированная: головоотсѣченіе, повѣшеніе, колесованіе, сожиганіе, утопленіе, сажаніе на колъ, засѣченіе на колъ и т. д. ⁵⁾ По свидѣтельству Рейца (опытъ исторіи россійскихъ государственныхъ и гражданскихъ законовъ 1836, стр. 190) первая смертная казнь была совершена въ Москвѣ, въ 1375 году, надъ сыномъ Тысяцкаго, потомъ надъ измѣнниками Немокатомъ и Вельяминовымъ. Первоначально число случаевъ смертной казни было очень ограничено. Князья вообще боялись злоупотреблять этимъ средствомъ наказанія, а нѣкоторые изъ нихъ считали даже грѣхомъ подвергать смертной казни преступниковъ. Но съ развитіемъ княжеской власти, подъ вліяніемъ Византіи и Монголовъ, смертная казнь получила все большее и большее развитіе. Особенно расточительно на смертную казнь было русское законодательство 17 и начала 18 вѣка, напр. указъ 1718 г. 20 іюня назначаетъ смертную казнь за продажу въ третій разъ нездороваго харча и мертвечины ⁶⁾. Квалифицированная смертная казнь сохранялась до позднѣйшаго времени: укажемъ на казнь Волынскаго, Пугачева.

Обыкновенно думаютъ, что Императрица Елисавета I уничтожила вовсе смертную казнь. Но это несправедливо. Въ 1824 г., въ государственномъ совѣтѣ, при разсмотрѣніи внесеннаго туда проекта уголовного уложенія, было разсуждаемо о томъ, отмѣнена-ли вовсе смертная казнь, или если сохранила свою силу для нѣкоторыхъ преступленій, то въ какомъ видѣ должна быть внесена въ уложеніе? И было признано: что по самымъ словамъ указа 1754 г., содержаніе его не можетъ относиться къ первымъ двумъ пунктамъ, ибо говорится о тѣхъ преступленіяхъ, по которымъ аппробація суда предоставлена мѣстнымъ начальствамъ, а дѣла по первымъ двумъ пунктамъ не принадлежатъ губернскому суду. При томъ, смертная казнь была въ 1766 г. по дѣлу Мировича, въ 1771 г. по дѣлу московскаго мятежа и убіенія Амвросія, въ 1775 г. по дѣлу Пугачева ⁷⁾.

При составленіи уложенія 1845 г. Комитетъ полагалъ распространить смертную казнь, сверхъ преступленій государственныхъ, на преступленія карантинныя и на умышленное убійство отца и

⁵⁾ Н. В. Калачова, Объ уголовномъ правѣ по Судебнику царя Іоанна Васильевича (Юр. Зап. Рѣдкина, т. II), стр. 332—333. Липовскаго, Изслѣдованіе началъ уголовного права, изложенныхъ въ Улож. Царя Ал. Мих. 1847, стр. 92—97. Богдановскаго, Развитіе понятій о преступленіи и наказаніи въ русскомъ правѣ до Петра Великаго. 1857, стр. 72—76.

⁶⁾ Полн. Собр. Зак. № 3212.

⁷⁾ Краткое обзорніе хода работъ и предположеній по составленію новаго кодекса законовъ о наказаніяхъ. 1846, стр. 100—103.

матери. Но когда уложеніе внесено, 30 марта 1844 г., въ Государственный совѣтъ, гдѣ учреждена была особая коммиссія для разсмотрѣнія его, то она, на основаніи манифеста 21 апрѣля 1826 г. признала невозможнымъ оставить смертную казнь, кромѣ того случая, если (говоря словами манифеста) «преступленіе не будетъ толикой важности, что цѣлю онаго было нарушеніе общественнаго существованія, спокойствія государственнаго, безопасности престола и святости величества»⁸⁾.

Такимъ образомъ въ нынѣ дѣйствующемъ русскомъ законодательствѣ смертной казни подвергаются только слѣдующіе преступленія⁹⁾:

Всякое злоумышленіе и преступное дѣйствіе противъ жизни, здравія или чести Государя Императора и всякой умыселъ свергнуть Его съ престола, лишить свободы и власти верховной, или-же ограничить права оной, или учинить Священной Особѣ Его какое либо насиліе.

Злоумышленіе или преступное дѣйствіе противъ жизни, здравія, свободы, чести и Высочайшихъ правъ Наслѣдника Престола, или Супруги Государя Императора, или прочихъ членовъ Императорскаго Дома.

Бунтъ противъ власти верховной, т. е. возстаніе скопомъ и заговоромъ противъ Государя и государства, а равно и умыселъ ниспровергнуть правительство во всемъ государствѣ или въ нѣкоторой онаго части, или-же перемѣнить образъ правленія, или установленный законами порядокъ наслѣдія престола, и составленіе на сей конецъ заговора или принятіе участія въ составленномъ уже для того заговорѣ, или въ дѣйствіяхъ онаго, съ знаніемъ о цѣли сихъ дѣйствій, или въ сборѣ, храненіи, или раздачѣ оружія и другихъ приготовленіяхъ къ бунту.

Государственная измѣна, подъ которой разумѣются слѣдующія дѣйствія:

- 1) Когда кто либо умыслить предать государство или какую либо часть онаго другому Государю или правительству.
- 2) Когда подданный Россійскій будетъ возбуждать какую-либо иностранную державу къ войнѣ или инымъ неприятымъ дѣйствіямъ.

⁸⁾ Ibid. стр. 133 — 135.

⁹⁾ Св. Зак. т. XV (1857). Кн. I. ст. 275 — 278. 283. 287 — 288. Особенность ихъ, по нашему законодательству, состоитъ въ томъ, что покушеніе сравнивается съ совершеніемъ и смертной казни предаются какъ главные виновники, такъ равно и сообщники, пособники, подговорщики, подстрекатели, попустители, укрыватели и всѣ знавшіе и недонесшіе, когда они имѣли къ тому возможность.

ямъ противъ Россіи, или съ тѣмъ намѣреніемъ сообщить государственный тайны иностранному правительству.

3) Когда онъ во время войны будетъ способствовать или благопріятствовать непріятелю въ военномъ или другихъ враждебныхъ противъ отечества или противъ союзниковъ Россіи дѣйствіяхъ, чрезъ явное въ сихъ дѣйствіяхъ участіе, или-же совѣтомъ, открытіемъ тайнъ, или сообщеніемъ иныхъ какихъ-либо свѣдѣній, или будетъ стараться препятствовать успѣхамъ російскаго оружія или союзниковъ Россіи и въ особенности, если онъ какимъ бы то ни было образомъ передастъ непріятелю городъ, крѣпость, или другое укрѣпленное мѣсто, или же портъ, арсеналъ или корабли, или иныя морскія или рѣчныя суда, или-же съ умысломъ дастъ захватить отрядъ войскъ или другую команду, или воинскія запасы и снаряды, или сообщить непріятелю планъ крѣпости, порта гавани, арсенала или же укрѣпленнаго или инаго стана (лагеря), или тѣхъ мѣстъ, гдѣ происходятъ военныя дѣйствія, или дастъ извѣстіе о расположеніи и движеніи войскъ, или о состояннн арміи и другихъ средствахъ нападенія или обороны, или будетъ возбуждать войска російскія или союзныя съ Россіею къ неповиновенію или возмущенію, или будетъ стараться поколебать вѣрность подданныхъ ея или же союзныхъ съ нею державъ, или, принявъ отъ непріятеля возмутительные манифесты или объявленія, будетъ распространять оныя въ Россіи или въ областяхъ ея союзниковъ, или же въ распространяемыхъ имъ сочиненіяхъ утверждать мнимыя права другой державы на какую-либо часть областей Имперіи, или будетъ набирать людей для войскъ непріятельскихъ, или самъ перейдетъ въ ряды непріятелей, или же, вступивъ въ службу иностранной державы, хотя и прежде разрыва ея съ Россіею, будетъ послѣ сего разрыва участвовать въ ея военныхъ противъ Россіи или иныхъ враждебныхъ ей дѣйствіяхъ, или будетъ доставлять непріятелямъ или готовить или хранить для нихъ оружіе, деньги, съѣстные и другіе припасы или иныя какія либо пособія, или будетъ принимать къ себѣ, сопровождать или укрывать непріятельскихъ лазутчиковъ, или отряды ихъ войскъ, отправляемыхъ для рекогносцированія, или же давать имъ въ чемъ либо помощь, или и самъ сдѣлается непріятельскимъ лазутчикомъ.

4) Когда дипломатическій или иной чиновникъ, уполномоченный на заключеніе трактата съ иностранною державою, употребитъ съ умысломъ сіе довѣріе въ явный вредъ для отечества.

5) Когда дипломатическій или иной чиновникъ, или вообще подданный Россіи, похититъ или съ умысломъ истребитъ или повредитъ какого бы то ни было рода акты или документы, долженствующіе служить доказательствомъ правъ ея на что либо тре-

буемое отъ державы иностранной, или наоборотъ иностранною державою отъ Россіи.

Что до способа исполненія смертной казни, то въ Уложеніи встрѣчается только слѣдующее распоряженіе: «Виды смертной казни опредѣляются судомъ въ приговорѣ его»¹⁰⁾.

2. ТѢЛЕСНЫЯ НАКАЗАНІЯ¹¹⁾.

Тѣлесныя наказанія бываютъ или просто-болѣзненные, или членовредительныя. Просто-болѣзненное наказаніе состоитъ или въ сѣченіи, или въ другихъ мученіяхъ разнаго рода, подробно изчисляемыхъ у Бентама, которыя не оставляютъ послѣ себя неизгладимыхъ слѣдовъ на тѣлѣ. Членовредительныя наказанія оставляютъ по себѣ всегдашнее послѣдствіе, или поражая внѣшность фizioноміи (клейменіе), или лишая употребленія извѣстнаго члена, или же отнимая и самый членъ (отсѣченіе руки, ноги и т. д.).

Тѣлесныя наказанія, какъ средства пытки и какъ самостоятельныя наказанія, были въ огромномъ употребленіи въ прежнее время въ западной Европѣ. Не входя въ подробное описаніе этихъ наказаній¹²⁾, на которыя былъ такъ изобрѣтателенъ умъ чело-вѣка, сообщимъ только слѣдующій анекдотъ: Императрица Терезія велѣла описать всѣ казни и пытки, существовавшія въ ея время въ Австріи. Эти описанія составили толстую книгу in-folio, гдѣ были награвированы всѣ машины казней и, описано употребленіе ихъ. Эта книга очень недолго находилась въ продажѣ, потому что Кауницъ запретилъ ее, справедливо опасаясь того, что видъ этой книги можетъ внушить ужасъ и отвращеніе къ законамъ. Въ Россіи¹³⁾, съ издавна встрѣчаются членовредительныя наказанія, но они не были опредѣлены закономъ и являлись дѣломъ произвола, мести княжеской. Возведеніемъ ихъ на степень закона и вообще распространеніемъ ихъ, Россія, какъ и западные европейскія государства, обязана главнымъ образомъ Римскому праву. Въ судебникахъ мы еще не встрѣчаемъ этихъ наказаній. Но въ Уложеніи царя Алексѣя Михайловича, составленномъ подъ сильнымъ вліяніемъ Византійскаго законодательства (градскихъ законовъ) и Литовскаго Статута, они играютъ важную роль; является отсѣ-

¹⁰⁾ Ст. 20.

¹¹⁾ Rossi L. III. ch. 7. Bentham, L. II. ch. 1—2. Köstlin, System. § 125. Feuerbach, Lehrb. (1847). § 148. Berner § 119.

¹²⁾ См. о нихъ кромѣ Бентама Jarcke Handb. I. § 42. Schaeffner, Geschichte. III. 448 — 449. Köstlin, System стр. 453 и д.

¹³⁾ Калаиовъ, стр. 335 — 336. Богдановскій, стр. 76 — 79. Липовскій, стр. 97. — 102.

ченіе языка, рукъ, ногъ, вырѣзываніе ноздрей и т. д. Изъ просто-болѣзненныхъ наказаній мы встрѣчаемъ сѣченіе кнутомъ и батогами. Законы Петра I, писанные подъ вліяніемъ нѣмецкихъ законодательствъ, естественно не могли улучшить русскаго уголовнаго законодательства въ отношеніи его человѣчности: пріобрѣтеніе шпицрутеновъ и т. п. было единственнымъ выигрышемъ перемѣны византійско-каноническаго вліянія на римско-нѣмецкое ¹⁴).

Изъ членовредительныхъ наказаній, продолжавшихся довольно долго, въ наше время въ Россіи сохранилось только клейменіе, изъ болѣзненныхъ — наиболѣе употребительно наказаніе плетью и розгами ¹⁵). Новѣйшія иностранныя законодательства не знаютъ членовредительныхъ наказаній, а нѣкоторыя изъ нихъ вовсе отмѣнили даже и просто-болѣзненныя (Нассауск., Баденск., Браунш., Прусск., Тюринг.).

О членовредительныхъ наказаніяхъ мы скажемъ въ отдѣлѣ о наказаніяхъ оскорбительныхъ для чести, говоря о клейменіи. Что касается до болѣзненныхъ наказаній, то хотя и въ наше время они еще находятъ себѣ защитниковъ между людьми просвѣщенными, но число ихъ, къ счастью, слишкомъ мало. Можно сказать, что общественное мнѣніе не признаетъ законности за этими наказаніями, — и совершенно справедливо. Они не согласны съ нравственностью и человѣчностью: этаго достаточно для того, чтобы отвергнуть ихъ ¹⁶).

Они дѣлимы: число ударовъ и орудія исполненія весьма разнообразны. Но эта дѣлимость болѣе кажущаяся, чѣмъ дѣйствительная; степень наказанія зависитъ болѣе отъ воли исполнителя, а еще болѣе отъ множества различныхъ обстоятельствъ, избѣгающихъ отъ вниманія законодателя и судьи: отъ здоровья, пола, возраста, образа жизни, и т. д. Это наказаніе дѣйствуетъ въ высшей степени неравномѣрно и въ нравственномъ отношеніи: для одного дѣйствіе его ничтожно, для другаго — убійственно. Какъ всё безчестящія наказанія, оно очень часто стоитъ въ обратномъ отношеніи къ винѣ, развитости, или развращенности преступника: оно дѣйствуетъ губительно на человѣка развитаго, честнаго, и ничего не значить для того, въ комъ неразвито или погнбло чувство чести. Выѣстъ съ тѣмъ, тѣлесныя наказанія могутъ скорѣе развратить наказаннаго, нежели исправить его. Не обезпечивая общества отъ преступника, тѣлесное наказаніе можетъ изгнать

¹⁴) См. напр. Уставъ воинскій. П. С. З. № 3006. Морской уставъ № 3485. 3937.

¹⁵) Св. З. XV. Кн. 1. ст. 28 и др. 19 и др. 34 и др.

¹⁶) *Abegg*, Lehrbuch. § 130.

наказаннаго изъ среды честныхъ, порядочныхъ людей, поставить его во враждебное отношеніе къ обществу и приготовить такимъ образомъ изъ него кандидата на болѣе тяжкое преступленіе.

Законодательства стараются избѣгать этихъ грустныхъ результатовъ, подвергая тѣлеснымъ наказаніямъ только низшіе классы народа (напр. Прусск.). Русское законодательство освобождаетъ отъ тѣлеснаго наказанія очень многихъ лицъ даже изъ низшихъ сословій¹⁷⁾. Но нравственная равномѣрность наказанія этимъ далеко не достигается. Какъ бы ни были многочисленны изъятія и исключенія, все таки будутъ люди, неподходящіе подъ эти правила, на которыхъ тѣлесное наказаніе можетъ подѣйствовать убійственно: развитость человѣка обусловливается многими обстоятельствами, которыхъ законодатель не въ состояніи предвидѣть, многими отношеніями, на которыя законодатель, можетъ быть, не считаетъ нужнымъ обратить вниманіе. Сверхъ того, съ этими изъятіями отъ тѣхъ или другихъ наказаній нельзя согласиться потому, что они нарушаютъ коренной законъ общественной жизни — всеобщее равенство передъ закономъ¹⁸⁾.

Положимъ даже, что равенство передъ закономъ не важно, что тѣлесному наказанію подвергаются только тѣ люди, въ которыхъ чувство чести не развито и на которыхъ слѣдовательно это наказаніе не производитъ гибельнаго вліянія. Можно ли согласиться, даже и въ этомъ случаѣ, съ тѣми, которые защищаютъ телѣсныя наказанія, утверждая, что телѣсное наказаніе для простонародья гораздо удобнѣ лишенія свободы, или денежнаго штрафа, такъ что не одинъ крестьянинъ, ремесленникъ согласятся скорѣе быть высѣченными, чѣмъ напр. попасть въ тюрьму, которая отвлечетъ его отъ работы и можетъ довести до раззоренія.

Какъ бы велики ни были выгоды отъ тѣлеснаго наказанія для простаго народа, мы все-таки думаемъ, что тотъ, кто равнодушно подставляетъ свою спину подъ удары плети или розогъ, показываетъ тѣмъ крайнюю свою неразвитость. Если-же это такъ (а это истина несомнѣнная), то грубость нравовъ, неразвитость, отсутствіе чувства чести не есть желаемое состояніе народа, которому бы законодательство должно было помогать. Напротивъ, законодательство должно стараться, чтобы народъ скорѣе вышелъ изъ этаго состоянія, слѣд. должно уничтожить и телѣсное наказаніе, какъ одно и средствъ, замедляющихъ развитіе человѣка.

¹⁷⁾ Св. З. т. XV. Кн. I, прилож. 1 (къ ст. 19).

¹⁸⁾ См. прим. 35.

3. БЕЗЧЕСТЯЩІЯ НАКАЗАНІЯ ¹⁹⁾.

Къ наказаніямъ этого рода относятся :

- 1) Выговоръ начальства.
- 2) Испрашиваніе прощенья и отказъ отъ своихъ словъ.
- 3) Отставленіе отъ должности, деградация, лишеніе и ограниченіе гражданской чести и сопряженныхъ съ нею правъ.
- 4) Публичныя выставки, клейменіе и другія членовредительныя наказанія, и т. п.

Наказанія эти слишкомъ разнообразны и мы не считаемъ нужнымъ представлять подробное ихъ перечисленіе, которое читатели могутъ встрѣтить у Бентама и Филанджіери.

Что до наказаній 1-го и 3-го разряда, то въ законности и цѣлесообразности ихъ не можетъ быть сомнѣнія. Никто не сочтетъ несправедливымъ, если ябедникъ лишень будетъ по суду права быть ходатаемъ по дѣламъ, если явному развратнику будетъ запрещено быть опекуномъ, если казнокрадъ или взяточникъ будетъ отрѣшенъ отъ мѣста съ запрещеніемъ впредь вступать на службу и т. д. Впрочемъ изъ числа этихъ наказаній, криминалисты справедливо отвергаютъ такъ называемую политическую смерть, которая вполне отнимаетъ у преступника способность быть субъектомъ правъ. Это наказаніе безнравственно: уже изъ того только факта — справедливо замѣчаетъ Бернеръ — что человѣкъ живетъ съ другими людьми, съ естественной необходимостью вытекаютъ между ними юридическія отношенія, права и обязанности.

Относительно испрашиванія прощенья, мнѣнія криминалистовъ расходятся. Это наказаніе, заимствованное вѣроятно изъ каноническаго права и согласное съ духомъ христіанскаго ученія, не имѣетъ мѣста какъ дѣйствіе обязательное, какъ насиліе воли, налагаемое свѣтской властью. Будучи унижительнымъ для самаго обидчика, оно не доставляетъ удовлетворенія обиженному. Лучшимъ доказательствомъ служить то обстоятельство, что дѣла объ оскорбленіи чести, за которыя обыкновенно назначается это наказаніе, рѣшаются преимущественно дуэлями, а къ помощи суда обращаются по большей части тѣ люди, которые не заботятся о своей чести, но руководятся чувствомъ грубой мести, или желаютъ получить матеріальное, денежное вознагражденіе за понесенное безчестье.

¹⁹⁾ *Bentham* L. II, ch. 9. III. 3. 6. 5. V. 2. *Rossi*, L. III. ch. 10. 11. *Баршевъ*, кн. II. § 22 — 26. 15 — 16. *Filangieri*, Oeuvres. 1822. т. III, гл. 7. 10. *Kleinschrod*, syst. Entw. III. § 73 — 91. *Berner* Lehrb. § 148. *Feuerbach*, Lehrb. § 151. *Köstlin*, System. § 125.

Переходимъ къ наказаніямъ четвертаго разряда, которымъ можно дать названіе уничтожающихъ честь преступника, какъ ченовѣка.

Наказанія этаго рода были очень разнообразны и употребительны, какъ въ западной Европѣ ²⁰⁾, такъ и въ нашемъ отечествѣ ²¹⁾. Наиболѣе употребительными были публичныя выставки къ позорному столбу, отсѣченіе членовъ тѣла и клейменіе. Наказанія эти имѣли значеніе и самостоятельныхъ наказаній и употреблялись какъ мѣры полицейскія, чтобы преступники *были въ долгу, знатны*. Въ наше время, въ Россіи отъ этихъ наказаній осталось, какъ самостоятельное наказаніе, одно клейменіе. Объ немъ только мы и поговоримъ въ настоящемъ очеркѣ ²²⁾.

Клейменіе до сихъ поръ встрѣчается у восточныхъ народовъ. Въ средніе вѣка, въ Европѣ, употребленіе клеймъ поддерживалось инквизиціонной практикой и продолжалось даже до нашего времени, напр. во Франціи клейменіе каторжниковъ на правомъ плечѣ (G. A. L.) было признано Наполеоновымъ кодексомъ и отмѣнено только въ 1832 году. Въ новѣйшихъ нѣмецкихъ законодательствахъ клейменіе не встрѣчается.

Русскимъ славянамъ не было извѣстно употребленіе клеймъ и путь ко введенію ихъ, также какъ и другихъ унижительныхъ наказаній, открыли намъ татары, при содѣйствіи византійской цивилизаціи.

Уставная Двинская грамота 1398 года (А. Э. т. I, № 13), кажется, въ первый разъ вводитъ клейменіе въ законъ, но въ послѣдующихъ памятникахъ и въ Судебникахъ снова не говорится ничего объ этомъ родѣ опозоривающихъ наказаній. Окружной грамотой 1637 г. велѣно не казнить смертью поддѣльвателей монеты, а бить ихъ кнутомъ, разсылать по городамъ въ тюрьмы скованныхъ и клеймить ихъ на щекахъ, а въ клеймѣ написать слово *воръ*, дабы эти воры впередъ были *знатны* (А. Э. II. 266. С. Г. Г. и Д. III. 360). Это наказаніе было скоро замѣнено снова смертью и Уложеніе объ немъ ничего не говоритъ. Указъ 1691 г. замѣняетъ рѣзаніе ушей и пальцевъ клейменіемъ буквою *В* для тѣхъ, которые вмѣсто смертной казни будутъ подвергнуты другому наказанію и ссылкѣ (П. С. З. № 1404). Петръ I, указомъ 5 февраля 1705 года, велѣлъ виновныхъ въ татѣствѣ, разбоѣ и другихъ во-

²⁰⁾ См. напр. *Jarcke Hdb.* I. § 46. *Schaeffner*, т. III. стр. 448—450. *Köstlin*. System. стр. 453 и д.

²¹⁾ *Галаховъ*, 343 — 346. *Богдановскій* 85 — 89. *Линевскій* 108 — 109.

²²⁾ *Явевича-Явевскаго*, Объ указныхъ знакахъ. (Юрид. Зап. Рѣдкина. т. III. стр. 84).

ровствахъ, кромѣ бунта и убійства, клеймить новыми установленными клеймами (П. С. З. № 2026). Установлено было рвать ноздри до костей (*ibid.* № 4417). Клеймамъ подлежали всякихъ чиновъ люди, всякаго пола и возраста.

Клейменіе и вырѣзываніе ноздрей имѣли у насъ одинаковое, полицейское значеніе и дополняли одно другое. Отмѣна одного должна была, повидимому, повлечь за собой отмѣну другаго. Между тѣмъ судьбы ихъ различны и до нашего времени не сохранилось одно вырѣзываніе ноздрей. Что до штемпельныхъ знаковъ, узаконенія о нихъ подвергались частымъ переменамъ, какъ относительно вида и формъ знаковъ, такъ и въ отношеніи частей тѣла, на которыхъ они должны быть налагаемы (П. С. З. № 9293). Указы 1754 г. велѣли ставить на лбу букву *B*, на щекахъ *O* и *P*. Форма эта сохранена въ Сводѣ изд. 1832 и 1842 года, также какъ и натираніе клеймъ порохомъ (П. С. З. № 10300, 10305).

Вопросъ объ отмѣнѣ штемпельныхъ знаковъ — «этой безчеловѣчной жестокости, которой усиленіе зависитъ отъ произвола палача» (собственные слова Императора Александра I), вмѣстѣ съ вопросомъ объ отмѣнѣ смертной казни, былъ поднимаемъ два раза въ его царствованіе. Комитетъ, особо для того учрежденный нашелъ уничтоженіе клеймъ возможнымъ, — и указомъ 25 декабря 1817 года вырѣзываніе ноздрей, какъ ненужная предупредительная мѣра при тогдашнемъ состояніи Внутренней Стражи, было уничтожено (П. С. З. № 27197). Нѣкоторые прокуроры (Псковскій, Рязанскій) протестовали и противъ клеймъ. Но Сенатъ отвергъ ихъ протесты, говоря, что въ указѣ 1817 г. ничего объ нихъ не сказано, а по ст. 153 Наказа Комиссіи законы должны быть принимаемы въ буквальномъ смыслѣ (П. С. З. № 27300). Такимъ образомъ клеймы остались, хотя въ 1824 году, при вторичномъ обсужденіи этаго вопроса въ Государственномъ Совѣтѣ, Совѣтъ почти единогласно принялъ мнѣніе, уже предварительно утвержденное Высочайшей волей, объ уничтоженіи кнута и клеймъ (Кратк. Обзор. хода работъ стр. 104—105). Можно было надѣяться, что то и другое будетъ уничтожено Уложеніемъ 1845 г. Но Уложеніе отмѣнило одинъ кнутъ и не уничтожило клеймъ, замѣнивъ прежнее клеймо (*B. O. P.*) новымъ *K. A. T.* (каторжный).

Изъ узаконеній прежняго времени, какъ мы сказали, видно, что клейменіе было предупредительной мѣрой, которая употреблялась даже до произнесенія приговора (П. С. З. № 9293, 10306). Уложеніе 1845 г. возводитъ клейменіе на степень наказанія, устанавливаетъ его непосредственно за наказаніемъ плетьюми, публично рукою палача и освобождаетъ отъ него привилегированныя сословія (а это освобожденіе отъ мѣры предупредительной не имѣетъ смысла).

Указъ 21 июня 1845 г. постановилъ 1) каждого бѣглаго изъ ссыльно-поселенцевъ, пойманнаго внѣ Сибири, и каждого бѣглаго каторжнаго клеймить буквами *С. Б.* (ссыльно-бѣглый) и *С. К.* (ссыльно-каторжный), на правой рукѣ ниже локтя и на лопаткѣ. За каждый новый побѣгъ прибавлять новыя клейма, спускаясь ниже по рукѣ и лопаткѣ. 2) Бродягъ и бѣглыхъ, объявляющихъ себя незнающими именъ и званія или непомятыми родства, или называющихъ себя ложно, клеймить на правой рукѣ, ниже локтя, буквою *Б.*

Клейменіе женщинъ продолжалось у насъ до Елисаветы I. Въ 1757 г. Сенатъ велѣлъ преступницъ ссылатъ въ Сибирь, не вырѣзывая ноздрей и не ставя на лицѣ знаковъ (*№* 10686). Кромѣ привилегированныхъ сословій не подвергаются клеймамъ многія другія лица. Павелъ I освободилъ отъ нихъ семидесятилѣтнихъ стариковъ. Отъ клеймъ освобождаются преступники недостигшіе 21 года, равно какъ женщины отъ клеймъ для бродягъ и бѣглыхъ (П. С. З. *№* 18758, 21311, 22305). Далѣе, изъяты отъ нихъ лица непривилегированныхъ сословій, о которыхъ существуютъ особыя постановленія (напр. получившіе извѣстное образованіе, служащіе по выборамъ городскихъ и сельскихъ обществъ и т. д.) и нижніе воинскіе чины, морскіе и сухопутные. Въ циркулярѣ управляющаго Главнымъ Штабомъ Его Императорскаго Величества, отъ 30 января 1830 г., за *№* 10 объяснено, что «Государь Императоръ призналъ родъ наказанія сего несоотвѣтствующимъ военному званію» (Св. Военн. Пост. ч. V. Уст. Военн. Уголовн. изд. 1855, прим. къ ст. 62. Св. Мор. Угол. Постан. 1851, ст. 28).

Наказанія, о которыхъ мы говоримъ, т. е. клейма, выставка къ позорному столбу, употребляются и какъ уголовное наказаніе, и какъ полицейская мѣра. Разсмотримъ же ихъ съ этихъ двухъ сторонъ.

Наказанія эти имѣютъ своей цѣлью опозорить, обезчестить преступника какъ человѣка, возбудить къ нему ужасъ и презрѣніе общества. Спрашиваемъ себя: возможны ли такія наказанія?

Наказаніе дѣйствительно въ томъ только случаѣ, когда оно отнимаетъ у преступника извѣстное благо. Для этого нужно, чтобы преступникъ обладалъ этимъ благомъ и чтобы наказаніе было въ состояніи отнять его. Что же такое репутація, честь, общественное уваженіе? Благо, безспорно, очень дѣйствительное и драгоцѣнное. Но преступникъ, обличенный въ разбоѣ, воровствѣ обладаетъ ли этимъ благомъ? Съ другой стороны, если бы Наполеонъ выставилъ къ позорному столбу Энгельгардта и Шубина мучениковъ 1812 года, въ состояніи ли бы былъ онъ сдѣлать ихъ безчестными и посредствомъ клеймъ и другихъ поруганій лишить

ихъ той чести, того уваженія, которыя не только не уменьшились, но увеличились отъ преступленія? Безъ сомнѣнія, нѣтъ.

Отсюда, конечно, не слѣдуетъ заключать, чтобы законодатель всегда употреблялъ эти казни безъ всякой пользы и значенія. Но чѣмъ болѣе развитъ народъ, чѣмъ болѣе онъ способенъ къ самостоятельному обсужденію дѣла, тѣмъ слабѣе дѣйствуютъ на него средства, которыми законодатель хочетъ повергнуть бремя безчестья и позора на голову извѣстныхъ преступниковъ, тѣмъ малочисленнѣй классъ народа, который слѣпо подчиняется влиянію каждой казни. Когда въ 1758 г. въ Англіи, авторъ одной брошюры, направленной противъ министровъ (Schelbeare) былъ приговоренъ къ *pilori*, то народъ громкими, оглушительными рукоплесканіями изъявилъ свое уваженіе къ нему и наградилъ тѣмъ за мнимое безчестье, присужденное приговоромъ суда.

Посредствомъ этихъ наказаній, законодатель желаетъ вызвать къ тѣмъ или другимъ преступленіямъ все презрѣніе общества. Но возбуждая *нарочито* это чувство, законодатель дѣлаетъ или бесполезное дѣло, способное возбудить къ нему самому нелестное чувство, когда народъ не раздѣляетъ его убѣжденія, или дѣлаетъ дѣло вредное, если достигаетъ своей цѣли. Сосредоточивая осужденіе, порицаніе, безчестье на извѣстныхъ дѣйствіяхъ, онъ поднимаетъ это безчестье выше его естественной таксы и такимъ образомъ получается результатъ вдвойнѣ несправедливый. Онъ отнимаетъ часть должнаго позора у тѣхъ преступленій, которыхъ онъ не подвергаетъ этимъ наказаніямъ, и увеличиваетъ мѣру безчестья для тѣхъ дѣйствій, о которыхъ онъ говоритъ. Законодатель такимъ образомъ возмущаетъ естественный ходъ и, съ помощью политическаго вліянія, вліянія матеріальнаго, грубаго, извращаетъ понятія народа. Стараться избѣгать этихъ послѣдствій, оставляя самыя наказанія, — значитъ не понимать, что дѣлаешь: если бы законъ не нарушалъ естественнаго хода вещей, то онъ былъ бы и не нуженъ ни на что.

Нераціональнымъ возмущеніемъ естественнаго хода вещей въ распредѣленіи мѣры безчестья не ограничивается вредное дѣйствіе этихъ наказаній. Они безвозвратно и жестоко разрываютъ все связи наказаннаго съ обществомъ, возвышаютъ между нимъ и прочими гражданами неуничтожаемую преграду. Преступленіе само по себѣ оставаясь ненаказаннымъ, отталкиваетъ отъ преступника здоровую часть общества. Но нравственная санкція можетъ измѣняться, смотря по послѣдующему поведенію преступника. Всякій добрый поступокъ съ его стороны выкупаетъ его такъ сказать по частямъ все болѣе и болѣе, вмѣстѣ съ болѣшимъ удаленіемъ его жизни отъ времени преступленія, по мѣрѣ признаковъ его раскаянія и исправленія. Не теряя надежды, преступникъ съ бодрой

энергіей можетъ стараться снова возвратить потерянное имъ мѣсто въ обществѣ и занять хоть сносное положеніе среди своихъ согражданъ. Общество является къ нему строгой, но справедливой матерью, а не безжалостнымъ, вѣчно-неумолимымъ судьей.

Но тому, надъ кѣмъ съ успѣхомъ произведена позорная казнь, не остается никакой надежды. И наказанія эти, будучи въ высшей степени унижительными для преступника, вредны въ политическомъ отношеніи: они доводятъ наказаннаго до отчаянія, наталкиваютъ его на новыя преступленія и слѣдовательно, не только не обезпечиваютъ общества отъ преступника, но и производятъ дѣйствія противныя. Эти наказанія недѣлимы, неотвратимы, не вознаградимы. Они далѣе неизмѣримы и неравномѣрны: для одного онѣ служатъ предметомъ насмѣшки, другаго—могутъ довести до того, что онъ сойдетъ съ ума или убьетъ себя. Конечно, они обладаютъ однимъ свойствомъ, заключаютъ въ себѣ примѣръ; они страшны особенно для тѣхъ, въ комъ живо чувство чести. Но это качество не можетъ искупить безнравственности и безчеловѣчности этихъ наказаній и узаконить его употребленіе. Мы согласны съ тѣмъ, что наказаніе должно быть полезно для общества, что оно должно производить страхъ и т. д. Но въ нашихъ глазахъ, польза наказанія отнюдь не должна быть покупаема всякой цѣной, хотя бы въ ущербъ справедливости и челоуѣчности.

Что касается до этихъ наказаній, какъ мѣръ полицейскихъ, то, очевидно, этотъ мотивъ слишкомъ слабъ для того, чтобы оправдать ихъ употребленіе. Едва ли кто будетъ стоять за необходимость такихъ жестокихъ полицейскихъ мѣръ, особенно при существованіи хорошей полиціи, быстрыхъ средствъ сообщенія. При томъ же эта цѣль и не достигается. Въ публичное засѣданіе уголовного суда, имѣющее огромный интересъ и глубокое общественное значеніе, ходятъ лучшіе люди. Но на зрѣлище казни идетъ обыкновенно не лучшая часть народа, которая смотритъ на клейменіе и на позорные столбы, или съ пустымъ любопытствомъ, или съ безнравственной радостью, или съ сочувствіемъ къ преступнику. Не отъ этихъ людей можно ожидать помощи при поимкѣ преступника и т. п. Честный гражданинъ мелькомъ, мимоходомъ взглянетъ на эту печальную картину и не замѣтитъ лица преступника. Полиція же специально назначенная для преслѣдованія преступленийъ и изысканія преступниковъ, можетъ видѣть ихъ во всякое время, и безъ позорныхъ выставокъ, въ тюрьмѣ, при слѣдствіи.

Было бы въ высшей степени желательно, чтобы не только клейма были уничтожены въ возможно скорѣйшемъ времени, но и вообще всѣ позорныя принадлежности публичнаго исполненія наказаній, и даже самая публичность совершенія казней. Гласное судопроизводство производитъ тѣ же дѣйствія, какого желаютъ

достигнуть этими средствами, и еще въ большей мѣрѣ. Сверхъ того гласность судопроизводства — средство вполне нравственное и совершенно согласное съ достоинствомъ человѣческой природы. Примѣръ Германіи, гдѣ со введеніемъ гласнаго суда присяжныхъ уменьшилось число преступленій, служить лучшимъ подтвержденіемъ нашему мнѣнію ²³⁾.

4. ЛИШЕНІЕ СВОБОДЫ ²⁴⁾.

Подъ лишеніемъ свободы, въ обширномъ смыслѣ, разумѣется

1) Ограниченіе пребыванія извѣстнымъ мѣстомъ и запрещеніе жить въ извѣстномъ мѣстѣ (*confinatio, relegatio*).

2) Изгнаніе изъ государства (*bannitio*).

3) Тюремное заключеніе.

4) Ссылка (*deportatio*).

Разсмотримъ каждый видъ этаго наказанія отдѣльно.

1. *Изгнаніе изъ государства*. Мы уже говорили выше о незаконности и нецѣлесообразности этаго наказанія. Здѣсь замѣтимъ только то, что оно прежде употреблялось очень часто, но въ новѣйшихъ законодательствахъ оно имѣетъ мѣсто только въ отношеніи къ иностранцамъ и замѣняетъ собою полицейскій надзоръ ²⁵⁾.

2. *Ограниченіе пребыванія извѣстнымъ мѣстомъ и запрещеніе жить въ извѣстномъ мѣстѣ* назначаются обыкновенно при незначительныхъ преступленіяхъ и имѣютъ преимущественно характеръ предварительныхъ мѣръ, подобно отдачѣ подъ надзоръ полиціи. Первое изъ этихъ наказаній особенно полезно въ томъ случаѣ, если за преступникомъ нуженъ бдительный надзоръ полиціи. Второе наказаніе можетъ быть съ большой пользой употребляемо въ томъ случаѣ, когда пребываніе извѣстнаго лица въ извѣстномъ

²³⁾ *Mittermaier*, die Gesetzgebung und Rechtsübung über Strafverfahren nach ihrer neuesten Fortbildung. 1856. стр. 32.

²⁴⁾ *Bentham*, L. II. ch. 4 — 7. 12. L. III. ch. 5. 6. 8. 11. *Rossi*, L. III. ch. 9. 8. *Баршевъ*, II. § 17 — 21. 27 — 35. *Filangieri*, III. ch. 9. 10. *Köstlin*, System. § 125. *Feuerbach*, Lehrbuch. § 149 (Здѣсь приведена литература по этому вопросу). Изъ новѣйшихъ сочиненій укажемъ: *Mittermaier*, Die Gefängnisverbesserung insbesondere die Bedeutung und Durchführung etc. 1858. *Holtendorf*, die Deportation als Strafmittel in alter und neuer Zeit und die Verbrecher-Colonien der Engländer und Franzosen. 1859. Относительно Россіи, помѣщены двѣ замѣчательныя статьи въ Современникѣ *Пейзена*, Историческій очеркъ колонизаціи Сибири (1859, № 1). *Грицко*, Уголовные преступники (1860, № 1). Укажемъ также на любопытную, хотя очень краткую статью *Гауера*: Тюремное заключеніе въ связи съ развитіемъ уголовной практики вообще (переведенное съ Нѣмецкаго сочиненія *Ebersty*, Das Gefängniswesen. 1858).

²⁵⁾ См. наше Уложеніе, ст. 62 и прим. къ этой статьѣ :

Юрид. Журн., кн. 5. Отд. III.

мѣстѣ почему либо опасно, или вредно (напр. пребываніе въ собственномъ имѣніи помѣщика, обличеннаго въ жестокомъ обращеніи съ крестьянами). Эти наказанія имѣютъ невыгодную сторону относительно людей бѣдныхъ, живущихъ собственными трудами, которые, будучи удалены изъ мѣста своего постоянного пребыванія, или подвергнувшись запрещенію вѣзжать въ извѣстныя мѣста, напр. въ столицы, принуждены бывають разорвать связи, отношенія, отказаться отъ тѣхъ или другихъ занятій, и чрезъ то легко могутъ придти изъ достатка въ недостаточное положеніе, или даже и впасть въ крайнюю бѣдность. По нашему законодательству и эти наказанія имѣютъ преимущественно характеръ полицейской мѣры.

3. *Тюремное заключеніе.* У Римлянъ ²⁶⁾ состояніе тюремъ было въ высшей степени неудовлетворительно. По свидѣтельству Либанія, многіе умирали въ тюрьмахъ отъ пищи недостаточной для поддержанія существованія и отъ дурнаго воздуха, происходившаго вслѣдствіе такой тѣсноты помѣщенія, что негдѣ было лечь. Первые попытки улучшенія тюремъ относятся ко временамъ христіанскихъ императоровъ, напр. Константинъ запретилъ сажать въ тюрьмы лишеныя свѣта и воздуха и строго угрожалъ тюремщикамъ, которые дурно обращались съ заключенными, — съ тою пѣлюю, чтобы этимъ обращеніемъ и другими злоупотребленіями выманивать у нихъ деньги. (*Laurent, Etudes. т. IV. стр. 318.*)

²⁶⁾ *Abegg, Lhrb. § 127:* «Im römischen Rechte treten an die Stelle der alten aquae et ignis interdictio und des exilium, welches auch oft freiwillig war oder als mehr politische Maasregel vorkam, die später selbst wieder abgekommene und nur noch gelegentlich erwähnte damnatio in ludum gladiatorium vel venatorium; ferner 3 Stufen der Bergwerksarbeit — damnatio in metallum, in opus metalli perpetuum und in ministerium metallicarum. In diesen Fällen trat die Nov. 22 cap. 8 aufgehoben servitus poenae ein, wonach sie nur den Verlust der Civität zur Folge hatte. Eben diese gieng verloren während die Libertät dem Verurtheilten blieb, bei der damnatio in opus publicum perpetuum und der deportatio. Sämmtliche bisher erwähnten Strafen gelten als capitales. Diesen gegenüber sind von capitales die relegatio an einem bestimmten Orte, meist in insulam und die interdictio des Aufenthalts an gewissen Orten, welche beide auf Zeit oder auf immer erkannt wurden. Unter diesen Gesichtspunkt gehören auch die schon gedachten damnatio in opus publicum und in opus metalli und metallicorum, insofern sie nur auf Zeit erfolgten. Vincula publica, carcer et custodia sollten nicht Statt finden, kamen aber doch vor, wobei jedoch die Verurtheilung auf Lebensdauer ausgeschlossen ist. Von dieser werden ausdrücklich Sicherungs- und Untersuchungsgefängniss ausgeschlossen. Diese Strafarten bewirken eine minutio existimationis. Hierbei kommen die Unterschiede von honestiores und humiliores, Plebejer, Sclaven etc. in Betracht, woran sich verschiedene praktische Folgen knüpfen».

Впрочемъ этимъ улучшеніемъ еще была мысль объ исправленіи преступника, для котораго недостаточны одни матеріальныя улучшенія. Тюремное заключеніе можетъ быть въ высшей степени полезно для цѣлой уголовной юстиціи, если оно хорошо устроено, въ противномъ же случаѣ оно можетъ быть чрезвычайно вреднымъ, потому что, являясь разсадникомъ порока и разврата, оно не только не уничтожаетъ моральную опасность, но даже расширяетъ ее. Мысль объ исправленіи преступника возникла не ранѣе, какъ въ XVI столѣтіи: въ Англіи былъ построенъ исправительный домъ (house of correction), въ концѣ этаго вѣка въ Голландіи возникло амстердамское исправительное заведеніе. Но полное осуществленіе эта мысль получила только въ настоящемъ столѣтіи.

Въ прежнее время тюрьмы были похожи болѣе на логовища дикихъ звѣрей, нежели на человѣческія жилища, куда клали преступниковъ какъ товаръ, одного на другаго. Старая, полуразвалившаяся башня, вѣтхое, ни къ чему негодное зданіе, темный и смрадный подземный погребъ—были обыкновенными мѣстами заключенія. Обходились съ преступниками тоже не лучше, чѣмъ съ звѣрями и даже считали такое обхожденіе необходимымъ, потому что въ преступникѣ видѣли не человѣка, а звѣря; къ такому обхожденію вынуждало сверхъ того и плохое состояніе тюремъ: зданія были слишкомъ ненадежны и потому, для предупрежденія побѣговъ, прибѣгали къ тяжкимъ цѣпямъ и оковамъ. Кто не читалъ сочиненія Говарда, говоритъ Бентамъ, тотъ не можетъ себѣ составить достаточное понятіе о тюрьмахъ того времени въ Англіи. Конечно, они были не лучше и въ остальной Европѣ. Каковъ былъ тамъ воздухъ, можно видѣть изъ того, что немногіе тюремщики рѣшались сопровождать туда Говарда. Укусъ, который онъ взялъ съ собою, потерялъ свою силу и платье до того надушилось, что запаха его нельзя было выносить въ закрытой каретѣ. Повальная болѣзнь, извѣстная подъ именемъ темничной лихорадки (gaol-distemper) поглощала множество жертвъ. Извѣстны Оксфордскія ассизы (въ половинѣ XVI в.), названныя черными, потому что заразившись этой болѣзью, менѣе чѣмъ въ 40 часовъ, умерли всѣ присутствовавшіе въ судѣ, судья, шерифъ и триста другихъ лицъ²⁷⁾.

Первыми дѣятелями на поприщѣ улучшенія тюремъ явились квакеры. Въ 1668 г. Вилльямъ Пеннъ былъ заключенъ въ тюрьму за то, что участвовалъ въ собраніяхъ квакеровъ и проповѣдывалъ на улицахъ. Не смотря на это, онъ еще рѣшительнѣе присталъ къ этой сектѣ и началъ содѣйствовать ея распространенію. Въ Пен-

²⁷⁾ Въ Португаліи, государственные преступники, столь многочисленныя въ правленіе маркиза Помбала, были лишены нѣсколько лѣтъ утѣшенія исповѣди.

сильваніи онъ устроилъ убѣжище для своихъ единовѣрцевъ, преслѣдованія ихъ скоро прекратились, — и съ тѣхъ поръ секта квакеровъ начала развивать всѣ особенности своего характера. Все направленіе ихъ духа, соединенное съ воспоминаніями о преслѣдованіяхъ, которымъ они сами подвергались, повело ихъ къ смягченію уголовныхъ законовъ и къ улучшенію тюремныхъ заведеній.

Въ 1776 году основалось общество уменьшенія бѣдствія въ тюрьмахъ. Это общество, закрывшись черезъ два года, возобновилось въ 1787 г. и подъ его вліяніемъ, въ 1790 г., законодательное собраніе выдало суммы для построенія въ Филадельфій исправительной, келейной тюрьмы. Въ 1797 г. было положено построить исправительное тюремное заведеніе въ Оборнѣ, близъ Нью-Йорка. Не распространяясь объ устройствѣ исправительныхъ американскихъ тюремъ, замѣтимъ только, что Америка послужила образцемъ для Европы на этомъ поприщѣ.

Въ Англіи, въ концѣ XVIII в. поднятъ былъ вопросъ объ улучшеніи тюремъ Джономъ Говардомъ²⁸). По его предложенію было постановлено, чтобы система одиночнаго заключенія служила основаніемъ при построеніи исправительной тюрьмы въ Мильбанкѣ и въ 1786 г., почти въ одно время съ основаніемъ одиночной тюрьмы въ Америкѣ, была построена подобная же въ Глостерѣ.

На материкѣ Европы, Беккарія имѣлъ сильное вліяніе на мыслящихъ государственныхъ людей. Въ 1766 г. была построена въ Миланѣ тюрьма съ одиночными кельями, въ замѣнъ галеръ. Въ 1772 г. была основана исправительная тюрьма въ Гентѣ, въ 1776 г. подобное заведеніе было устроено для Брабанта въ Вильворденѣ.

Таково было начало нововѣковыхъ исправительныхъ тюремъ, число которыхъ въ XIX столѣтіи возрастаетъ все болѣе и болѣе. Девизомъ ихъ можетъ служить надпись, сдѣланная папой Климентомъ XI на римской тюрьмѣ св. Михаила: «*Parum est coercere improbos roena, nisi probos efficias disciplina*».

4. *Ссылка.* Колонизація отдаленныхъ странъ преступниками была въ употребленіи еще въ древнія времена. Въ нововѣковой Европѣ первая колонизація преступниковъ начинается въ Америкѣ, съ третьяго путешествія Колумба. Послѣ водворенія Англіи въ сѣверной Америкѣ, стали посылать преступниковъ туда. Впрочемъ только при Іаковѣ I ссылка дѣйствительно вошла въ употребленіе. Сѣверной Америкѣ суждено было приютить у себя всю дурную часть англійскаго народонаселенія: кромѣ преступниковъ, туда отправлялись должники преслѣдуемые кредиторами, разгульная мо-

²⁸) См. *Howard*, über Gefängnisse und Zuchthäuser, übersetzt von *Köster*. 1790.

лодеж и т. п. Религиозныя преслѣдованія пуританъ, квакеровъ и др., болѣе всего способствовали основанію цвѣтущихъ колоній. Фактъ этотъ, замѣчаетъ г. Пейзенъ, повторяется почти во всѣхъ странахъ, гдѣ только существовали расколы и религиозныя преслѣдованія: у насъ въ Сибири самые отличные хозяева, испытанной честности, трезвости и трудолюбія, — преимущественно старообрядцы и вообще сектаторы.

Ссылка преступниковъ, какъ извѣстно, была одной изъ главныхъ причинъ отпаденія колоніи отъ метрополіи, и съ 1775 года ссылка въ Америку, естественно, должна была прекратиться. Спустя нѣсколько лѣтъ ссылка снова возобновилась: въ 1788 году, въ первый разъ, былъ отправленъ изъ Англіи корабль съ преступниками въ Новую Голландію и тѣмъ положено основаніе Ботанибейскимъ колоніямъ.

Среди преступниковъ поселялись свободные колонисты: они надѣялись землей и ссыльные предоставлялись въ ихъ распоряженіе, въ родѣ невольниковъ. По мѣрѣ того, какъ колонія подвигалась впередъ, она привлекала къ себѣ все болѣе и болѣе свободныхъ работниковъ и при свободномъ трудѣ работа ссыльныхъ потеряла свое значеніе. Увеличивавшееся число преступленій отъ ссыльныхъ, отпускаемыхъ хозяевами, произвело негодованіе въ колоніи — и метрополія должна была уступить.

Ссылка въ Восточную Австралію прекратилась въ 1840 году и вмѣсто нея была введена сложная система, которая состоитъ въ томъ, что преступникъ, прежде ссылки, подвергается въ исправительной тюрьмѣ одиночному заключенію, которое продолжается не болѣе года. По прошествіи этаго срока, арестантамъ дозволяется работать въ сообществѣ съ другими: на Портландѣ они выстроили желѣзно-плавильный заводъ, желѣзную дорогу, огромную тюрьму. Эта работа похожа на работу свободнаго человѣка и должна готовить ихъ къ свободной жизни. Съ этой цѣлью арестантамъ, между прочимъ, дается награжденіе въ недѣлю по 30 к. с. на наши деньги. Черезъ одинъ, два, или три года, смотря по важности преступленія и по поведенію преступника во время общественныхъ работъ, они отсылались въ Вандименову землю. Здѣсь каждый арестантъ долженъ выдержать тюремное испытаніе въ другой разъ.

Жители Вандименовой земли вооружились противъ ссылки и закономъ парламента 1853 г. ссылка была отмѣнена въ Англіи. Только тѣмъ осужденнымъ, которые о томъ просили, иногда позволялось селиться въ Западной Австраліи, но безъ обязанности правительства возвращать ихъ на родину. Впрочемъ по закону парламента 1857 г. опять начали перевозить туда преступниковъ,

потому что Англія не можетъ отказать нѣкоторымъ колоніямъ въ дешевыхъ рабочихъ силахъ.

Во Франціи, государственные люди давно высказались въ пользу ссылки, но смотрѣли на нее односторонне, единственно какъ на средство очистить Францію отъ преступниковъ. Первые опыты ссылки во Франціи начались съ 1758 г., но колонизація преступниковъ не имѣла никакой правильной системы. По мысли извѣстнаго Law на берега Миссисипи посланы были нѣсколько партій преступниковъ, но опытъ этотъ остался безъ послѣдствій. Въ 1763 г. Шуазель старался устроить колонію въ Гвіанѣ, вмѣсто потерянной Канады, но изъ 12,000 переселенныхъ туда, черезъ два года, возвратились въ Европу только 2,000 оставшихся въ живыхъ.

Послѣ многихъ проэктвъ и неудачныхъ попытокъ колонизаціи въ Гвіанѣ, въ 1791 году предположено было учредить колоніи преступниковъ на берегахъ Африки, особенно въ Мадагаскарѣ. Этотъ проэктъ остался безъ исполненія. Въ 1802 г. былъ изданъ законъ о ссылкѣ, кодексъ Наполеона подтвердилъ это распоряженіе, но высылка не состоялась. По декрету 1852 г. участники возмущенія и тайныхъ обществъ должны быть ссылаемы въ Гвіану. Въ 1854 г. этотъ декретъ былъ обращенъ въ законъ. Впослѣдствіи было постановлено отправлять политическихъ преступниковъ въ Ламбессу въ Африку и въ Новую Каледонію, въ Австраліи, недалеко отъ острова Норфолка.

Самое юное по времени учрежденіе суть земледѣльческія колоніи внутри государства, преимущественно для несовершеннолѣтнихъ преступниковъ. Первая мысль о нихъ дана была въ прошедшемъ столѣтіи извѣстнымъ филантропомъ Песталоци, который собиралъ въ свой пріютъ Нейгофъ беззащитныхъ дѣтей и былъ имъ отцомъ. Его примѣру послѣдовалъ фонъ-Феллеберъ: онъ основалъ подобное заведеніе Гофвилъ, послужившее образцомъ для 13 такихъ заведеній въ Швейцаріи. Въ настоящее время эти колоніи существуютъ въ Англіи, Бельгіи, Голландіи, Пруссіи, Франціи.

Въ Россіи²⁹⁾ съ давнихъ временъ, были извѣстны три рода лишенія свободы: домовый арестъ, тюремное заключеніе и ссылка. Домовый арестъ назначался обыкновенно для лицъ высшаго состоянія. Тюремное заключеніе назначалось рѣдко какъ отдѣльное наказаніе и по большей части соединялось или съ тѣлесными наказаніями или съ денежными штрафами. Положеніе тюремъ было крайне плохо: доказательствомъ этому служатъ, съ одной стороны частые изъ нихъ побѣги, съ другой — безпрестанные жалобы тю-

²⁹⁾ Калачовъ, стр. 339 -- 342. Богдановскій, стр. 79 — 85. Липовскій, стр. 103 — 106.

ремныхъ сидѣльцевъ почти на голодную смерть, которая часто имъ тамъ грозила, если милостыня собиралась плохо. Ссылка, въ періодъ Уложенія, является весьма употребительнымъ наказаніемъ. Мѣстомъ ея назначаются преимущественно крайніе города. О ссылкѣ въ Сибирь Уложеніе упоминаетъ только разъ, предписывая ссылать на житье, на рѣку Лену, тяглыхъ посадскихъ людей за то, что они, для избѣжанія казенныхъ повинностей, закладывали себя кому нибудь, или называли себя чьими нибудь крестьянами. Но послѣ Уложенія законодательство все чаще и чаще начинаетъ избирать это мѣсто для ссылки, нерѣдко замѣняя этимъ другія, доселѣ употреблявшіяся наказанія.

Современное русское законодательство принимаетъ слѣдующіе роды ссылки и тюремнаго заключенія:

- 1) Ссылка въ каторжныя работы.
- 2) Ссылка на поселеніе въ Сибирь и за Кавказъ ³⁰⁾.
- 3) Ссылка на житье въ Сибирь, или другія отдаленныя губерніи.
- 4) Временное заключеніе въ крѣпости.
- 5) Временное заключеніе въ смирительномъ домѣ.
- 6) Временное заключеніе въ тюрьмѣ.
- 7) Кратковременный арестъ ³¹⁾.

Въ гражданскомъ вѣдомствѣ состоятъ слѣдующія мѣста содержанія подъ стражею:

- 1) Особенныя тюремныя помѣщенія при домахъ Частныхъ Управъ (при сѣзжихъ домахъ) и при Общей Управѣ Городской Полиціи (при Управѣ Благочинія, при Присутствіи Полиціи, при Городническомъ Управленіи); 2) Тюремныя замки, или остроги въ городахъ; 3) Смирительныя дома; 4) Рабочіе дома; 5) Арестантскія роты гражданского вѣдомства ³²⁾.

Въ нѣкоторыхъ, опредѣленныхъ закономъ случаяхъ содержатся въ монастыряхъ, а также въ мѣстахъ заключенія, состоящихъ въ военномъ вѣдомствѣ, именно: 1) на гауптвахтахъ, 2) въ крѣпостяхъ и 3) въ арестантскихъ ротахъ инженернаго вѣдомства ³³⁾. Въ нѣкоторыхъ особыхъ случаяхъ, опредѣленныхъ закономъ, лица неизъятыя отъ наказаній тѣлесныхъ, вмѣсто заключенія на долгіе сроки въ арестантскія роты и рабочіе дома, приговариваются къ

³⁰⁾ Св. Зак. XV. Кн. 1, ст. 19. (Ст. 23: «Ссылка на Кавказъ опредѣляется лишь за нѣкоторые особые роды преступленій».)

³¹⁾ Ст. 34.

³²⁾ Св. Зак. XIV. Уставъ о содерж. подъ стр. ст. 2.

³³⁾ Ibid. ст. 4. 5. См. ст. 1101 — 1130.

ссылкѣ въ Сибирь на водвореніе, подь именемъ водворяемыхъ рабочихъ³⁴⁾.

Съ половины XVIII в., когда всѣ другія средства наказанія подверглись нападеніямъ, лишеніе свободы стало употребляться все чаще и чаще и въ наше время употребляется почти исключительно. И это вполнѣ разумно³⁵⁾. Преимущества этаго рода наказанія не могутъ быть оспариваемы, если мы обратимъ вниманіе на человѣчность и прочія необходимыя качества уголовнаго наказанія. Лишеніе свободы — наказаніе въ высшей степени дѣлимое, вознаграждаемое, отвратимое, опѣнимое, измѣряемое; оно обезпечиваетъ общество отъ преступника, потому что лишаетъ его возможности вредить. Наконецъ, оно болѣе всякаго другаго наказанія способствуетъ исправленію наказаннаго.

Что касается, въ частности, до ссылки, то выгода ея, главнымъ образомъ, открывается въ тѣхъ случаяхъ, когда она замѣняетъ собою пожизненное лишеніе свободы, съ законностью котораго нельзя согласиться. Пожизненное заключеніе въ тюрьмѣ, соединяемое обыкновенно съ тяжелыми работами, (какъ справедливо думаетъ С. И. Баршевъ) нисколько не легче, если не тяжеле смертной казни: лишенный надежды на лучшую участь, преступникъ видитъ въ жизни одно несносное бремя, доходитъ до отчаянія и пользуется первымъ удобнымъ случаемъ наложить на себя руки³⁶⁾. Ссылка содержитъ въ себѣ зло, которое чувствительно особенно потому, что лишаетъ преступника удобствъ жизни, разлучаетъ его съ родиной, родными, знакомыми, принуждаетъ на далекое путешествіе въ неизвѣстную сторону и т. п. Съ другой стороны, если колонія ссылочныхъ находится въ хорошемъ положеніи, то многіе преступники даже добровольно остаются тамъ. Въ первое время моего пребыванія въ Сибири, говоритъ г. Пейзенъ, мнѣ часто случалось спрашивать поселенцевъ, попавшихъ сюда,

³⁴⁾ Т. XIV. Уставъ о ссыльн. ст. 10.

³⁵⁾ *Abegg*, Lehrb. S. 128: «Die Beschränkung der Freiheit dessen, der sie zu Verbrechen gemissbraucht hat, lässt sich schon aus dem Prinzipe des Strafrechts, dem von dem Uebertreter ausgeübten widerrechtlichen Zwange eine durch seine Uebelthat bedingten nothwendigen rechtlichen Zwang im Wege der Reaction entgegenzusetzen, so rechtfertigen, dass man nicht erst genöthigt ist, aus der Theorie der Sicherung, Vertheidigung, Besserung etc. dafür Gründe zu entlehnen, obgleich diese neben der Gerechtigkeit an ihrer Stelle sind und beachtet werden müssen. Zu diesen höchst wichtigen politischen Rücksichten kommen noch andere, nicht minder erhebliche, die Theilbarkeit der Strafen, die Möglichkeit vieler Abstufungen, um ein richtiges Verhältniss zu der Verwirkung hervorzubringen, oder wenigstens theilweise Aufhebung für den Fall eines doch denkbaren später entdeckten Irrthums etc.

³⁶⁾ *Баршевъ*, Общія начала. II. 35 — 36.

безъ всякаго сомнѣнія, за какое нибудь преступленіе, — проявляется ли въ нихъ когда нибудь желаніе возвратиться на родину, въ Россію; но рѣдко получалъ отвѣтъ утвердительный, въ особенности отъ тѣхъ, которые обзавелись своимъ хозяйствомъ въ Сибири. Содѣйствуя возвышенію благосостоянія въ колоніи, ссыльные вознаграждаютъ тѣмъ издержки, употребленныя на ихъ перевозъ, а сверхъ того, ссылка избавляетъ собою метрополию отъ дурныхъ гражданъ, между тѣмъ колонія приобретаетъ полезныхъ.

Наконецъ, съ ссылкой, болѣе чѣмъ со всякимъ другимъ наказаніемъ, соединимо исправленіе преступника, потому что «преступникъ, вступая въ новую жизнь, такъ сказать — перерождается. Въ новой колоніи прошедшее для преступника не существуетъ, нигдѣ не слышно упрека прежнимъ его проступкамъ, все здѣсь въ общественномъ понятіи равны, все носятъ одну и ту же печать нравственнаго ихъ достоинства. Въ отечествѣ, человѣкъ, однажды уронившій себя въ общественномъ мнѣніи, поднимается трудно. Въ колоніи, напротивъ, преступникъ, — если только онъ не злодѣй закоренѣлый и искра совѣсти и стыда въ немъ не угасла совершенно, — по окончаніи срока наказанія, легче, чѣмъ гдѣ либо, находитъ средства къ честному существованію, обзаводится домомъ, семействомъ, трудится, и прежняя жизнь, съ которой онъ простился на-всегда, какъ только ступилъ на новую землю, быть можетъ иногда какъ сновидѣніе мелькнетъ въ его воображеніи — и только! Никто здѣсь не осмѣлится поставить ему въ упрекъ его темные дни въ отечествѣ, и отнынѣ для ссыльнаго нѣтъ другаго отечества, кромѣ колоніи, — мѣста, гдѣ онъ въ послѣдствіи научается понимать трудъ, честность, сознаніе собственнаго достоинства и обязанностей гражданина».

Но ожидать такихъ результатовъ отъ лишенія свободы можно только въ томъ случаѣ, если это наказаніе устроено хорошо. Вопросы о лучшемъ устройствѣ тюремъ, о выгодахъ и невыгодахъ той или другой системы, принятой тѣмъ или другимъ законодательствомъ, — принадлежать къ числу тѣхъ вопросовъ, на которые обращено живѣйшее вниманіе всѣхъ мыслящихъ людей и всего общества на Западѣ Европы. Мы считаемъ неумѣстнымъ и невозможнымъ въ настоящемъ очеркѣ подробно разсмотрѣть необходимыя условія лишенія свободы, представить оцѣнку различныхъ системъ заключенія, напр. систему классовъ, системы полного уединенія, молчанія и т. д. — и предоставляемъ себѣ говорить объ этомъ предметѣ въ другой разъ. Въ настоящей своей статьѣ мы скажемъ нѣсколько словъ только о состояніи этаго наказанія въ Россіи.

О состояніи тюремъ и ссылки мы знаемъ очень мало. Но изъ того, что извѣстно и изъ самыхъ распоряженій Свода, нельзя не

видѣть, что это наказаніе, къ сожалѣнію, находится у насъ въ далеко-неудовлетворительномъ состояніи.

Что касается до тюремъ, то безъ сомнѣнія нельзя не согласиться съ г. N³⁷⁾, который утверждаетъ, что общество Попечительное о тюрьмахъ много сдѣлало для улучшенія мѣстъ заключенія. По его словамъ напр., въ Москвѣ, до 1827 года, арестанты помѣщались въ небольшомъ зданіи нынѣшней пересыльной тюрьмы. Имъ выдавались на руки кормовыя деньги и каждый покупалъ себѣ что хотѣлъ, если не участвовалъ въ артели, существовавшей подъ вѣдѣніемъ избраннаго изъ арестантовъ старосты. Въ то время пожертвованія были огромны, такъ что арестанты были ими сыты, а деньги употребляли на свои прихоти, для удовлетворенія которыхъ въ самой тюрьмѣ были лавочки. Это былъ не домъ содержанія подсудимыхъ, а высшая, спеціальная школа разврата: арестанты свободно ходили на женскую половину, пили, играли въ карты, кости, орлянку и т. д. Въ 1827 г., по ходатайству тогдашняго президента Общества, предоставлены были въ распоряженіе комитета деньги, отпускаемыя на продовольствіе арестантовъ; въ томъ же году арестанты были переведены въ новый (нынѣшній) тюремный замокъ, а въ 1829 г. въ распоряженіе комитета предоставлена и сумма на содержаніе замка. И теперь, говорить г. N, положи руку на сердце, мы скажемъ, что старанія членовъ комитета сдѣлали многое: тюрьма не имѣетъ и тѣни того страшнаго вида, въ какомъ была до открытія комитета.

Тѣмъ не менѣе относительно тюремъ сдѣлано очень мало и Общество, при исполненіи своей цѣли улучшать мѣста заключенія и физическое и нравственное состояніе арестантовъ³⁸⁾, встрѣчаетъ множество препятствій на этомъ поприщѣ.

Тюрьмы «крайне дурны, тѣсны и строятся обыкновенно безъ совѣщанія съ комитетами, безъ соображенія съ требованіями вѣка, безъ взгляда на постройки того же рода за границей». Необходимо, чтобы арестанты были отдѣлены другъ отъ друга, не имѣли сообщенія между собою, способствующаго тѣмъ порокамъ, которые такъ обыкновенны въ тюрьмахъ. У насъ принята недостаточная система классовъ: напр. мужчины должны быть отдѣляемы отъ женщинъ, малолѣтныя и несовершеннолѣтніе отъ взрослыхъ, наказанные отъ находящихся подъ слѣдствіемъ и судомъ, важныя

³⁷⁾ См. въ Москов. вѣдом. 1859. № 275: «О тюрьмахъ въ Россіи и о тюремныхъ заведеніяхъ въ особенности» г. N. — человѣка, хорошо знакомаго съ дѣйствіями Общества попечительнаго о тюрьмахъ, какъ замѣчаетъ редакторъ.

³⁸⁾ Уст. о содерж. подъ стр. ст. 28. 30. 53. 54.

преступники отъ неважныхъ и т. д.³⁹⁾. Но даже и это размѣщеніе соблюдается далеко не вполне. Общеніе между преступниками, въ связи съ отсутствіемъ надзора, дѣлають то, что человѣкъ не совѣмъ испорченной нравственности, заброшенный въ тюрьму, выходитъ оттуда окончательно погибшимъ для общества. Работы въ большинствѣ остроговъ нѣтъ, особенно въ уѣздныхъ, потому что не заведено орудій для работы⁴⁰⁾, да и требованій на работу нѣтъ: вольная работа, хотя и болѣе дорогая, предпочитается дешевой, но медленной и лѣнливой работѣ арестантовъ. Отсутствие труда, сообщество съ преступниками, дѣлають жизнь въ острогѣ для многихъ привлекательной, несмотря на крайне скудное содержаніе и кандалы. По словамъ г. Грыцько, многіе каторжные бѣгутъ съ завода или партіи и потомъ отдаются въ руки полиціи, чтобы снова подвергнуться слѣдствію и суду.

Въ высшей степени важно, чтобы смотрители тюремъ имѣли ту степень образованности, то познаніе человѣческаго сердца, ту любовь къ людямъ и своему званію, безъ которыхъ никакое вліяніе на нравственное усовершенствованіе арестантовъ невозможно. Между тѣмъ, у насъ смотрители назначаются изъ полицейскихъ чиновниковъ и получаютъ ничтожное жалованье⁴¹⁾. Понятно, что въ должности смотрителей идутъ люди совершенно неспособные къ своей должности. Получая жалованье, едва достаточное для того, чтобы не умереть съ голоду, «они только и стараются изыскать средства, какъ бы извлечь изъ своего жалкаго мѣста доходъ, во вредъ службы и ввѣренныхъ ихъ попеченію арестантовъ».

Пересылка арестантовъ въ Сибирь, несмотря на огромные расходы на нее⁴²⁾, крайне неудовлетворительна: 1) она сильно увеличиваетъ зло общенія между арестантами въ тюрьмахъ, по-

³⁹⁾ Ibid. ст. 97 — 107. Даже въ Петербургскомъ исправительномъ заведеніи принята эта система, см. ст. 388 — 393.

⁴⁰⁾ Г. Н. говоритъ: «Тюрьмы, по закону (гл. III, XIV т. Св. З. Уст. о сод. подъ стр.), вѣдаются всѣми существующими въ городѣ властями, а гдѣ много смотрителей, тамъ или вѣчная между ними война, или — никто ни зачѣмъ не смотритъ, полагаясь на другаго, и выходитъ по пословицѣ: у семи нянекъ и пр. Такъ и въ тюрьмахъ. Напримѣръ: комитетъ хочетъ ввести работы внутри замка, другое начальство этому препятствуютъ; придумаютъ внѣшнюю работу — не даютъ конвоя, хотя бы улучшить то или другое, — отказъ: денегъ нѣтъ!»

⁴¹⁾ Уст. о содерж. подъ стр. ст. 21. Смотрители губернскихъ тюремныхъ замковъ — 228 р. 80 к.; смотрители уѣздныхъ замковъ — 143 р. с.

⁴²⁾ Напр. этапная команда простирается нынѣ до 2,000 человѣкъ. Въ 1852 году по одной Тобольской губерніи употреблено на починку этаповъ 70 т. р. с.

тому что преступникъ, поступая въ партію, совершаетъ путь свой отъ перваго сибирскаго этапа (тугулымскаго) до Иркутска въ 200 слишкомъ дней. Черезъ это они развращаются еще болѣе отъ бесѣдъ съ удалцами и еще болѣе привыкаютъ къ лѣности; 2) Пѣшная пересылка преступниковъ, обуславливаетъ необходимость множества этапныхъ зданій; отъ этаго казна не можетъ мѣнять путь отправленія, смотря по обстоятельствамъ. Нынѣшній путь, неудобный по мѣстоположенію (болотистый, низменный), прежде былъ болѣе другихъ населенный, единственно промышленный и торговый. Но теперь прежнія его преимущества исчезли, а неудобства остались. По мнѣнію г. Грыцько, конное препровожденіе арестантовъ, небольшими партіями (10—12 человекъ), въ фурахъ, устранило бы эти неудобства, дало бы возможность сократить число этапной команды и зданій, сокращало бы время пересылки, вредно дѣйствующее на нравственность преступниковъ и было бы сверхъ того полезно для здоровья арестантовъ, между прочимъ потому, что сибирскіе морозы ужасны, платье ссыльныхъ бываетъ часто чрезвычайно плохо, а помѣщенія на пристанищахъ тѣсны, грязны, сыры. Въ зимнее, весеннее и осеннее время острожные лазареты бывають переполнены больными лихорадкой, простой и тифозной горячкой и т. д.

Въ устройствѣ каторжной работы, къ сожалѣнію, слишкомъ ярко видна идея устраненія. Достаточно сказать, что за преступленія каторжныхъ можетъ быть назначено тѣлесное наказаніе шпиретенами отъ пяти до шести тысячъ ударовъ и прикованіе къ тележкѣ на время отъ одного года до трехъ лѣтъ и за тѣмъ безсрочное содержаніе въ отрядѣ испытуемыхъ⁴³⁾, т. е. содержаніе въ острогахъ, въ ручныхъ и ножныхъ оковахъ, которыя снимаются только тогда, когда это необходимо для производства работъ, и то съ разрѣшенія высшаго мѣстнаго начальства⁴⁴⁾. На нравственно-религіозное воспитаніе преступниковъ не обращается никакого вниманія: все дѣло ограничивается ежедневнымъ чтеніемъ молитвы и чтеніемъ въ теченіи часа какой нибудь назидательной книги въ дни торжественные и большихъ праздниковъ. Даже въ избранное по сношенію Горнаго Правленія или Казенной Палаты съ высшимъ духовнымъ начальствомъ время говѣнія, каторжные, освобождаются отъ работъ только на три дня по утрамъ для приготовленія къ исповѣди и причащенію⁴⁵⁾.

Что касается, въ частности, до каторжныхъ работъ на заво-

⁴³⁾ Уст. о ссыльн. ст. 799. § I.

⁴⁴⁾ Ibid. ст. 555. 556. 564.

⁴⁵⁾ Ibid. ст. 566 — 567.

дахъ, мы встрѣчаемъ въ статьѣ г. Грыцько много любопытныхъ свѣдѣній и дѣльныхъ замѣтокъ.

Онъ считаетъ необходимымъ строгій выборъ смотрителей, относительно которыхъ каторжные справедливо думаютъ, что именно въ видахъ отягченія ихъ судьбы и начальство выбирается для нихъ *соразмѣрное*. Смотрители не должны имѣть власти, которой бы арестанты должны были повиноваться безусловно и всѣ работы на заводахъ должны быть, по его мнѣнію, точно расписаны, чтобы произволу смотрителя не было мѣста.

Каторжные, по его словамъ, работаютъ съ утра до вечера и получаютъ въ сутки 5 к. или около того. Между тѣмъ у многихъ изъ нихъ есть семейства. По окончаніи срока, каторжный дѣлается поселенцемъ, т. е. выходитъ на собственное пропитаніе съ обязанностію платить подати. Выходитъ онъ на волю, изуродованный клещами, убитый физически и нравственно. Понятно, что каторжные, не видя для себя въ настоящемъ ничего, кромѣ розогъ, труда и нищеты, и ничего въ будущемъ, кромѣ болѣзней и нищенства, — бѣгутъ съ завода: оттого бѣглыхъ такъ много. Что не корысть увлекаетъ ихъ на волю, — видно изъ того, что они не грабятъ, не воруютъ, а кормятся подаваніемъ крестьянъ. Крестьяне не боятся ихъ и, уходя въ поля работать, оставляютъ дома только малолѣтокъ, да стариковъ. Бѣглые берутъ выкладываемую на слуховое окно пищу и идутъ далѣе.

О положеніи ссыльно-поселенцевъ, г. Пейзенъ сообщаетъ слѣдующія извѣстія (стр. 44—46):

Въ первое время ссылки поселенецъ всегда стремится къ осѣлости, хотя бы онъ былъ и холостой, — и если не достигаетъ ея, то это — какъ отъ невозможности собственными средствами и трудами скоро преодолѣть ежедневныя препятствія къ водворенію, такъ и отъ недостатка присмотра за домомъ и вообще небольшимъ хозяйствомъ, во время отсутствія ссыльнаго на заработкахъ. Однокому ссыльному, для пріобрѣтенія самаго ничтожнаго имущества, нужно, чтобы трудъ его принесъ избытокъ, и избытокъ такой, который бы позволилъ ему купить хижину и нанять когонибудь для присмотра за нею. Но путь отъ крайней нужды, по прибытіи ссыльнаго въ Сибирь, до избытка очень далекъ, и потому вновь пришедшему ссыльному нужно найти временное пристанище, и обыкновенно за одинъ только ночлегъ онъ уже работаетъ сибиряку-старожилу, безъ платы. Ему нужна пища, а крестьянинъ, особенно въ зимнее время, не принимаетъ ссыльнаго въ работу изъ одного хлѣба. Работа при условіяхъ суроваго климата требуетъ хорошей одежды, которая тамъ чрезвычайно цѣнна, а поселенецъ пришедшій въ село, къ которому онъ причисленъ, находится въ совершенной наготѣ. Такимъ образомъ, долговременная

цѣль самыхъ невыносимыхъ и худо-вознаграждаемыхъ трудовъ его—есть приобрѣтеніе одежды, приобрѣтеніе важное, дающее ему возможность свободной, невынужденной и вознагражденной работы. Эта нужда, встрѣчающая поселенца на первыхъ порахъ по прибытіи его въ Сибирь, бываетъ причиною, что поселенцы идутъ охотнѣе работать на золотые промыслы, гдѣ уже они при самомъ наймѣ получаютъ довольно большіе задатки, удовлетворяющіе первымъ потребностямъ существованія. Если послѣ этой долгой нужды, стремленіе къ осѣдлой и семейной жизни въ поселенцѣ еще не истреблено, — это окончательно доказываетъ степень его нравственной силы. Тогда ссыльно-поселенецъ считаетъ первымъ необходимымъ условіемъ вступить въ бракъ, обзавестись домомъ и сдѣлаться осѣдлымъ, и только отъ того поселенца можно ожидать какой-нибудь пользы: человѣкъ, неимѣющій осѣдлости, рано или поздно дѣлается обременителемъ для общества, рано или поздно ему нужна богадѣльня или мірское подаваніе. Притомъ, должно еще сказать и то, что приобрѣтеніе ссыльнымъ недвижимой собственности имѣетъ вліяніе и на будущее благосостояніе его потомства, иначе ему придется завѣщать своимъ дѣтямъ или нищенство, или кабалу у старожилловъ.

Безсемейный ссыльно-поселенецъ въ первые три льготные года предается со всѣмъ неистовствомъ разгульной жизни. Но и въ числѣ этихъ гулякъ попадаетъ очень много людей, въ которыхъ, несмотря на совершенное ими преступленіе и полученное за то наказаніе, стремленіе къ осѣдлости неизглаживается. Такіе безсемейные ссыльные составляютъ артель, приобрѣтаютъ одну избу и дѣлаются владѣтелями по углу въ избѣ. Владѣльцы ея живутъ на условіяхъ взаимнаго призрѣнія и наслѣдства, и жизнь ихъ распределяется слѣдующимъ образомъ: одинъ или два поселенца идутъ въ поденную работу, или нанимаются на золотые пріиски, и отдаютъ избытокъ избранному ими товарищу, который, оставаясь въ купленной избѣ, заготавливаетъ доскутъ пашни, запасаетъ овощи, дрова и т. п., и когда эта бѣдная артель собирается домой, то находить уголь, гдѣ можно прожить суровую зиму, занимаясь ремесломъ и не таскаясь по деревнѣ съ сумою.

Переходимъ теперь къ послѣднему средству наказаній — къ наказаніямъ денежнымъ. Мы знаемъ, что сказанное нами о лишеніи свободы очень недостаточно. Но предметъ такъ обширенъ, что ограничиваясь даже наиболѣе любопытными, отрывочными свѣдѣніями, мы принуждены были бы далеко перейти предѣлы настоящей статьи.

5. ДЕНЕЖНЫЯ НАКАЗАНІЯ ⁴⁶⁾.

Къ числу денежныхъ наказаній относятся:

Конфискація всего имущества,

Конфискація извѣстныхъ предметовъ и

Штрафы.

Противъ денежныхъ наказаній вообще нельзя ничего сказать: они согласны съ справедливостью и оправдываются соображеніями политики ⁴⁷⁾. Но не всѣ виды денежныхъ наказаній могутъ быть одобрены: именно, противъ конфискацій вооружилась въ наше время наука уголовного права и съ этими возраженіями нельзя не согласиться. Отъ этаго наказанія терпитъ невинное семейство преступника, даже относительно самаго преступника, по справедливому замѣчанію Кöstлина ⁴⁸⁾, государство впадаетъ въ противорѣчіе, оставляя ему жизнь и въ то же время желая его лишить всѣхъ средствъ существованія. Это наказаніе не только не исправляетъ преступника и не обезпечиваетъ отъ него общество, но приводитъ его въ отчаяніе и наталкиваетъ на совершеніе новыхъ преступленій.

Конфискація всего имущества извѣстна была въ Римѣ, но особенно сильное развитіе получила она на Западѣ Европы, гдѣ и продолжалась почти до нашего времени ⁴⁹⁾. Новѣйшія нѣмецкія законодательства уже не знаютъ ее. Въ Россіи общая и частная конфискація имущества была извѣстна съ давнихъ временъ ⁵⁰⁾ и, къ сожалѣнію, сохраняется даже въ наше время; впрочемъ она употребляется въ крайне ограниченномъ числѣ случаевъ и притомъ какъ мѣра чрезвычайная ⁵¹⁾.

Что касается до конфискаціи отдѣльныхъ предметовъ, то она очень цѣлесообразна и умѣстна при отнятій орудій преступленія, приобрѣтеннаго преступленіемъ (*scelere quaesita*) и т. п. Она можетъ быть употребляема и какъ средство наказанія и какъ мѣра

⁴⁶⁾ *Bentham*, L. III. ch. 4. *Rossi*, L. III. ch. 12. *Berner*, Lhrb. § 119. — *Feuerbach*. Lehrb. § 153.

⁴⁷⁾ *Abegg*, Lehrbuch. § 134: «Gegen Vermögensstrafen im weitern Sinne, sofern sie überhaupt die Eigenschaft einer Strafe behalten, lässt sich vom Standpunkte der Gerechtigkeit Nichts erinnern und die Politik empfiehlt sie, wo sie ausführbar sind, theils wegen der Möglichkeit Abstufungen zu machen, theils um, wo es angemessen ist, ander Strafe zu vermeiden, theils durch eine Verbindung derselben oder umgekehrt eine Verwandlung einer sonst unanwendbaren Strafe den mit jener vereinbaren Nebenzwecken zu entsprechen».

⁴⁸⁾ *Köstlin*, System. § 125.

⁴⁹⁾ *Jarcke*, Handbuch. I. § 45. *Köstlin*, System. стр. 453 и д.

⁵⁰⁾ *Калаховъ*. 348 — 358. *Липовскій*. 106 — 108. *Богдановскій* 88 — 89.

⁵¹⁾ Св. Зак. XV. Кн. I, ст. 289. 275. 278. 283 — 286. 288.

предупрежденія, съ этимъ двойнымъ характеромъ она является и въ нашемъ Уложеніи ⁵²⁾.

Штрафы (mulctae) могутъ быть съ пользою употребляемы при незначительныхъ проступкахъ какъ самостоятельныя наказанія, а при болѣе важныхъ преступленіяхъ какъ наказанія придаточныя. Но они не должны быть назначаемы слишкомъ часто и опредѣляемы въ одинаковой мѣрѣ для всѣхъ, не соразмѣряясь съ состояніемъ виновнаго. Назначая общую неизмѣнную таксу для всѣхъ и каждого, законодательство рискуетъ или 1) поражать въ высшей степени неравномѣрно богача и бѣднаго и тѣмъ дѣлать наказаніе для перваго ничтожнымъ, отнимая такимъ образомъ относительно его у наказанія предупредительную силу; или 2) даже перейти законную границу и наказать бѣднаго чуть не конфискаціей всего имущества.

Установленіе равномѣрности дѣйствія денежныхъ наказаній— вещь очень трудная. Здѣсь дѣло зависитъ отъ народнаго богатства, распредѣленія его, индивидуальнаго положенія обвиняемаго. Съ перваго раза можетъ показаться, что равенство будетъ достигнуто, если мы опредѣлимъ величину штрафа извѣстной частью имущества, или количествомъ дохода. Но взгляды глубже въ дѣло, мы легко увидимъ, что имѣющій десять милліоновъ потерпитъ гораздо менѣе, потерявъ $\frac{1}{10}$ своего имущества, нежели человѣкъ имѣющій 10 т. р., у котораго будетъ отнята тысяча. Обратясь отъ имущества къ доходу, мы увидимъ тоже самое. Имѣющему 200 т. дохода не очень тяжело заплатить одновременно 20,000. Но заплативъ 200 р. штрафа, человѣкъ, живущій на 2,000 т. р. въ годъ, не будетъ имѣть средствъ содержать свое семейство въ теченіи нѣкотораго времени и одновременный платежъ штрафа легко можетъ разстроить его дѣла на долго, или даже навсегда. Сверхъ того, оффиціальное дознаніе о количествѣ имущества или доходовъ виновнаго очень часто явится тяжкимъ, ужаснымъ наказаніемъ, раскрываая и выводя на свѣтъ его семейныя тайны.

Самый надежный путь къ установленію равенства денежныхъ наказаній состоитъ въ томъ, чтобы законодатель опредѣлилъ максимумъ денежныхъ штрафовъ или вообще, или для cadaго класса народа въ отдѣльности и далъ судѣ широкую власть въ назначеніи штрафовъ, смотря по личности подсудимаго. Разумѣется, такая власть можетъ быть предоставлена только подъ извѣстными условіями. Но и при этомъ все-таки возможны случаи, когда штрафъ будетъ слишкомъ тяжелъ для преступника, — въ такомъ случаѣ, по его желанію, наказаніе это можетъ быть замѣняемо другимъ, равносильнымъ.

Д.

⁵²⁾ Ibid. ст. 614. 620. 627. 832 и мн. др.

Февраль 1861.

ОТДѢЛЪ ТРЕТІЙ.

ТЕОРІЯ ПРАВА.

ОЧЕРКЪ

ТЕОРІИ УГОЛОВНАГО ПРАВА.

СТАТЬЯ ЧЕТВЕРТАЯ.

(Окончаніе).

МѢРА НАКАЗАНІЯ ¹⁾.

Мы сказали, что ограниченія уголовной власти государства суть троякаго рода. Мы видѣли, что государство имѣеть право наказывать не всѣ дѣйствія какія ему вздумается, но одни преступленія. Мы видѣли—далѣе, что при наказаніи преступленій государство не имѣеть права употреблять всякое средство наказанія, которое только физически—возможно, но что оно должно ограничиться только тѣми, которыя юридически возможны, т. е. законны, согласны съ разумомъ, нравственностью и назначеніемъ уголовного правосудія.

Теперь мы переходимъ къ ограниченіямъ третьяго рода. Какъ преступленія, такъ и наказанія бываютъ различныя по тяжести. Такъ какъ наказаніе есть результатъ преступленія и относится къ нему какъ слѣдствіе къ причинѣ, то наказаніе должно обуслов-

¹⁾ *Hepp*, Darstellung etc. т. III. § 117—127. стр. 802—852. *Köstlin*, System. Thl. 3. *Berner*, Lehrbuch. § 132—142. *Rossi*, Traité. 1. II. ch. 2—8. III. 4. *Fenerbach*. Lhrb. § 92—132.

ливаться преступленіемъ, не только въ своемъ существованіи (*nulla poena sine crimine*), но и въ своей степени. Государство не можетъ назначать за то или другое преступленіе, то или другое наказаніе по произволу. Государство не можетъ за случайное убійство наказывать строже, нежели за умышенное, или подвергать одинакому наказанію, и государственную измѣну и легкое воровство. Наказаніе должно опредѣляться природою преступленія, подобно тому, какъ и воздаяніе естественное: человѣкъ не можетъ подвергаться лихарадкѣ одинаково, простудится ли онъ, или бросится съ крыши, и не можетъ одинаково подвергнуться смерти, выпьетъ ли онъ стаканъ воды, или стаканъ яду, или одинаково опьянѣть, выпьетъ ли рюмку легкаго вина, или бутылку рома.

Преступленіе, сказали мы, есть дѣйствіе свободной воли человѣка, непосредственно исключающее собою возможность возстановленія нарушеннаго права. Оно требуетъ для себя моментъ воли и моментъ факта. Степень преступленія, опредѣляющая мѣру наказанія, должна слѣдовательно основываться и на субъективной и на объективной сторонѣ преступленія. Часто внутренней масштабъ, также какъ и часто внѣшній, одинаково несправедливы. Съ однимъ чисто внутреннимъ масштабомъ мы впадемъ въ область нравственности, съ чисто-внѣшнимъ масштабомъ намъ придется наказывать одинаково и злоумышленнаго и случайнаго преступника, и взрослого и малолѣтнаго, и человѣка находящагося въ здоровомъ умѣ и безумнаго.

Элементами преступленія является воля, внѣшнее дѣйствіе и средства совершенія. Чтобы наказаніе было справедливо, нужно при назначеніи его обращать вниманіе на всѣ три элемента и такимъ образомъ при измѣреніи тяжести преступленія является субъективная, объективная и модальная скала.

1) *Субъективная скала.* Злой умыселъ и неосторожная вина не одинаково преступны и слѣдовательно должны подвергаться различнымъ наказаніямъ. Первый долженъ наказываться строже послѣдняго.

Но злой умыселъ бываетъ неодинаково преступенъ. При измѣреніи его должно обращать вниманіе 1) на ясность разумѣнія и 2) на степень энергіи злой воли, которая узнается изъ числа, природы и силы побужденныхъ преступникомъ препятствій, изъ свойства побужденій и т. п. Здѣсь имѣютъ приложеніе виды злаго умысла, *doeus determinatus* и *indeterminatus*, *praemeditatio* и *impetus* и т. д.

Такъ какъ степень злаго умысла увеличиваетъ тяжесть преступленія не качественно, а количественно, то и наказаніе можетъ увеличиваться и уменьшаться только количественно (*Strafmilderung*, *Straferhöhung*) а не качественно (*Strafminderung*, *Strafschärfung*), т. е.

оно можетъ измѣняться только въ предѣлахъ одного и того же рода наказанія. Наказаніе за преступленіе по неосторожности должно смягчаться противъ наказаніе за то же преступленіе по этому умыслу не только количественно, но и качественно.

О степени противозаконности воли преступника, говоритъ сверхъ того, такъ называемое повтореніе преступленій (*delictum reiteratum, sine repetitum*).

Подъ этимъ именемъ не должно разумѣть всякій случай, когда преступникъ, уже наказанный однажды, совершитъ преступленіе въ другой разъ. Если человѣкъ совершитъ воровство, находясь въ крайнѣйшей бѣдности, и потомъ совершитъ убійство по ревности,—то здѣсь нѣтъ повторенія преступленія и два преступленія нисколько не говорятъ о привычкѣ, страсти, не говорятъ о томъ, что воля этаго убійцы противозаконна воли другаго убійцы по ревности. Совсѣмъ иное видимъ мы въ томъ случаѣ, когда человѣкъ, однажды наказанный за воровство, совершаетъ его въ другой разъ, или дѣлаетъ плутовство и т. д. Мы видимъ здѣсь, что человѣкъ не умираетъ наказаніемъ и что онъ — продолжаетъ преступленіе по той же привычкѣ, страсти, побужденію. Повтореніемъ преступленія должно такимъ образомъ называть совершеніе, послѣ понесеннаго за преступленіе наказанія, другаго преступленія тождественнаго съ первымъ, или равнокачественнаго съ нимъ. По этому мы не можемъ согласиться ни съ тѣми законодательствами, которыя увеличиваютъ наказаніе только за повтореніе одного и того же преступленія (прусское) ни съ тѣми криминалистами, которыя считаютъ поводомъ къ увеличенію наказанія, вторичное совершеніе, какаго-бы то ни было преступленія, однимъ лицомъ. Саксонское законодательство 1855 г. припимаетъ не тождественность, а равнокачественность преступленій (art. 83),—что гораздо справедливѣе.

И залетное пространство времени, протекшее между первымъ и вторымъ преступленіемъ, должно имѣть вліяніе на степень увеличенія наказанія, а срокъ, окончательно разрушающій предположеніе въ преступной привычкѣ, долженъ служить поводомъ и къ полному уничтоженію увеличенія наказанія за повтореніе. Прусское законодательство (§ 60) полагаетъ такимъ срокомъ 10 лѣтъ, но такъ какъ большее или меньшее время заслуживаетъ уваженія, то судья если и можетъ, но не обязанъ увеличивать наказаніе. Повтореніе преступленія не можетъ имѣть мѣста и въ томъ случаѣ, когда доказано, что многія преступленія имѣютъ своимъ источникомъ не одинъ мотивъ, или не одну привычку.

Мы думаемъ, что вполне справедливо, если законодательство, не только въ случаѣ и залетнаго срока, но и вообще при опредѣленіи наказанія за повтореніе, укажетъ судѣ тѣ случаи, когда

онъ не долженъ увеличивать наказаніе, и за тѣмъ даетъ ему право увеличенія въ остальныхъ случаяхъ, не обязывая его къ тому: законодатель не можетъ предусмотрѣть и половину тѣхъ случаевъ, когда повтореніе преступленія не указываетъ на ту причину, которой обусловливается увеличеніе наказанія. Въ степени увеличенія наказанія, власть судьи должна быть ограничена. Преступленіе, повторяясь во второй и третій разъ, не измѣняетъ своего характера. Преступность виновника увеличивается не качественно, а количественно, потому и наказаніе можетъ увеличиваться только количественно ²⁾. Въ нашемъ уложеніи встрѣчаются, къ сожалѣнію, только слѣдующія распоряженія: «къ числу обстоятельствъ, увеличивающихъ вину и наказаніе принадлежитъ повтореніе того же преступленія или учиненіе другаго послѣ суда и наказанія за первое, и впаденіе въ новое преступленіе, когда прежнее, не менѣе важное, было прощено виновному. Когда законъ не назначаетъ именно наказаніе за повтореніе того же преступленія, или же за учиненіе онаго въ третій или четвертый разъ и т. д. судъ назначаетъ всегда самую высшую мѣру наказанія за то преступленіе, или за повтореніе онаго или же за учиненіе въ 3-й разъ опредѣленнаго. За новое преступленіе, содѣянное во время или прежде суда, но по изобличеніи въ первомъ, виновный подвергается наказанію по правиламъ о совокупности преступленій (ст. 143 — 144).

2) *Объективная скала.* При покушеніи, намѣреніи преступника устремляется на все преступленіе, но объ энергіи преступнаго умысла, вообще, говорить болѣе преступленіе оконченное, нежели покушеніе. Чтобы довести преступленіе до совершенія, воля должна дѣйствовать все рѣшительнѣе и рѣшительнѣе: она должна преодолевать и внѣшнія препятствія и голосъ совѣсти, который раздастся все громче и сильнѣе, по мѣрѣ того какъ намѣреніе все болѣе и болѣе осуществляется и, въ своемъ осуществленіи, является передъ преступникомъ. Даже за оконченное покушеніе (*beendigter versuch*) наказаніе должно быть меньше, наказанія за преступленіе оконченное, потому что и здѣсь мы видимъ недоста-

²⁾ Съ *delictum reiteratum* не должно смѣшивать такъ называемыя *fortgesetztes Verbrechen*. *Berner, Lehrb.* § 142: «Ein fortgesetztes Verbrechen ist anzunehmen, wenn mehrere verschiedenzeitige Akte, deren jeder für sich allein schon den Thatbestand des Verbrechens erfüllt, als fortschreitende Ausführung desselben verbrecherischen Entschlusses erscheinen und deshalb als Ein Ganzes aufzufassen sind . . . Weil die mehreren einzelnen Akte nicht als einzelne selbstständige Verbrechen zählen, sondern nur ein, sie alle umfassendes Verbrechen, vorhanden ist: so ist auch nur einmal die Strafe dieses Verbrechens verwirkt. Bei der Ausmessung dieser Strafe können demnach jene einzelnen Akte zwar zur Erhöhung, nie aber zur Schärfung Anlass geben».

токъ осуществленія воли, — недостатокъ который очень часто находитъ свое основаніе въ недостаткѣ воли. Наказаніе должно быть меньше, наконецъ, потому, что будучи реакціей противъ вѣшняго нарушенія, оно не можетъ быть одинаковымъ, будетъ ли нарушеніе совершенно исполнѣ или не исполнѣ. Съ этими требованіями справедливости согласны и соображенія политики, о чемъ мы уже говорили во второй статьѣ. Разумѣется, чѣмъ ближе покушеніе къ совершенію, тѣмъ строже должно быть наказаніе.

Въ объективномъ отношеніи, имѣетъ сверхъ того вліяніе на мѣру наказанія, такъ называемое стеченіе преступленій (*concursum delictarum*), т. е. стеченіе многихъ, еще не наказанныхъ преступленій одного лица при одномъ и томъ же приговорѣ суда.

Стеченіе преступленій бываетъ 1) или формальнымъ (одновременнымъ, идеальнымъ), когда одно и то же дѣйствіе заключаетъ въ себѣ составъ многихъ преступленій; или 2) матеріальнымъ (последовательнымъ, реальнымъ), когда совершены многія преступленія, посредствомъ многихъ разновременныхъ актовъ. Стеченіе преступленій того и другаго рода можетъ быть однороднымъ или разнороднымъ ³⁾.

3. *Модальная скала.* Преступность дѣйствія, а слѣд. и мѣра наказанія, должна увеличиваться, или уменьшаться сообразно той степени рѣшимости, жестокости, опасности, которая проявляется въ избранныхъ средствахъ и вообще въ способѣ исполненія. Мѣра участія въ совершеніи преступленія имѣетъ большое вліяніе на степень вины и наказанія: естественно, что главный виновникъ долженъ быть наказанъ строже, чѣмъ помощникъ, помощникъ — строже нежели укрыватель и т. д. ⁴⁾.

Все сказанное нами доселѣ относится къ мѣрѣ наказанія при одномъ преступленіи. Изъ сказаннаго нами доселѣ слѣдуетъ только, что въ случаѣ убійства, убійство злонамѣренное наказывается строже нежели неосторожное, простое убійство наказывается легче убійства соединеннаго съ грабежемъ, или убійства сопряженнаго

³⁾ Съ *concursum delictorum* — говоритъ Кестлингъ (*System. § 136*) не должно смѣшивать тѣхъ случаевъ, «wenn 1) dieselbe Handlung, die eine eigene Verbrechenart bildet, zugleich unter den Thatbestand eines Gattungsverbrechens subsumirt werden kann, oder mehrere gleichartige Akte als Momente eines Thatbestands zu betrachten sind; 2) wenn und soweit mehrere ideal zusammentreffende Verbrechen einen gemeinschaftlichen Thatbestand ihrem Begriff nach haben; 3) im Fall des fortgesetzten Verbrechens».

⁴⁾ Сообразно плану настоящаго Очерка, въ него не вошло ученіе о сообществѣ въ преступленіи. Желающимъ познакомиться съ этимъ предметомъ укажемъ на сочиненіе покойнаго *Жиряева*. О стеченіи нѣсколькихъ преступниковъ при одномъ и томъ же преступленіи. 1850.

съ изязаніемъ убитаго, убійца наказывается строже, нежели укрыватель убійцы и т. д. Но вопросъ о мѣрѣ наказанія этимъ не кончается.

Наказанія должны измѣняться не только соразмѣрно градаціи одного преступленія, но степень его должна сверхъ того соразмѣряться съ степенью и природой (каждаго рода и вида преступленія): нельзя подвергать одинакому наказанію и отцеубійство, и ничтожное воровство. Недостаточно, если мы рѣшимъ вопросъ только о томъ, что преступленіе совершенное при такихъ-то обстоятельствахъ наказывается строже или легче того же преступленія, совершенное при другихъ условіяхъ. Нужно рѣшить также и то, какое преступленіе должно наказываться строже, какое легче.

Тяжесть преступленія опредѣляетъ собою тяжесть всѣхъ условій его совершенія, потому что тяжесть преступнаго нарушенія (говоръ вообще) пропорціонально степени противозаконности воли,— и это правило относится не къ одному злему умыслу, но и къ неосторожной винѣ и ко всѣмъ моментамъ субъективной, объективной и модальной скалы. Понятно, что простительнѣе обходиться неосторожно съ какой-нибудь легкою вещью и класть ее на окно, съ котораго она можетъ свалиться и упасть на кого-нибудь, нежели высунуть неосторожно изъ окна десяти-пудовое бревно, которое, упавши, можетъ раздавить проходящаго. Простительнѣе быть помощникомъ (секундантомъ) дуэли, чѣмъ помощникомъ убійства, грабежа и разбоя и т. д.

Преступность дѣйствія, а вмѣстѣ съ нею и степень наказанія должна возвышаться по мѣрѣ значенія и объема нарушеннаго права, при какихъ бы условіяхъ преступленіе не было совершено: злоумышленно, неосторожно, посредственно, непосредственно и т. д. Въ вопросѣ о мѣрѣ наказанія, необходимо составить списокъ правъ нарушаемыхъ преступленіемъ и назначить каждому изъ нихъ свойственное ему мѣсто.

Преступленіе заключаетъ въ себѣ двоякое зло: 1) нравственное зло, рассматриваемое само-по-себѣ, абстрактно: убійство всегда будетъ нарушеніемъ важнѣйшаго нравственнаго закона, который предписываетъ намъ уважать жизнь другаго человѣка. 2) Матеріальное зло, рассматриваемое съ этой же точки зрѣнія: убійство не можетъ быть ни чѣмъ инымъ, какъ разрушеніемъ блага существованія⁵⁾. Перехода къ оцѣнкѣ нравственнаго зла, мы видимъ что степень его пропорціональна природѣ нарушеннаго долга.

⁵⁾ Преступленіе заключаетъ въ себѣ еще третій родъ зла: зло общественное, рассматриваемое въ его приложеніи къ дѣйствительной жизни, измѣняемое по своей природѣ, дѣйствующее различно, смотря по различнымъ обществамъ, по степени развитія, обстоятельствъ жизни извѣстнаго народа и

Опредѣлить списокъ нашихъ обязанностей къ другимъ людямъ и къ обществу, и дать каждой изъ обязанностей соотвѣтствующее ей значеніе, можетъ одна нравственность, которая есть оразумленіе, выраженіе откровеній нашей совѣсти. Совѣсть напр. поставяетъ убійство на первомъ мѣстѣ по лѣствицѣ безнравственныхъ дѣйствій, и разумъ соглашается съ этимъ голосомъ нашей совѣсти.

Намъ скажутъ, что совѣсть плохое мѣрило въ этомъ случаѣ, что моралисты слишкомъ далеко расходятся между собою не только въ частныхъ вопросахъ, но даже и въ болѣе общихъ. Но и материалисты не успѣшнее дѣйствуютъ въ оцѣнкѣ матеріальнаго блага и зла. Если мы будемъ опираться на ошибки человѣческаго разума въ доказательство несостоятельности принциповъ, то никогда не получимъ ничего, кромѣ отрицанія и намъ останется одна только разумная система — безвыходный скептицизмъ.

Нельзя не согласиться съ тѣмъ, что нравственное зло не всегда очевидно, менѣе доступно разумѣнію, чѣмъ зло матеріальное: это особенно видно въ дѣйствіяхъ, нарушающихъ наши отношенія къ обществу. Легче уловить отношенія между частными лицами, чѣмъ отношенія между частнымъ лицомъ и обществомъ. Но нельзя не согласиться и съ тѣмъ, что природа и тяжесть нравственнаго зла должны имѣть вліяніе на матеріальное зло, причиняемое преступленіемъ. Государственная измѣна произведетъ, можетъ быть, менѣе матеріальнаго зла, чѣмъ воровство. Но оно тѣмъ не менѣе заслуживаетъ высшаго наказанія, потому что указываетъ на большую противозаконность воли, чѣмъ воровство. И тяжелое наказаніе за измѣну назначается не по одному только количеству опасности. Часто неосторожность причиняетъ болѣе опасности, но неужели она должна быть наказываема строже? Увеличеніе матеріальной опасности не единственное дѣйствіе, проистекающее изъ нравственной тяжести преступления. Отцеубійство ужасаетъ cadaго гораздо болѣе, чѣмъ простое убійство, хотя оно не слишкомъ, или и вовсе неопасно для общества, потому что самая тяжесть его служить достаточной гарантіей того, что оно не будетъ повторяться такъ часто, какъ простое убійство. Если мы примемъ опасность за единственный масштабъ тяжести преступления, то придется подвергнуть отцеубійство болѣе слабому наказанію, чѣмъ простое убійство. Но понятно, что такой законъ пойдетъ врозь съ общественнымъ мнѣніемъ: не выражая собою убѣжденія общества, онъ измѣнитъ своему прямому назначенію быть выраженіемъ воли народной.

т. д. Но мы не говоримъ о немъ, потому что разсмотрѣніе его относится преимущественно къ области уголовной политики.

Переходя къ измѣренію матеріальнаго (объективнаго) зла, мы видимъ, что оно пропорціонально важности права, или блага, нарушеннаго преступленіемъ.

Мы говорили что одна только личность человѣка можетъ быть объектомъ преступленія, одна только воля его можетъ быть нарушена. Изъ вещей могутъ быть объектомъ преступленія только тѣ, которыми владѣть человѣкъ, которыя проникаются волею лица: нѣтъ воли, не можетъ быть и преступленія.

Всякое лице имѣетъ жизнь, права личныя (форма бытія) и имущественныя права. Бытіе одно: середины между имъ и небытіемъ быть не можетъ. Но образъ существованія, или личныя права различны: одинъ гражданинъ, другой — не гражданинъ, одинъ женатъ, другой холостъ и т. д. Между личными и имущественными правами есть существенное различіе. Собственность передаваема, права личныя непередаваемы: можно потерять званіе гражданина, но нельзя передать его по частному договору негражданину; можно отказаться отъ сыновнихъ имущественныхъ правъ, но нельзя отказаться отъ сыновнихъ нравственныхъ, личныхъ обязанностей; можно лишиться честнаго имени, но нельзя уступить его тому, кто его не имѣетъ. Форма бытія и жизнь суть двѣ части, составляющія единую, цѣлую личность человѣка. Собственность же можетъ быть скорѣе разсматриваема какъ прибавленіе, нежели какъ часть личности. Конечно, во многихъ странахъ количество собственности обусловливаетъ пользованіе извѣстными политическими (личными) правами; но и здѣсь собственность имѣетъ не самостоятельное значеніе: собственникъ назначается въ ту или другую должность, пользуется тѣмъ или другимъ политическимъ правомъ не потому, что онъ собственникъ, но потому что его состояніе даетъ право предполагать, что онъ имѣетъ нужныя для избираемаго качества.

Преступленія могутъ нарушать или права личныя, или права имущественныя. Отсюда два главные рода преступленій.

Вообще говоря права личности болѣе важны, чѣмъ права собственности, слѣдовательно и нарушенія ихъ болѣе тяжки, чѣмъ преступленія имущественныя. Конечно, нападеніе на личность можетъ быть такимъ легкимъ, а преступленіе имущественное такимъ тяжелымъ, что всякій согласится лучше подвергнуться первому, нежели послѣдному. Но здѣсь имѣетъ значеніе степень нападенія, а не природа его, о которой мы только и говоримъ теперь.

Такъ какъ, далѣе, лица бываютъ физическія или юридическія, то по нашему мнѣнію, нарушеніе правъ личныхъ и вѣщныхъ важнѣе для лицъ физическихъ, нежели для лицъ юридическихъ. Жизнь юридическаго лица не можетъ быть нарушена, въ собственномъ смыслѣ: противузаконно разрушенныя, они легко могутъ возродиться завтра. Что до формы существованія, то многія изъ правъ

этого рода не мыслимы при лицѣ юридическомъ; нападенія же на другія права, напр. на честь, расходясь ко всѣмъ членамъ, менѣе чувствительно поражаютъ cadaго изъ нихъ чѣмъ тогда, если бы поражена была честь отдѣльнаго лица. Можно сказать даже, что оскорбленія этого рода дѣйствительны въ томъ только случаѣ, когда они направлены противъ индивидуумовъ, какъ членовъ извѣстнаго общества, сословія, корпораціи. Если какой нибудь писатель скажетъ, что всѣ присутственныя мѣста въ Россіи суть скопища воровъ и разбойниковъ, — то конечно ни одинъ изъ чиновниковъ лично не потерпитъ чрезъ то почти никакого оскорбленія. Если же книга будетъ направлена противъ извѣстной, какой нибудь Крутогорской Гражданской Палаты ⁶⁾, то обида становится индивидуальной: это значитъ сказать, что Петръ, Яковъ и Антонъ воры. И эти лица являются совсѣмъ въ другомъ свѣтѣ въ глазахъ общества, чѣмъ всѣ русскіе чиновники, названные гуртомъ ворами и разбойниками. Права собственности, наконецъ, точно также важны для лицъ физическихъ, нежели юридическихъ, потому что относительно послѣднихъ потеря, раскладываясь по членамъ, менѣе чувствительно поражаетъ cadaго изъ нихъ. Сверхъ того юридическое лице имѣетъ средствъ болѣе физическаго лица и защитить и возстановить свои права.

Сказанное нами о лицахъ юридическихъ не относится впрочемъ къ государству. Дѣйствія, устремленныя на существованіе государства, по важности своей, должны быть поставлены выше убійства физическаго лица, несмотря на то, что смерть государства невозможна, и самое покореніе его другимъ государствамъ, нарушаетъ не бытіе его, а касается только формы его существованія. По нашему мнѣнію, преступленія государственныя, государственная измѣна и бунтъ, должны стать во главѣ всѣхъ прочихъ преступленій ⁷⁾. Равнымъ образомъ, нѣкоторыя общественныя преступленія должны быть, по степени тяжести, поставлены выше соотвѣствующихъ имъ оскорбленій частныхъ лицъ.

По своей тяжести, преступленія, по нашему мнѣнію, должны стоять въ слѣдующемъ порядкѣ:

⁶⁾ Губернскіе очерки Н. Щедрина.

⁷⁾ Rossi, Traité, стр. 213: «Toutefois si le crime, par sa nature et relativement à son auteur, est excessif, il ne faut pas oublier, d'un autre côté, que le mal dont cet attentat peut être la cause est heureusement fort difficile à accomplir, une nation ayant des moyens puissants de défense contre de semblables attaques. Enfin, il est également vrai que là ou ces attentats réussissent, le mal matériel n'est pas tel qu'une âme généreuse peut le concevoir; car une nation qui se laisse dépouiller de ses droits, n'y attache guère d'importance; la liberté politique n'est pour elle qu'une vaine apparence: si c'était une réalité, elle saurait la défendre».

Преступленія государственныя,
Государственная измѣна. Бунтъ.

Нѣкоторыя общественныя преступленія,
Преступленія личныя:

- | | |
|------------------------------|-------------------------------|
| a) противъ лицъ физическихъ | } жизнь, здоровье, честь сво- |
| b) противъ лицъ юридическихъ | |

Преступленія вещныя,

a) противъ лицъ физическихъ:

- aa) Лишеніе всего состоянія.
bb) Лишеніе такой части состоянія, которое производитъ измѣненіе въ формѣ существованія оскорбленнаго.
cc) Лишеніе ничтожной части, потеря которой почти нечувствительна для оскорбленнаго.

b) Противъ лицъ юридическихъ⁸⁾.

Право есть часть нравственности, и мы при оцѣнкѣ тяжести преступленій брали сложный результатъ, комбинируя нравственное

⁸⁾ Личныя частныя преступленія помѣщены въ нашемъ Уложеніи о наказаніи уголовныхъ и исправительныхъ въ X раздѣлѣ. Но сюда не вошли 1) убійство священника во время совершенія имъ службы Божіей, или исправленія духовныхъ требъ. Объ этихъ преступленіяхъ говорится въ ст. 236, 237, 239, 240, 241 главы III (оскорбленіе святыни и нарушеніи церковнаго благочинія). Имъ отведено это мѣсто потому, что въ глазахъ нашего законодательства при оскорбленіи священника, какъ священника, личность его, какъ частнаго человѣка, получаетъ второстепенное значеніе, и общественный характеръ преступленія поглощается религіознымъ. 2) Сюда не вошли также нѣкоторыя дѣйствія чиновниковъ, совершенныя при отправленіи ими своей должности, которыя нарушаютъ личныя права: они отнесены въ главу 2-ю и 11-ю раздѣла V (преступленія и прост. по службѣ). Замѣтимъ, что истязанія и жестокости, совершенныя противозаконно чиновникомъ, какъ органомъ верховной власти, должны наказываться строже, чѣмъ подобныя дѣйствія частныхъ лицъ. Между тѣмъ за дѣйствія чиновниковъ Уложеніе назначаетъ высшей мѣрой наказанія лишеніе всѣхъ особыхъ правъ и преимуществъ и ссылку на житье въ губерніи *Тобольскую* и *Томскую*, съ заключеніемъ на время отъ 2 до 5 лѣтъ; а за преступленія этого рода со стороны частныхъ лицъ — лишеніе всѣхъ особыхъ правъ и преимуществъ и ссылку на житье въ губерніи *Иркутскую* и *Енисейскую* съ заключеніемъ на время отъ 2 до 4 лѣтъ и съ воспрещеніемъ выѣзда изъ другія сибирскія губерніи отъ 8 до 12 лѣтъ. Наказаніе такимъ образомъ возвышается на одну степень (ст. 387, 2038. ср. ст. 35). Уложеніе снисходительнѣе къ чиновникамъ, нежели къ частнымъ лицамъ, и въ томъ случаѣ, когда противозаконныя дѣйствія первыхъ влекутъ за собою уголовное наказаніе невиннаго. Въ ст. 387 и 409 сказано «Если въ слѣдствіе исторгнутаго, какими либо истязаніями и жестокостями ложнаго показанія, невинный былъ подвергнутъ лишенію всѣхъ правъ состоянія, или если совершенно невинный былъ съ умысломъ, изъ корыстныхъ

и матеріальное зло. Мы думаемъ, что эта класификація справедлива и законна.

Въ опроверженіе нашего мнѣнія можно представить два факта: скажутъ, что 1) воровство производитъ болѣе возмущенія въ общественномъ организмѣ, нежели убійство, и сверхъ того 2) воръ всегда терпитъ безчестье, презрѣніе общества, а убійца, напр. политической преступникъ, часто избѣгаетъ этаго нравственнаго наказанія.

Мы думаемъ, что воровства болѣе боятся, чѣмъ убійства тамъ, гдѣ преступленія убійства рѣдки, а воровства часты: естественно болѣе боятся того, что чаще случается. Но должно вообразить себѣ ту страну, гдѣ то и другое преступленіе повторяются одинаково часто. Сверхъ того возмущается общественный порядокъ не однимъ страхомъ, но и еще больше ужасомъ и должно дѣлать различіе между страхомъ, производимымъ воровствомъ, и ужасомъ, производимымъ убійствомъ. Что до втораго возраженія, то дѣйствительно воровство наиболѣе безчестное изъ преступленій, хотя производитъ и менѣе зла, нежели напр. честолюбіе Григорія Отрепьева, который производитъ въ своемъ отечествѣ междоусобную войну и тѣмъ даетъ широкій путь безпорядкамъ, убійствамъ и грабежамъ. Но вору нужна одна хитрость, второму сила и отвага, первому нужны только деньги, второму — власть, первый безчестенъ по своей цѣли и средствамъ, второй замаскировываетъ нравственную низость своихъ поступковъ, блескомъ средствъ и грандіозностью цѣли. Если же политической преступникъ безукоризненъ въ нравственномъ отношеніи, то причиненное имъ матеріальное зло никто не поставитъ ему въ упрекъ. Война Гарибальди съ Наполеомъ могла дать въ своемъ результатѣ столько жертвъ, сколько не погибло бы въ тюрьмахъ, при господствѣ нынѣшняго пра-

или иныхъ видовъ и съ явнымъ нарушеніемъ законовъ, подвергнуть уголовному наказанію, то виновные (чиновники) въ семь подвергаются лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ въ каторжныя работы *на заводахъ на время отъ 6 до 8 лѣтъ*. За живую присягу частнаго лица, вслѣдствіе которой обвиняемый долженъ понести несправедливое уголовное наказаніе, виновный подвергается лишенію всѣхъ правъ состоянія и ссылкѣ въ каторжную работу *въ крѣпостяхъ на время отъ 8 до 10 лѣтъ*. (NB. По ст. 21 работы на заводахъ считаются легчайшимъ наказаніемъ, нежели работы въ крѣпостяхъ. Первые составляютъ 6 и 7-ю степень, а вторые — 4 и 5-ю степень каторжныхъ работъ). Но Уложеніе не всегда снисходительно къ чиновникамъ и потому въ распоряженіяхъ его мы замѣчаемъ какое-то колебаніе. За убійство, нанесеніе ранъ и увѣчья, за словесную или реальную обиду, причиненныя чиновникомъ при отправленіи имъ своей должности, наказанія равны какъ для нихъ, такъ и для частныхъ лицъ (ст. 388—389).

вительства, въ теченіи двухъ, трехъ вѣковъ. Но имя Гарибальди внушаетъ не ужасъ, навлекаетъ на себя не безчестье, а возбуждаетъ общее сочувствіе и благословія даже отъ тѣхъ, которые могутъ быть наиболѣе пострадавшими отъ этой войны. Этотъ фактъ служить лучшимъ доказательствомъ того, что нравственность дѣйствія стоитъ въ пропорціональномъ отношеніи къ преступности дѣйствія и что человѣкъ измѣряетъ поступки не однимъ матеріальнымъ масштабомъ на основаніи принципа полезности. Нравственное и матеріальное зло воздѣйствуютъ другъ на друга и находятся въ самой тѣсной, неразрывной связи, такъ что вполнѣ нравственное дѣйствіе можетъ быть только условно-преступнымъ.

Свободу (личную) поставили мы на послѣднемъ мѣстѣ въ ряду личныхъ правъ. Но юридическая свобода, какъ право дѣйствовать, такъ какъ я хочу, какъ право на свободу отъ принужденія и обмана въ распоряженіи, защитѣ и возстановленіи своихъ правъ, должна быть, по нашему мнѣнію поставлена тотчасъ послѣ жизни; эта свобода является необходимымъ условіемъ всѣхъ прочихъ правъ (на здоровье, честь, свободу и имущество). Но замѣтимъ, что не всякое преступленіе заключаетъ въ себѣ прямое, непосредственное нарушеніе юридической свободы.

Преступленіе, сказали мы, есть дѣйствіе непосредственно исключающее собою возможность возстановленія нарушеннаго права. Возстановленіе права предполагаетъ а) нарушеніе права, не исключающее собою возможности возстановленія и б) существованіе средствъ законной защиты. Отсюда и преступленія распадутся на два главные разряда: одни устремляются на самыя права, другія на средства защиты. О первыхъ мы сейчасъ говорили, о вторыхъ скажемъ теперь.

Изъ преступленій перваго рода, убійство заключаетъ въ себѣ абсолютное нарушеніе: жизнь не можетъ быть нарушена и возстановлена болѣе или менѣе, убитый не можетъ быть ни когда удовлетворенъ. Преступленія же противъ здоровья, чести, или свободы, могутъ измѣняться по степени нарушенія и если не могутъ быть вполнѣ возстановляемы, то по крайней мѣрѣ не исключаютъ возможности удовлетворенія обиженнаго. Преступленія имущественныя отнимаютъ обыкновенно у обиженнаго фактическую возможность возстановленія нарушеннаго права. Всѣ эти преступленія явно незаконны и на первомъ планѣ является здѣсь фактическая, не безусловная невозможность возстановленія права или, по крайнѣй мѣрѣ, наказанія преступника.

Но преступленія, нарушающія юридическую свободу лица, или посредствомъ лишенія обиженнаго средствъ законной защиты, или посредствомъ принужденія его воли насиліемъ, или обманомъ,

приближаются къ абсолютному правонарушенію (убійству) потому что, прикрываясь личиною законности, они стараются уничтожить возможность не только возстановленіе нарушеннаго права, но даже и удовлетворенія (наказанія), не только на время, но и на всегда. Они конечно не могут быть поставлены въ главѣ частныхъ преступленій, на ряду съ убійствомъ, но должны идти вслѣдъ за нимъ ⁹⁾.

Коренное условіе общественной жизни составляетъ законное охраненіе воли человѣка, судъ и расправа. Рѣшеніе суда должно быть справедливо, т. е. согласно съ истиной, съ дѣйствительнымъ положеніемъ дѣла. Человѣкъ имѣетъ право на то, чтобъ отвѣчать только за то, что онъ самъ свободно сдѣлалъ, или чего не хотѣлъ сдѣлать, слѣдовательно имѣетъ право на то, чтобы юридическая его свобода оставалась не нарушимой и чтобы доказательства его виновности и правоты, на основаніи которыхъ судъ произноситъ свое рѣшеніе, не были ни уничтожаемы, ни искажаемы. Къ разряду преступленій, устремляющихся на средства защиты, отрицающихъ не только фактическую, но и юридическую возможность возстановленія нарушеннаго права и удовлетворенія, подрывающихъ возможность праваго суда, относятся:

1) *Непровосудіе.*

2) *Лжесвидѣтельство*, которое можетъ состоять или въ отрицаніи, или въ искаженіи дѣйствительнаго событія. Замѣтимъ кстати, что за живой доносъ Уложеніе о наказаніяхъ назначаетъ, какъ самое легкое наказаніе, заключеніе въ тюрьмѣ, на время отъ 6 мѣсяцевъ до 1 года ¹⁰⁾, а за живое свидѣтельское показаніе, данное безъ присяги — арестъ на время отъ 3 недѣль до 3 мѣсяцевъ ¹¹⁾. Мы не думаемъ, чтобы живой доносъ былъ преступле-

⁹⁾ Наше Уложеніе вполне справедливо дѣлаетъ строгое различіе между злонамѣренной кражей документовъ съ цѣлью доставить себѣ или другимъ противозаконную выгоду, и ненамѣреннымъ похищеніемъ ихъ вмѣстѣ съ другими вещами (см. ст. 2241).

¹⁰⁾ Ст. 1206.

¹¹⁾ Ст. 1209. Въ уложеніи живая присяга отнесена въ раздѣлѣ II (преступленія противъ вѣры и нарушенія ограждающихъ оную постановленій). Это помѣщеніе вполне слѣдовательно при воззрѣніи нашего законодательства на присягу. Но лжесвидѣтельство и живыя показанія при повальныхъ обыскахъ въ 3-ю главу раздѣла VIII (преступленія и проступки противъ общественнаго благоустройства и благочинія). Это мѣсто, какъ легко видно, имъ не идетъ. Непосредственно идущая за этими преступленіями 1212-я статья говоритъ о противозаконныхъ дѣйствіяхъ чиновниковъ при производствѣ повальныхъ обысковъ. Но она должна находиться въ раздѣлѣ V, гл. XI, отд. 1 (проступки и преступленія чиновниковъ при слѣдствіи и судѣ). Въ томъ

нѣмъ болѣе тяжкимъ, чѣмъ ложное свидѣтельское показаніе, хотя бы данное и безъ присяги. Доносъ, самъ по себѣ, не заслуживаетъ вѣроятія, также какъ и показанія самихъ тяжущихся. Подобно гражданской жалобѣ, доносъ начинается собою процессъ и долженъ быть доказанъ. Между тѣмъ свидѣтельское показаніе болѣе или менѣе ложится въ основу судебного рѣшенія. Конечно доносъ оскорбляетъ честь лица, а свидѣтельскія показанія могутъ и не имѣть и по большей части не имѣютъ этаго свойства. Тѣмъ не менѣе, въ процессуальномъ отношеніи, лживое свидѣтельское показаніе, данное безъ присяги, и лживый доносъ, должны быть по крайнѣй мѣрѣ сравнены между собою по степени тяжести.

3) Изъ сказаннаго сейчасъ слѣдуетъ, что ложь и заpiresательство самихъ тяжущихся, не должны сюда относиться, исключая того случая, когда по невозможности рѣшить дѣло за неимѣніемъ доказательствъ, дѣло отдается на совѣсть одного изъ тяжущихся на основаніи данной имъ лживой присяги строится рѣшеніе суда ¹²⁾.

4) Свидѣтельство, свидѣтельскія показанія далеко не имѣютъ того значенія въ наше время, какое они имѣли въ первичныхъ обществахъ, когда они были единственными способами укрѣпленія правъ ¹³⁾, орудіями ихъ возстановленія и средствами судебной защиты ¹⁴⁾. Въ наше время получили огромное развитіе и значеніе письменные документы.

же раздѣлъ, главѣ и отдѣленіи, рядомъ съ лжесвидѣтельствомъ стоитъ «возбужденіе къ начатію и продолженію противозаконныхъ тяжбъ и исковъ» (ст. 1205—1207). Но съ перваго взгляда видно, что это — два рода противозаконныхъ дѣйствій, существенно различныхъ между собою и по характеру, и по тяжести, и по послѣдствіямъ.

¹²⁾ Должны ли подвергаться наказаніямъ одни ложныя показанія свидѣтелей, или же ложь и заpiresательство со стороны самихъ тяжущихся? — Этого въ вопросѣ былъ предметомъ горячаго спора между криминалистами. Онъ имѣетъ исключительное отношеніе къ уголовному процессу и рѣшается обыкновенно вмѣстѣ съ разсмотрѣніемъ вопроса одоноинствахъ и недостаткахъ такъ называемаго обвинительнаго и слѣдственнаго процесса. Мы думаемъ, что молчаніе и заpiresательство подсудимаго, ни въ какомъ случаѣ не могутъ считаться преступленіями. Самая ложь его является преступленіемъ только тогда, когда онъ оговариваетъ невинныхъ и въ этомъ случаѣ, подобно доносу, можетъ наказываться только какъ оскорбленіе чести. См. *Чебышева-Дмитріева*: Начала обвинительное и слѣдственное въ уголовномъ процессѣ. (Юрид. Вѣст. Н. В. Калачова. № 1), стр. 27—30.

¹³⁾ *Калачова*, Исслѣдованія о Русской Правдѣ. 1846. стр. 83. ст. VIII.

¹⁴⁾ *Jhering*, Geist des römischen Rechts. т. I, стр. 133—134: «Wenn der Berechtigte wegen eines vor Zeugen erworbenen Rechtes zur Selbsthülfe Schreiten musste, so waren es die Zeugen, die er zuerst umthätige Mitwirkung angien, und letztere erschienen der herrschenden Rechtsansicht nach verpflichtet, die-

Подобно тому какъ лживыя свидѣтельскія показанія могутъ или отрицать событіе, или исказать его, или утверждать несуществовавшій фактъ, такъ и относительно документовъ возможно уничтоженіе, искаженіе ихъ и составленіе фальшивыхъ документовъ¹⁵⁾.

5) Наконецъ, сюда относятся дѣйствія заключающія въ себѣ принужденія воли, посредствомъ насилія или обмана, къ числу которыхъ, по Уложенію, относятся ложное объявленіе себя холостымъ, съ цѣлю жениться отъ живой жены, присвоеніе чужаго имени, выдаваніе себя за чьего либо повѣреннаго или за официальное лице, насильственное принужденіе заключить или уничтожить извѣстный актъ и т. д.¹⁶⁾.

Таковы главныя разряды преступленій по ихъ сравнительной важности. Мы считаемъ сказанное достаточнымъ и не войдемъ въ

selbe zu gewähren. Für das spätere Recht, in dem die Thätigkeit des Zeugen auf ein Aussagen zusammengeschrumpft ist, bestimmen die XII Tafeln: qui se sieriit testarier libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilis esto; im System der Selbsthülfe wird mithin derjenige Zeuge für improbus und intestabilis gegolten haben, welcher jene thätliche Mitwirkung bei Ausführung des Geschäftes versagte. Dass diese Art der Mitwirkung eventuell vom Zeugen erwartet und verlangt wurde, soll jetzt näher erwiesen werden; es möge aber hier an die obige Bemerkung erinnert werden, dass es gewiss in den wenigsten Fällen zu wirklichen Thätlichkeiten kam, indem das moralische und physische Gewicht, das der Beistand der Zeugen dem Ausprüche des Berechtigten gewährte, nutzlose Versuche des Widerstandes im Keim unterdrückte. Unser Beweissatz ist also der: der Zeuge der ältesten Zeit sichert der interessirten Partei im Voraus seinen Beistand zu, oder, wie wir es mit einem Wort ausdrücken können, testis heisst Garant». См. *ibid.* стр. 135 и д.

¹⁵⁾ Наше Уложеніе говоритъ о подложномъ составленіи векселя (ст. 1647), объ истребленіи граничныхъ межъ и другихъ знаковъ (ст. 2182), о кражѣ документовъ (ст. 2240), о подложномъ составленіи, подчисткѣ и поправкѣ различныхъ официальныхъ актовъ (ст. 2282 и др.) и т. д. Но Уложеніе не обращаетъ вниманія на уничтоженіе и искаженіе актовъ домашнихъ (писемъ и т. п.) и не говоритъ объ ополчиваніи силой или обманомъ. Но уже въ Уложеніи царя Алексѣя Михайловича сказано: «А будетъ въ сыску скажутъ, что того приводного человѣка ополчили сильно, и тѣмъ людямъ, которые его ополчили сильно, за то чинить жестокое наказаніе» (гл. XXI. ст. 55)». А будетъ кто кого такимъ же воровскимъ заводомъ подкинеть чѣмъ напрасно, и про тотъ его подметъ потому же сыщется до прима... и... по сыску тѣмъ людямъ, кто кого подкинеть напрасно, чинить потому же жестокое наказаніе». (гл. XXI. ст. 56).

¹⁶⁾ Св. Зак. XV. кн. I. ст. 1932, 2084, 2123, 2141, 2142, 2240, 2242, 2243, 2252—2267, 2280, 2285, 2290—2299, 2302—2304, 2158, 2152, 2118—2120, 2171, 2143, 2156, 2158, 2172, 2278, 2121, 2122, 2126, 2287 и др.

подробное разсмотрѣніе этаго вопроса: мы пишемъ не проектъ уголовного кодекса, а только очеркъ уголовного права.

Установивъ лѣствицу преступленій, по ихъ тяжести, и зная, что наказаніе должно опредѣляться существомъ и тяжестью преступленія, мы только постановимъ вопросъ о мѣрѣ наказанія и будемъ еще очень далеки отъ его разрѣшенія. Стоя на этой точкѣ, мы знаемъ наприм. только то, что убійство должно быть наказываемо строже, чѣмъ воровство, но какое же именно наказаніе должно быть назначено за воровство и какое за убійство, — мы не знаемъ.

Два метода представляются намъ при рѣшеніи послѣдняго вопроса.

Первый методъ состоитъ въ томъ, что мы опредѣляемъ наказаніе для одного какого нибудь преступленія и такимъ образомъ получаемъ одну точку, на которой мы укрѣпляемся и которая служитъ намъ точкой отправленія. За тѣмъ, восходя и нисходя по лѣствицѣ преступленій и наказаній, будемъ отыскивать отношенія между ними для всѣхъ прочихъ случаевъ. Начнемъ наприм. съ точки самой высокой. Въ ряду гражданскихъ преступленій первое мѣсто занимаетъ убійство, изъ преступленій этаго рода самое тяжкое — отцеубійство. Опредѣливъ для него, какъ maximum наказанія, десятилѣтнее, строгое тюремное заключеніе и за тѣмъ ссылку въ колонію, мы составимъ каталогъ преступленій по ихъ важности и каталогъ наказаній по ихъ тяжести и, нисходя по этимъ лѣствицамъ, будемъ получать соотвѣтствующее наказаніе длякаждаго преступленія. Найдя такимъ образомъ maximum наказаній длякаждаго отдѣльнаго преступленія, намъ уже легко будетъ, по выказаннымъ выше правиламъ, найти сверхъ того наказанія и для различныхъ степеней одного и того же преступленія.

Таковъ первый методъ. Онъ очень недостаточенъ, потому что найденныя такимъ способомъ наказанія, далеко не всегда будутъ соотвѣтствовать природѣ преступленія: преступленія, будучи равны по степени тяжести, могутъ быть очень различны по своимъ свойствамъ и потому требуютъ для себя одномѣрнаго, но разнокачественнаго наказанія. Для достиженія наиболѣе полного соотвѣтствія между преступленіемъ и наказаніемъ, должно прибѣгнуть ко второму методу: тщательно изучать природу, если не каждаго преступленія, то по крайнѣй мѣрѣ каждаго рода и вида преступленій и опредѣлять за нихъ наказаніе.

Замѣтимъ, что эта работа въ высшей степени трудна, а полное достиженіе цѣли и совершенно невозможно при современномъ состояніи науки уголовного права. Наука еще не уловила и половины тѣхъ дѣйствій, которыя производитъ преступленіе. Мы еще не сознаемъ ясно соотношенія между преступленіемъ и наказа-

ниемъ, а только чувствуемъ его. Поставленное лицомъ къ лицу съ наказываемымъ преступленіемъ, наше чувство говоритъ намъ въ извѣстный моментъ «довольно», — но почему? Это для насъ остается темнымъ, ясно видимъ мы одну связь между преступленіемъ и наказаніемъ вообще, а не между тѣмъ или другимъ преступленіемъ и извѣстнымъ наказаніемъ. Понятно, что чувство истины — проводникъ не надежный, тѣмъ болѣе, что голосъ его слишкомъ легко заглушается и смѣшивается съ голосомъ страсти и общественное мнѣніе служить важнѣйшимъ руководствомъ для законодателя въ этомъ отношеніи. Однимъ изъ сильныхъ средствъ узнать общественное мнѣніе является гласный судъ присяжныхъ.

Найдя для каждаго преступленія и для различной его градаціи соотвѣтствующее имъ наказаніе, мы все еще не кончимъ всего своего дѣла.

Въ силу своей всеобщности, законъ есть общая норма для неопредѣленно многихъ, разнообразныхъ и весьма различныхъ между собою случаевъ. Стремясь къ той невозможной задачѣ, чтобы ни одинъ случай не былъ изъятъ отъ законнаго опредѣленія, мы впадемъ въ казуистику и такимъ образомъ войдемъ въ противорѣчіе и съ существомъ закона и съ самими собою, потому что чѣмъ казуистичнѣе законъ, тѣмъ болѣе случаевъ оставляетъ онъ нерѣшенными. Оставаясь вѣрнымъ своему существу, законъ легко впадаетъ въ другую крайность, неопредѣленность. Для избѣжанія того и другого недостатка, для того чтобы приложеніе закона къ каждому отдѣльному случаю было возможно болѣе справедливымъ, нужно 1) чтобы судебная дѣятельность была не простой машиной, но пользовалась извѣстной шириной власти въ опредѣленіе наказаній и 2) въ случаѣ если абстрактное осуществленіе закона повело бы къ противорѣчію, съ его цѣлью, должно явиться вмѣшательство центральной власти (помилованіе), потому что и для судьи разрѣшеніе этого случая невозможно: прилагая общія нормы закона къ безконечному разнообразію жизни, судья хотя и имѣетъ право на относительно-свободную дѣятельность, но эта дѣятельность не на столько отрѣшена отъ всѣхъ ограниченій, на сколько то нужно во многихъ случаяхъ, гдѣ нужно не смягченіе, не уменьшеніе показанія, а полное отмѣненіе его, помилованіе.

Уголовно-судебная дѣятельность, какъ вѣтвь государственнаго управленія, находится къ законодательству въ такомъ отношеніи, что 1) опредѣляется закономъ, какъ абсолютной нормой, но 2) не будучи простой машиной, оно двигается какъ свободное самоопредѣленіе въ границахъ закона и животворитъ его духъ. При измѣреніи наказанія судья обязанъ взять во вниманіе всѣ моменты преступленія и судить на основаніи цѣлостнаго впечатлѣнія вещи. Ему должно быть предоставлено не только количественное, но и

качественное уменьшеніе или увеличенія наказанія. Въ случаѣ если исполненіе законнаго наказанія было бы юридически или физически невозможно, судѣ должно быть предоставлено право замѣнять опредѣленное закономъ наказаніе другимъ¹⁷⁾.

На сколько должна быть широка власть судьи, какъ установить вѣрное отношеніе между имъ и закономъ? — Мы не станемъ разрѣшать этихъ вопросовъ разсмотрѣніемъ ихъ, можетъ быть, займемся когда нибудь въ другой разъ. Въ настоящемъ очеркѣ, мы ограничивались одними общими чертами, не вдаваясь въ частности. Мы имѣли въ виду болѣе указать на вопросы, нежели разрѣшить ихъ, болѣе намекнуть, чѣмъ сказать: намъ желательно было только заинтересовать читателей наукой уголовного права и, ограничиваясь предѣлами краткаго очерка, мы не думали представить полное изложеніе той науки, въ которой каждый вопросъ можетъ составить предметъ большой монографіи.

Заклучимъ нашъ очеркъ общей характеристикой уголовного правосудія.

Въ ряду возмездій, уголовное наказаніе занимаетъ среднее мѣсто между естественно-личнымъ и историческимъ или народнымъ¹⁸⁾. Оно представляетъ собою реакцію противъ нарушителя законовъ общественной жизни.

Общественное уголовное правосудіе не имѣетъ въ виду обсудить всего человѣка: это повело бы его таинственными путями по безконечному лабиринту внутренней и внѣшней жизни преступника. Оно обсуживаетъ его только въ отношеніи къ совершенному имъ преступленію и цѣлью своею поставляетъ узнать и оцѣнить не нравственную вину и развращенность преступника, а его общественную вину и степень противозаконности его воли.

Уголовный судъ судитъ не на основаніи непосредственнаго проникновенія во внутренность преступника, но чрезъ умозаключеніе отъ внѣшняго факта и образа дѣйствованія преступника. Отсюда вытекаютъ несовершенства уголовного правосудія относительно неполноты и невѣрности. Иногда недостаетъ внѣшнихъ

¹⁷⁾ Berner, Lehrbuch. § 139: «... Eine rechtliche Unmöglichkeit der Anwendung der gesetzlichen Strafe liegt eben so wenig in dem vornehmen Stande oder in dem hohen Bildungsgrade des Verbrechers, denn die Schande soll sich an das Verbrechen knüpfen, nicht an den Stand; und wenn höhere Bildung für die gesetzliche Strafe vielleicht empfindlicher macht, so steigert sie zugleich die Einsicht in die Strafbarkeit des Verbrechens und erleichtert den Erwerb sittlicher Festigkeit. Durch Ungleichartigkeit der Strafen für Vornehme und Geringe prägt man dem Volke die falsche und unsittliche Idee ein, dass die Schande sich weniger an die Natur des Verbrechens, als an die Natur der Strafe knüpfe».

¹⁸⁾ См. первую статью нашего Очерка (Юрид. Журн. № 1) стр. 41. и д.

фактовъ, по которымъ бы можно было сдѣлать заключеніе о винѣ преступника. Различныя побужденія къ совершенію преступленія иногда такъ развѣтвляются, стоятъ въ такомъ противорѣчій другъ съ другомъ, что трудно или даже и невозможно бываетъ опредѣлить истинный, или главный мотивъ дѣйствія. Не смотря на всѣ старанія открыть истину, слѣдствіе, основанное на внѣшнемъ фактѣ, бываетъ очень часто неполно, невѣрно, а иногда со всѣмъ ошибочно.

Подобно тому, какъ обыкновенныя вѣсы для большихъ тяжестей менѣе чувствительны нежели аптекарскія вѣсы, такъ точно и общественная реакція грубѣе естественной, а народное возмездіе, въ свою очередь, грубѣе общественнаго.

Отъ уголовного законодательства (покрайней мѣрѣ, въ настоящее время) нельзя требовать чтобы оно установило истинное отношеніе между преступленіемъ и наказаніемъ. Пока можно довольствоваться тѣмъ, если оно избѣжитъ явныя несправедливостей. Яркое нарушеніе соотношенія между преступленіемъ и наказаніемъ можетъ быть избѣгнуто довольно легко. Недостатки вообще замѣнить легче, чѣмъ установить истинныя правила для уголовного правосудія. Недостатки—отрицательное, сами бросаются въ глаза, между тѣмъ истину—положительное, нужно отыскивать. Все живое такъ хитро спаяно изъ многого множества элементовъ (замѣчаетъ одинъ русскій писатель), что всегда стороною или двумя ускользаетъ отъ вниманія самой много объемлющей, теоріи. Цѣлое, обыкновенно ускользаетъ отъ вниманія: часть его мы считаемъ обыкновенно за цѣлое и впадаемъ въ ошибку. Лучшимъ поясненіемъ нашихъ словъ служатъ обсолютныя и относительныя воззрѣнія на существо наказанія. Чувство истины, цѣлаго руководитъ насъ незамѣтно отъ насъ самихъ, мѣшаетъ намъ провести нашъ ложный, односторонній взглядъ до его полѣзныхъ результатовъ ¹⁹⁾, указываетъ намъ частныя недостатки. Но оно

¹⁹⁾ Rossi, Traité, стр. 70: «Ils élèvent une théorie, ils se plaisent dans ce travail; mais lorsque le moment arrive d'en développer les conséquences pratiques, la théorie sommeille et le sens commun reprend son empire. C'est une heureuse nécessité que cette impuissance de l'homme à pousser toujours ses principes jusqu'à leurs dernières conséquences pratiques; sans quoi l'esprit de système, partiel et borné de sa nature, incapable de saisir l'universalité des choses sans cesser d'être lui-même, aurait bouleversé le monde».

Примѣчаніе Да благоволитъ читатель исправить слѣдующія важнѣйшія опечатки, вкравшіяся въ двухъ первыхъ статьяхъ:

Статья I. Стран. 8, стр. 22 св. идея состоянія, чит.: идея юридическаго состоянія. — стран. 25, стр. 10 — 11 св. равенство ч.: неравенство стран. 37. стр. 22 св. Strafindrohungs, - Strafvollziehungstheorie, ч.: Strafvollziehungs-

безсильно построить полную систему. Пока наука уголовного права будетъ стоять на той точкѣ, на которой она стоитъ теперь, до тѣхъ поръ наказаніе не можетъ быть волюнѣ справедливымъ; подъ наиболѣе справедливымъ уголовнымъ законодательствомъ мы обыкновенно разумѣемъ только наименѣе несправедливое.

1 сентября, 1860 Казань.

А. Ч. — Д.

О ПРОИЗВОДСТВѢ СЛѢДСТВІЙ.

ВЪ СЕЛЬСКИХЪ ОБЩЕСТВАХЪ.

(У ГОСУДАРСТВЕННЫХЪ КРЕСТЬЯНЪ БЕЗЪ УПРАВЛЕНІЯ ОТЪ ГОСУД.
ИМУЩЕСТВЪ).

(Окончаніе статьи помѣщенной въ 4 номеръ Юридическаго Журнала).

Слѣдственное дѣло: «О разграбленіи питейнаго дома въ деревнѣ Таскатлахъ, (какъ означили мы въ предъидущей статьѣ) озаглавлено такъ неправильно. (Какъ представилъ ниже). Но измѣнить это заглавіе я былъ не властенъ: потому что во всѣхъ документахъ Земскаго Суда и въ указѣ ко мнѣ отъ него, дѣло это было такъ поименовано. Такъ началось оно производствомъ уже въ самомъ судѣ, — на основаніи 75 ст. XV т. зак. уголов. о предварит. слѣдствіи. (изд. 1857 г.) Происшествіе это случилось не въ моей дистанціи: но почему Судъ не поручилъ произвести объ немъ слѣдствіе Засѣдателю той дистанціи, для меня осталось тайной. Полагаю однакожъ, что это случилось по просьбѣ управляющаго откупомъ. Онъ рассчитывалъ на меня, какъ на человѣка свѣжаго, безпристрастнаго, не могущаго *сойтись* съ обвиненнымъ... или какъ на человѣка мало знакомаго со слѣдственной частью, а стало быть легко могущаго поддаться волѣ депутата отъ откупа... т. е.

theorie. — Стран. 45. стр. 1 св. силы, чит.: силой. — Стран. 46, стр. 1 св. реализаціи себѣ и основаніе, чит.: реализаціи и нарушеніе. — Стран. 48, стр. 1 св. облегченія чит.: обезпеченія.

Статья II. Стран. 77, стр. 12 св. Сначала, чит.: потомъ. — Стран. 83 стр. 23 св. съ полезнымъ, чит.: съ познаниемъ. — Стран. 84, стр. 1 св. наружность, чит. трудность. — Стран. 84, стр. 16 св. правильныхъ, чит.: первичныхъ. Стран. 86. стр. 8, обидности, чит.: единства. — Стран. 82, смѣшно, чит. смѣло.