

Л 78063

Л 78063

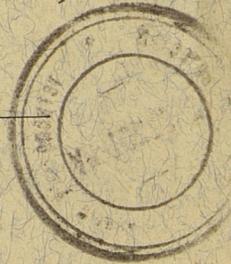
# ОБРАТНОЕ ДѢЙСТВІЕ УГОЛОВНАГО ЗАКОНА.

ИЗСЛѢДОВАНІЕ

проф. стип. при университетѣ Св. Владиміра

*М. П. Чубинскаго.*

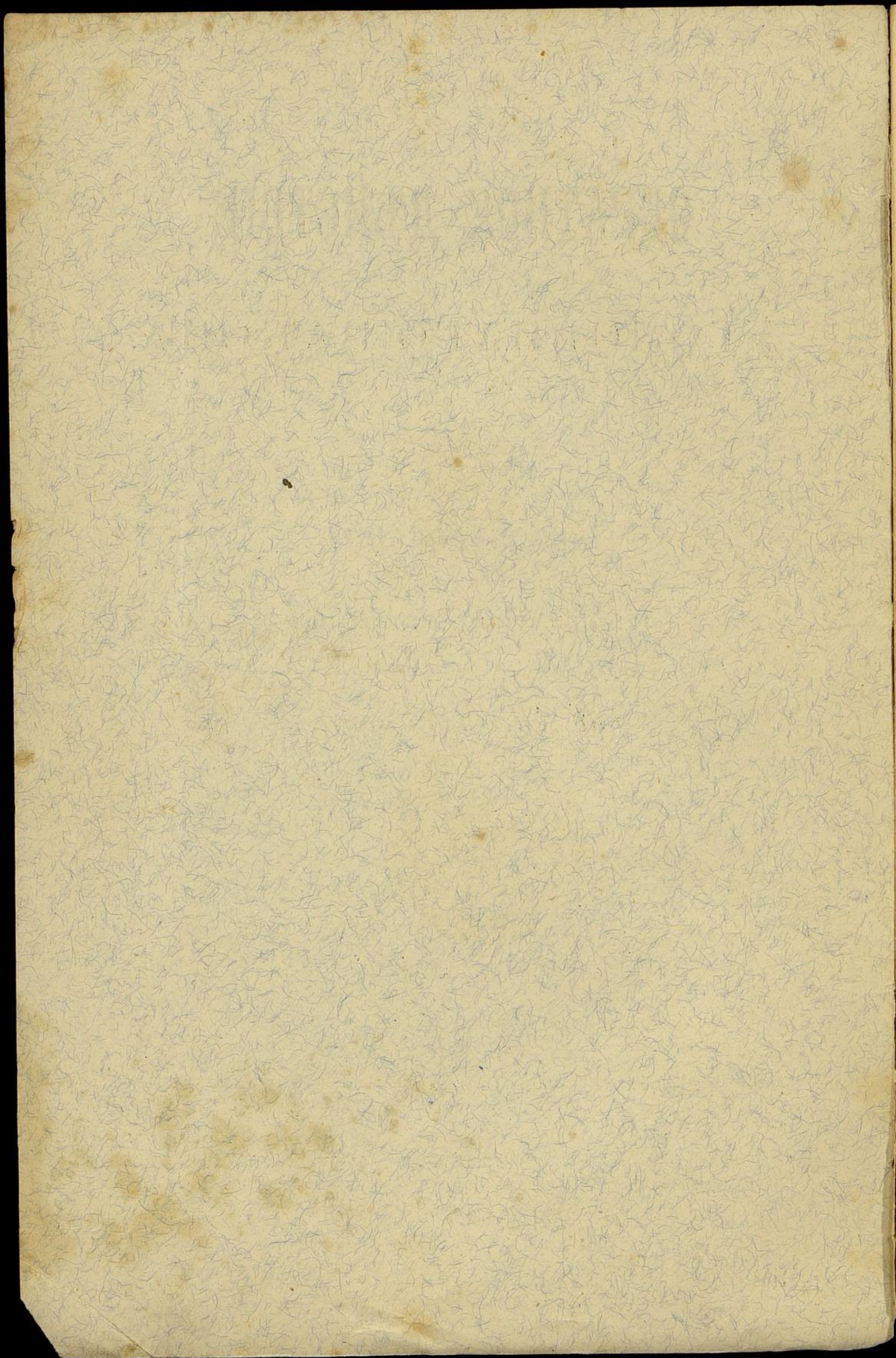
1920



КІЕВЪ.

Типографія П. И. Чоколова, Фундуклеевская улица, домъ № 22-й.  
1896.

5446  
5510



278063

# ОБРАТНОЕ ДѢЙСТВІЕ

## УГОЛОВНАГО ЗАКОНА.

ИЗСЛѢДОВАНИЕ

проф. стип. при университетѣ Св. Владиміра

*М. П. Чубинскаго.*

95954

Перечнев.  
1960



КІЕВЪ.

Типографія И. И. Чоколова, Фундуклеевская ул., д. № 22.

1896.

ВЕРХНЕЕ ДВЕРЦЕ  
АНОМАТО СЪЛОНА

ИЗДАВАНІЕ

Дозволено Цензурою. Кіевъ, 27 Сентября 1896 года.



## Обратное дѣйствіе уголовного закона.

Главнѣйшія пособія: а) учебники и курсы: Bekker «Theorie des heutigen Deutshen Strafrechts, изд. 1857 г., стр. 194—200; Вѣлогриць-Котляревскій, проф., «Конспектъ курса уголовного права», 1892—93 г., стр. 59—65; Garraud «Précis de droit criminel», 1881 г., стр. 70—86; Градовскій проф., «Начала русскаго государственнаго права», т. I, §§ 83 и 85; Geib «Lehrbuch des Deutschen Strafrechts», ч. 2, 1862 г., § 69, стр. 43—46; Есиповъ, проф. «Очеркъ уголовного права, ч. общ. 1894 г., стр. 58—60; Hälschner «Das gemeine deutsche Strafrecht», т. I, 1881 г., стр. 116—128; Haus «Principes généraux du droit pénal Belge», т. I, стр. 120—128; Hugo Meyer «Lehrbuch des deutschen Strafrechts», 1888 г., стр. 149—153; Кистяковскій, проф., «Учебникъ уголовного права», общ. ч., изд. 1882 г., § 74; Köstlin «System des deutschen Strafrechts», изд. 1855 г., § 24; Lainé «Traité élémentaire de droit criminel», ч. 1, стр. 100—101, 1881 г.; Мальшевъ, проф., «Курсъ общаго гражданскаго права Россіи», т. I, стр. 201—205; Liszt «Lehrbuch des deutschen Strafrechts», 1884 г., стр. 80—81; Неклюдовъ Н. «Конспектъ общ. ч. уголовного права», 1875 г., стр. 173; Сергѣевскій, проф., «Русское уголовное право», общ. ч., 1890 г., стр. 348—350; Спасовичъ, В. «Учебникъ уголовного права», общ. ч., §§ 33, п. 2, стр. 73—74; Таганцевъ, проф., «Лекціи по уголовному праву», вып. 1, 1887 г., стр. 226—240; Владиміровъ, проф., «Учебникъ уголовного права», ч. общ., § 4, стр. 25; Wächter «Deutsches Strafrecht», 1881 г., стр. 78—80 и друг. \*).

\*) Учебники Ляссона („Rechts philosophie“), Темме, а также изслѣдованія Цахарія, Абергга, Круга, Зеегера и Гейера.

2) Монографіи и замѣтки: Berner «Wirkungskreis des Strafgesetzes nach Zeit, Raum und Personen»; Бѣлогриць-Котляревскій, проф., «Рецензія на лекціи проф. Таганцева (въ Юридической Библиографіи Демидовскаго Ярославскаго Лицея, № 7); Binding «Die Normen und ihre Uebertretung», ч. 1, изд. 1890 г., гл. IV, § 25; Градовскій, проф., «О дѣйствии законовъ во времени (въ Ж. Гр. и У. П., 1873 г., кн. 4); Сергѣевскій, проф., «Замѣчанія на проектъ новаго уложенія, стр. 89—90, Schwarze: «der Wirkungskreis des Strafgesetzes betreffs der zeit, des Raumes und der Personen (въ Handbuch'ъ Holtzendorff'a, т. II, 1871 г., стр. 25—31) и др.

3) П. С. З., Улож. о наказ., Проектъ общ. ч. новаго улож. о наказ., объяснительная къ нему записка и матеріалы, собранные комиссіей, протоколъ засѣданія С.-Петербургскаго юридическаго общества 8 янв. 1883 г. и др.

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

То же начало проводили и современные европейскіе кодексы. Обращаясь къ настоящему времени, мы видимъ, что прежняго согласія во взглядахъ на данный вопросъ не существуетъ. Теорія Биндинга, появившаяся въ Германіи и допускающая примѣненіе какъ болѣе мягкихъ, такъ и болѣе строгихъ законовъ, хотя бы и вновь изданныхъ, къ дѣяніямъ ранѣе учиненнымъ, если они и тогда были наказуемы, не только встрѣтила поддержку со стороны нѣкоторыхъ авторитетныхъ представителей русской криминалистики, но даже нашла себѣ (хотя и въ смягченномъ видѣ) примѣненіе въ проектѣ нашего новаго Уложенія о наказаніяхъ. Этотъ фактъ, выдѣляя наше отечественное законодательство и ставя его особнякомъ отъ современныхъ европейскихъ кодексовъ, вполне по данному вопросу солидар-

ныхъ. заставляеть, какъ намъ кажется, призадуматься и критически пересмотрѣть тѣ основы, на которыхъ зиждется новое ученіе, а также прослѣдить историческій ходъ нашего законодательства и рѣшить, насколько его духу и смыслу свойственно принятое проэктомъ нововведеніе. Это и составляетъ задачу настоящаго изслѣдованія.

## I.

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

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

Само собою разумѣется, что здѣсь идетъ рѣчь о законѣ дѣйствующемъ, т. е. уже вошедшемъ въ силу и еще не отмѣненномъ. Пока законъ, хотя бы и совершенно выработанный и получившій уже санкцію верховной власти, еще остается, такъ сказать, въ портфель законодателя и необнародованъ—примѣнять его нельзя: онъ остается неизвѣстнымъ народной массѣ, каждая единица которой не можетъ отвѣчать за нарушение запрета, ей необъявленнаго. Съ другой стороны, разъ государство отмѣнило свой запретъ, и гражданинъ послѣ этого совершилъ дѣяніе, бывшее прежде запрещеннымъ, то разумѣется наказуемости быть не можетъ: въ противномъ случаѣ государство станетъ въ противорѣчіе съ самимъ собой и проявитъ произволъ, лишенный всякаго смысла. «Главный элементъ преступления», говоритъ Ленэ: «это его характеръ какъ дѣянія, запрещеннаго подъ угрозой наказанія, дѣянія, которое законъ отмѣтилъ между всѣми другими дѣяніями... Для гражданъ все, что не запрещено—позволено». Подобныя же положенія мы встрѣчаемъ и у другихъ криминалистовъ; съ ними согласуется и законодательство нашего

времени, они являются общепризнанными; но въ то же время этими положеніями не исчерпывается рядъ случаевъ, вызывающихъ разногласіе; къ нимъ мы и переходимъ.

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

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

Отсюда понятны частыя отмѣны и измѣненія существующихъ уголовныхъ законовъ, иногда быстро слѣдующихъ другъ за другомъ, а какъ результатъ такой смѣны нерѣдки такія явленія, что въ то время какъ суду приходится разбирать преступное дѣяніе и налагать за него наказаніе, законъ, опредѣлявшій составъ и наказуемость этого дѣянія во время его совершенія, оказывается уже измѣненнымъ, и судъ становится лицомъ къ лицу съ вопросомъ: какой законъ должно примѣнить къ дѣянію подсудимаго—старый или новый. Такимъ образомъ уже выступаетъ новая сторона вопроса о дѣйствіи уголовнаго закона во времени.

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

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

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

По мнѣнію проф. Котляревскаго, для правильнаго рѣшенія необходимо взять исходной точкой интересы охраны правъ лич- ности и поддержанія правопорядка; какъ тѣмъ, такъ и другимъ интересамъ мы удовлетворимъ, признавъ, что только болѣе мягкій уголовный законъ можетъ имѣть обратную силу. Противополож- ное же рѣшеніе вопроса было бы и несправедливымъ и не- политичнымъ: несправедливымъ—потому, что пришлось бы под- вергать преступника такому наказанію, которое самимъ законо- дателемъ признано или совершенно неумѣстнымъ, или слишкомъ строгимъ; неполитичнымъ потому, что наказуемость преступленій по старому закону, не отвѣчающему уже современнымъ требо- ваніямъ, и при наличности новаго болѣе мягкаго, болѣе цѣле- сообразнаго закона, способна скорѣе пошатнуть общественный порядокъ, чѣмъ его поддержать. Юридическая основа предложен- наго рѣшенія слагается такимъ образомъ изъ двухъ элементовъ; первый—охрана правъ личности—имѣетъ юридическій харак- теръ потому, что интересы личности (хотя бы и преступной) отнюдь не выходятъ изъ предѣловъ права: гражданинъ, пося- гнувшій на уголовную норму, не теряетъ еще влѣдствіе этого всѣхъ своихъ правъ передъ государствомъ; второй элементъ— поддержаніе правопорядка въ обществѣ—не требуетъ доказа- тельствъ своего юридическаго характера, который и безъ того ясно видѣнъ. Отсюда понятно, что только болѣе мягкій законъ можетъ имѣть обратное дѣйствіе; только онъ гарантируетъ

права личности отъ государственнаго произвола и содѣйствуетъ поддержанію общественнаго порядка.

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

Родоначальникъ второй теоріи, Беккеръ, указывалъ, что уголовный законъ есть не только наставленіе для судьи (при такомъ значеніи онъ всегда долженъ былъ бы немедленно примѣняться), а сверхъ того черезъ обнародованіе получаетъ значеніе общественнаго запрета; поэтому всякое преступленіе, какъ нарушеніе опредѣленнаго запрета, въ самый моментъ его совершенія получаетъ прочное юридическое значеніе и должно влечь за собою послѣдствія, указанные въ томъ законѣ, запретъ котораго былъ нарушенъ. Исходя изъ этихъ соображеній, обратную силу болѣе строгихъ законовъ авторъ признавалъ проявленіемъ со стороны государства первобытнаго произвола, противоправнымъ и законопреступнымъ насиліемъ, обратную же силу болѣе мягкихъ законовъ разсматривалъ не какъ дѣйствіе для государства обязательное, а какъ добровольный актъ помилованія или смягченія участи преступниковъ.

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

Типическимъ представителемъ третьей теоріи по интересующему насъ вопросу является Шварце. По защищаемому имъ общему принципиальному правилу законъ со дня его обнародованія долженъ примѣняться ко всѣмъ дѣяніямъ (въ томъ числѣ и къ ранѣ учиненнымъ) даже въ апелляціонныхъ и кассаціонныхъ инстанціяхъ. Но этотъ принципъ Шварце не проводитъ

безусловно. Онъ признаеть, что съ обратной силой новыхъ законовъ стоитъ въ противорѣчїи правило, по которому нарушение закона не должно наказываться строже, чѣмъ предписывалъ нарушенный законъ, и дѣяніе не можетъ быть признано уголовнымъ, если оно не было ранѣе запрещено закономъ. Поэтому, для устраненія даннаго противорѣчїя, авторъ допускаеть обратную силу только болѣе мягкихъ законовъ и видитъ для этого правовое основаніе въ томъ, что законодатель, объявивши правильнымъ болѣе мягкое осужденіе дѣянїя, не можетъ допустить наказуемости въ такихъ размѣрахъ, которые теперь въ его глазахъ уже не являются справедливыми.

Другой послѣдователь данной теорїи, Гейеръ, защицалъ ее потому, что считалъ принципиально вѣрнымъ обратное дѣйствіе какъ болѣе строгихъ, такъ и болѣе мягкихъ законовъ. Въ уголовномъ законѣ, по его словамъ, государство высказываетъ убѣжденіе, что правильное осуществленіе его карательнаго права отнынѣ и до измѣненїя закона можетъ быть выполнено только на основанїи новаго, а не на основанїи прежняго, новому закону противорѣчащаго предписанїя. Не допуская по изытїю изъ этого принципа обратной силы болѣе строгихъ законовъ, Гейеръ указывалъ, что этимъ устанавливается противовѣсъ кабинетной юстиціи и произволу власти.

Вотъ какова была постановка даннаго вопроса въ доктринѣ до появленїя теорїи Биндинга. Какъ мы видѣли, при всемъ разнообразїи исходныхъ точекъ и мотивовъ, были ли то соображенїя гуманности, соображенїя ли политическія или юридическія, все писатели допускали на практикѣ обратную силу только болѣе мягкихъ законовъ.

Совершенно иначе взглянулъ на дѣло Биндингъ, создавшій новую теорїю, основанную на различїи между нормой и уголовнымъ закономъ. Къ нему вскорѣ примкнулъ Гельшнеръ, изложивъ его теорїю со своеобразной терминологїей, но съ тѣми же самыми теоретическими основами и практическими выводами. Наконецъ, у насъ въ Россїи та же теорїя была нѣсколько шире разработана проф. Сергѣевскимъ и въ особенности проф. Таганцевымъ.

Основные положенїя, выставленныя всеми указанными криминалистами, представляются въ слѣдующемъ видѣ:

1) Въ уголовномъ законѣ лежитъ центръ тяжести карательной власти государства, которое всегда можетъ наказывать преступника по новому закону, не стѣсняясь мнимымъ его правомъ на наказаніе по закону времени совершенїя преступленїя;

2) такое право не можетъ имѣть для себя точки опоры, ибо преступникъ нарушаетъ не законъ, а норму, лежащую въ основѣ этого закона; поэтому разъ норма остается неизмѣнной, а измѣнилась только прежняя наказуемость, то къ преступнику долженъ быть примѣненъ новый законъ, т. е. юридическія послѣдствія преступленія должны опредѣляться исключительно на основаніи новаго закона; 3) къ такому же выводу приходится прійти, если разсматривать уголовный законъ какъ наставленіе для судьи—криминалиста: этотъ послѣдній, очевидно, долженъ примѣнять новое наставленіе государства, а не старое; 4) законъ, говоря: «виновный въ убійствѣ подлежитъ каторгѣ отъ 10 до 15 лѣтъ», обращаетъ къ каждому требованіе: «не убивай», а не требованіе: «не убивай, ибо за этимъ послѣдуетъ каторга, поэтому преступникъ не можетъ, ссылаясь на прежній законъ, требовать, чтобы къ нему не былъ примѣненъ новый болѣе строгій законъ; съ юридической точки зрѣнія можно говорить только о правахъ, которыя рождаются изъ преступленія для государства и пострадавшаго, а не о правахъ преступника, для котораго существуютъ только *obligationes ex delicto*, ибо онъ по отношенію къ карательному праву государства является страдательнымъ объектомъ, а не противной партией, имѣющей какія либо права; у него нѣтъ договорныхъ отношеній съ государствомъ и слѣдовательно онъ не можетъ требовать, чтобы государство не возвышало произвольно прежней отвѣтственности за его дѣяніе; 5) если уголовный законъ обязываетъ государство не налагать за преступленія другихъ наказаній, кромѣ определенныхъ въ дѣйствующемъ законѣ, и если эта обязанность возникаетъ со дня вступленія закона въ силу, то отсюда очевидно, что государство съ этого дня можетъ допустить осуществленіе угрозы только новаго закона: иначе оно станетъ въ противорѣчіе со своими собственными обязанностями; 6) для примѣненія стараго болѣе мягкаго закона нѣтъ даже основаній справедливости: и суровые и кроткіе законы одинаково стоятъ подъ знаменемъ долга, и не являются произведеніемъ, первые—жестокій суровости, а вторые—прекрасной человѣчности. Государство для выполненія своей задачи обязано въ одномъ случаѣ смягчать, въ другомъ—усиливать репрессію, и если оно признало необходимымъ ее усилить, то и должно проводить такое усиленіе на практикѣ; 7) вообще, рѣшеніе вопроса о томъ, какими послѣдствіями должно сопровождаться преступное дѣяніе, всецѣло принадлежитъ государству; право наказанія есть право государ-

ства на принужденіе, объемъ и содержаніе котораго опредѣляются только въ моментъ назначенія наказанія.

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

1) Если новый законъ устанавливаетъ наказуемость дѣяній, которыя прежде не были наказуемыми, то онъ не долженъ примѣняться къ такого рода дѣяніямъ, ранѣе учиненнымъ, ибо карательная обязанность государства, которая не была создана даннымъ дѣяніемъ до появленія новаго закона, не можетъ внезапно возникнуть изъ того же дѣянія въ силу новаго закона.

2) Если преступное и наказуемое дѣяніе становится по новому закону въ силу какихъ бы то ни было причинъ ненаказуемымъ, то въ этомъ случаѣ наложеніе наказанія становится невозможнымъ: новый законъ, вступивши въ силу, объявляетъ существовавшую карательную обязанность государства погашенною.— Теперь, ознакомившись съ доводами защитниковъ какъ прежняго, такъ и новаго направленія, мы должны въ нихъ ориентироваться и отыскать правильную точку зрѣнія. Для этого мы обратимся къ пункту, съ котораго начинается разногласіе, а именно постараемся выяснитъ, что собственно представляетъ изъ себя уголовный законъ, каково его отношеніе къ судѣ, къ государству, къ преступнику, и какая связь между наказуемостью съ одной стороны и закономъ времени совершенія преступленія — съ другой. Заявляемъ при этомъ напередъ, что формулу: «только болѣе мягкій законъ долженъ имѣть обратное дѣйствіе» мы считаемъ наиболѣе правильной и гармонирующей какъ интересами гуманности, такъ и съ вѣрнымъ взглядомъ на задачи карательной дѣятельности государства. Постараемся доказать это.

Начнемъ съ отношенія къ новому закону судьи. Когда говорятъ (Гемме), что примѣненіе новаго закона, если онъ болѣе строгъ, является несправедливостью, и что судья не долженъ примѣнять такого закона, ибо онъ обязанъ не допускать несправедливости, то, конечно, это мнѣніе неосновательно. Судѣ не дано власти «вязать и рѣшить»; онъ, какъ гражданинъ, можетъ считать тотъ или другой законъ несправедливымъ, но, какъ судья, какъ органъ государственной власти, онъ обязанъ исполнять велѣнія государства-законодателя, т. е. обязанъ примѣнять всѣ издаваемые государствомъ законы. Допущеніе такого субъективизма судьи совершенно не мыслимо: оно ведетъ къ судейскому произволу, что совершенно несовмѣ-

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

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

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

Право государства на наказаніе виновнаго въ каждомъ отдѣльномъ случаѣ должно опираться на опредѣленный уголовный законъ, иначе, вслѣдствіе своего неопредѣленнаго характера, оно

будетъ граничить съ произволомъ. *Nullum crimen, nulla poena sine lege.*

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

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

Правда, разсуждая такимъ образомъ, мы вносимъ въ уголовное право фикцію, ибо никто почти изъ гражданъ, даже изъ юристовъ, не знаетъ какому наказанію онъ подвергнется, если нарушить тотъ или иной государственный запретъ; но развѣ не такой же фикціей является предположеніе, будто всѣ знаютъ законы, и основанное на немъ запрещеніе отговариваться не знаніемъ законовъ? Разъ такая фикція существуетъ и получаетъ практическое примѣненіе, то на основаніи какой логики можно допустить, что человѣкъ, знающій запретительную часть статей

уголовнаго кодекса, въ то же время не знаетъ санкціи этихъ статей. Намъ кажется, что одна презумпція неизбежно влечетъ за собой другую: государство, презюмируя, что всѣ знаютъ законы (чего, конечно, въ дѣйствительности нѣтъ), должно, чтобы не впасть въ противорѣчіе съ самимъ собой, допустить, что всѣ знаютъ и санкціонирующую часть закона, т. е. наказаніе, хотя такого знанія въ большинствѣ случаевъ также не существуетъ. Презумпція, даже фиктивная, будучи установлена государствомъ, должна влечь за собой со стороны государства признаніе вытекающихъ изъ нея выводовъ.

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

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

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

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

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

Хотя государство и высказываетъ въ новомъ законѣ свое убѣжденіе, что прежнее наказаніе было недостаточнымъ, и что правильное осуществленіе его карательной власти требуетъ усиленія репрессіи, но, чтобы осуществлять это убѣжденіе на практикѣ, государство должно довести его до свѣдѣнія общества и не примѣнять къ тѣмъ лицамъ, которыя дѣйствовали, зная только прежнее убѣжденіе государства и его прежній взглядъ на необходимую въ данномъ случаѣ мѣру наказанія.

Въ защиту данной постановки вопроса можно привести еще слѣдующія соображенія. Вопросъ обратнаго дѣйствія новыхъ уголовныхъ законовъ тѣсно связанъ съ вопросомъ о цѣли наказанія вообще. Въ настоящее время въ наукѣ твердо установился взглядъ, что наказаніе не месть; оно есть одно изъ средствъ той борьбы съ преступленіемъ, которую правосудіе ведетъ во имя интересовъ общества, во имя поддержанія въ немъ правоваго порядка. Правопорядокъ нарушается совершеніемъ преступления,—и дѣло государства возстановить его. Задача государства, какъ справедливо замѣтилъ проф. Б.-Котляревскій, заключается въ разумномъ урегулированіи интересовъ общества,

потерпѣвшаго и правонарушителя. Для выполненія этой задачи государство должно наказать правонарушителя, но не строже, чѣмъ того требовалъ законъ времени совершенія преступленія; болѣе строгое наказаніе по новому закону, нарушая гарантіи правъ личности, способно скорѣе потрясти общественный порядокъ, чѣмъ поддержать его.

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

Наказанія послѣдовательно все болѣе и болѣе смягчаются. Но таково лишь общее теченіе; бывали да и теперь бываютъ колебанія, когда подъ вліяніемъ борьбы политическихъ страстей или въ силу другихъ (часто лишь временныхъ и преходящихъ) условій общественной жизни наказуемость извѣстныхъ преступныхъ дѣяній повышается или облагаются наказаніемъ дѣянія, ранѣе незапрещенныя. Мы не хотимъ этимъ сказать, что увеличеніе репрессіи всегда имѣетъ случайный характеръ и не опирается на прочныя основанія, но такъ бываетъ въ большинствѣ случаевъ, и этотъ фактъ подтверждаютъ криминалисты разныхъ направленій. Естественно поэтому, что возвышеніе наказуемости по большей части не пользуется сочувствіемъ просвѣщенной части общества и что, если государство придастъ обратную силу болѣе строгому закону, то на практикѣ это можетъ вызвать неудовольствіе со стороны того самого общества, во имя спокойствія и охраны интересовъ котораго государственная власть налагаетъ наказаніе на преступника.

Здѣсь мы встрѣчаемся съ возраженіемъ проф. Таганцева, который, по поводу ссылки на гарантіи правъ личности, говорилъ, что для такой гарантіи необходимо создать болѣе прочныя условія, чѣмъ беспочвенное требованіе о обратномъ дѣйствіи закона болѣе строгаго, требованіе, опирающееся на политическія, а не на юридическія соображенія. Такое возраженіе мы не считаемъ справедливымъ: 1) исторія намъ показываетъ, что правило, не допускающее обратнаго дѣйствія болѣе строгихъ законовъ, не было беспочвеннымъ; оно было выдвинуто противъ жестокаго средневѣковаго обычая издавать болѣе строгіе законы для кары дѣйствій уже совершившихся и, какъ прочная гарантія правъ личности отъ государственнаго произвола, вошло въ

8-ю ст. Декларации правъ чловѣка и гражданина, а отсюда многія Европейскія конституціи; 2) приведенное требованіе опирается не только на политическія, но и на юридическія соображенія: оно, какъ было нами указано раньше, соответствуетъ правильному взгляду на объемъ и задачи карательной дѣятельности государства, на значеніе обнародованія уголовныхъ законовъ и вытекающихъ изъ этого обнародованія послѣдствій.

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

Теперь мы должны разсмотрѣть обратное дѣйствіе болѣе мягкихъ уголовныхъ законовъ. По этому поводу Биндингъ категорически утверждаетъ, что можно или признавать обратную силу закона, или отрицать ее; всѣ же видоизмѣненія основной точки зрѣнія не могутъ быть выведены изъ юридическихъ положеній и примиреніе ихъ невысказано.

95-954  
Такъ ли это? Неужели, поставивши какой нибудь общій принципъ, нельзя допустить, оставаясь на юридической точкѣ зрѣнія, никакихъ изъятій? Намъ кажется, что такой взглядъ является слишкомъ формальнымъ и одностороннимъ. Постараемся доказать это.

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

Правда, мы видѣли въ уголовномъ законѣ времени совершенія обѣщаніе государства наказывать такъ, а не иначе, не по новому закону, если онъ болѣе строгъ. Но мы и тогда не отрицали, что убѣжденіе законодателя измѣнилось ко времени постановки приговора; мы настаивали на примѣненіи прежняго убѣжденія государства, прежней наказуемости дѣянія лишь по-



тому, что обществу въ моментъ совершенія дѣянія было извѣстно лишь это прежнее убѣжденіе, а потому сообщеніе дѣянію болѣе невыгодныхъ послѣдствій по новому болѣе строгому закону не можетъ являться въ глазахъ общества справедливымъ и не можетъ соответствовать идеѣ поддержанія правоваго порядка.

Но, если интересы общества не страдаютъ и правопорядку не грозитъ опасность отъ примѣненія новаго закона, являющагося выраженіемъ новаго убѣжденія государства, то и препятствій къ примѣненію этого убѣжденія на практикѣ болѣе не существуетъ; государство должно примѣнить новый законъ, указывающій, что въ его глазахъ прежняя наказуемость дѣянія была слишкомъ высокой, излишней, а иногда даже противоположной цѣлямъ наказанія.

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

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

Ясно поэтому, что разъ государство издаетъ новый болѣе мягкій законъ, оно этимъ самымъ указываетъ, что необходимость карать дѣяніе отпала или въ извѣстной мѣрѣ уменьшилась; поэтому, примѣняя эту наказуемость на будущее время, государство станетъ въ противорѣчіе со своимъ собственнымъ убѣжденіемъ и поступитъ не только непослѣдовательно, но и неразумно \*).

---

\*) Мы уже указывали раньше, почему нельзя разсуждать аналогичнымъ образомъ о новыхъ болѣе строгихъ законахъ.

Итакъ, изъ общаго принципа о необратномъ дѣйствиі новыхъ уголовныхъ законовъ необходимо сдѣлать изъятіе въ пользу законовъ болѣе мягкихъ, болѣе снисходительныхъ къ участи преступника. Такое изъятіе, не колебля основаній самого принципа, имѣеть прочное основаніе: наказаніе не мечь; государство не должно наказывать въ большихъ размѣрахъ, чѣмъ само считаетъ необходимымъ въ моментъ приговора. Обратная сила новаго болѣе мягкаго закона является такимъ образомъ вопреки Беккеру не актомъ помилованія, на которое судъ, налагающій наказаніе, не имѣеть никакого права; она зиждется не только на соображеніяхъ гуманности, но и на правильномъ пониманіи со стороны государства размѣровъ и предѣловъ своей карательной власти.

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

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

Отвѣтъ, намъ кажется, ясенъ и безъ дальнихъ словъ. Соображая теперь все сказанное, мы приходимъ къ слѣдующимъ положеніямъ: 1) если новый законъ устанавливаетъ наказуемость дѣянія, ранѣе незапрещеннаго, или хотя и запрещеннаго, но ненаказывавшагося, а также если новый законъ увеличиваетъ прежнюю наказуемость дѣянія, то такой законъ не долженъ имѣть обратнаго дѣйствиія и 2) если новый законъ отмѣняетъ существовавшую прежде наказуемость дѣянія или ее уменьшаетъ, онъ долженъ получить обратное дѣйствиіе.

## II.

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

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

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

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

2) По старому или новому закону должны нести наказаніе дѣящіеся и продолжаемыя преступленія и такъ называемое преступное ремесло?—Когда дѣянія такого рода, начавшись при дѣйствіи стараго закона, не прекратились до выхода въ свѣтъ новаго, то они подпадаютъ подъ дѣйствіе этого послѣдняго, ибо эти дѣянія продолжались въ виду его, а слѣдовательно онъ есть законъ времени совершенія преступленія. Но, понятно, если указанная преступная дѣятельность совершенно закончилась до вы-

хода въ свѣтъ новаго закона, къ ней можетъ быть примѣненъ этотъ законъ лишь въ томъ случаѣ, если онъ снисходительнѣе прежняго.

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

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

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

смѣнѣ нѣсколькихъ законовъ разной строгости къ преступному дѣянію долженъ быть примѣненъ мягчайшій изъ этихъ законовъ: такимъ образомъ интересы обвиняемаго будутъ обезпечены отъ послѣдствій увлеченія со стороны законодателя.

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

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

Новый процессуальный законъ можетъ измѣнить устройство или компетенцію судебныхъ установленій, можетъ опредѣлить иначе процедуру предварительнаго слѣдствія, порядокъ постановки приговора, существовавшіе кассаціонные или апелляціонные сроки и т. п.; можетъ, наконецъ, установить временно

особые чрезвычайные суды. Предполагается, что всё эти изменения вызваны желаніемъ законодателя сдѣлать примѣненіе уголовныхъ законовъ болѣе точнымъ и правильнымъ и обезпечить, въ видахъ обнаруженія истины, болѣе совершеннымъ образомъ какъ интересы правосудія, такъ и интересы обвиняемаго.

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

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

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

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

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

Далѣе, явившійся новый законъ можетъ не только повышать или понижать размѣры наказанія; онъ можетъ иначе конструировать понятіе рецидива, подстрекательства, аффектовъ, квалифицирующихъ обстоятельствъ и т. п., можетъ измѣнить сроки давности или поставить преслѣдованіе преступнаго дѣянія въ зависимость отъ какихъ-либо условій (на примѣръ, отъ жалобы потерпѣвшаго), тогда какъ прежде они преслѣдовались безусловно и т. д. Во всѣхъ этихъ случаяхъ, когда законъ вноситъ болѣе мягкія, болѣе благопріятныя для подсудимаго опредѣленія, онъ долженъ получить обратное дѣйствіе въ виду общаго принципа, въ силу котораго участь преступника не должна быть отягощаема позднѣйшимъ закономъ, внѣ сферы господства котораго было совершено преступное дѣяніе.

Данныя положенія имѣютъ за себя большинство криминалистовъ, за исключеніемъ вопроса о давности, для котораго было предложено много рѣшеній иного характера, въ зависимо-

сти отъ того, къ матеріальному или процессуальному праву относились тотъ или другой авторъ эти законы, а также въ зависимости отъ общаго принципіальнаго рѣшенія вопроса о дѣйствіи закона во времени. Оригинальна средняя система, предложенная французскимъ ученымъ Мерленомъ (Merlin); онъ рекомендовалъ исчислять пропорціонально время, въ продолженіи котораго дѣяніе находилось подъ господствомъ каждаго закона относительно давности. Конечно, эту послѣднюю систему слѣдуетъ признать несостоятельной: при всемъ ея остроуміи она есть ничто иное, какъ довольно сложное примѣненіе механическаго приѣма къ вопросу, требующему принципіальнаго разрѣшенія. Если же мы всмотримся въ сущность законовъ о давности, мы увидимъ, что эти законы не имѣютъ рѣзко очерченнаго характера: ихъ можно отнести къ законамъ процессуальнымъ, ибо ими опредѣляется одно изъ важныхъ условій преслѣдованія преступленій или-же исполненія приговора, но можно и къ матеріальнымъ—на томъ основаніи, что они опредѣляютъ въ извѣстныхъ случаяхъ, можетъ-ли быть на лицо преступность и наказуемость даннаго дѣянія. Значитъ, надо рѣшать вопросъ по существу. Здѣсь мы встрѣчаемся съ мнѣніемъ, по которому законъ, измѣняющій срокъ или условія давности, всегда долженъ имѣть обратное дѣйствіе, ибо уголовная давность установлена не въ интересахъ виновнаго, а въ интересахъ общества; виновный не можетъ возражать противъ увеличенія срока давности или отягченія условій ея примѣненія,—ибо тотъ фактъ, что ему до сихъ поръ удавалось избѣгать руки правосудія, не рождаетъ для него права на безнаказанность (Гарро, Гельшнеръ).

Мы съ такою мотивировкой рѣшительно не согласны. Законы о давности дѣйствительно устанавливаются въ интересахъ общества, но то же самое можно сказать и о другихъ уголовныхъ законахъ: всѣ они направлены на защиту общества и на поддержаніе въ немъ правоваго порядка; но изъ этого отнюдь не слѣдуетъ, что должно совершенно игнорировать интересы преступника. Напротивъ того, законы о давности тѣсно связаны съ вопросомъ о наказаніи, съ вопросомъ объ опредѣленіи участи виновнаго, которая по общему правилу не должна быть отягощаема позднѣйшимъ закономъ. Кромѣ того, болѣе продолжительный давностный срокъ соответствуетъ болѣе тяжкимъ дѣяніямъ, а менѣе продолжительный—менѣе тяжкимъ. Законъ, сокращающій срокъ давности, этимъ самымъ показываетъ, что государство считаетъ данное дѣяніе менѣе важнымъ, чѣмъ считало прежде,—понятно, что такой законъ долженъ имѣть обрат-

ное дѣйствіе. Придавая-же обратное дѣйствіе болѣе строгому закону о давности, мы этимъ придадимъ дѣянію болѣе преступный характеръ, чѣмъ оно имѣло раньше, а слѣдовательно нарушимъ интересы подсудимаго. Поэтому мы полагаемъ, что для законовъ о давности общее правило должно сохранить свою силу: только болѣе мягкіе изъ нихъ должны имѣть обратное дѣйствіе.

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

Опредѣленіе карательной системы, т. е. новыхъ родовъ и видовъ наказанія, всецѣло находится въ рукахъ государственной власти; она, для лучшаго осуществленія цѣлей наказанія, конечно, можетъ отмѣнять или измѣнять карательныя мѣры, ставшія непригодными или невозможными. Такое право несомнѣнно, — и вотъ, основываясь на этомъ правѣ, нѣкоторые криминалисты (Биндингъ, Гаусъ) утверждаютъ, что новый законъ, устанавливающій новыя формы наказанія, безусловно долженъ имѣть обратное дѣйствіе, хотя бы онъ былъ строже закона времени совершенія преступления, ибо иначе законодатель станетъ въ противорѣчіе съ относящимися сюда основными началами уголовного права.

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

Поэтому, когда закономъ вмѣсто прежняго введенъ новый родъ наказанія, но наказаніе по всестороннемъ разсмотрѣніи

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

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

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

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

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

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

### III.

По вопросу о дѣйствиіи уголовныхъ законовъ во времени въ законодательствахъ долгое время не существовало твердыхъ и установившихся положеній. Обратясь къ исторіи Рима, мы увидимъ, что тамъ, по свидѣтельству Цицерона, существовало правило, въ силу котораго нельзя было наказывать по новому закону за дѣянія, ранѣ совершенныя; онъ говоритъ: «*Videmus, ita sancta esse legibus, ut ante facta in iudicium non vocentur*» (in Verr, 1,42). Съ другой-же стороны извѣстно, что въ періодъ республики данное правило не признавалось, ибо народныя собранія имѣли право облагать наказаніемъ дѣянія, до того времени ненаказуемыя. Да и въ позднѣйшее время за такъ наз. *crimina extraordinaria* родъ и мѣра наказанія сплошь да рядомъ опредѣлялись просто по усмотрѣнію устанавливающаго приговоръ суда (Биндингъ, 825). Слѣдовательно, окончательно выработаннаго принципа въ римскомъ правѣ по данному вопросу не существовало.

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

Первыми противъ такого неопредѣленнаго порядка вещей возстали итальянскіе криминалисты, выставившіе положеніе, что никакое дѣяніе не должно наказываться строже закона времени его совершенія; но на практикѣ это положеніе прежде всего было примѣнено во Франціи.

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

Этотъ великій принципъ быстро завоевалъ себѣ признаніе и нашелъ примѣненіе въ конституціонныхъ законахъ многихъ государствъ (Норвежская конституція 1814 г., § 97; Португальская конституція 1826 г., доп. 1852 г., гл. VIII, § 3; ст. 145; введ. къ франц. конст. 3 сент. 1796 г.; конст. С. Америк. Соед. Шт., гл. 1, отд. IX, § 3 и т. д.).

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

Обозрѣвая современные намъ кодексы важнѣйшихъ государствъ Европы, мы увидимъ, что все они разрѣшаютъ вопросъ объ обратномъ дѣйствіи уголовного закона въ полномъ согласіи съ тѣми взглядами и положеніями, которые существовали въ доктринѣ до появленія теоріи Биндинга и которые, какъ мы видѣли, совершенно неправильно были этой теоріей отвергнуты. Такъ, французскій Code Pénal въ ст. 4-й постановляетъ: «Никакое нарушеніе, проступокъ или преступленіе не могутъ быть наказаны наказаніями, которыя не были опредѣлены за нихъ закономъ, прежде ихъ совершенія». Что же касается новыхъ болѣе мягкихъ уголовныхъ законовъ, то обратное ихъ дѣйствіе установлено во Франціи и неизмѣнно проводится практикою кассационнаго суда (о чемъ свидѣтельствуетъ криминалистъ Гарро). Бельгійское уложеніе во 2-й ст. почти дословно повторяетъ постановленіе французскаго кодекса; эта статья гласитъ: «Никакое преступное посягательство не можетъ быть

наказано наказаніями, которыя не были установлены закономъ прежде, нежели было совершено это посягательство». Къ этому прибавлено: «Если наказаніе, положенное во время рѣшенія дѣла, отличается отъ того, которое было опредѣлено во время преступнаго посягательства, то примѣняется менѣе строгое изъ этихъ наказаній».

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

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

Разсмотрѣвъ эти столь отчетливо и правильно сформулированныя постановленія, мы видимъ, что проф. Таганцевъ едва ли правъ въ своемъ утвержденіи, будто законодатель можетъ послѣдовательно проводить лишь то воззрѣніе, что къ дѣянію, и раньше признававшемуся преступнымъ и наказуемымъ, долженъ всегда примѣняться новый, хотя бы и болѣе строгій законъ. Мы видимъ, что законодатели новѣйшаго времени держатся иныхъ принциповъ, но не находимъ въ ихъ дѣйствіяхъ

непоследовательности: они взяли принципы, выработанные дружными усилиями науки и судебной практики, и в то же время нимало не уронили авторитета карательной власти и не причинили ущерба правосудию.

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

Обратимся теперь къ обзору нашего отечественнаго законодательства и посмотримъ, на какихъ основаніяхъ оно складывалось, и насколько этимъ основаніямъ соотвѣтствуютъ статьи проекта нашего уголовного уложенія, сюда относящіяся. Въ дѣйствующемъ законодательствѣ вопросу о дѣйствіи уголовного закона во времени посвящены ст. 90 улож. о наказ. и ст. 60 и 61 основныхъ законовъ.

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

Въ опредѣленіяхъ основныхъ законовъ ст. 60 имѣетъ характеръ общаго правила и гласитъ: «Законъ дѣйствуетъ токмо на будущее время, никакой законъ не имѣетъ обратнаго дѣйствія и сила онаго не распространяется на дѣянія, совершившіяся до его обнародованія». Ст. 61 говоритъ о нѣкоторыхъ изъятіяхъ изъ приведеннаго правила, въ ней сказано слѣдующее: «Изъ сего общаго правила изъемяются нѣкоторые случаи: 1-е, когда въ законѣ именно сказано, что онъ токмо подтвержденіе и изъясненіе смысла закона прежняго; 2-е, когда въ самомъ законѣ постановлено, что сила его распространяется на время, предшествовавшее его обнародованію».

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

Нельзя предположить, что первая часть ст. 61 говоритъ о пояснительныхъ законахъ въ дѣйствительномъ смыслѣ этого слова (т. е. объ аутентическомъ толкованіи старыхъ законовъ),

ибо по опредѣленію нашего законодательства поясненія не считаются законами (осн. зак. ст. 51, прим. 55, учр. Гос. Сов., ст. 94, п. 1). Изъ буквального смысла этой статьи явствуетъ, что, если законодательная власть напишетъ въ совершенно новомъ законѣ: «это законъ пояснительный», то и такой законъ получить обратную силу, нарушая общій принципъ, выраженный въ 60 ст.

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

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

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

2) 7 августа 1825 года сенатъ разсмотрѣлъ слѣдующій случай: по полож. комитета министр. отъ 9 января 1823 года, чиновники, исправлявшіе кромѣ своихъ обязанностей еще должности по вакантнымъ мѣстамъ, должны были получать за это соотвѣтствующее вознагражденіе. Нѣкоторымъ чиновникамъ уда-

лось выхлопотать себѣ добавочное жалованье и за прежнее время, но, когда примѣръ ихъ нашелъ много подражаній и въ сенатъ стали поступать прошенія о вознагражденіи за прежнюю службу, то сенатъ заявилъ, что сдѣланныя въ пользу нѣкоторыхъ чиновниковъ исключенія не могутъ быть возведены на степень общаго правила, ибо «никакой законъ обратнаго дѣйствія, безъ точнаго въ ономъ о семъ постановленія, не имѣетъ» (П. С. З. № 30443). Основываясь на словахъ указа: «безъ точнаго въ ономъ о семъ постановленія», редакторы Свода заключили, что, если въ законѣ содержится подобное постановленіе, онъ всегда долженъ получать обратную силу. Подобное заключеніе было правильнымъ для даннаго случая, въ которомъ не только не ограничивались чьи либо права, но напротивъ даже предоставлялись нѣкоторыя выгоды лицамъ заинтересованнымъ; здѣсь никто не пострадалъ бы отъ обратнаго дѣйствія закона, если бы оно было допущено. Редакторы же Свода сдѣлали неосновательное заключеніе, будто законодатель можетъ всякому закону придавать обратное дѣйствіе; между тѣмъ какъ слова приведеннаго сенатскаго указа, очевидно, не могутъ быть примѣнимы къ закону, ограничивающему права подданныхъ, устанавливающему болѣе строгія наказанія, словомъ, къ закону, примѣненіе котораго предполагаетъ невыгодныя послѣдствія для частныхъ лицъ.

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

Впрочемъ, необходимо замѣтить, что и со времени изданія Свода въ Россіи, кажется, не было примѣра, чтобы болѣе строгому, чѣмъ прежній, закону придавалось обратное дѣйствіе. Хотя законодатель и могъ это сдѣлать, опираясь на ст. 61-ю, онъ никогда этого не дѣлалъ. Напротивъ даже, по установившемуся на практикѣ правилу обратное дѣйствіе придается лишь новому болѣе мягкому закону. Примѣровъ этого можно привести не мало. Такъ, Высочайшій указъ 27 марта 1846 года о порядкѣ примѣненія новаго уложенія къ дѣланіемъ, раньше совершеннымъ и еще не получившимъ приговора, постановилъ, что въ случаяхъ, когда новыя опредѣленные уложеніемъ наказанія строже прежнихъ, долженъ примѣняться старый законъ, а когда новое

наказаніе мягче, то новый законъ; эти правила были распространены и на законы о давности и на тѣ случаи, когда по уложенію требовалась жалоба потерпѣвшаго, а прежде нѣтъ и т. п. Для разрѣшенія же затрудненій, возникавшихъ при опредѣленіи относительной мягкости стараго и новаго законовъ, была издана въ томъ же 1846 году особая таблица, которая перечисляла случаи, когда старый законъ былъ мягче новаго.

Не менѣе цѣлесообразно было составлено Положеніе 11 ноября 1847 года о введеніи уложенія о наказаніяхъ въ польскомъ краѣ. Ст. 3 повелѣвала къ дѣяніямъ, учиненнымъ до введенія уложенія, но не получившимъ еще окончательнаго рѣшенія, прилагать постановленія или прежнихъ законовъ, или новаго уложенія, смотря потому, которыя изъ сихъ узаконеній окажутся менѣе строгими для обвиняемаго. По ст. 4-й, если обвиняемый долженъ быть на основаніи 3-й ст. наказанъ, то судъ сравниваетъ наказанія по ихъ роду, продолжительности и послѣдствіямъ и назначаетъ менѣе строгое наказаніе.

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

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

Такимъ образомъ, на практикѣ у насъ въ Россіи строго соблюдался порядокъ, который нельзя не признать наиболее желательнымъ. Законодательныя же опредѣленія по данному вопросу по прежнему оставались въ неудовлетворительномъ видѣ. Понятно, на это не могли не обратить вниманія редакторы комиссіи, призванной пересмотрѣть и исправить наше уголовное

уложеніе. Посмотримъ что они сдѣлали. Постановленія проэкта по интересующему насъ вопросу находятся въ ст. 1-й и 12-й. На основаніи 1-й ст.: «Никто не можетъ быть наказанъ за дѣяніе, не запрещенное во время его совершенія закономъ уголовнымъ подѣ страхомъ наказанія, ни приговоренъ къ наказанію, не установленному симъ уложеніемъ». Важность этого принципа, внесеннаго во все Европейскіе кодексы, не подлежитъ спору: онъ является необходимой гарантіей правъ гражданъ отъ государственнаго и судейскаго произвола. По силѣ данной статьи, какъ прекрасно выяснили редакторы проэкта, наказаніе можетъ быть примѣнено къ виновному только при наличности слѣдующихъ условій: 1) если дѣяніе было запрещено закономъ обнаруженнымъ и вступившимъ въ силу; 2) если дѣяніе и раньше признавалось не только преступнымъ, но и наказуемымъ въ порядкѣ уголовного суда; этимъ признакомъ съ одной стороны преступления отличаются отъ нарушеній, караемыхъ въ порядкѣ дисциплинарномъ, или влекущихъ за собою гражданскія взысканія, а съ другой стороны устраняется право суда карать по аналогіи дѣянія, сходныя съ преступленіями, но прямо закономъ не воспрещенныя; 3) законъ для своего примѣненія долженъ вступить уже въ силу, иначе его нельзя считать юридически обязательнымъ для гражданъ; 4) наказаніе можетъ быть наложено на преступника только то, какое опредѣлено закономъ, и отбываемо можетъ быть только по правиламъ, также установленнымъ закономъ.

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

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

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

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

Пойдемъ далѣе. Принявъ теорію Биндинга, редакторы не рѣшились послѣдовательно провести ее и допустить безусловное примѣненіе новыхъ болѣе строгихъ законовъ къ дѣяніямъ, ранѣе учиненнымъ; а вѣдь это кардинальный пунктъ данной теоріи. Брать ее основу и измѣнять ее главные выводы,—это значитъ дѣйствовать непослѣдовательно и подрывать свою собственную аргументацію. Редакторы не хотѣли отказаться отъ мысли примѣнять новые законы, безразлично отъ ихъ строгости, но въ то же время не рѣшились дать въ новомъ кодексѣ примѣръ жестокости, которая его рѣзко отдѣлила бы отъ другихъ современныхъ законодательствъ. Поэтому они избрали средній путь: они постановили смягчать въ порядкѣ 53-й ст. наказаніе въ тѣхъ случаяхъ, когда судъ найдетъ, что новое наказаніе строже

существовавшего во время совершения преступления. По поводу этого смягчения можно сказать многое. Съ точки зрѣнія Биндинга оно непослѣдовательно, съ точки зрѣнія противоположной доктрины—несостоятельно; оно является какимъ то среднимъ, неопредѣленнымъ наказаніемъ, отличающимся и отъ наказанія по закону времени совершения и отъ такового по закону времени приговора. Такое смягченіе несправедливо, ибо въ тѣхъ случаяхъ, когда повышеніе репрессіи болѣе значительно, смягченное на одну степень наказаніе будетъ все таки строже наказанія по закону времени совершения преступления, а слѣдовательно участь преступника будетъ вопреки основному принципу отягчена; въ случаяхъ же незначительнаго возвышенія репрессіи смягченное въ порядкѣ 53-й ст. наказаніе можетъ оказаться меньшимъ, чѣмъ того требовалъ законъ времени совершения и такимъ образомъ преступникъ получитъ вполне неосновательное снисхожденіе. Далѣе, такое смягченіе ничѣмъ не гарантировано: оно не составляетъ права подсудимаго и зависитъ въ своемъ объемѣ отъ усмотрѣнія суда; иногда даже оно является совершенно невозможнымъ; такъ, на примѣръ, когда по уложенію 1866 года полагается ссылка на поселеніе, а по проэку каторга съ опредѣленнымъ *minim*'омъ, преступникъ, согласно 1 п. 53-й ст. пойдетъ на каторгу; когда по уложенію пеня, а по проэку арестъ, то послѣднее наказаніе по 2-му п. 53-й ст. смягчено быть не можетъ и т. п. Да и въ тѣхъ случаяхъ, когда смягченіе наказанія возможно, оно можетъ оказаться неосуществимымъ, если судъ въ виду обстоятельствъ, уменьшающихъ вину, понизилъ наказаніе въ предѣлахъ, предоставленныхъ его власти. Редакторы проэкта указываютъ, что при сдѣланномъ ими существенномъ измѣненіи прежней лѣстницы наказаній, разрѣшеніе вопроса о сравнительной тяжести арестантскихъ отдѣленій и рабочаго дома съ одной стороны и исправительнаго дома—съ другой, тюрьмы по уложенію и тюрьмы по проэку, представляется дѣломъ не только труднымъ, но и почти невозможнымъ, и что къ тому же сохраненіе на долгое время нынѣ отмѣняемыхъ мѣстъ отбытія наказанія и притомъ не только для лицъ, уже въ нихъ находящихся, но и для вновь приговариваемыхъ, едва ли представляется желательнымъ. Точно также, по соображеніямъ редакторовъ, представляется несправедливымъ, а нерѣдко даже неосуществимымъ, обязательное сокращеніе размѣровъ вновь назначаемаго наказанія, на примѣръ сроковъ его, по соображенію съ прежнимъ взысканіемъ: условія содержанія

въ исправительномъ домѣ и въ арестантскихъ, напримѣръ, отдѣленіяхъ настолько различны, что ихъ уравненіе по срокамъ было бы совершенно формальнымъ.

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

Мы уже говорили, что, когда государство вводитъ новые роды наказаній, оно имѣетъ право примѣнять ихъ къ дѣяніямъ, ранѣе совершеннымъ, но при этомъ важно, чтобы участь преступника не подверглась отягченію. Для исполненія этихъ требованій должно принять во вниманіе не только сроки наказанія (коммиссія права, утверждая, что это было бы несправедливымъ, да этого никто не требовалъ), но и всѣ условія, связанныя съ наказаніемъ: продолжительность его, способ отбыванія, послѣдствія и т. п. Послѣ такой оцѣнки можно сравнить новый родъ наказанія съ прежнимъ и рѣшить, насколько новое наказаніе строже прежняго и въ какой мѣрѣ его слѣдуетъ понизить, чтобы оно потеряло этотъ характеръ. Такая постановка, согласная съ требованіемъ большинства теоретиковъ, вполне возможна практически, вопреки утвержденію редакторовъ проекта. Нашли же возможнымъ, вводя уложеніе въ 1846 году составить таблицу сравнительной тяжести наказаній по старому и новому законамъ, почему же нельзя было составить такую таблицу и теперь? Не сомнѣваемся въ трудности этого дѣла, но не сомнѣваемся также и въ томъ, что это дѣло могутъ выполнить люди, богатые юридическимъ опытомъ и знакомые съ условіями тюремной жизни различныхъ режимовъ, а въ такихъ людяхъ, безспорно, нѣтъ недостатка въ редакціонной коммисіи.

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

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

Изложенныя и разобранныя постановленія проекта вызвали массу замѣчаній. Въ пользу его безусловно высказались, насколько намъ извѣстно, только проф. Есиповъ и проф. Сергѣевскій. Первый изъ нихъ находилъ, что въ проектѣ данный вопросъ разрѣшенъ въ высшей степени удовлетворительно, но никакихъ доказательствъ въ подкрѣпленіе своего мнѣнія не привелъ; профессоръ же Сергѣевскій въ своихъ замѣчаніяхъ на проектъ говорилъ прежде, что устанавливаемое въ ст. 12-й смягченіе наказанія болѣе строгаго, чѣмъ назначалъ законъ времени совершенія преступленія, является «вполнѣ непослѣдовательнымъ изъятіемъ изъ общаго принципа, которое редакторы проекта создали, поддаваясь соображеніямъ гуманности, въ данномъ случаѣ совершенно неумѣстнымъ», т. е. другими словами проф. Сергѣевскій указывалъ, что если проводить теорію Биндинга, то надо проводить до конца. Въ новомъ же изданіи своего учебника проф. Сергѣевскій говоритъ нѣчто иное; онъ признаетъ, что смягченіе новыхъ законовъ, если они примѣняются къ дѣяніямъ, ранѣ совершеннымъ и являются болѣе строгими, должно имѣть мѣсто по основаніямъ вполнѣ вѣскимъ: въ наше время, по его словамъ, повышеніе репрессіи по большей части вызывается особыми, чрезвычайными обстоятельствами, такъ что дѣянія совершенныя до наступленія этихъ обстоятельствъ, до введенія новыхъ строгихъ законовъ, не заслуживаютъ столь строгой кары и для нихъ наказаніе должно быть смягчено. Авторъ не говоритъ, должно ли оно быть смягчено по сравненію съ прежнимъ наказаніемъ или по системѣ рекомендуемой проектомъ, но изъ всего текста его рѣчи можно заключить, что онъ сторонникъ проекта. Такимъ образомъ прежній и новый взглядъ даннаго автора остались несогласованными.

Гораздо многочисленнѣе лагерь противниковъ проекта по данному вопросу; противъ ст. 12 возражали: Гейеръ, Г. Мейеръ, Шютце, Будзинскій, Владиміровъ, Палаузовъ, Пусторослевъ,

ф.-Резонъ, масса общихъ собраній судовъ, многіе изъ прокуратуры, юридическія общества при Новороссійскомъ и Казанскомъ университетахъ и др.

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

Мы находимъ и эти позднѣйшіе доводы коммиссіи мало убѣдительными: 1) масштабъ для сравненія есть, хотя и сложный: это, какъ мы говорили, сравненіе наказаній по ихъ продолжительности, способу отбыванія и послѣдствіямъ, 2) что дѣло сравненія возможно, доказала (не говоря уже объ историческихъ примѣрахъ) сама коммиссія, давая въ ст. 55 проэкта сравнительную оцѣнку устанавливаемыхъ родовъ наказанія, 3) если дѣло смягченія новыхъ строгихъ законовъ передать въ руки суда, то судъ долженъ руководствоваться вышеуказаннымъ масштабомъ, а не исключительно своимъ усмотрѣніемъ; опасеніе редакторовъ, слѣдовательно, въ данномъ случаѣ совершенно неосновательно и 4) при системѣ проэкта, не смотря на опасеніе судейскаго произвола со стороны коммиссіи, этотъ произволъ не вполне устраняется, ибо въ руки суда не дано ровно никакого руководства для сравненія новыхъ указаній закона со старыми.

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

къ преступленію закона болѣе строгаго, чѣмъ законъ времени совершенія.

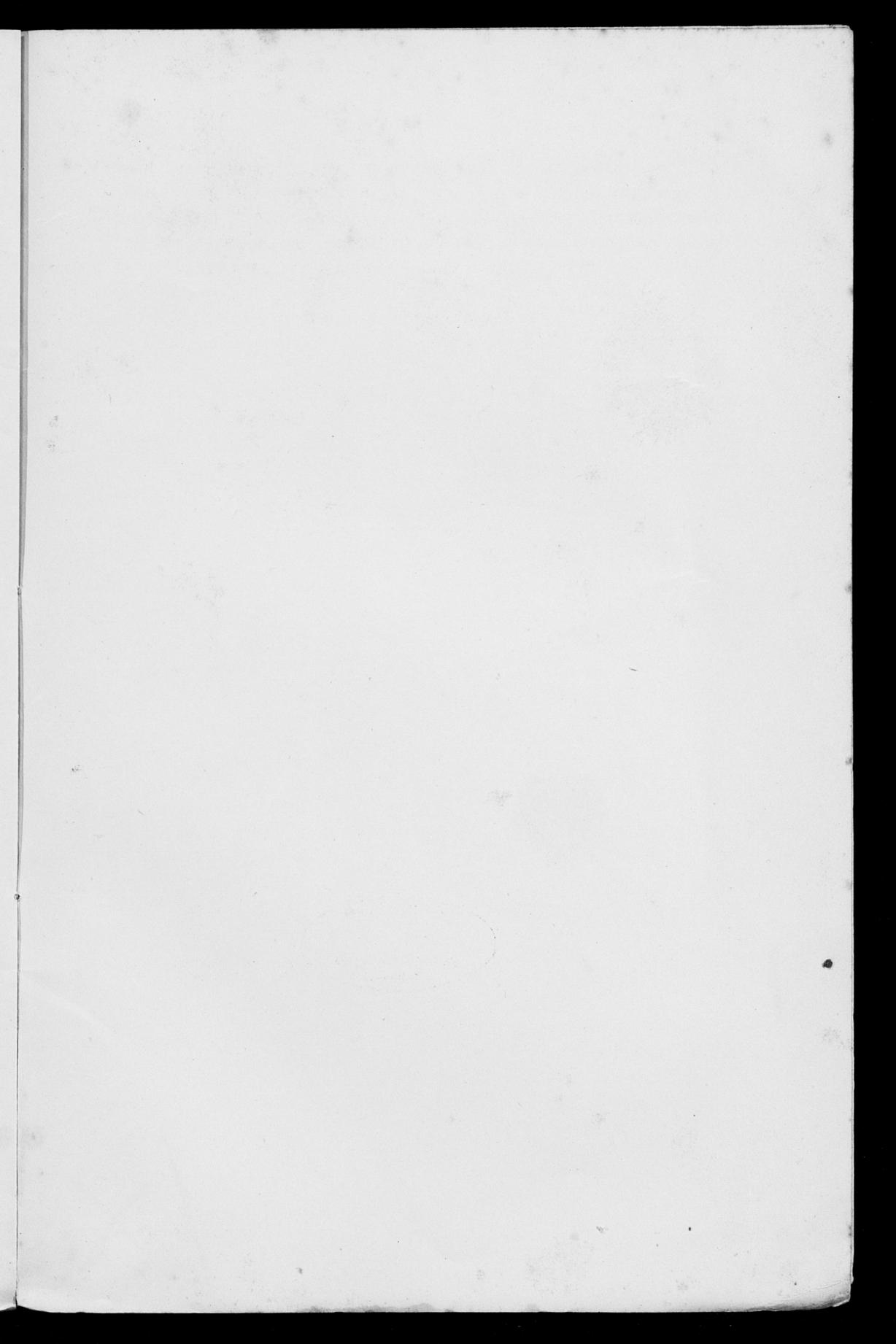
Мы съ своей стороны предложили бы слѣдующую формулу: «Постановленія вновь изданныхъ уголовныхъ законовъ примѣняются къ преступнымъ дѣяніямъ, учиненнымъ, но еще не получившимъ окончательнаго приговора, въ тѣхъ только случаяхъ, когда наказаніе, установленное новымъ закономъ, по сравненію сроковъ, способа отбыванія и послѣдствій его съ таковыми же по закону времени совершенія дѣянія, является болѣе снисходительнымъ къ участи преступника. Если же по такому сравненію оно окажется болѣе строгимъ, судъ смягчаетъ наказаніе въ такой мѣрѣ, чтобы оно не являлось уже строжайшимъ сравнительно съ наказаніемъ по закону времени совершенія. Въ случаѣ послѣдовательной смѣны нѣсколькихъ законовъ судъ примѣняетъ мягчайшій изъ нихъ, руководствуясь вышеизложенными правилами. Если закономъ времени совершенія дѣянія были установлены болѣе короткіе сроки давности, или возбужденіе преслѣдованія допускалось только по частной жалобѣ, или, дозволялось дѣло оканчивать примиреніемъ, или вообще подсудимому предоставлялись какія либо права, новымъ закономъ отмѣненные, то судъ въ сихъ отношеніяхъ руководствуется прежнимъ закономъ».

---

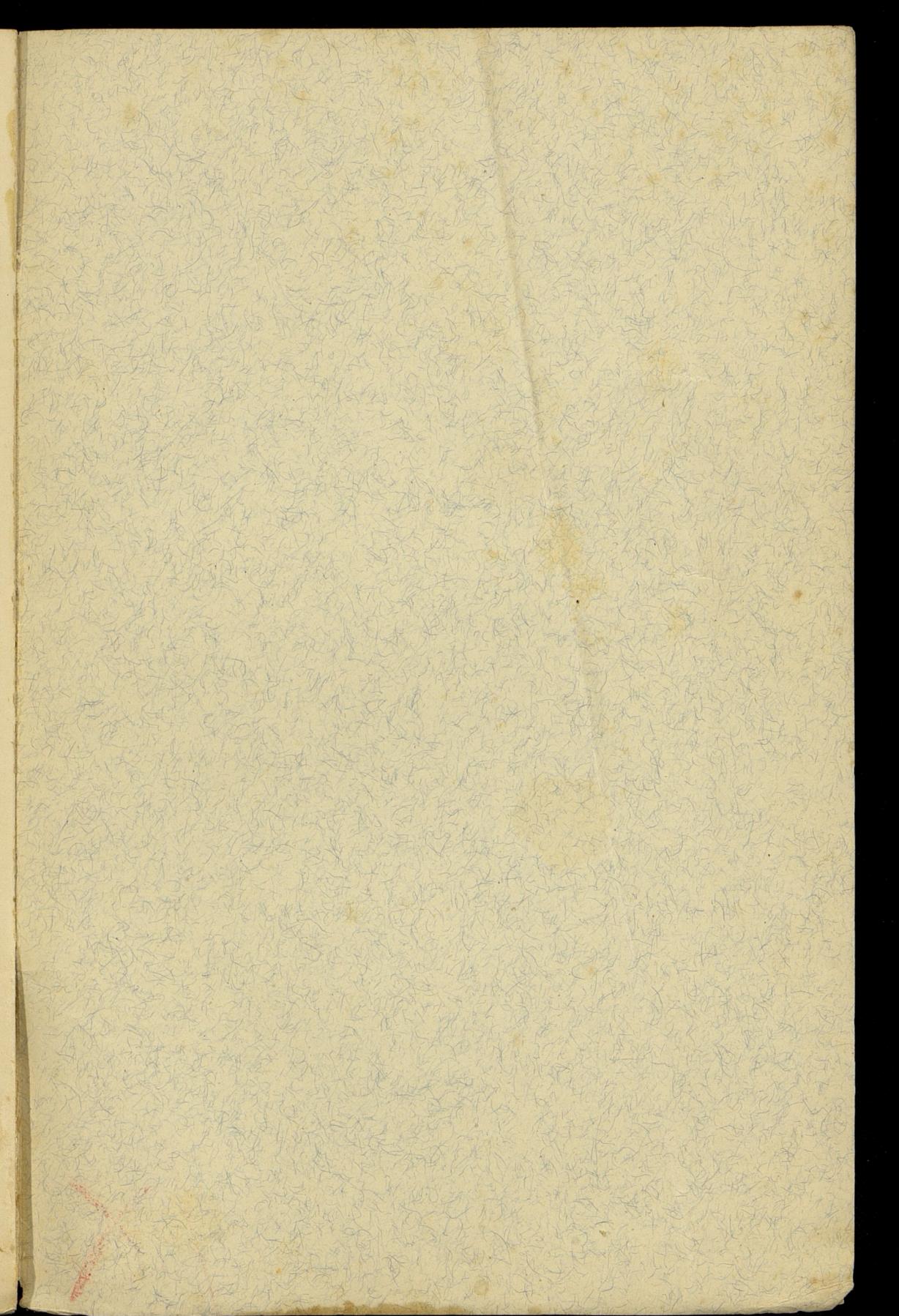
Работа наша окончена. Въ ней мы держались того убѣжденія, что государство должно держаться извѣстныхъ границъ въ примѣненіи своей карательной власти, должно сообразоваться со взглядами и понятіями общества, для охраны интересовъ котораго существуетъ правосудіе. Мы видѣли, что голоса большинства представителей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

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





IX



[3 p.]

2353