НОВЫЯ ИДЕИ ВЪ ПРАВОВѢДѢНІИ.

НЕПЕРІОДИЧЕСКОЕ ИЗДАНІЕ, ВЫХОДЯЩЕЕ ПОДЪ РЕДАКЦІЕЙ

профессора Л. І. Петражицкаго,

при ближайшемъ участіи профессоровъ **Б. А. Кистяковскаго, М. М. Ковалевскаго, П. И. Люблинскаго, Б. Э. Нольде, М. Я. Пергамента** и **М. П. Чубинскаго.**

СБОРНИКЪ ПЕРВЫЙ.

Цѣли наказанія.

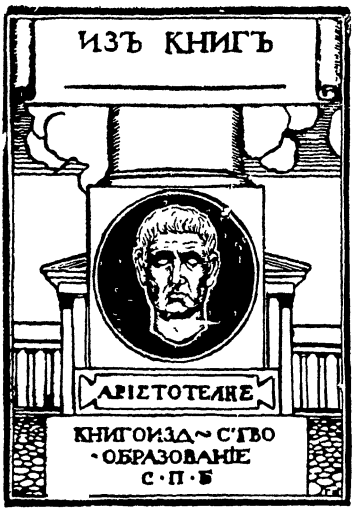
(Составленъ профессоромъ **П. И. Люблинскимъ**).

Н-76

2-й экз.

Издательство „ОБРАЗОВАНІЕ“, СПБ.
1914.

ЧИТАЛ... ИМЕ... Н. С. ТУ...



Типографія „Печатный Трудъ“ Спб., Прачешный пер., 4.

ПРѢДИСЛОВІЕ

Настоящій сборникъ посвященъ вопросу, живо интересующему нынѣ круги криминалистовъ въ связи съ предстоящими реформами въ области уголовнаго права. При выборѣ матеріала редакторъ руководился желаніемъ дать, однако, читателямъ возможность считаться съ главными теченіями въ наукѣ. Для этой цѣли избраны работы проф. Листа и Биндинга, какъ наиболѣе яркихъ представителей соціологической и классической школъ. Статья А. Н. Трайнина освѣщаетъ вопросъ съ точки зрѣнія практическаго проведенія идей той и другой школы въ законодательствѣ, а статья В. Б. Станкевича выясняетъ отношеніе спора о цѣляхъ наказанія къ вновь выдвигаемому понятію опаснаго состоянія личности преступника. Ближайшіе сборники по уголовно-правовымъ вопросамъ предполагается посвятить вопросамъ объ эволюціи наказанія, которые должны дополнительно освѣтить нѣкоторыя изъ сторонъ, разрабатываемыхъ въ настоящемъ выпускѣ.

П. И. Люблинскій.

ОГЛАВЛЕНІЕ.

Стр.:

П. И. Люблинскій. О дѣйствіи наказанія . . . . . 1—27

Ф. Листъ Цѣли наказанія и борьба школъ . . . . . 28—38

Карлъ Биндингъ. Противорѣчія въ теоріяхъ наказанія . . . 39—49

А Н Трайнинъ. Споръ классической и соціологической школъ о цѣляхъ наказанія . . . . . 50—77

В. Б. Станкевичъ. Борьба съ опаснымъ состояніемъ, какъ основная задача новаго уголовнаго права . . . . . 78—135

ОБМЕНЧЕНО
БИБЛИОТЕКА
ПОЛЬСКОЙ ОБМЕНЧЕНОЙ ФОНД
АКАДЕМИИ.
Ю11
27

П. И. Люблинскій.

О дѣйствіи наказанія.

I.

Въ современной уголовной политикѣ едва ли найдется тема болѣе спорная, чѣмъ вопросъ о тѣхъ цѣляхъ, которымъ должно служить наказаніе. Разнообразныя уголовныя теоріи уже не одно десятилѣтіе ведутъ нескончаемый споръ о томъ, должно ли наказаніе воплощать въ себѣ одну великую идею возмездія за вину, или же служить и болѣе практическимъ задачамъ, какъ, напр., устрашенію всѣхъ съ цѣлью удержать ихъ отъ преступленій, исправленію преступника, его обезвреживанію или лѣченію. Однѣ теоріи видятъ въ преступленіи нарушеніе авторитета права, и, соотвѣтственно съ этимъ, требуютъ отъ наказанія возстановленія этого авторитета путемъ принудительнаго воздѣйствія на волю преступника; другія считаются съ матеріальнымъ ущербомъ, наносимымъ преступленіемъ благамъ другихъ людей и всего общества, и видятъ въ наказаніи средство загладить причиненный ущербъ или, по крайней мѣрѣ, предупредить повтореніе его въ будущемъ. Первыя теоріи считаютъ наказаніе „логическимъ слѣдствіемъ правопорядка", вторыя—„средствомъ соціальной защиты". Это различіе

въ основныхъ взглядахъ на задачи наказанія во многомъ опредѣляетъ и дальнѣйшія болѣе частныя воззрѣнія въ области уголовнаго права и служитъ источникомъ для двухъ направленій или школъ въ наукѣ. Направленіе, примыкающее къ идеѣ возмездія и видящее въ наказаніи логическое послѣдствіе правопорядка, получило названіе классическаго направленія или классической школы; напротивъ того, направленіе, преслѣдующее задачи соціальной защиты и въ соотвѣтствіи съ этимъ намѣчающее рядъ, „болѣе практическихъ" задачъ для наказанія, получило названіе положительнаго направленія, распадающагося, по общепринятому дѣленію, на школы антропологическую и соціологическую. Изъ нихъ первая видитъ источникъ преступности въ личныхъ, преимущественно органическихъ, особенностяхъ преступнаго класса, а вторая, учитывая до извѣстной степени и личныя условія, центръ тяжести полагаетъ въ условіяхъ соціальной среды, экономическихъ вліяніяхъ, подражательности и т. д. .

Споръ отдѣльныхъ теорій не можетъ быть рѣшенъ путемъ указанія внутренней неправильности однѣхъ и, наоборотъ, полной справедливости другихъ. Мыслимо базировать карательную дѣятельность государства на каждой изъ этихъ теорій: на началахъ возмездія, исправленія, устрашенія, нравственнаго очищенія, общаго предупрежденія и т. п. Каждая изъ этихъ теорій можетъ оказаться „правильной" въ томъ смыслѣ, что допускаетъ послѣдовательное свое проведеніе въ уголовномъ кодексѣ. Факты дѣйствительности, противорѣчащіе этой теоріи, подлежали бы измѣненію, а дѣйствующее право—соотвѣтственной перестройкѣ. Порою такая перестройка была бы грандіозной по своему масштабу, подлинной соціальной революціей, съ рѣзкими переломами и разрушеніемъ сложившихся право-

воззрѣній, но этотъ аргументъ еще не говорилъ бы противъ „правильности“ соотвѣтственной теоріи, если бы эта послѣдняя была логически дедуцирована изъ какихъ-либо общихъ, не подлежащихъ оспариванію положеній. Критиковать правильность теоріи саму по себѣ, независимо отъ примѣненія этой теоріи къ соціальной жизни, было бы дѣломъ почти безнадежнымъ, ибо теорія до извѣстной степени выражаетъ субъективный взглядъ на соціальныя явленія. Изслѣдователь вопроса долженъ подходить къ нимъ съ другой точки зрѣнія, именно со стороны политики права. Эти теоріи не объясняютъ дѣйствительности; онѣ являются въ большей мѣрѣ принципами политики права и подлежатъ обсужденію въ качествѣ желательныхъ или нежелательныхъ постулатовъ соціальнаго развитія. Чѣмъ глубже соотвѣтственная теорія опирается на изученіе законовъ общественной жизни, тѣмъ въ большей мѣрѣ она можетъ претендовать на подлинное значеніе для правовой политики; наоборотъ, чѣмъ сильнѣе она отражаетъ лишь субъективныя пожеланія и стремленія ея автора, тѣмъ скорѣе эти теоріи можно назвать „поверхностными“, „случайными“, „необоснованными“.

Изъ изученія соотвѣтственной литературы изслѣдователю не трудно будетъ убѣдиться, что лишь немногія изъ распространенныхъ нынѣ въ наукѣ теорій о цѣляхъ наказанія основаны на дѣйствительномъ изученіи лежащихъ въ основѣ политики права законовъ мотиваціоннаго и воспитательнаго дѣйствія права на соціальную жизнь, и даже слабая попытка подвергнуть ихъ разсмотрѣнію съ этой точки зрѣрія приводитъ къ быстрому краху и ниспроверженію этихъ теорій или, что то же самое, къ обезцѣненію ихъ для интересовъ разумной политики права. Не претендуя на обстоятельную критику, невозможную въ краткой

статьѣ, я считаю полезнымъ подвергнуть такой оцѣнкѣ хотя бы нѣкоторыя изъ наиболѣе распространенныхъ въ нашей наукѣ теорій.

Въ области „положительнаго направленія“ особой популярностью нынѣ пользуются теоріи устрашенія, исправленія, обезвреживанія и, наконецъ, общаго предупрежденія. Эти цѣли, входя въ составъ „простыхъ“ или—въ сочетаніи другъ съ другомъ—„сложныхъ“ теорій, составляютъ ходячія истины для большинства современныхъ криминалистовъ. Посмотримъ, насколько онѣ отвѣчаютъ требованіямъ разумной политики права.

Теорія устрашенія, навѣянная еще суровыми и варварскими карами средневѣковья, видитъ въ наказаніи средство создать въ преступникѣ и во всемъ обществѣ чувство страха, удерживающее отъ учиненія новыхъ преступленій. Какъ элементъ психическаго комплекса, на который воздѣйствуетъ наказаніе, чувство страха учитывается почти всѣми теоріями: путемъ страха можно и предупреждать преступленія, достигать „соціальной защиты“ и даже воспитывать и исправлять людей. Въ теоріи устрашенія мы имѣемъ, однако, въ виду выдвиганіе этого страха, какъ исключительной, основной задачи наказанія. И съ этой точки зрѣнія намъ придется сразу признать эту теорію непригодной для разумной правовой политики. Мотивъ страха, какъ опоры правопорядка, непригоденъ для сложной соціальной жизни нашего времени. Онъ характеренъ для того строя, когда вся власть и все правовое творчество были сосредоточены въ рукахъ небольшой группы лицъ, которая должна была держать въ подчиненіи всѣхъ остальныхъ, когда между властвующими и подвластными лежала пропасть и воля властвующихъ могла осуществляться лишь посредствомъ парализованія воли подвластныхъ. Страхъ понижаетъ нашу активность; онъ связываетъ иниціативу,

подрываетъ разсчетъ на будущее, вытѣсняетъ сознаніе этическаго долга, и поэтому, какъ мотивъ, мало пригоденъ для соціальной дѣятельности. Съ помощью его можно достигнуть дисциплины, повиновенія, но не свободной предпріимчивости. Какъ средство соціальнаго воздѣйствія, страхъ пригоденъ на низшихъ ступеняхъ общественной жизни, но съ достиженіемъ извѣстной стадіи развитія и усложненіемъ формъ поведенія и взаимодѣйствія людей, общество перерастаетъ этотъ мотивъ и замѣняетъ его слѣдованіемъ разсчету или долгу. Подчинять общество усиленному дѣйствію страха, какъ то рекомендуетъ теорія устрашенія, значитъ не только задерживать ростъ болѣе высокой общественной психики, но и культивировать такія явленія, какъ „грубость нравовъ“, „жестокость“, „трусливость рабовъ“ и цѣлый рядъ другихъ, не мирящихся съ высокимъ строемъ жизни, соціальныхъ проявленій. И эти указанія дѣйствительны не только по адресу того оттѣнка теоріи устрашенія, который имѣетъ въ виду дѣйствіе его на все общество, но также и тѣхъ ученій, которыя разсчитываютъ на поддержаніе чувства страха не въ обществѣ, а въ самомъ преступникѣ. Чтобы обладать свойствомъ устрашаемости по отношенію къ преступникамъ, репрессія должна сохранять многія качества варварскаго характера, стоящія въ противорѣчіи съ этическимъ сознаніемъ народа. Пытка или квалифицированная казнь могутъ служить хорошими средствами устрашенія преступника, но врядъ ли можно допустить ихъ примѣненіе, не оскорбляя нравственнаго сознанія общества. Плохія тюрьмы также способны болѣе устрашать, чѣмъ хорошія, но едва ли вслѣдствіе этого слѣдуетъ заботиться объ ухудшеніи, а не объ улучшеніи тюремъ. Съ ростомъ культуры общество считаетъ нежелательнымъ чрезмѣрно культивировать чувство страха даже среди преступни-

ковъ и пытается изыскать другіе мотивы для удержанія ихъ отъ новыхъ преступленій, въ частности, мотивы разсчета и стремленіе ихъ къ свободѣ. Не слѣдуетъ упускать изъ виду и того, что наложеніе чрезмѣрныхъ каръ въ обществѣ, уже не склонномъ къ жестокости, вызываетъ волну сострадания къ преступнику, ослабляющую силу противодѣйствія преступленію и влекущую часто оправданіе завѣдомо виновныхъ. Не отрицая, поэтому, того, что чувство страха можетъ въ отдѣльныхъ случаяхъ быть пригоднымъ для противодѣйствія преступленію, можно все же сдѣлать выводъ, что для разумной правовой политики оно уже неспособно служить главною базою при наказаніи, и теорія устрашенія, рекомендующая этотъ путь, должна быть оставлена, какъ игнорирующая этотъ несомнѣнный соціальный фактъ.

Переходимъ къ теоріямъ исправленія, представляющимъ противоположную крайность. Для сторонниковъ этой теоріи главная и единственная цѣль наказанія состоитъ въ томъ, чтобы исправить преступника. Подъ „исправленіемъ“ не всегда разумѣется одно и то же. Одни имѣютъ въ виду моральное исправленіе, считая самое преступленіе слѣдствіемъ порочныхъ склонностей; другіе говорятъ объ юридическомъ исправленіи, разумѣя подъ нимъ несовершеніе лицомъ новыхъ преступленій. Не трудно видѣть, что теорія моральнаго исправленія выходитъ далеко за предѣлы уголовнаго права. Наказаніе является по этой теоріи только однимъ изъ воспитательныхъ средствъ, для примѣненія котораго преступленіе является лишь симптомомъ или поводомъ. Между преступленіемъ и иными формами проявленія испорченности человѣческой натуры не будетъ тогда почти никакого различія. Почему человѣкъ нравственно-порочный менѣе нуждается въ исправленіи, чѣмъ преступникъ? Если

стать на эту точку зрѣнія, то прежде всего пришлось бы отказаться отъ наказанія всѣхъ тѣхъ преступниковъ, которые нѐ являются нравственно-порочными: преступниковъ по неосторожности, политическихъ преступниковъ, преступниковъ по страсти и т. п. Логически не слѣдовало бы наказывать и тѣхъ, которые не поддаются исправленію, какъ, напр., преступники привычки или преступники профессіоналы. Наоборотъ, люди нравственно-порочные, учинившіе хотя бы самые ничтожные проступки, должны быть подвергнуты настойчивому исправленію. Требованія уголовнаго права, не имѣющія прямого отношенія къ нравственности, какъ, напр., нормы, охраняющія политическія права, государственныя монополіи, интересы управленія и т. д., остались бы безъ всякой санкціи, такъ какъ нарушеніе ихъ еще не свидѣтельствовало бы о томъ, что лицо нуждается въ исправленіи. Результатомъ всего этого была бы широкая безнаказанность, громадный ростъ преступленій и крайняя неравномѣрность наказаній. Не многимъ лучше обстояло бы дѣло и при дѣйствіи теоріи юридическаго исправленія. Всѣ тѣ преступники, относительно которыхъ не слѣдовало бы опасаться повторенія преступленій, должны были бы быть отпускаемы безъ наказанія, ибо они не нуждаются въ юридическомъ исправленіи. Строжайшія наказанія должны были бы пасть на мелкихъ нарушителей порядка, такъ какъ они болѣе всего склонны къ повторенію преступленій. Наказаніе должно было бы потерять всякую опредѣленность, такъ какъ заранѣе время исправленія опредѣлить не возможно. Я не стану отрицать того, что построить наказаніе на идеѣ исправленія вполнѣ возможно; въ семейномъ уголовномъ правѣ эта идея и нынѣ является господствующей. Но, съ другой стороны, нельзя отрицать, что современный соціальный строй еще не допускаетъ осуществле-

нія ея. При дѣйствіи ея всѣ сдерживающія вліянія наказанія исчезаютъ; предупрежденіе преступности перестаетъ быть задачей его; наказаніе стремится только исправить человѣка. Тамъ, гдѣ соблазнъ преступленія исчезъ, гдѣ содержаніе уголовнаго права слилось съ содержаніемъ нравственности и гдѣ, наконецъ, найдены надлежащіе способы исправленія людей, тамъ эта теорія будетъ разумнымъ рецептомъ для правовой политики. Но нынѣ такой строй еще является утопіей. Общество еще нуждается въ сдерживающемъ воздѣйствіи, и даже небольшое ослабленіе репрессіи грозитъ серьезнымъ ростомъ преступности; между требованіями уголовнаго права и нравственности существуетъ большое разногласіе по многимъ вопросамъ, и мы не открыли еще секрета исправленія людей; даже воспитать ребенка, впавшаго въ преступность, представляетъ для насъ крайнія трудности. Поэтому и теорія исправленія, какъ единственной цѣли наказанія, можетъ представляться лишь какъ болѣе отдаленный этапъ общественнаго развитія, а не какъ служебная теорія уголовнаго права. То же самое слѣдуетъ сказать и по адресу теоріи лѣченія преступниковъ, весьма родственной по своему духу теоріи исправленія. Чтобы принять ее, слѣдуетъ доказать, что всякое преступленіе есть болѣзнь, и что преступленія, не свидѣтельствующія о болѣзненномъ состояніи воли лица, не нуждаются въ покараніи, а также указать тѣ средства, которыми эти болѣзни могутъ излѣчиваться. Но такихъ средствъ еще меньше, чѣмъ средствъ исправленія людей.

Теоріи „обезвреживанія“, „элиминированія“, „удаленія“ преступниковъ, какъ новѣйшая форма теорій соціальной защиты, съ особенной силой выдвигались представителями антропологической школы, а за послѣднее время начинаютъ получать при-

знаніе и среди сторонниковъ соціологическаго воззрѣнія. Преступникъ представляетъ изъ себя нежелательный элементъ въ общежитіи, и задача наказанія должна сводиться къ тому, чтобы удалить его изъ общества, сдѣлать безвреднымъ. Пригодными для того средствами являются смертная казнь, ссылка, продолжительное лишеніе свободы въ тюрьмѣ или въ работномъ домѣ. Заключеніе должно быть неопредѣленнымъ, пока не устранится опасность, проистекающая для общежитія отъ оставленія преступника на свободѣ. Теорія обезвреживанія есть антитеза теоріи исправленія. Она видитъ въ каждомъ преступникѣ опаснаго человѣка, почти безнадежнаго въ смыслѣ исправленія. Общество нуждается въ продолжительной и надежной защитѣ отъ такихъ людей. Но за предѣлами этой теоріи остаются преступники случайные, не представляющіе длительной опасности, мелкіе преступники, преступники страсти и пр. Какъ быть въ отношеніи ихъ? Оставлять ихъ безнаказанными? Эта теорія игнорируетъ совершенно личность преступника; разъ онъ опасенъ, онъ долженъ быть изъятъ изъ общества. Сложное психологическое воздѣйствіе на волю преступника она замѣняетъ механическимъ принципомъ элиминированія. Наконецъ, имѣя въ виду однихъ только преступниковъ, она совершенно игнорируетъ вліяніе наказанія на людей, не совершившихъ еще преступленія, повидимому, предполагая, что перспектива элиминированія будетъ оказывать на общество устрашающее вліяніе. И дѣйствительно, по своей суровости мѣры обезвреживанія носятъ отпечатокъ крайней суровости. Подразумѣвая это устрашающее вліяніе, теорія обезвреживанія преступниковъ подвержена такимъ образомъ, и всѣмъ недостаткамъ теоріи устрашенія.

Что касается, наконецъ, теорій общаго пре-

дупрежденія, то онѣ все свое вниманіе обращаютъ не на вліяніе наказанія на отдѣльнаго преступника, а на общественный эффектъ карательнаго воздѣйствія, признавая таковымъ предупрежденіе преступленій. Борьба съ преступностью разсматривается какъ исключительная задача наказанія и возводится на степень высшаго и неоспоримаго принципа уголовной политики. Несмотря на общепринятость этого взгляда, я позволяю себѣ возражать противъ него по слѣдующимъ соображеніямъ. Преступленіе является фактомъ отрицательнымъ не само по себѣ, а лишь въ отношеніи къ дѣйствующему правопорядку. Правопорядокъ же, какъ таковой, не представляетъ въ своей конкретной постановкѣ начала, обладающаго абсолютной цѣнностью. Напротивъ того, онъ преисполненъ рядомъ недостатковъ и несправедливостей, которые опираются на санкцію уголовнаго закона. Только крайнее преклоненіе предъ нормою положительнаго права позволяетъ видѣть въ дѣйствующемъ порядкѣ абсолютное благо. Соціологи на ряду съ преступностью дегенеративной, разрушающей здоровые корни правопорядка, знаютъ и понятіе преступности эволютивной, разрушающей части, пришедшія въ негодность. Такая эволютивная преступность служитъ порою симптомомъ силы и жизненности общества. Ставить цѣль искорененія ея, какъ цѣль безусловную, значитъ порою подрывать жизненныя силы общества, заглушать новые побѣги развитія. Мало того, ростъ преступленій даже дегенеративнаго характера часто служитъ показателемъ серьезнаго процесса обновленія, происходящаго въ соціальномъ организмѣ. Или то, что ранѣе не было преступнымъ, нынѣ стало таковымъ, вслѣдствіе изданія новыхъ уголовныхъ запретовъ или болѣе широкаго толкованія старыхъ; или общество, которое раньше терпимо относилось къ тѣмъ или инымъ преступленіямъ

и не преслѣдовало ихъ, стало энергично на нихъ реагировать, вслѣдствіе чего цифры уголовной статистики крайне возросли; или, наконецъ, общество отъ состоянія рутины въ извѣстной области соціальныхъ отношеній перешло къ живой дѣятельности, параллельно съ которой начало возрастать и число конфликтовъ. Во всѣхъ этихъ случаяхъ ростъ преступленій служитъ благопріятнымъ, а не отрицательнымъ соціальнымъ симптомомъ. Преступность есть только симптомъ болѣе глубокихъ соціальныхъ измѣненій, симптомъ иногда неблагопріятный, иногда, наоборотъ, весьма отрадный. Не можетъ быть высшимъ критеріемъ соціальной, а слѣдовательно и правовой политики, борьба противъ симптома, какъ такового. Разумная медицина направлена противъ самихъ болѣзней, а не противъ ихъ симптомовъ. Поэтому не предупрежденіе преступленій, а иныя болѣе высокія и непосредственныя соціальныя блага и цѣнности должны быть положены въ основу наказанія. Предупрежденіе преступленій есть по существу цѣль полицейская, т.-е. охраненіе правопорядка. Современная политика уже переросла тѣ узко-полицейскія цѣли, которыми почти исключительно руководилась политика начала XIX вѣка; она ставитъ своею задачею болѣе широкія воззрѣнія на государственно-общественныя задачи. И уголовная политика, являясь лишь частью политики общей, не можетъ въ этомъ отношеніи оставаться на почвѣ этого узкаго взгляда. Тѣ крайніе выводы школы Листа, ставящаго наказанію цѣли, „общаго и спеціальнаго предупрежденія“, во многомъ объясняются узостью признаваемой имъ за основную задачи—борьбы съ преступностью. За этимъ „практическимъ“ лозунгомъ отходятъ далеко назадъ и расплываются въ туманѣ болѣе высокія задачи правового воспитанія общества. И значительно болѣе правы представители

стараго „классическаго" направленія, возлагавшія на наказаніе задачи поддержанія моральной правды, абсолютнаго господства нормы или государственнаго авторитета.

Но и въ ряду старыхъ классическихъ теорій не все обстоитъ благополучно.

Высказываемыя сторонниками классическаго направленія теоріи о цѣляхъ наказанія могутъ быть объединены на почвѣ совмѣстнаго признанія ими принципа возмездія, т.-е. того, что наказаніе налагается для возстановленія значенія какого-либо абсолютно цѣннаго начала, нарушеннаго преступникомъ. Возмездіе состоитъ не столько въ причиненіи зла преступнику, сколько въ уничиженіи преступной воли, выразившейся въ отрицаніи этого цѣннаго начала. Въ опредѣленіи этого начала различныя теоріи между собою расходятся. Однѣ видятъ въ немъ необходимость поддержанія государственнаго авторитета, или правопорядка, какъ такового; другія выставляютъ моральные критеріи: незыблемые принципы правды, господство нормы, категорическаго императива и т. д. Та или иная теорія въ этомъ отношеніи слѣдуетъ общимъ представленіямъ автора о правѣ и его идеальномъ содержаніи. Но не трудно видѣть, что теоріи какъ государственнаго, такъ и моральнаго возмездія мало пригодны въ качествѣ служебныхъ правно-политическихъ теорій. Современная преступность, въ отличіе отъ преступности старыхъ вѣковъ, характеризуется не столько какъ антигосударственное, сколько какъ антисоціальное явленіе. Моментъ нарушенія авторитета власти болѣе рѣзко выраженъ лишь при нѣкоторыхъ политическихъ и полицейскихъ преступныхъ дѣяніяхъ; при преступленіяхъ противъ личности и имущества, составляющихъ подавляющее большинство въ современной преступности, этотъ моментъ стоитъ далеко

на второмъ планѣ. Точно такъ же неправильно выдвигать и моральный элементъ возмездія. Онъ унаслѣдованъ уголовнымъ правомъ въ качествѣ остатка бывшей связи уголовныхъ запретовъ съ церковными ученіями. Въ наше время моментъ грѣховности и безнравственности преступнаго дѣянія вытѣсняется моментомъ его антисоціальности. Въ область преступности не войдетъ цѣлый рядъ дѣйствій весьма безнравственныхъ и грѣховныхъ, которыя, однако, не затрагиваютъ явно интересовъ общежитія; а съ другой стороны, добрая половина уголовныхъ запретовъ не имѣетъ ничего общаго съ понятіемъ безнравственности или грѣха. Если бы стать на точку зрѣнія моральнаго воздаянія, то пришлось бы перестроить всю систему уголовнаго права и передать дѣло правосудія изъ рукъ судовъ въ руки проповѣдниковъ или философовъ-моралистовъ.

Итакъ, разборъ отдѣльныхъ теорій показываетъ намъ, что правовая политика, несмотря на затраченныя на построеніе этихъ теорій мудрость и энергію, не можетъ воспользоваться ни одной изъ нихъ, какъ теоріей служебной. Сдѣлавъ это, она рискуетъ внести серьезныя разстройства въ общественную жизнь, подорвать корни правовой жизни или причинить серьезный ущербъ нормальному развитію ея.

Причиной такого безотраднаго результата, на нашъ взглядъ, является слѣдующій основной порокъ всѣхъ разобранныхъ теорій. Онѣ всѣ исходятъ изъ предположенія, что въ основѣ наказанія лежитъ какая-либо отдѣльная цѣль, которую каждая изъ этихъ теорій стремится по своему выяснить. Но уже апріори ясно, что подобная мысль неправильна. Если бы, дѣйствительно, наказаніе было пріурочено къ осуществленію какой-либо опредѣленной цѣли, то не нужно было бы тратить столько усилій на то, чтобы обнаружить

ее, и не было бы столькихъ разногласій въ ея установленіи. На самомъ дѣлѣ жизнь руководится не единымъ началомъ, а сложнымъ сочетаніемъ различныхъ началъ, въ которомъ одни начала обнаруживаютъ тенденцію къ большему развитію и укрѣпленію, а другія, наоборотъ, къ вымиранію и ослабленію. Каждое явленіе соціальной жизни, въ томъ числѣ и наказаніе, стоитъ въ связи съ другими явленіями, сложными и разнородными, и значеніе этого явленія не можетъ быть исчерпано указаніемъ какой-либо одной его функціи. Но и помимо того, самое опредѣленіе явленій соціальной и правовой жизни съ точки зрѣнія ихъ цѣли является дѣломъ не научнымъ. Цѣль предполагаетъ всегда нѣкоторое субъективное стремленіе, конечнымъ пунктомъ котораго она является. Указаніе цѣли всегда поэтому будетъ субъективной оцѣнкой общественнаго явленія. Научное изученіе выливается не въ форму ученія о цѣляхъ и средствахъ, а о причинахъ и ихъ послѣдствіяхъ. Неправильно приписывать наказанію тѣ или иныя цѣли. Напротивъ того, вполнѣ необходимо выяснить дѣйствіе наказанія въ связи съ другими явленіями соціальной жизни. Дѣйствіе наказанія, вообще, и отдѣльныхъ наказаній, въ частности, только и можетъ отвѣтить на вопросъ о томъ, какія характерныя стороны наказанія имѣютъ важность для правовой политики. А изученіе этого дѣйствія въ теченіе довольно значительнаго періода эволюціи можетъ показать, какія стороны (resp. цѣли) наказанія обнаруживаютъ тенденцію къ укрѣпленію и развитію и какія, наоборотъ, къ ослабленію и вымиранію. Полученные такимъ путемъ выводы могутъ уже служить пригодными теоріями для политики права.

II.

Изученію дѣйствія наказанія долженъ предшествовать анализъ отдѣльныхъ случаевъ примѣненія наказанія. Только на почвѣ наблюденія дѣйствительности можно отвѣтить на этотъ вопросъ, а не на почвѣ тѣхъ или иныхъ философскихъ концепцій. Однако, работа эта потребовала бы здѣсь слишкомъ много времени и углубленія въ рядъ частныхъ примѣровъ. Поэтому я позволяю себѣ изложить лишь нѣкоторые изъ добытыхъ на почвѣ такого анализа выводовъ, предоставляя самому читателю провѣрить ихъ на отдѣльныхъ случаяхъ.

Соціальное общеніе людей построено на постоянномъ психическомъ взаимодѣйствіи, почвой для котораго является крайне развитая у каждаго способность къ подражательному переживанію мыслей, эмоцій и волевыхъ импульсовъ другихъ людей. Каждый актъ поведенія, который мы называемъ соціальнымъ, вызываетъ въ психикѣ окружающихъ рядъ смутныхъ эмоцій, ассоціированныхъ подражательно съ этимъ актомъ. Видя, напр., какъ одинъ человѣкъ преслѣдуетъ другого, мы переживаемъ то эмоцію страха вмѣстѣ съ преслѣдуемымъ, то стремленіе къ поимкѣ вмѣстѣ съ преслѣдующимъ. Наблюдая человѣка, переживающаго эмоцію стыда, мы сами начинаемъ испытывать извѣстную неловкость, и т. д. Это явленіе, которое можно назвать соціальной симпатіей, характерно для всякаго общества; съ укрѣпленіемъ соціальныхъ связей оно усиливается въ своей интенсивности. Выражая то же самое положеніе иными словами, можно сказать, что всякій соціальный актъ вызываетъ въ окружающихъ извѣстную подражательную реакцію. Благодаря этому обезпечивается возможность соціальнаго вліянія, воспитанія, распространенія идей и т. д. Нормальнымъ

видомъ соціальной реакціи является реакція положительная, направленная на воспроизведеніе въ психикѣ и повтореніе того же акта. Но наблюдается и обратное явленіе. По адресу опредѣленныхъ актовъ, обыкновенно вредныхъ и нежелательныхъ для общества, въ психикѣ окружающихъ возникаютъ реакціи отталкивающаго характера, направленныя къ тому, чтобы парализовать дѣйствіе соціальной симпатіи, чтобы помѣшать подражательному распространенію этого акта. Въ случаѣ совершенія кѣмъ-либо такихъ общественно-нежелательныхъ актовъ, въ психикѣ окружающихъ возникаютъ эмоціи, спеціально дѣйствующія въ направленіи устраненія даннаго примѣра, сопровождающіяся порою весьма бурнымъ возмущеніемъ психологической жизни. Такими эмоціями являются въ порядкѣ степени силы репульсіи: страхъ, парализующій вообще активную психическую дѣятельность; отвращеніе, сопряженное съ желаніемъ освободиться отъ соотвѣтственнаго переживанія, какъ чего-то противнаго и непріемлемаго для организма; негодованіе и гнѣвъ, какъ эмоціи отвращенія, сопровождающіяся стремленіемъ къ активному уничтоженію возмущающаго объекта (эмоціи разрушительныя); презрѣніе, выражающееся въ равнодушномъ, такъ сказать, прохожденіи мимо даннаго акта, психическомъ игнорированіи его и т. д. Чѣмъ сильнѣе дѣйствуютъ въ психикѣ соотвѣтственныя отталкивающія эмоціи, тѣмъ меньшимъ является соціальное дѣйствіе соотвѣтственнаго соціальнаго акта, тѣмъ болѣе ослабляется его соціальная значимость, т.-е. способность вызывать подражаніе. Соціальное значеніе этого акта такимъ путемъ подавляется, репрессируется. Сказанное по поводу соціально-нежелательныхъ актовъ находитъ полное свое примѣненіе по отношенію къ тѣмъ дѣяніямъ, которыя именуются преступными. Являясь особенно вредными и

ИСТ. 14 АКАДЕМ

нежелательными для общества, эти акты способны въ большой степени вызывать противъ себя взрывъ отталкивающихъ соціальныхъ эмоцій. Эти послѣднія окутываютъ какъ бы непроницаемой оболочкой преступный актъ, препятствуя заразительному дѣйствію создавшагося примѣра. Подобная психическая реакція, возникающая независимо отъ всякаго наказанія уже въ примитивныхъ обществахъ, представляется цѣннымъ средствомъ самосохраненія общества отъ вредныхъ, могущихъ получить распространеніе дѣйствій и, какъ таковая, она нуждается въ соотвѣтственной поддержкѣ и укрѣпленіи. Если государство принимаетъ на себя задачу реагированія на преступленіе и создаетъ институтъ государственнаго наказанія, оно должно прежде всего заботиться о томъ, чтобы это соціальное противодѣйствіе преступленію не ослабѣло. Поэтому наказаніе воспринимаетъ въ себя такія черты и свойства, которыя способствуютъ развитію въ обществѣ отталкивающихъ эмоцій по адресу учиненнаго преступленія. Наказаніе выражается въ жестокости по адресу преступника, чтобы вызвать въ обществѣ страхъ; оно унижаетъ личность преступника, лишаетъ его правъ, подвергаетъ позору, чтобы вызвать въ обществѣ презрѣніе и отвращеніе; оно клеймитъ преступника, изображаетъ его какъ злодѣя и врага общества, чтобы вызвать въ обществѣ гнѣвъ и негодованіе Разрушительная, злостная реакція наказанія по адресу преступника вызываетъ соотвѣтственныя чувства въ обществѣ уже въ качествѣ положительнаго соціальнаго акта. Наказаніе преступника является великимъ и торжественнымъ актомъ, о немъ широко оповѣщается населеніе, исполненію наказанія намѣренно придается характеръ примѣрности, и оно обставлено такими обрядами, которые разсчитаны на долговременное вліяніе этой примѣрности. Переживая въ особо повышенномъ

ЧИТ

тонѣ злобную реакцію противъ преступленія и преступника, общество соотвѣтственно укрѣпляетъ въ себѣ отталкивающіе импульсы. Подобное дѣйствіе наказанія на общественную психологію можно назвать репрессивнымъ дѣйствіемъ наказанія, ибо имъ достигается репрессія преступнаго акта. Преступникъ здѣсь является объектомъ карательнаго воздѣйствія не ради его самого, а ради извѣстнаго общественнаго эффекта: здѣсь, какъ справедливо иногда замѣчали, карается не самъ человѣкъ, а его дѣяніе и кара зависитъ почти исключительно отъ тяжести соотвѣтственнаго преступленія. Это репрессивное дѣйствіе наказанія нѣсколько приближается къ тому, что называютъ общимъ предупрежденіемъ. Дѣйствительно, оно предупреждаетъ подражаніе преступному акту въ обществѣ, но это предупрежденіе является не доминирующею цѣлью, а лишь болѣе или менѣе достигаемымъ эффектомъ пробужденія опредѣленныхъ эмоцій.

На ряду съ репрессивнымъ дѣйствіемъ наказанія слѣдуетъ отмѣтить еще и другой видъ, направленный по адресу общества въ цѣломъ, который можно назвать правовымъ дѣйствіемъ наказанія. Карая преступника, государство имѣетъ въ виду не только удержать живущихъ въ обществѣ отъ дальнѣйшихъ подобныхъ общественно-нежелательныхъ актовъ; каждое преступленіе есть нарушеніе установленнаго или признаваемаго государствомъ права, и въ качествѣ такового оно наноситъ ущербъ началу общеобязательности, господству этого права или, какъ говорятъ, подрываетъ правовой государственный авторитетъ. Примѣненіемъ наказанія государство подчеркиваетъ въ сознаніи гражданъ обязательность правовыхъ своихъ требованій, укрѣпляетъ въ общемъ сознаніи авторитетность оффиціальнаго права. Кара иногда назначается и за такія дѣянія, которыя не заключаютъ въ

себѣ элемента соціальнаго вреда или опасности вреда, по отношенію къ которымъ общество индифферентно; эти дѣянія представляютъ собою простое ослушаніе правового велѣнія власти и караются ради укрѣпленія авторитета этой послѣдней. Эту точку зрѣнія Биндингъ кладетъ въ основу всей своей теоріи наказанія, видя въ возстановленіи государственнаго авторитета или значимости нормы главную задачу наказанія. На самомъ дѣлѣ эта сторона представляетъ собою лишь одинъ изъ видовъ общаго дѣйствія наказанія; его удобно назвать правовымъ дѣйствіемъ, такъ какъ результатомъ его является укрѣпленіе сознанія обязательности правовой нормы.

Оба разсмотрѣнныхъ вида дѣйствія наказанія можно назвать соціальной функціей наказанія, такъ какъ соотвѣтственный эффектъ выражается въ опредѣленныхъ измѣненіяхъ общественной психологіи. Соціальная функція наказанія стоитъ на первомъ планѣ и ею въ первую очередь опредѣляются содержаніе и формы карательной дѣятельности. Однако, эта функція не является исключительной; на ряду съ нею, и притомъ выдвигаясь все болѣе и болѣе, стоитъ такъ наз. индивидуальная функція наказанія, въ свою очередь распадающаяся на нѣсколько видовъ.

Характернымъ свойствомъ индивидуальной функціи наказанія является то, что она стремится вызвать извѣстный эффектъ не въ обществѣ, а въ самой личности подвергаемаго наказанію преступника. Здѣсь уже объектомъ кары является не дѣяніе, а личность преступника и хотя это воздѣйствіе происходитъ также въ общественныхъ интересахъ, оно все же считается съ наказываемымъ не только какъ средствомъ, а какъ съ личностью, обладающей самостоятельною цѣнностью. Чѣмъ выше цѣнится

личность въ общественномъ строѣ, тѣмъ замѣтнѣе становятся индивидуальныя функціи наказанія.

Со стороны индивидуальнаго вліянія наказаніе воздѣйствуетъ на волю преступника, укрѣпляя въ ней одни мотивы и ослабляя другіе. Такое вліяніе происходитъ какъ посредствомъ вызова опредѣленной мотивації, такъ и путемъ укрѣпленія въ психикѣ соотвѣтственныхъ свойствъ характера, т.-е. путемъ воспитательнаго вліянія. Свойства психики, на которыя разсчитано дѣйствіе наказанія, мѣняются вмѣстѣ со смѣною соціальной мотивації; общею же задачею этого вліянія является удержаніе преступника отъ новыхъ преступленій или такъ наз. спеціальное предупрежденіе. Элементарнымъ способомъ воздѣйствія является развитіе и укрѣпленіе въ преступникѣ чувства страха или такъ наз. устрашеніе. Страхъ является могучимъ сдерживающимъ мотивомъ и вмѣстѣ съ тѣмъ не представляется особенно труднымъ вызвать это чувство въ человѣкѣ. Съ самыхъ раннихъ ступеней культуры люди долго воспитывались подъ дѣйствіемъ страха, и потому и нынѣ, благодаря долгой дрессировкѣ, соотвѣтственное чувство легко и быстро можетъ быть пробуждаемо, въ особенности въ людяхъ, не усвоившихъ болѣе высокихъ воспитательныхъ вліяній. И современное уголовное право въ главномъ своемъ содержаніи основано на „угрозѣ наказаніемъ“ по адресу виновнаго. По адресу такъ наз. „случайныхъ преступниковъ“ эта угроза является вполнѣ дѣйствительной и достигающей цѣли предупрежденія. Но дѣйствіе этого средства скоро притупляется. Фактически государство не въ состояніи поддерживать даже ту степень суровости и жестокости наказаній, какою оно угрожаетъ преступнику. Вводятся различные институты смягченія угрозы при ея фактическомъ осуществленіи, какъ условное освобожденіе, условное осу-

жденіе, замѣна наказаній, прогрессирующее смягченіе режима и т. д. Требованія гуманности все больше сокращаютъ степень кары, и потому мотивы страха ослабѣваютъ прогрессивно съ развитіемъ преступной дѣятельности. По отношенію къ преступникамъ привычки или профессіоналамъ этотъ мотивъ является уже почти совершенно недѣйствительнымъ.

Еще болѣе чѣмъ страхъ въ современномъ уголовномъ правѣ учитывается мотивъ р а з с ч е т а. Во всѣхъ государствахъ больше половины (а иногда и двѣ трети) всѣхъ осужденій представляютъ присужденія къ денежной пенѣ или денежному взысканію. Можно сказать еще больше. Современное наказаніе лишеніемъ свободы, почти единственно конкуррирующее съ денежной пеней, уже разсчитано не столько на чувство страха, сколько на чувство разсчета. Здѣсь только разсчетъ касается не экономическихъ благъ, а идеальнаго блага свободы, грозящее ограниченіе котораго соотвѣтственнымъ образомъ учитывается; существуютъ даже во всѣхъ кодексахъ таблицы исчисленія эквивалента денежнаго наказанія и наказанія лишеніемъ свободы.

Такимъ образомъ, справедливымъ будетъ сдѣлать выводъ, что громаднѣйшее большинство наказаній опирается на чувство р а з с ч е т а, т.-е. на господствующій въ современномъ строѣ мотивъ поведенія. Степень наказанія опредѣляется заключеніемъ о томъ, при какомъ рискѣ (потерей денегъ или свободы) совершеніе преступленій становится дѣломъ невыгоднымъ, нестоющимъ.

Однако, нормальные мотивы разсчета и, до нѣкоторой степени, страха не являются единственными элементами психики, на которые воздѣйствуетъ наказаніе. Въ общественной жизни имѣются люди дефективные, не поддающіеся дѣйствію обыкновенныхъ

среднихъ мотивовъ поведенія, господствующихъ въ данномъ строѣ. Эта дефективность опредѣляется или какими-либо органическими пороками (болѣзненныя склонности, какъ алкоголизмъ, маніи, неврастенія и т. д.), создающими такъ наз. „уменьшенную вмѣняемость", или недостаткомъ соціальнаго воспитанія (преступныя дѣти и подростки), или прочно усвоенными на почвѣ соціальнаго вырожденія соціальными пороками (развратомъ, привычкой къ праздности, эксплоатаціи другихъ и т. д.). Во всѣхъ этихъ случаяхъ дѣйствіе наказанія, разсчитаннаго на мотивы страха и разсчета, оказывается эфемернымъ. Подвергаемые такому наказанію индивиды указанныхъ категорій становятся упорными рецидивистами, представляющими значительную соціальную опасность. За послѣдніе годы, поэтому, по отношенію къ нимъ криминалисты стали предлагать особыя мѣры наказанія, разсчитанныя на нѣсколько иное дѣйствіе. По отношенію къ лицамъ, страдающимъ органическими пороками, къ дѣйствію мотива страха и разсчета стали присоединять лѣчебное воздѣйствіе, достигаемое въ различныхъ лѣчебно-карательныхъ учрежденіяхъ, какъ реформаторіи для алкоголиковъ, дома заключенія для уменьшенно-вмѣняемыхъ и т. д. По отношенію къ преступнымъ дѣтямъ и подросткамъ на первый планъ въ наказаніи выдвинуто воспитательно-исправительное воздѣйствіе, осуществляемое въ воспитательно-исправительныхъ пріютахъ, реформаторіяхъ, исправительныхъ тюрьмахъ и т. д. Наконецъ, по отношенію къ соціально-порочнымъ лицамъ рекомендуется нынѣ оздоровительное воздѣйствіе, достигаемое путемъ помѣщенія ихъ въ хотя и искусственныя, но болѣе здоровыя условія работнаго дома, учрежденій продолжительнаго детенированія съ ослабленнымъ режимомъ, особыхъ сельскихъ колоній и т. д., гдѣ они лишены будутъ воз-

можности предаваться порочнымъ склонностямъ и совершать новыя преступленія. Во всѣхъ этихъ случаяхъ отмѣченное дополнительное воздѣйствіе наказанія устанавливается такъ, что оно не ослабляетъ въ общемъ дѣйствія мотивовъ страха и разсчета. Мѣры, разсчитанныя на соотвѣтственное дополнительное дѣйствіе наказанія, получили въ наукѣ названіе „мѣръ соціальной защиты“, а соотвѣтственныя черты личности преступника, опредѣляющія необходимость такого дополнительнаго воздѣйствія, получили названіе „опаснаго состоянія“. Въ мѣрахъ соціальной защиты дѣйствіе наказанія, охарактеризованное нами какъ дополнительное, получаетъ особенно яркое выраженіе и въ значительной мѣрѣ опредѣляетъ самое содержаніе наказанія. Однако, не трудно замѣтить, что въ болѣе слабой степени это дополнительное дѣйствіе присуще и другимъ наказаніямъ, въ частности наказаніямъ лишеніемъ свободы. Правила тюремной дисциплины, тюремное воспитаніе и образованіе, устройство классовъ и разрядовъ среди заключенныхъ разсчитаны также до извѣстной степени на исправительное воздѣйствіе, т.-е. на одинъ изъ видовъ дополнительнаго вліянія. Однако, здѣсь это вліяніе еще очень слабо замѣтно.

Учетъ индивидуальнаго дѣйствія наказанія (главнаго и дополнительнаго) составляетъ основное содержаніе современной уголовной политики; на немъ строится опредѣленіе конкретнаго содержанія и устройства отдѣльныхъ наказаній и въ этой области ведется главная борьба между отдѣльными взглядами. Но было бы ошибочнымъ приписывать наказанію только одно индивидуальное дѣйствіе, и даже болѣе—одинъ какой-либо видъ индивидуальнаго дѣйствія — устрашеніе, исправленіе, обезвреживаніе и т. п. Этотъ узкій взглядъ легко, однако, складывается у практиковъ тюремнаго

дѣла, принужденныхъ имѣть дѣло съ непосредственнымъ воздѣйствіемъ на преступника, за предѣлами котораго имъ уже не видно болѣе общее дѣйствіе наказанія.

Укажу, наконецъ, еще на одну сторону въ дѣйствіи наказанія, нынѣ сильно ослабѣвшую въ своемъ значеніи, но въ старомъ уголовномъ правѣ игравшую значительную роль, именно дѣйствіе наказанія въ отношеніи потерпѣвшаго. Старое уголовное право назначеніемъ наказанія прежде всего стремилось удовлетворить потерпѣвшаго; это удовлетвореніе выражалось въ видѣ композицій или денежныхъ выкуповъ. Затѣмъ этотъ взглядъ распространился на личныя наказанія, которыя разсматривались какъ своеобразный выкупъ права мести. И нынѣ среди криминалистовъ встрѣчаются авторы, видящіе въ наказаніи узаконенную месть. Чувство мести, отмщенія, это—реакція, исходящая отъ потерпѣвшаго, общество руководится болѣе высокимъ чувствомъ соціальной репрессіи. Однако, несмотря на вымираніе въ общемъ наказанія, основаннаго на стремленіи удовлетворить лишь чувство мести потерпѣвшаго, кое-гдѣ такого рода тенденціи наказанія еще сохраняются. Ярче всего онѣ выражаются въ области частно-уголовныхъ преступленій: оскорбленія, легкихъ тѣлесныхъ поврежденій, нарушенія промышленныхъ правъ и т. д., гдѣ отъ потерпѣвшаго зависитъ порою не только возбужденіе преслѣдованія, но и самое исполненіе или неисполненіе наказанія. Поскольку потерпѣвшій не реагируетъ на преступленіе, государство воздерживается отъ всякой репрессіи. Въ области публично-уголовныхъ дѣяній вниманіе къ потерпѣвшему выражается въ томъ направленіи, что ему предоставляется участіе въ уголовномъ преслѣдованіи, тяжесть наказанія въ извѣстной степени опредѣляется тяжестью причиненнаго его

правовымъ благамъ ущерба и, наконецъ, государство облегчаетъ ему способы отысканія вознагражденія, причитающагося съ виновнаго. Дѣйствіе наказанія въ отношеніи потерпѣвшаго можно назвать примиряющимъ, такъ какъ оно успокаиваетъ въ немъ мотивы мести и примиряетъ какъ съ виновнымъ, такъ и съ соціальнымъ строемъ, недостаточно его оградившимъ отъ преступленія.

Изложенная теорія, опредѣляющая соціальное и индивидуальное дѣйствіе наказанія, конечно, лишена простоты обычныхъ уголовныхъ теорій, исчерпывающихъ дѣйствіе наказанія, достиженіемъ одной какой-либо „цѣли“. При примѣненіи этой теоріи въ качествѣ служебной для цѣлей уголовной политики криминалистъ долженъ будетъ подвергать сложному учету вліяніе предполагаемыхъ, измѣненій на различныя стороны общественной жизни и на самого преступника. Мало того, соотношеніе между значеніемъ отдѣльныхъ видовъ дѣйствія наказанія не является по этой теоріи величиной постоянной и легко опредѣлимой. Оно опредѣляется существующимъ уровнемъ правовой психики общества, тенденціями развитія, фактическимъ состояніемъ карательной системы и множествомъ другихъ, подлежащихъ учету практическаго политика обстоятельствъ. Можно сказать только общимъ образомъ, что съ укрѣпленіемъ общественнаго правосознанія репрессирующее дѣйствіе наказанія постепенно ослабѣваетъ, и, наоборотъ, начинаетъ завоевывать себѣ все большее и большее признаніе индивидуальное дѣйствіе, особенно въ формѣ дополнительнаго дѣйствія мѣръ соціальной защиты. Рѣшеніе этого вопроса, однако, есть уже вопросъ не опредѣленія дѣйствія наказанія, а эволюціи его, который долженъ составить предметъ особаго разсмотрѣнія.

Наша попытка дать схему, отвѣчающую на вопросъ

о дѣйствіи наказанія, приходитъ къ концу. При ознакомленіи съ нею, быть-можетъ, у читателя возникаетъ вопросъ о томъ, насколько предложенное рѣшеніе по существу отличается отъ нынѣ распространенныхъ въ литературѣ воззрѣній. Въ частности наша теорія соціальнаго и индивидуальнаго дѣйствія наказанія можетъ показаться не столь уже отличной отъ излагаемой въ настоящемъ сборникѣ теоріи проф. Листа объ общемъ и спеціальномъ предупрежденіи. Считаю, поэтому, нужнымъ подчеркнуть нѣкоторыя болѣе принципіальныя различія. Наша теорія говоритъ о дѣйствіи наказанія, а не о цѣляхъ его, выясняя причинную, а не телеологическую связь наказанія съ другими спеціальными явленіями. Далѣе предупрежденіе преступленій вовсе не признается единственной или даже главной функціей наказанія. Въ основѣ его лежатъ болѣе высокія правовыя и этическія начала, ради которыхъ поддерживается наказаніе; теорія же предупрежденія преступленій замѣняетъ ихъ узко-утилитарными практическими лозунгами. Наконецъ, теорія предупрежденія почти совершенно не ставитъ въ связь ученія о дѣйствіи (resp. цѣляхъ) наказанія съ сложной системой соціальной мотивації и свои выводы дѣлаетъ какъ бы безусловными истинами, вытекающими изъ какихъ-то опредѣленныхъ соціальныхъ отношеній, существо и характеръ которыхъ остаются неизвѣстными. Въ частности, проф. Листъ и его послѣдователи выводятъ всѣ свои положенія о цѣляхъ наказанія изъ пониманія правовой жизни какъ защиты интересовъ отдѣльныхъ лицъ и общества, сводя наказаніе къ чисто-утилитарному способу соціальной защиты; выставленные ими принципы наказанія носятъ поэтому не теоретическій, а скорѣе технической характеръ. Представители старо-классическаго направленія, наоборотъ, уже слишкомъ отрѣшаются отъ

всякаго изслѣдованія индивидуальнаго дѣйствія наказанія, а выдвигаютъ только правовое его дѣйствіе, возводя его на степень формальнаго принципа, который, какъ таковой, не всегда оказывается вѣрнымъ, ибо какъ одинъ изъ видовъ сложной системы дѣйствія наказанія, правовое дѣйствіе его имѣетъ относительное, а не абсолютное значеніе.

Наша статья не претендуетъ на значеніе большее, чѣмъ только популярнаго очерка, намѣчающаго тотъ путь, по которому должно, по нашему убѣжденію, пойти изслѣдованіе вопроса. Отдѣльные авторы не вполнѣ сознательно уже усвоили себѣ въ изслѣдованіи различныхъ институтовъ наказанія этотъ методъ, и въ работахъ, касающихся оцѣнки смертной казни, тюремнаго заключенія, ссылки, можно встрѣтить порою въ изобиліи доказательства, вытекающія изъ изученія дѣйствія соотвѣтственнаго наказанія. Въ области теоріи эта мысль не находила достаточнаго признанія, въ значительной степени благодаря тому, что отсутствовало сознательное представленіе о методахъ изученія правовыхъ институтовъ съ этой точки зрѣнія. Работы психологической теоріи права постепенно вырабатываютъ въ этой области рядъ цѣнныхъ положеній, и нужно надѣяться, что на почвѣ ихъ теоріи уголовной политики станутъ болѣе глубокими и вѣрными. Полная же истина лежитъ за предѣлами человѣческаго достиженія.

П. И. Люблинскій.

Ф. Листъ.

Цѣли наказанія и борьба школъ [1]).

I. Цѣли наказанія.

Если задачей права вообще является защита человѣческихъ жизненныхъ интересовъ, то своеобразной задачей уголовнаго права является усиленная защита интересовъ особенно достойныхъ защиты и особенно нуждающихся въ защитѣ посредствомъ угрозы и выполненія наказанія, какъ зла, постигающаго преступника.

Къ велѣніямъ и запретамъ правопорядка присоединяется, предостерегая и устрашая, угроза наказаніемъ. Юридически мыслящему гражданину эта угроза настойчиво указываетъ, какую цѣнность государство придаетъ своему приказу (угроза наказаніемъ, какъ „неодобреніе“ противодѣйствій, какъ выраженіе юридическаго и соціальнаго „осужденія“). Менѣе чувствительнымъ натурамъ она ставитъ на видъ послѣдствіе ихъ противоправнаго поведенія—зло, представленіе о которомъ должно служить противовѣсомъ преступной склонности. Но какъ въ томъ, такъ и въ

[1]) Извлечено изъ §§ 14 и 17 книги F. v. Liszt, „Lehrbuch des deutschen Strafrechts“. 18-е изд. Проф. Листъ является однимъ изъ виднѣйшихъ руководителей соціологическаго направленія.

другомъ случаѣ угроза наказаніемъ обращается ко всей совокупности согражданъ (общее предупрежденіе).

Но вся свойственная наказанію сила развертывается въ выполненіи его, въ доказательствѣ на дѣлѣ воли правопорядка принужденіемъ къ наказанію. Наказаніе дѣйствуетъ:

а) на всю совокупность согражданъ, сдерживая, съ одной стороны, преступныя склонности при помощи устрашающей своей силы, а съ другой стороны—усиливая и укрѣпляя правовое чувство гражданъ настойчиво повторяемымъ неодобреніемъ (общее предупрежденіе);

b) въ то же время оно дѣйствуетъ и на потерпѣвшаго, которому оно, сверхъ того, доставляетъ удовлетвореніе тѣмъ, что противоправное нападеніе на него не остается безнаказаннымъ.

с) совершенно особенно оно дѣйствуетъ на преступника (спеціальное предупрежденіе). Смотря по содержанію и объему зла, заключающемуся въ наказаніи, можетъ быть различной и испытываемая преступникомъ тяжесть наказанія.

α) задача наказанія можетъ состоять въ томъ, чтобы снова сдѣлать изъ преступника годнаго члена общества (искусственное приспособленіе, adaption). При этомъ прежде всего можетъ имѣться въ виду укрѣпленіе поколебленныхъ сдерживающихъ представленій или воспитательное воздѣйствіе на характеръ дѣятеля; соотвѣтственно этому можно различать устрашеніе или исправленіе, какъ желательныя дѣйствія наказанія.

β) задача наказанія можетъ также заключаться въ томъ, чтобы отнять у преступника, сдѣлавшагося непригоднымъ для общества, физическую возможность къ совершенію дальнѣйшихъ преступленій навсегда

или на время, изъять его изъ общества (искусственное отсѣченіе, selection). Здѣсь говорятъ объ обезвреживаніи преступника.

Смотря по тому, какое дѣйствіе наказанія ставится цѣлью въ отдѣльномъ случаѣ, выполненіе наказанія получаетъ различный видъ. Особенно слѣдуетъ обратить вниманіе на преднамѣренное воздѣйствіе на личность преступника (спеціальное предупрежденіе), которое опредѣляетъ объемъ и содержаніе наказанія. Уголовная политика въ своихъ требованіяхъ стремится къ тому, чтобы извлечь возможную пользу изъ примѣненія наказанія, какъ средства къ опредѣленной цѣли, и преобразовать его сообразно потребностямъ отдѣльнаго случая. Но въ общемъ планѣ уголовнаго законодательства при построеніи составовъ преступныхъ дѣяній и при опредѣленіи содержанія наказанія не должно упускать изъ виду тѣхъ дѣйствій угрозы наказаніемъ и выполненія наказанія, которыя выходятъ за предѣлы личности преступника (общее предупрежденіе).

Во всѣхъ своихъ проявленіяхъ, несмотря на свои своеобразныя свойства, уголовное право есть право, т.-е. защита интересовъ. Не видомъ защищаемыхъ интересовъ, которые могутъ принадлежать къ самымъ разнообразнымъ областямъ права, но своеобразностью защиты отличается уголовное право по существу. Имущественныя и семейственныя права, жизнь и государственная территорія, положеніе главы государства, политическія права гражданъ, интересы государственнаго управленія и интересы акціонерныхъ компаній, половая честь женщины и твердость гражданскаго оборота—всѣ интересы безъ исключенія могутъ находиться подъ усиленной защитой, которую даетъ наказаніе. Во всѣ области права привступаетъ уголовное право, какъ восполняющее и обезпечивающее („вспо-

могательная", „дополнительная", „санкціонирующая" природа нормъ уголовнаго права).

II. Классическая школа.

Когда вступалъ въ жизнь Имперскій уголовный кодексъ, ученое зданіе классической школы представляло собою законченную систему. Основу ея образовывало ученіе о свободѣ воли; на этой свободѣ базировало этико-юридическое осужденіе преступленія государствомъ. Сущность наказанія школа усматривала въ возмездіи, въ malum passionis, quod infligitur propter malum actionis; наказаніе должно быть эквивалентомъ преступленія, его примѣненіе должно возстановить нарушенное равновѣсіе правопорядка и содѣйствовать искупленію совершеннаго дѣянія. Но понятіе возмездія оставляетъ нѣкоторое пространство между своей низшей и высшей границей, и въ предѣлахъ этого промежутка, конечно, могли найти себѣ мѣсто какъ цѣли общаго предупрежденія, такъ и соображенія спеціальнаго предупрежденія.

Вновь достигнутому единству права наука обязана новымъ подъемомъ догматическаго направленія. Рядомъ со старыми догматическими изложеніями права появились новыя: появившійся въ 1857 г. въ первомъ изданіи „Lehrbuch des preussischen Strafrechts" Berner'a содѣйствовалъ преобразованію имперскаго права; за нимъ послѣдовали въ началѣ 70-хъ годовъ учебники Schütze и Hugo Meyer'a; Franz von. Holzendorff издалъ свой „Handbuch" въ отдѣльныхъ статьяхъ. Въ 80-хъ годахъ послѣдовали: Hälschner со своей „System des Deutschen Strafrechts", v. Bar и Binding, каждый съ первымъ томомъ широко задуманныхъ, но невыполненныхъ дальше, курсовъ. Первое изданіе моего учебника появилось въ 1889 г. Наряду съ комментаріемъ

Oppenhoff'a, который до тѣхъ поръ, въ особенности въ Пруссіи, господствовалъ въ судебной практикѣ, появился съ 1880 г. несравненно болѣе основательно задуманный комментарій Olshausen'a. Высшаго пункта въ развитіи догматическое направленіе достигло, быть-можетъ, съ появленіемъ „Normen" Биндинга, первый томъ котораго изданъ былъ въ 1872 г. Основанный въ 1881 г. „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft" пытался объединить разнообразныя научныя стремленія.

II. Появленіе новѣйшаго направленія.

Но съ укрѣпленіемъ убѣжденія, что имперскій уголовный кодексъ въ своемъ примѣненіи не оправдываетъ возлагаемыхъ на него надеждъ, съ ростомъ сознанія, что преступность въ нѣмецкомъ государствѣ быстро и угрожающе поднимается, все опредѣленнѣе стали выступать съ начала 80-хъ гг. XIX вѣка требованія національнаго преобразованія уголовнаго законодательства. Эти требованія впервые были собраны вмѣстѣ и изложены въ моей, появившейся въ 1882 г., Марбургской программѣ: „Der Zweckgedanke im Strafrecht", а затѣмъ глубже обоснованы и развиты въ моихъ „Kriminalpolitischen Abhandlungen" (съ 1889 г. до 1892 г.). Это уголовно-политическое направленіе прежде всего требовало научнаго изслѣдованія причинъ преступности, чтобы наказаніе, какъ мѣра предназначенная для борьбы съ преступленіемъ, могло бы занять надлежащее мѣсто. Въ противоположность итальянскимъ уголовнымъ антропологамъ, съ ихъ духовнымъ отцомъ Ломброзо во главѣ, это направленіе отрицаетъ понятіе „прирожденнаго преступника", усматриваетъ глубочайшій корень преступности въ общественныхъ отношеніяхъ; оно поэтому само себя обо-

значаетъ преимущественно, какъ „соціологическое направленіе". Исходя изъ признанія среди преступниковъ трехъ большихъ группъ, оно выставило богато расчлененную систему уголовно-политическихъ требованій. Основанный въ 1889 г. Международный Союзъ криминалистовъ сдѣлался представителемъ возникшаго во всѣхъ странахъ реформаторскаго движенія.

Само собой разумѣется, что эта борьба противъ существующаго уголовнаго права не могла оставить нетронутыми также основныхъ вопросовъ науки уголовнаго права. Догма свободы воли отрицается большинствомъ, хотя и не всѣми представителями новаго направленія, а вмѣстѣ съ нею должно было пасть старое понятіе возмездія. Задачею уголовнаго права явилось воздѣйствіе на преступника, приспособленное къ индивидуальнымъ особенностямъ его. Такимъ образомъ на первый планъ выступила идея спеціальнаго предупрежденія, хотя идея общаго предупрежденія не устранялась. И наказанію, какъ возмездію, (Vergeltungsstrafe) противопоставлено было наказаніе, какъ защита общества (Schutzstrafe) или цѣлевое наказаніе (Zwekstrafe).

III. Противопоставленіе обоихъ направленій.

Спустя какихъ-нибудь 20 лѣтъ послѣ введенія въ дѣйствіе имперскаго уголовнаго кодекса, борьба загорѣлась по всей линіи; и въ продолженіе десятилѣтія, въ то время, какъ другія страны шли впередъ, по крайней мѣрѣ, съ частичными реформами, казалось, будто именно въ нѣмецкомъ государствѣ дѣло преобразованія уголовнаго кодекса должно было отодвинуться на далекія времена.

Но все-таки постепенно выяснилось нѣкоторое смягченіе противорѣчій.

1. Правда, между индетерминизмомъ и детерминизмомъ исключалось всякое соглашеніе. Но все-таки взаимныя разъясненія имѣли послѣдствіемъ то, что многіе изъ защитниковъ свободы воли признавали себя только „умѣренными“ или „относительными“ индетерминистами, и такимъ образомъ во всѣхъ практическихъ вопросахъ приблизились къ детерминистамъ. Вмѣстѣ съ тѣмъ распространилось сознаніе, что самый вопросъ можетъ быть исключенъ изъ науки уголовнаго права и что для уголовнаго кодекса онъ не имѣетъ значенія. Ибо научный детерминизмъ по отношенію къ уголовному праву означаетъ не больше, чѣмъ безспорное примѣненіе къ человѣческимъ дѣйствіямъ закона о достаточной причинѣ, поскольку человѣческія дѣйствіи принадлежатъ къ міру явленій. Онъ учитъ, что также и преступленіе можетъ быть понятно только тогда, когда оно будетъ сведено къ своей достаточной причинѣ. Но наказаніе для своего обоснованія вовсе не нуждается въ безпричинномъ самоопредѣленіи, въ свободѣ воли, оттѣсняющей законъ причинности; скорѣе является достаточнымъ положеніе, никѣмъ не оспариваемое, что всякое человѣческое дѣйствіе психически (не механически) причиняется, слѣдовательно, опредѣляется представленіями, детерминируется, мотивируется [1]). Построилъ же А. Мег-

[1]) Поэтому споръ о потустороннемъ индетерминизмѣ, „постулирующемъ“ свободу воли для области вѣры, лежащей по ту сторону человѣческаго сознанія, не имѣетъ также никакого значенія для уголовнаго права, какъ, напримѣръ, вѣра въ безсмертіе души или въ личнаго Бога. Это положеніе не стоитъ въ противорѣчіи съ утвержденіемъ, что уголовное право можетъ быть построено только на основѣ посюсторонняго детерминизма. Посюсторонній индетерминизмъ, конечно, мысля послѣдовательно, снялъ бы уголовное право съ крюка; ибо наказаніе только для того имѣетъ смыслъ, кто признаетъ за человѣческой волей способность опредѣляться мотивами. Но защитники „свободы воли“ среди крими-

kel (ум., въ 1896 г.), по свидѣтельству Liepmann'a въ свое понятіе возмездія на почвѣ детерминизма!

2. Понятіе возмездія также удерживается немногими его представителями въ своемъ прежнемъ значеніи. Еще у Канта выступалъ принципъ таліона (око за око, зубъ за зубъ, кровь за кровь), въ своемъ старомъ, величавомъ, но кровавомъ видѣ. Но уже у A. Merkel'я, а затѣмъ также у его послѣдователей, примыкающихъ къ Гегелю, возмездіе является противодѣйствіемъ злодѣянію или благодѣянію; это противодѣйствіе, падая на голову виновника дѣянія, имѣетъ цѣлью выравниваніе порожденнаго дѣяніями несоотвѣтствія между активно и пассивно участвующими въ нихъ лицами. Посредствомъ содержащагося въ выполненіи наказанія настойчиваго повторенія соціально-этическаго осужденія дѣянія, то, что уже было съ особеннымъ пафосомъ высказано въ угрозѣ наказаніемъ, должно быть противопоставлено психическому дѣйствію преступленія, ослабленію преступленіемъ правопорядка и правосознанія, должно доказать на дѣлѣ могущество правопорядка и укрѣпить правосознаніе народа.

Тѣмъ самымъ понятіе возмездія сводится къ понятію общаго предупрежденія; вмѣсто quia peccatum est выступаетъ ne peccetur. И споръ вращается теперь въ сущности вокругъ того, должна ли быть на первомъ мѣстѣ въ качествѣ руководящей цѣли для вида и размѣра какъ угрожающаго, такъ и дѣйствительнаго наказанія,—цѣль общаго спеціальнаго или предупрежденія.

Конечно, очевидно, что общее и спеціальное предупрежденіе, односторонне проведенныя, должны при-

---

налистовъ отказываются отъ послѣдовательнаго проведенія своего основного воззрѣнія и не отрицаютъ способности опредѣляться мотивами за человѣческой волей. Благодаря этому открывается возможность практическаго соглашенія.

вести къ совершенно различнымъ результатамъ. Одно—разсматриваетъ преступленіе, какъ симптомъ антисоціальнаго образа мыслей, другое же — какъ значительную саму по себѣ дѣятельность преступника; одно возлагаетъ центръ тяжести на преступника, другое—на преступленіе; одно—на дѣйствующее лицо, другое—на дѣяніе; одно—на образъ мыслей или характеръ (Gesinnung), другое—на результатъ дѣянія. Общее предупрежденіе будетъ стараться возможно рѣзче разграничить одинъ отъ другого составы преступныхъ дѣяній, съ которыми оно связываетъ осужденіе при угрозѣ и выполненіи наказанія, и, слѣдовательно, будетъ разсматривать образованіе особенной части уголовнаго права, какъ свою главную задачу; спеціальное предупрежденіе, напротивъ, прежде всего должно раздѣлить преступниковъ на группы и тѣмъ самымъ выработать систему наказанія. Первое—будетъ искать соразмѣрности, пропорціональности между наказаніемъ и преступленіемъ по объективной тяжести поврежденія, нанесеннаго дѣяніемъ правовому міру; второе—по интенсивности антисоціальнаго образа мыслей преступника.

Но въ то же время очевидно, что это противорѣчіе можетъ быть сглажено до нѣкоторой степени законодательствомъ. Это возможно, поскольку законодатель рѣшится принять за исходный пунктъ одну изъ двухъ основныхъ идей, только не доводя ее до ея конечныхъ выводовъ, а считаясь наряду съ нею также и съ требованіями, вытекающими изъ другой основной идеи.

3. Одно важное обстоятельство способствовало смягченію противоположныхъ воззрѣній. Представители новѣйшаго направленія требуютъ, чтобы наряду съ идеей устрашенія, на которой покоится дѣйствующее право, были приняты въ самое понятіе наказанія

идеи исправленія преступника и защиты общества отъ преступника, такъ, чтобы тройное дѣленіе системы наказанія соотвѣтствовало тройному дѣленію преступниковъ. Представители идеи возмездія отрицаютъ это требованіе, ибо оно противорѣчитъ твердо установившемуся у нихъ понятію наказанія. Но такъ какъ они уже давно при опредѣленіи размѣра наказанія въ предѣлахъ, допущенныхъ въ законѣ, удѣляли мѣсто какъ идеѣ исправленія, такъ и идеѣ обезпеченія, то теперь они соглашаются восполнить систему наказанія системой особенныхъ „мѣръ“: съ одной стороны—исправленія или опеки, съ другой стороны—мѣръ защиты общества отъ преступниковъ. Но тѣмъ самымъ въ сущности признаются оба главныя требованія новѣйшаго направленія.

IV. Результаты, достигнутые въ законодательствѣ.

Побѣда новыхъ идей ясно видна изъ развитія, которое за послѣдніе годы представляютъ законодательства въ различныхъ культурныхъ странахъ Европы. Прежде всего Норвежскій уголовный кодексъ 1902 года осуществилъ значительную часть требованій новѣйшаго направленія. Прочія страны идутъ впередъ на первыхъ порахъ отдѣльными законами. Этимъ путемъ вводится почти повсюду условное осужденіе. Но и уголовная отвѣтственность малолѣтнихъ сдѣлалась предметомъ безпрерывной законодательной дѣятельности и притомъ въ направленіи полнаго вытѣсненія идеи возмездія. Точно также обращаютъ особенное вниманіе на защиту общества отъ общеопасныхъ преступниковъ, безразлично, будутъ ли они душевно-больными или душевно-здоровыми. Но самымъ очевиднымъ образомъ, быть-можетъ, выступаетъ передъ нами это

движеніе въ новѣйшемъ англійскомъ законодательствѣ: Probation of offenders act 1907 (условное осужденіе), Childrens act 1908 (отвѣтственность малолѣтнихъ) и Prevention of crime act 1908 (заключеніе привычныхъ преступниковъ).

Подобнымъ же духомъ проникнуты обширные проекты новыхъ уголовныхъ кодексовъ, надъ которыми теперь идетъ работа въ Швейцаріи, Австріи и Германской Имперіи. Эти три проекта обнаруживаютъ одинаковыя основныя черты и отъ дѣйствующаго права они рѣзко отличаются однимъ и тѣмъ же отличительнымъ признакомъ. Наряду съ системой наказаній они выставили двойную систему „мѣръ", цѣлью которыхъ является или опека надъ преступниками или защита общества отъ преступниковъ. Наряду съ преступникомъ, который наказывается, какъ это было и прежде (хотя съ большимъ принятіемъ во вниманіе его антисоціальнаго образа мыслей) выступаетъ преступникъ, который долженъ быть исправленъ, и преступникъ, который долженъ быть изъятъ изъ общества, обезвреженъ. Тѣмъ самымъ признается выставленное новѣйшимъ направленіемъ требованіе тройного дѣленія преступниковъ, такъ же какъ тройного дѣленія тѣхъ мѣръ, которыя слѣдуетъ принимать по отношенію къ преступникамъ. Но вмѣстѣ съ тѣмъ достигнуто, въ сущности, исполненіе двухъ программныхъ требованій, которыя я выставилъ въ 1892 г.: обезвреживаніе неисправимаго и исправленіе способнаго къ исправленію (Aufsätze, I, 173); не только наказаніе, но и особенныя „мѣры" призваны служить достиженію этой двойной цѣли.

Перев. Ф. Каменскій.

Карлъ Биндингъ.

Противорѣчія въ теоріяхъ наказанія *).

Объ основаніи права наказанія, о понятіи и цѣли наказанія отъ Платона и Аристотеля вплоть до новѣйшаго времени выставлялось безчисленное множество теорій. Какъ бы различны онѣ ни были, нѣтъ между ними ни одной, которая ни придавала бы наказанію какой-нибудь цѣли. Мнимое открытіе „цѣлевого наказанія" Листомъ въ сущности столь же старо, какъ само наказаніе и теоріи о немъ. Въ очень многихъ изъ нихъ, даже въ взаимно противорѣчивыхъ, скрыто зерно вѣчной истины. Ихъ недостатки коренятся часто въ неумѣніи людей выражать исчерпывающимъ образомъ великія истины. Продолжительныя стремленія человѣчества къ отысканію ихъ и удачному выраженію представляютъ величественное зрѣлище. Но поразительно, какъ мало старались всѣ теоріи объяснять явленія дѣйствительной правовой жизни и найти въ нихъ опору себѣ.

*) Извлечено въ переводѣ изъ § 92 „Grundriss des deutschen Strafrechts", 7-е изд., 1907 г. Проф. Биндингъ представляетъ собою наиболѣе яркаго и глубокаго представителя воззрѣній классической школы уголовнаго права.

Въ этомъ заключается вторая слабая ихъ сторона. Почти всѣ теоріи являются теоріями не дѣйствительнаго наказанія, но того воображаемаго, которое творецъ теоріи представляетъ себѣ въ идеальномъ правопорядкѣ, созданномъ имъ самимъ. Въ своемъ отношеніи къ положительному праву онѣ различаются между собой: однѣ пренебрежительно игнорируютъ его, другія страстно нападаютъ на него, предвосхищая мнимое уголовное право будущаго. Съ половины XVIII столѣтія, и въ наше время, когда столь же поверхностный какъ и ложный матеріализмъ нашелъ себѣ широкое признаніе, относительныя теоріи—это необходимое порожденіе матеріалистическаго міросозерцанія– подняли снова споръ о правѣ наказанія. Такъ какъ именно эти теоріи такъ охотно и страстно доказывали свою реалистическую природу, то умѣстно замѣтить, что именно онѣ даютъ объясненіе наказанію, противорѣчащее научному пониманію исторіи дѣйствующаго права и его институтовъ, и представляютъ, въ сущности, возвратъ къ философіи естественнаго права.

Еще въ большей мѣрѣ это замѣчаніе вѣрно относительно тѣхъ новѣйшихъ развѣтвленій относительныхъ теорій, которыя совершенно отрицаютъ понятіе наказанія и хотятъ его замѣнить особыми мѣрами, этимъ мѣрамъ на ряду съ преступниками должны подлежать дураки и душевно-больные, поскольку они представляютъ собой „соціально-вредные элементы“. Для этого понятія „особыхъ мѣръ“ („Behandlung“) per nefas удерживается названіе „наказанія“.

Всѣ выставленныя теоріи, поскольку онѣ придерживаются понятія наказанія, могутъ быть сведены къ немногимъ основнымъ положеніямъ.

I. Деликтъ есть не только предположеніе, но и основаніе наказанія; наказаніе же представляетъ собой

правовое послѣдствіе неправды и только таковое. Оно примѣняется quia peccatum est. Всѣ теоріи, покоящіяся на этой основной мысли, называются абсолютными теоріями. Имъ приходится прежде всего заняться объясненіемъ происхожденія наказанія и послѣдовательной связи между виной и наказаніемъ. Ближайшую цѣль наказанія всѣ такія теоріи находятъ въ томъ, что наказаніе постигаетъ виновнаго. Въ пониманіи воздѣйствія, которое должно оказывать на виновнаго выполненіе наказанія,—онѣ расходятся. Совершенно несущественнымъ для нихъ является неправильно приписываемый имъ взглядъ, что наказаніе есть необходимое, слѣдовательно неизбѣжное, послѣдствіе деликта.

Всѣ абсолютныя теоріи раздѣляются на два лагеря, въ зависимости отъ пониманія цѣли наказанія:

А. Наказаніе должно исправить случившуюся неправду, излѣчить и возстановить правду. Преступленіе является въ такомъ случаѣ исправимымъ, какъ видъ подлежащаго возстановленію вреда; наказаніе однородно съ возмѣщеніемъ вреда (Welcker-Hepp); оно является освобожденіемъ отъ зла, а само не есть зло. Эти теоріи можно назвать теоріями исцѣленія.

В. Наказаніе должно быть возмездіемъ за случившуюся неправду, или,—выражая туже мысль болѣе точнымъ юридическимъ языкомъ—должно добиться удовлетворенія за неправду, т.-е. доказать преступнику величіе права. Преступленіе является неизгладимымъ нарушеніемъ права; наказаніе существенно отлично отъ возмѣщенія вреда, если только неподводить вмѣстѣ съ Merkel'емъ и Heinze возмѣщеніе вреда подъ понятіе наказанія (противоположно взгляду Welcker'а). Наказаніе есть не только не освобожденіе отъ зла, но само зло. Основную мысль этихъ теорій возмездія часто комбинируютъ съ идеей лѣченія или воз-

становленія, такимъ образомъ, что возмездіе должно содержать въ то же время своего рода лѣченіе. Но теоріи возмездія отличаются между собой опять-таки въ своемъ пониманіи объекта посягательства преступленія, а слѣдовательно, также и субъекта, въ пользу котораго должно быть дано удовлетвореніе.

1. Преступленіе есть нарушеніе общественныхъ заповѣдей: божество пользуется своимъ правомъ возмездія черезъ своихъ представителей: это—теоріи божественнаго возмездія.

2. Преступленіе есть нарушеніе нравственнаго порядка; наказаніе—возмездіе ради нравственности: теоріи нравственнаго возмездія.

3. Преступленіе есть неправда; наказаніе—возмездіе во имя права: теоріи правового возмездія.

Относительно всѣхъ абсолютныхъ теорій можно замѣтить слѣдующее:

А. Къ послѣдовательнымъ выводамъ относительно субъекта, которому принадлежитъ право наказанія, приходитъ только теорія правового возмездія. Согласно этой теоріи, управомоченнымъ на наказаніе является государство. Всѣ другія теоріи могутъ приписывать власть наказанія церкви, нравственнымъ цензорамъ, школѣ или какимъ-либо другимъ союзамъ въ такой же мѣрѣ, какъ и государству.

В. Абсолютныя теоріи отличаются другъ отъ друга. Однѣ изъ нихъ разсматриваютъ наказаніе, какъ необходимое послѣдствіе неправды. Въ такомъ случаѣ деликтъ принуждаетъ носителя государственной власти къ наказыванію. Иные, какъ, напр., Гегель, утверждаютъ, что наказаніе является логическимъ, непосредственнымъ послѣдствіемъ деликта, и при этомъ совершенно упускаютъ изъ вида то, что наказаніе наступаетъ только вслѣдъ за двойнымъ актомъ управомоченнаго на наказаніе государства: ему должны пред-

шествовать актъ уголовнаго законодательства и актъ уголовнаго преслѣдованія, заканчиваемый судебнымъ приговоромъ,—т.-е. акты, къ которымъ государство не можетъ быть принуждено, но которые оно предпринимаетъ согласно своей свободной волѣ.

Всѣ теоріи наказанія, какъ необходимаго послѣдствія деликта, могутъ лишь въ томъ случаѣ привести въ согласіе со своей основной мыслью тотъ фактъ, что не всякая неправда наказуется, если онѣ признаютъ два существенно-различныхъ вида неправды, изъ которыхъ только одинъ является достаточнымъ для состава преступнаго дѣянія. Эти теоріи необходимости (Notwendigkeitstheorien) образуютъ почву для многочисленныхъ, но не всегда удачныхъ попытокъ раздѣлить всю неправду на два существенно различныхъ вида: уголовную неправду и гражданскую неправду. Изъ этой послѣдней тогда исключаютъ ненаказуемые деликты. Такимъ образомъ, абсолютныя теоріи получили поводъ заниматься опредѣленіемъ объема области наказуемаго и отношеніемъ наказанія къ возмѣщенію вреда.

Но и тѣ теоріи, которыя не считаютъ наказаніе необходимымъ послѣдствіемъ деликта, должны бороться съ тѣмъ затрудненіемъ, что государство не только управомочено, но и обязано наказывать преступленіе.

С. Нѣкоторыя теоріи, сознавая неправильность такой попытки, отрицаютъ существованіе различныхъ видовъ неправды и ошибочно приходятъ къ утвержденію совершенной тождественности всѣхъ видовъ неправды (Merkel и Heinze). Въ такомъ случаѣ неправда и деликтъ должны совпадать. Но приверженцы этой теоріи тотчасъ же оказываются въ затрудненіи, оттого что неправда, несмотря на свою тождественность, должна имѣть два различныхъ юридическихъ послѣдствія:—наказаніе и возмѣщеніе вреда. И вмѣсто того, чтобы послѣдовательно утверждать, что обязан-

ность возмѣщенія вреда не есть послѣдствіе деликта, онѣ говорятъ: такъ какъ одинаковыя причины должны имѣть одинаковыя слѣдствія, то возмѣщеніе вреда должно быть видомъ наказанія.

Итакъ существуетъ, по крайней мѣрѣ, три необъяснимыхъ для абсолютныхъ теорій положенія: существованіе ненаказуемыхъ деликтовъ, существованіе обязанности наказанія, отличіе наказанія отъ возмѣщенія вреда. Поэтому ни одна изъ абсолютныхъ теорій недостаточна сама по себѣ.

II. Второе основное пониманіе заключается въ томъ, что деликтъ есть только предположеніе, но не основаніе наказанія, что онъ скорѣе всего только симптомъ существованія внѣ его лежащаго основанія наказанія. Наказаніе, сообразно этому, есть не слѣдствіе неправды, но средство для устраненія основанія наказанія: оно примѣняется не quia peccatum est, но postquam peccatum est, ne peccetur. Такія теоріи, всѣ основныя мысли которыхъ уже могутъ быть найдены у греческихъ философовъ, называются относительными теоріями. Особенное развитіе онѣ получили, благодаря ученію естественнаго права о возникновеніи и цѣли государства. Если государство является установленіемъ, возникшимъ, благодаря договору членовъ общества, на пользу и радость общества, какъ суммы индивидовъ, то имѣется только одно оправданіе для всѣхъ нормъ государства, слѣдовательно и для всѣхъ его уголовныхъ нормъ: польза ихъ для общества и для отдѣльныхъ личностей. Наказаніе становится мѣрой безопасности и благодаря этому средствомъ благополучнаго развитія общества. Такъ называемое „наказаніе, какъ обезпеченіе общества“ (Sicherungsstrafe), пропагандируемое въ новѣйшее время,—вовсе не наказаніе, ибо оно потеряло всякую связь съ виной!

Признавая въ одинаковой мѣрѣ цѣль наказанія, относительныя теоріи различаются въ выборѣ средствъ къ этой цѣли. Цѣль должна достигаться то посредствомъ удержанія страхомъ отъ преступленія, то посредствомъ предупрежденія, то посредствомъ исправленія. Каждая изъ этихъ теорій поддерживалась потому, что представляла хорошій опорный пунктъ для выбора и для масштаба наказаній. Въ XVIII столѣтіи считали полезнымъ искать помощи противъ печальнаго состоянія уголовнаго права у философіи, въ особенности для теоріи наказанія. Относительныя теоріи могли гораздо лучше отвѣчать этому требованію, чѣмъ всѣ абсолютныя теоріи, за исключеніемъ теоріи таліона, и этимъ объясняется предпочтеніе конца XVIII и начала XIX вѣка оказанное относительнымъ теоріямъ.

Практическіе выводы относительныхъ теорій про-, тиворѣчатъ другъ другу. Такъ, теорія устрашенія требовала иныхъ видовъ и размѣра наказанія, чѣмъ теорія исправленія, а эта послѣдняя опять-таки иныхъ, чѣмъ теорія предупрежденія,—и каждая теорія имѣла столько же права на господство, какъ другія. Отъ этого противорѣчія не удалось освободиться даже тѣмъ авторамъ, которые соединяли вмѣстѣ нѣсколько цѣлей наказанія, такъ, напримѣръ, датчанинъ Oersted пытался соединить теорію устрашенія съ теоріей предупрежденія.

Юмористическій оттѣнокъ пріобрѣли эти попытки нагроможденія теорій въ недавнее время, когда не только стали составлять каталоги преступниковъ, но и представлять себѣ дѣло въ такомъ видѣ, какъ будто преступники странствуютъ по міру, заклейменные особымъ для каждой группы штемпелемъ, видимымъ для всякаго; а цѣли наказанія стали рѣзко дифференцировать сообразно образованнымъ группамъ преступниковъ. По отношенію къ „случайному пре-

ступнику"—(позже онъ весьма странно сталъ называться „преступникомъ момента", хотъ этотъ „моментъ" можетъ продолжаться порядочно долго!)—полагается устрашеніе, по отношенію къ „начинающему хроническому преступнику" — исправленіе, по отношенію къ „привычному преступнику"—обезвреживаніе. Таковы цѣли наказанія новѣйшаго реализма. Общая цѣль наказанія совершенно затерялась за ея видовыми цѣлями. Тѣмъ самымъ понятіе наказанія падаетъ, и три совершенно различныхъ мѣры обозначаются тѣмъ же самымъ словомъ.

Вмѣстѣ съ паденіемъ естественно-правового понятія государства въ новѣйшее время абсолютныя теоріи вновь одержали рѣшительную побѣду надъ относительными. На положеніяхъ абсолютныхъ теорій построены также всѣ нѣмецкіе уголовные кодексы этого столѣтія послѣ того, какъ теорія психологическаго принужденія потерпѣла, какъ и слѣдовало предвидѣть, полное крушеніе при примѣненіи баварскаго уголовнаго кодекса: это была единственная практическая попытка примѣнить наказаніе въ цѣляхъ охраны общества. Но она, къ назиданію всѣхъ, совершенно не удалась!

Но поскольку наука и законодательство отвернулись отъ относительныхъ теорій, они поступили совершенно справедливо. Ибо при всемъ высокомъ уваженіи къ остроумію и благородному образу мыслей нѣкоторыхъ приверженцевъ различныхъ относительныхъ теорій, нельзя скрыть ихъ научную несостоятельность. Деликтъ, согласно имъ, есть не основаніе, но только необходимое предположеніе наказанія. Но почему же? Почему наказываютъ только тогда, когда преступленіе совершено? Почему деликтъ является единственнымъ симптомомъ, по которому можетъ быть узнана опасность лица для общества? Какимъ путемъ относительныя теоріи доходятъ до мысли, что слѣдуетъ

наказывать того, чье дѣяніе не является основаніемъ для наказанія, но только снимаетъ покровъ съ настоящаго основанія наказанія—необезпеченности общества? Не слѣдуетъ ли обществу вотировать преступнику благодарность за это? Не допустить ли, исходя изъ этой точки зрѣнія, что на преступленіе должно отвѣчать лишь улучшеніемъ школьныхъ и полицейскихъ учрежденій? И какъ могутъ относительныя теоріи оправдывать низведеніе преступника, являющагося все-таки человѣкомъ, до положенія объекта для эксперимента, чтобы посредствомъ наказанія его закрыть источникъ будущаго несчастья для другихъ, ему равноцѣнныхъ людей?— Къ тому же, вѣдь этотъ экспериментъ въ столькихъ случаяхъ оставался безплоднымъ, и наказаніе, единственнымъ правовымъ основаніемъ котораго должна была бы быть цѣлесообразность, не достигало своей цѣли. Наконецъ, относительныя теоріи должны послѣдовательно придти къ положенію, что не государство, но круги общества, которымъ угрожаетъ опасность должны владѣть правомъ наказанія, между тѣмъ, какъ дѣйствительность учитъ противному. Но теорія о правѣ наказанія, которая не умѣетъ сказать, почему она вообще наказываетъ, почему она наказываетъ только послѣ того, какъ преступленіе совершено, почему она наказываетъ преступника, хотя дѣяніе его не представляетъ правового основанія для наказанія, почему она, наконецъ, признаетъ, что государство наказываетъ преступника,—такая теорія не можетъ больше притязать на мѣсто въ нашей наукѣ [1]).

---

[1]) Ни одного изъ этихъ положеній объ относительныхъ теоріяхъ мнѣ не пришлось измѣнить, несмотря на полемику Листа („Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenchaft", III, S. 1. ff). Что наказаніе имѣетъ „цѣль"—этого, дѣйствительно, еще никто не отрицалъ, и я менѣе всего. Да, для меня какъ-разъ не является

III. Третье основное пониманіе, наконецъ, представляетъ собой какъ бы постройку изъ элементовъ перваго, а въ своемъ второмъ видѣ какъ бы соединеніе перваго и второго пониманія. Оно заключается въ томъ, что деликтъ является основаніемъ, а возмездіе первой цѣлью наказанія; обезпеченіе авторитета

чуждой та цѣль, которую придаетъ наказанію Листъ, цѣль защиты правовыхъ благъ, (или лучше сказать—защиты нормъ). Неизлѣчимая слабость всѣхъ чисто относительныхъ теорій лежитъ, въ дѣйствительности, не въ томъ, что онѣ придаютъ наказанію цѣль, но въ томъ, что онѣ находятъ основаніе для наказанія въ деликтѣ, и тѣмъ самымъ дѣлаютъ невозможнымъ пониманіе истинной цѣли наказанія. Утвержденіе о томъ, что относительныя теоріи господствуютъ во всѣхъ новѣйшихъ изслѣдованіяхъ проблемы о наказаніи, („Lamasch. Zeitschr. f. d. gesam. Strafrechtswissenchaft", IX, S. 424) представляетъ собою трудно постижимое заблужденіе. Но правильно, что по мѣрѣ распространенія матеріализма также и относительныя теоріи пріобрѣтаютъ снова больше приверженцевъ. Предсказывать ихъ конечную побѣду въ ближайшее время—это значитъ обнаруживать малое знакомство съ исторіей всемірныхъ противорѣчій. Ни абсолютныя, ни относительныя теоріи не исчезнутъ, хотя, по моему, послѣднія съ научной точки зрѣнія совершенно несостоятельны. Онѣ соотвѣтствуютъ нѣкоторымъ человѣческимъ аффектамъ, которые никогда совершенно не вымрутъ и не сдѣлаютъ возможнымъ для тѣхъ, кто имѣетъ ихъ, безпристрастное научное обсужденіе проблемы. Что все нападеніе новѣйшаго цѣлевого пониманія наказанія на идею возмездія покоится на крупномъ недоразумѣніи—на это мастерски указалъ Merkel („Vergeltungsidee u. Zweckgedanke"). Еще подробнѣе это было сдѣлано R. Schmidt'омъ („Aufgaben der Rechtspflege") Насколько достойно вниманія его изслѣдованіе о цѣли наказанія, настолько мало правъ Schmidt, когда онъ говоритъ (S. 42), что изслѣдованіе объ основаніи наказанія для теперешней теоріи не имѣетъ цѣнности. Но удачно его замѣчаніе (S. 134): „система наказаній какъ обезпеченія общества (Sicherungsstrafsystem) доставляетъ намъ только количественное усиленіе другихъ мѣръ, которыя и безъ того къ нашимъ услугамъ для борьбы съ преступленіемъ; напротивъ, система возмездія доставляетъ намъ однимъ самостоятельнымъ способомъ больше, посредствомъ котораго

законовъ, нарушенныхъ деликтомъ, или будущее благо общества является второй цѣлью наказанія. Эти такъ называемыя синкретическія или соединительныя теоріи, низводя цѣль наказанія до цѣли чужого благополучія, страдаютъ противорѣчіемъ, напротивъ, онѣ совершенно правы, если доказываютъ, что изъ деликта слѣдуетъ только одно право наказанія, но не обязанность наказанія; ибо наказаніе есть зло также и для государства; государство не должно взять на себя это зло безъ настоятельнаго повода. Этотъ настоятельный поводъ не можетъ заключаться въ деликтѣ, относящемся къ прошедшему времени. Иначе уже перенесенное зло принуждало бы государство принять на себя второе зло, между тѣмъ, какъ государство можетъ это дѣлать только тогда, когда ему угрожаетъ два зла, выбравъ изъ которыхъ меньшее, оно можетъ предотвратить бо̀льшее. Итакъ, наказаніе находитъ свое оправданіе, несмотря на то, что оно причиняетъ преступнику страданіе, въ томъ, что оно предназначено предотвращать большее зло, которое произошло бы отъ безнаказанности. Въ этомъ заключается оправданіе наказанія по отношенію къ государству; по отношенію же къ преступнику наказаніе оправдывается исключительно его дѣяніемъ.

Перев. Ф. Каменскій.

мы противодѣйствуемъ образованію противоправнаго образа мыслей". Относительно сомнительнаго отождествленія Schmidt'омъ наказанія, какъ возмездія, съ наказаніемъ въ смыслѣ общаго предупрежденія, достойны вниманія замѣчанія Lippmann'a (Einleitung, S. 201 ff). Впрочемъ, идея возмездія,—быть-можетъ, самая глубокая идея всемірной исторіи—теперь такъ плоско понимается, и именно потому побѣждается—даже людьми науки!—что съ удивленіемъ спрашиваешь себя: какъ такая плоская идея (Flachheit) осмѣлилась вступить въ бой?

А. Н. Трайнинъ.

Споръ классической и соціологической школъ о цѣляхъ наказанія.

I.

Германія готовится къ изданію новаго уголовнаго уложенія. Уже появились предварительный проектъ Vorentwurf) уложенія и контръ-проектъ (Gegenentwurf), разработанный профессорами Листомъ, Калемъ, Лиліенталемъ и др. Вокругъ этой реформы завязалась въ уголовномъ правѣ страстная борьба школъ и направленій. „Никогда, быть-можетъ—говоритъ о начавшемся движеніи профессоръ парижскаго университета Гарсонъ—ни въ одну эпоху и ни въ одной странѣ уголовное право не возбуждало разногласій болѣе жгучихъ и споровъ болѣе страстныхъ“ [1]). Естественно возникаютъ вопросы: почему старая и уже затихавшая борьба школъ классической и соціологической снова приняла острую форму, гдѣ центръ этой борьбы, и дѣйствительно ли непримиримы позиціи обѣихъ школъ?

---

[1]) Стр. XII предисловія его къ работѣ E. Rappaport „La lutte autour de la reforme du droit penal en Allemagne“, 1910 г.

Два понятія являются основными въ уголовномъ правѣ: преступленіе и наказаніе. Трудно опредѣлить, какое изъ нихъ имѣетъ преобладающее значеніе; казалось бы, во всякомъ случаѣ, что оба они одинаково вправѣ разсчитывать на вниманіе теоретиковъ. Въ дѣйствительности наблюдается обратное: какъ много десятковъ лѣтъ тому назадъ, такъ и теперь теоретическая мысль сосредоточена на одномъ изъ названныхъ понятій—наказаніи. Измѣнилась лишь форма, въ которой раньше и теперь разрабатывается проблема наказанія.

Наказаніе по своей юридической природѣ есть принужденіе, субъектомъ котораго является государство и объектомъ—преступникъ. Передъ творцами науки уголовнаго права, работавшими въ пору чрезвычайнаго расцвѣта философской мысли и метафизическихъ построеній, эта природа наказанія выдвигала на первый планъ вопросъ о томъ, имѣетъ ли государство право на принужденіе въ формѣ наказанія, есть ли у государства „право наказанія“ и на чемъ оно основано. Это внесеніе философскихъ проблемъ въ уголовное право шло рядомъ съ проникновеніемъ уголовно-правовыхъ контроверзъ въ философію, и если Фейербахъ общую часть уголовнаго права называлъ „философской“, то, съ другой стороны, Кантъ и Гегель выступили съ самостоятельными теоріями наказанія.

Логически путь, избранный основателями уголовнаго права, былъ правиленъ: если считать нужнымъ установленіе права государства на наказаніе, то, естественно, разработкѣ научной системы должно предшествовать доказательство этого права, такъ какъ безъ него нѣтъ и уголовнаго правосудія. Но дѣйствительность складывалась иначе: пока ученые спорили о божественныхъ и правовыхъ основаніяхъ на-

казанія, послѣднее существовало и примѣнялось. Этотъ фактъ лишалъ практическаго значенія споры о наказаніи, и по мѣрѣ того, какъ проблема права на наказаніе, какъ на одну изъ формъ государственнаго принужденія, переходила въ общую теорію права, въ предѣлахъ уголовнаго права нарастало другое теченіе, также касавшееся вопроса о наказаніи, но уже въ иной плоскости.

Въ ученіяхъ Фихте, Беккаріа и др. теоретическая мысль пыталась идти впереди фактовъ: она ставила вопросъ о правѣ наказанія, прежде чѣмъ наказывать. Теперь положеніе мѣняется: теорія становится позади фактовъ: наказаніе существуетъ,—какъ его разумно оправдать, какъ доказать, и въ чемъ видѣть его государственную необходимость? Одни видѣли смыслъ наказанія въ его устрашающемъ воздѣйствіи на третьихъ лицъ, другіе въ его исправительномъ вліяніи на самого преступника, третьи пытались соединить обѣ точки зрѣнія. Появились теоріи абсолютныя, относительныя, смѣшанныя, теоріи общаго и спеціальнаго предупрежденія и другія. Началась практическая оцѣнка наказанія.

Отсутствіе научной системы и преимущественное вниманіе къ наказанію имѣли то послѣдствіе, что отдѣльныя теоретическія теченія различались исключительно по тому, въ чемъ они видѣли отличительныя черты наказанія и его общественную цѣнность. Такъ теорія, дифференцировавшая наказаніе, сама наказаніемъ дифференцировалась.

Когда послѣ подготовительныхъ работъ, ушедшихъ на анализъ наказанія, всталъ на очередь вопросъ о созданіи системы уголовнаго права, теоретическія разногласія естественно сконцентрировались въ иномъ пунктѣ—тамъ, гдѣ кроется существо каждой науки—въ вопросѣ о методѣ. Методъ сталъ тѣмъ вопросомъ,

который, явившись на смѣну проблемѣ наказанія, въ свою очередь, сдѣлался основаніемъ для различенія отдѣльныхъ криминалистическихъ ученій. Споръ о методѣ, естественно, начали тѣ, кто создалъ систему новой науки. Криминалисты-классики, которымъ наука уголовнаго права обязана своей системой, были поэтому и тѣми, которые положили основаніе борьбѣ вокругъ метода. Ихъ постоянными противниками были криминалисты-антропологи и соціологи.

Въ теченіе ряда лѣтъ одинаково талантливые и убѣжденные противники тщетно пытались убѣдить другъ друга въ преимуществѣ своего метода. И что же? Въ послѣднее время, когда около проекта германскаго уголовнаго уложенія вновь ожила и обострилась тридцатилѣтняя война классиковъ и соціологовъ, мы присутствуемъ при поучительномъ зрѣлищѣ: спорятъ тѣ же стороны, спорятъ съ той же страстностью, но предметъ спора незамѣтно измѣнился: вопросы методологіи, объема и границъ уголовнаго права все болѣе отодвигаются на задній планъ, о нихъ почти не говорятъ; зато все рѣшительнѣе выдвигается впередъ давно знакомый вопросъ о природѣ наказанія. Черезъ методологическую борьбу на время оставленный и забытый, онъ снова овладѣлъ вниманіемъ теоріи. Какъ совершилась эта эволюція, есть ли это дѣйствительный возвратъ къ старому, или наука и здѣсь увѣренно шествуетъ впередъ, вливая новый смыслъ и новое содержаніе въ старыя формулы?

II.

Классическую школу въ ея основной конструкціи отличало своеобразное и ярко выраженное пониманіе объема и метода уголовнаго права. Классикамъ наука уголовнаго права рисовалась, какъ система отвлечен-

ныхъ уголовно-юридическихъ понятій, чуждая преступленія и наказанія, какъ жизненныхъ явленій. Это была теорія послѣдовательнаго формализма въ правѣ, признававшая не юридическимъ и поэтому выходящимъ за предѣлы науки всякое соціально-бытовое разслѣдованіе преступности.

Въ настоящее время эта конструкція можетъ считаться оставленной классической школой. Еще въ 1904 г., формулируя противоположность классической и соціологической школы, В. Д. Набоковъ справедливо писалъ: „Я думаю, можно наиболѣе наглядно выразить предметное различіе науки уголовнаго права отъ уголовной соціологіи, сказавъ, что для первой преступленіе и наказаніе суть понятія, а для второй явленія общественной жизни“ [1]). Но уже въ 1907 г. одинъ изъ самыхъ видныхъ и едва ли не самый послѣдовательный изъ классиковъ, Колеръ, жалуется: „почему отказываютъ нашей школѣ въ духѣ прогресса? потому что рядъ ея сторонниковъ блуждаетъ на старыхъ дорогахъ?“. Колеръ упрекаетъ Биндинга въ игнорированіи историческаго и сравнительно-юридическаго метода и побѣжденно признаетъ: „мы индетерминисты, стремимся къ опыту“ [2]). Такимъ образомъ метаморфоза несомнѣнно совершилась, и „старыми дорогами“ сдѣлалось то, что раньше составляло истинное существо классической школы. Эта метаморфоза — самая значительная побѣда новыхъ вѣяній въ уголовномъ правѣ; но все же ея значеніе не слѣдуетъ переоцѣнивать.

Было бы ошибкой предположить, что методологическій споръ классиковъ и соціологовъ завершился

---

[1]) Сборникъ статей по уголовному праву. Спб., 1904 г., стр. 5.

[2]) Kohler, „Die sog. klassische und die sog. neue Strafrechtsschule“ (Archiv für Strafrecht und Strafprozess, B. 54, 1907 г., стр. 3).

полнымъ отказомъ отъ формальнаго обособленія уголовнаго права въ пользу соціологическаго разсмотрѣнія преступленія и наказанія; классическая школа уступила въ самомъ существенномъ: она фактически признала включеніе въ уголовное право изученія преступности, какъ жизненнаго явленія. Но съ другой стороны, криминалисты-соціологи на почвѣ соціальнаго изученія преступности не создали новой системы науки[1]). Достаточно сравнить курсы уголовнаго права Биндинга и Листа, чтобы убѣдиться, насколько система науки осталась той же въ обоихъ теченіяхъ. Поэтому скорѣе чѣмъ о крушеніи методовъ, есть основаніе говорить о творчествѣ метода путемъ гармоническаго сочетанія формально-юридическаго и соціологическаго разсмотрѣнія преступности. Въ этомъ смыслѣ метаморфоза въ воззрѣніяхъ классиковъ — лишь показатель того, что работа по созданію метода закончилась. Послѣ продолжительной борьбы въ области методологіи наступилъ теоретическій покой, какъ симптомъ теоретической удовлетворенности. Наука уголовнаго права обрѣла свой методъ.

Въ каждой наукѣ ея система и методъ—не отвлеченныя величины, имѣющія чисто логическую цѣнность: они—орудія отысканія истины, они—средства наилучшаго достиженія преслѣдуемой наукой цѣли. И въ уголовномъ правѣ, какъ только затихли споры о методѣ, какъ бы въ подтвержденіе того, что эти споры исчерпаны, начинается новая стадія приложенія теоріи въ жизни, начинается переоцѣнка уголовно-правовыхъ

---

[1]) Нельзя, впрочемъ, не отмѣтить попытки русскаго соціолога проф. М. Н. Гернета внести новую струю въ систему общей части уголовнаго права. Такъ имъ введены особые отдѣлы: „ученіе о преступленіи, какъ о соціальномъ явленіи“ (гл. III), „мѣры соціальной безопасности“ (гл. VI „Уголовное право. Часть общая“. Херсонъ, 1913 г.).

понятій. Куда прежде всего должно было направиться вниманіе окрѣпшей критики?

Среди вопросовъ крупной практической важности, отодвинутыхъ и заслоненныхъ продолжительнымъ споромъ о границахъ и содержаніи уголовнаго права, особое мѣсто занимаетъ вопросъ объ организаціи карательной дѣятельности государства. Въ теченіе значительнаго періода перемѣны въ системахъ содержанія въ тюрьмѣ съ преобладаніемъ то „идеально“ одиночнаго, то общаго заключенія оставались едва ли не самыми замѣтными явленіями карательной практики. Жизнь на это пренебреженіе къ практическимъ задачамъ уголовнаго правосудія отвѣтила чрезвычайнымъ ростомъ преступности, служившимъ реальнымъ аргументомъ въ устахъ противниковъ старыхъ путей. Естественно поэтому, что, какъ только въ области методологіи установилось молчаливое согласіе, теоретическая энергія направилась къ этому пункту — критикѣ наказанія. Здѣсь прежде всего и практическая необходимость и научный интересъ толкаютъ использовать достигнутые успѣхи. Такъ снова воскресаетъ споръ о наказаніи, но содержаніе этого спора уже не прежнее.

Первые теоретики уголовнаго права, оцѣнивая наказаніе съ точки зрѣнія его практическаго значенія, исходили изъ общихъ, преимущественно психологическихъ соображеній. Собственно криминалистическій матеріалъ—свѣдѣнія о составѣ преступной арміи, ея количественныхъ и качественныхъ колебаніяхъ и ихъ причинахъ—оставались чужды авторамъ теорій абсолютныхъ, относительныхъ, смѣшанныхъ и т. д. Иной характеръ носитъ споръ о наказаніи въ настоящее время. Черезъ методологическую борьбу, указавшую вѣрные пути научнаго разслѣдованія, наказаніе оцѣнивается на основаніи провѣреннаго фактическаго матеріала. Каждая школа спѣшитъ построить борьбу съ

преступностью въ согласіи съ добытыми данными. И каждая школа въ пользованіи опредѣлившимся методомъ проявляетъ свои отличительныя черты и свои характерныя особенности.

Классическая школа, формалистическая по своей природѣ, отказавшись отъ формалистической науки уголовнаго права, вноситъ формализмъ въ толкованіе конкретныхъ уголовно-правовыхъ задачъ. Криминалисты-соціологи, постоянно подчеркивавшіе соціальную природу преступленія и соціальные источники преступности, съ соціологическимъ критеріемъ подходятъ къ каждому уголовному институту, къ каждой уголовной нормѣ. Прежняя безсистемная критика наказанія кажется уже недостаточной. Та и другая школа поэтому пытаются оцѣнивать карательную дѣятельность государства съ точки зрѣнія единаго руководящаго начала, та и другая школа стараются подчинить наказаніе единой руководящей цѣли. Въ согласіи со своими особенностями криминалисты классики выступаютъ съ формальной конструкціей цѣли наказанія, криминалисты-соціологи съ конструкціей соціологической. Такимъ образомъ измѣнились позиціи борющихся школъ: методъ, замѣнившій въ качествѣ арены борьбы наказаніе, снова уступаетъ мѣсто послѣднему. Такъ эволюціонируетъ научное знаніе, подвергая новому пересмотру и постоянной переоцѣнкѣ основныя понятія науки.

Отмѣченный процессъ перерожденія методологическихъ разногласій въ споръ о цѣляхъ наказанія, какъ процессъ самаго послѣдняго времени, еще не осознанъ теоріей. Въ литературѣ наблюдается лишь та пестрота въ пониманіи существа борьбы классической и соціологической школы, которая явилась прямымъ результатомъ недавно свершившагося сдвига. Въ особенности сторонники классической школы, понявъ, что ста-

рыя позиціи классицизма безвозвратно потеряны, проявляютъ большое разнообразіе въ опредѣленіи того, что въ настоящее время раздѣляетъ криминалистовъ на два лагеря.

Въ 1906 г. Биркмейеръ, одинъ изъ самыхъ страстныхъ противниковъ новыхъ идей въ уголовномъ правѣ, существо разногласій классиковъ и соціологовъ видѣлъ въ противопоставленіи „наказанія-защиты“ „наказаніювозмездію“(Schutzstrafe-Vergeltungsstrafe). Всего черезъ годъ, въ 1907 г., Колеръ писалъ: „Различаютъ такъ называемую новую и такъ называемую классическую школу въ уголовномъ правѣ. Все это различеніе неправильно и можетъ лишь приводить къ всевозможнымъ ошибкамъ... Есть лишь одно различіе: различіе между уголовнымъ правомъ,основаннымъ на индетерминизмѣ, и уголовнымъ правомъ, построеннымъ на детерминизмѣ“. Въ 1909 г. Биркмейеръ, неудовлетворившій своей первой формулой даже собственныхъ своихъ единомышленниковъ, выдвинулъ новый тезисъ: наказаніе должно быть приспособлено къ дѣятелю, а не къ дѣйствію—вотъ положеніе, которое отстаиваетъ новое теченіе и котораго не могутъ принять классики. И снова отъ своего же единомышленника Альфельда Биркмейеру пришлось услышать, что „различіе не въ томъ, что новое направленіе стремится учитывать настроеніе вообще, а не только проявившуюся въ конкретномъ дѣяніи преступную волю“ [1]). Чтобы уловить существо вопроса въ этихъ противорѣчивыхъ сужденіяхъ, необходимо, минуя частныя и единичныя расхожденія, сосредоточиться на томъ общемъ и основномъ, что заглушается шумомъ борьбы, но лежитъ въ основѣ всѣхъ разногла-

[1]) Воззрѣніе сторонниковъ классической теоріи послѣдней формаціи полно и обстоятельно представлены въ рядѣ трудовъ Birkmeyer'a, Beling'a, Allffeld'a и др., объединенныхъ въ общемъ изданіи „Kritische Beiträge zur Strafrechtsreform“ (1908—1913).

сій,—на спорѣ классиковъ и соціологовъ о цѣли наказанія.

III.

Споръ о цѣли наказанія логически раскалывается на два вопроса: необходимо ли при организаціи карательной системы исходить изъ конкретной цѣли наказанія, и во-вторыхъ, въ чемъ эта цѣль должна заключаться. Колеръ пытается установить различія между классиками и соціологами уже въ первомъ пунктѣ — вопросѣ о признаніи руководящаго значенія цѣли. По мнѣнію Колера, истинными сторонниками цѣли въ уголовномъ правѣ являются классики; напротивъ, соціологи говорятъ „не о цѣли въ правѣ и цѣлевыхъ наказаніяхъ, а о полезности и полезныхъ наказаніяхъ".

Въ этой попыткѣ установить градацію цѣли и унизить соціологическую полезность передъ истинно-классической цѣлью кроется очевидная логическая ошибка. Понятіе цѣли въ своемъ формальномъ значеніи едино. Пока говорятъ о цѣли наказанія, не можетъ быть цѣлей правовыхъ и полицейскихъ, высшихъ и низшихъ: такую оцѣнку цѣль можетъ получить лишь во второй стадіи, когда опредѣляется ея содержаніе, когда указывается, въ чемъ именно цѣль должна заключаться. Поэтому, противопоставляя полезность цѣли, Колеръ въ дѣйствительности оперируетъ уже не понятіемъ о цѣли, какъ руководящемъ принципѣ карательной дѣятельности, а опредѣленной по содержанію конструкціей цѣли наказанія, опредѣленнымъ толкованіемъ цѣли; въ этомъ пунктѣ позиціи классиковъ и соціологовъ, конечно, различны, но это уже не споръ о верховенствѣ цѣли, а второй изъ намѣченныхъ вопросовъ—вопросъ о конкретномъ пониманіи цѣли наказанія. Здѣсь вскрывается важный моментъ въ совре-

менной борьбѣ вокругъ наказанія: побѣда телеологическаго принципа. Вопреки мнѣнію Колера, пока рѣчь идетъ о томъ, должна ли карательная дѣятельность быть подчинена единой цѣли, между классиками и соціологами нѣтъ различій. Послѣднія начинаются лишь съ того момента, какъ въ формальное понятіе цѣли вкладывается опредѣленное содержаніе.

Классическая школа выдвинула формальное пониманіе цѣли. Игнорируя тѣ интересы, ради которыхъ существуетъ и дѣйствуетъ законъ и право, она объявляетъ защиту правового порядка единственной цѣлью наказанія: цѣль наказанія, говоритъ Биркмейеръ,— „защита правового порядка отъ преступленій". Этотъ тезисъ привелъ классиковъ къ ряду выводовъ, которые отдѣльными теоретиками и принимаются за центръ спора. Прежде всего формальная конструкція отразилась на критеріи наказуемости.

Съ точки зрѣнія наказанія, какъ средства охраны правопорядка, объектомъ уголовной реакціи является человѣческое дѣйствіе, такъ какъ именно оно нарушаетъ правовую норму. Съ этой точки зрѣнія наказывается собственно преступленіе, но въ единственно возможной формѣ покаранія преступника. Это положеніе логически приводитъ къ другому тезису: если дѣйствіе — единственное основаніе наказанія, то въ немъ же и только въ немъ слѣдуетъ искать критерій примѣненія той или иной уголовной реакціи. Степень испорченности преступника, вѣроятность рецидива и другія субъективныя особенности обвиняемаго должны остаться внѣ учета, такъ какъ, не объектировавшись въ дѣйствіи, онѣ ни въ какой мѣрѣ не нарушаютъ правового порядка. Такъ съ логической неизбѣжностью отъ формальной конструкціи цѣли наказанія классики приходятъ къ своему основному тезису, что наказаніе должно соизмѣряться съ дѣйствіемъ, а не дѣятелемъ.

Отличительная черта возмездія—воздаяніе въ силу и мѣру содѣяннаго. Классики, поэтому, вѣрно подмѣтили особенность своего критерія наказуемости, отстаивая наказаніе — возмездіе въ противовѣсъ собственно цѣлевымъ наказаніямъ. Но по существу призывъ къ возмездію не опредѣлялъ воззрѣній классиковъ; возмездіе послужило лишь нѣкоторымъ идеологическимъ украшеніемъ того основного положенія, которое вытекаетъ изъ формальной конструкціи цѣли—реакціи на дѣйствіе.

Въ той же мѣрѣ, какъ основные лозунги современной классической теоріи—требованія приспособленія наказанія къ дѣйствію и подчеркиваніе принципа возмездія — формальной конструкціей цѣли наказанія объясняются и другія тенденціи классической школы.

Въ послѣдніе годы уголовная политика характеризуется стремленіемъ расширить компетенцію суда въ примѣненіи наказанія. Сторонники этого направленія исходятъ изъ предположенія, что много существенныхъ для опредѣленія рода и мѣры наказанія моментовъ раскрывается лишь на судѣ при непосредственномъ знакомствѣ судьи съ подсудимымъ. Защитники формальной конструкціи наказанія этого взгляда раздѣлять не могутъ. Составъ преступнаго дѣянія съ исчерпывающей полнотой опредѣляется въ уголовномъ уложеніи. Поэтому, если наказаніе — лишь отвѣтъ на дѣйствіе, то уже въ моментъ разработки уголовнаго закона за точнымъ опредѣленіемъ преступленія можетъ слѣдовать и точное назначеніе наказанія. Судъ съ этой точки зрѣнія можетъ заниматься лишь подведеніемъ совершеннаго дѣянія подъ описанный въ законѣ типическій составъ и, убѣдившись въ виновности подсудимаго, опредѣлять положенную кару.

Еще болѣе отчетливо выступаетъ несовмѣстимость формальной конструкціи съ другой уголовно полити-

ческой тенденціей. Въ послѣднее время крѣпнетъ движеніе въ пользу учета опаснаго состоянія преступниковъ, созданія особыхъ судовъ для несовершеннолѣтнихъ и другихъ аналогичныхъ учрежденій. Это движеніе результатъ единой идеи о необходимости ослабить прежнюю сплошную и прочную связь наказанія съ преступленіемъ, идея о желательности вмѣшательства въ порядкѣ уголовнаго процесса всякій разъ, когда это вмѣшательство сулитъ сокращеніе преступности. Въ какомъ противорѣчіи это теченіе должно было оказаться съ убѣжденіемъ, что уголовная реакція лишь отвѣтъ на совершенное преступленіе, со взглядомъ, что съ отбытіемъ наказанія порывается правовая связь суда и осужденнаго?

Такъ формализмъ цѣли, отражаясь въ практической программѣ классиковъ, привелъ къ теоретическому и практическому обособленію классиковъ и придалъ новую остроту старому спору классической и соціологической школы.

Въ отличіе отъ классиковъ криминалисты соціологи видятъ цѣль наказанія не въ огражденіи права отъ нарушеній, а въ защитѣ общества отъ преступленій. Правовой порядокъ и въ частности уголовно-правовыя нормы въ этомъ пониманіи лишь средства единой цѣли — общественной безопасности. Сознательное стремленіе къ общественной безопасности, довлѣющей надъ правовой неприкосновенностью, и является, подобно формализму классической школы, опредѣляющимъ моментомъ соціологической теоріи.

Наказаніе, какъ отвѣтъ на дѣйствіе, черпаетъ свои основанія въ прошломъ, въ уже совершившемся преступленіи. Будущее преступника этой реакціи чуждо, такъ какъ то, что лишь имѣетъ наступить, не нарушаетъ правового покоя. Съ точки зрѣнія общественной безопасности, напротивъ, свершившееся, какъ не-

поправимое, отступаетъ на второй планъ передъ будущимъ зломъ, котораго еще можно избѣгнуть. Наказаніе за совершенное преступленіе въ этомъ пониманіи необходимо лишь постольку, поскольку безнаказанность можетъ вести къ новымъ преступленіямъ со стороны того же преступника или третьихъ лицъ. Въ этомъ наиболѣе характерная особенность соціологической теоріи: ея взоры всегда устремлены въ будущее.

Прямымъ послѣдствіемъ этой особенности явилось эмансипированіе уголовной реакціи отъ преступленія въ томъ смыслѣ, что не только оно, но и другіе моменты могутъ вліять на опредѣленіе наказанія и притомъ вліять въ той мѣрѣ, въ какой это необходимо для сокращенія преступности. Поэтому съ точки зрѣнія общественной безопасности разумна не та реакція, которая наиболѣе соотвѣтствуетъ совершенному деликту, а та, которая лучше всего обезпечиваетъ общество отъ преступленій. Оттого не механическая соразмѣрность преступленія и наказанія, а принципъ общественной цѣлесообразности становится соціологическимъ критеріемъ наказуемости.

Правовая норма нарушается преступленіемъ, но обществу опасенъ преступникъ. Поэтому приспособленіе реакціи къ особенностямъ субъекта и прежде всего въ смыслѣ учета вѣроятности рецидива становится послѣдовательнымъ требованіемъ соціологической доктрины. Но болѣе того: въ порядкѣ уголовнаго процесса можетъ оказаться необходимымъ прибѣгнуть къ той или иной формѣ воздѣйствія и тогда, когда преступленія вовсе нѣтъ, а есть лишь его вѣроятность: напр., суды для несовершеннолѣтнихъ наряду съ дѣлами о преступныхъ дѣтяхъ разсматриваютъ и дѣла о дѣтяхъ безпріютныхъ и безпризорныхъ. Послѣдовательно стремясь къ общественной безопасности,

соціологи не отказываются отъ вмѣшательства и тамъ, гдѣ еще нѣтъ преступленій, если только это вмѣшательство приближаетъ къ основной цѣли—огражденію общественной безопасности. Такъ общественная безопасность въ качествѣ цѣли наказанія, подобно принципу правового покоя въ классической теоріи, опредѣляетъ практическую программу криминалистовъ-соціологовъ.

Такимъ образомъ конструкція цѣли наказанія, претворившаяся въ рядъ практическихъ лозунговъ, расколола криминалистовъ на два лагеря — классиковъ и соціологовъ. Классики сосредоточили свое вниманіе на внѣшней сторонѣ уголовнаго правосудія. Борьба съ преступностью рисуется имъ въ видѣ единоборства нормъ съ нарушеніемъ, словно общежитіе есть лишь арена, гдѣ сталкивается законъ съ его нарушителями. При этомъ формальномъ отвлеченіи права отъ жизни высшей цѣнностью становится неприкосновенность права, высшимъ благомъ—правовой покой. Оттого и цѣль наказанія классики видятъ въ охранѣ права [1])

Криминалисты соціологи исходятъ изъ учета внутреннихъ, скрытыхъ за правовыми нормами интересовъ общежитія. Если законодатель вынужденъ конструировать преступленіе, какъ дѣяніе противоправное и наказуемое; если жизнь можетъ быть охранена лишь въ формѣ велѣнія „не убій“, то не эти формулы суть дѣйствительный предметъ охраны, и не въ нихъ законодатель можетъ черпать мудрость практическаго дѣятеля. Единственная цѣль уголовнаго правосудія — охраненіе общественной безопасности. Все, соотвѣтствующее этой цѣли разумно и справедливо, все безразличное—вредно и жестоко.

[1]) См. нашъ докладъ Общему Собранію „Русской Группы международнаго Союза криминалистовъ 1910 г.“ СПБ, 1911 г., стр. 134.

Перемѣна центра борьбы, выразившаяся въ перенесеніи теоретическихъ споровъ съ метода къ наказанію, приблизила борьбу школъ къ дѣйствительности. Теперь спорили уже не объ объемѣ и содержаніи науки уголовнаго права, а о животрепещущихъ вопросахъ карательной дѣятельности государства. Поэтому, когда Германія приступила къ разработкѣ новаго уголовнаго уложенія, обѣ школы приняли въ ней живѣйшее участіе.

Криминалисты-соціологи съ самаго начала заняли примирительную позицію. Въ 1907-мъ году Листъ писалъ: „рѣчь идетъ о чемъ-то большемъ, чѣмъ споръ между школами". Необходимо создать соотвѣтствующій времени уголовный кодексъ. „Это возможно лишь путемъ компромисса между старыми и новыми идеями". То же самое черезъ два года—въ 1909 году—повторяетъ Клейндинстъ: уголовная политика должна, по его мнѣнію, выработать компромиссъ, „даже, если теоретическое согласіе между школами еще не достигнуто". Но непримиримыми казались классики.

„Нѣтъ никакой возможности, писалъ Белингъ, дѣйствительнаго компромисса между борющимися теченіями". Требованія Биркмейера звучали еще рѣшительнѣе: „законодатель долженъ—настаивалъ Биркмейеръ—прежде всего рѣшить, какое ученіе онъ кладетъ въ основаніе законодательства". Въ 1909 г. послѣ нетерпѣливыхъ ожиданій и страстной борьбы появился, наконецъ, предварительный проектъ уложенія. И что же, какъ встрѣтили стороны новое дѣтище?

Листъ призналъ: „въ уголовно-политическихъ построеніяхъ проекта, какъ и въ конструкціи особенной части, многое въ частностяхъ нуждается въ измѣненіяхъ и улучшеніяхъ; въ цѣломъ, однако, по моему убѣжденію, авторы проекта шли правильнымъ путемъ" [1]). Въ

[1]) „Zum Vorentwurf eines Reichstrafgesetzbuches" (Zeitschrift für die gesammte Strafrechtwissenschaft, B. XXX, 1910 г., стр. 251).

томъ же смыслѣ на страницахъ того же Zeitschrift'a высказывается Миттермайеръ: „мы должны признать, что гораздо легче дѣлать предложенія, чѣмъ претворять ихъ въ законъ, и мы должны быть признательны Комиссіи по разработкѣ проекта за то, что она представила намъ трудъ, пригодность котораго должна быть признана. Проектъ заслуживаетъ большой похвалы“ [1]).

А классики? Отмѣтивъ, что проектъ, вопреки предложенію Биркмейера, не примкнулъ къ опредѣленному научному теченію, въ особенности къ такъ называемой классической или такъ называемой соціологической школѣ, Овербекъ, одинъ изъ видныхъ противниковъ новаго теченія въ уголовномъ правѣ, какъ и Листъ, призналъ, что „проектъ въ общемъ и цѣломъ вполнѣ приспособленъ служить основаніемъ новаго нѣмецкаго уголовнаго уложенія“ [2]). Такимъ образомъ то, что въ теоріи казалось противорѣчивымъ и несоединимымъ, въ жизни оказалось примиримымъ. Гдѣ источники этого несоотвѣтствія, почему проекту въ извѣстной мѣрѣ удалось удовлетворить и классиковъ и соціологовъ?

Компромиссъ сдѣлался возможнымъ благодаря тому, что на практикѣ сами сторонники противоположныхъ ученій уклонялись дѣлать всѣ тѣ выводы, которые подсказывались ихъ догматами. Прежде всего классики оцѣнили практическую трудность приспособленія наказанія исключительно къ дѣянію. Они начали искать компромисса и пришли къ утвержденію, что учету могутъ подлежать и субъективныя особенности преступника, но лишь постольку, поскольку онѣ отражаются въ дѣяніи. Декорумъ такимъ образомъ былъ

[1]) Тамъ же, стр. 624.

[2]) Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch (Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht, B. XXIII, 1910 г., стр. 3 и 41.

соблюденъ: все же лишь дѣяніемъ опредѣляется реакція; но такъ какъ части человѣческаго существа не совершаютъ преступленій, то на практикѣ принципъ учета личности, „поскольку она проявляется въ дѣяніи", открывалъ возможность учесть всю психику подсудимаго, всю его индивидуальность, т.-е. допускалъ то рѣшеніе, которое энергично отстаивается соціологами. Но классики нашли подобающую формулу и для болѣе существенной уступки.

Классики признали правомѣрность защиты отъ преступленій и путемъ такой реакціи, которая не соотвѣтствуетъ совершенному правонарушенію. Но при этомъ сдѣлали оговорку: какъ раньше, оберегая юридическую чистоту уголовнаго права и понимая въ то же время необходимость изученія преступности, какъ жизненнаго явленія, классики предлагали этому изученію отвести особое мѣсто по сосѣдству съ уголовнымъ правомъ, такъ и теперь они реакцію, опирающуюся не на совершенное преступленіе, а на соображенія общественной безопасности, стали допускать лишь „рядомъ" съ наказаніемъ. „Мы совершенно согласны—говоритъ Колеръ—что заключеніе или другая форма лишенія свободы могутъ имѣть мѣсто рядомъ съ наказаніемъ, если... это необходимо для охраны общества". Это разсужденіе открывало возможность при фактической уступкѣ формально настаивать на томъ, что наказаніе въ собственномъ смыслѣ все же должно стремиться лишь къ охранѣ права, ибо, если общественная безопасность и побуждаетъ принять иныя, не вытекающія изъ преступленія мѣры, то это уже не наказаніе, а другая реакція, занимающая мѣсто рядомъ съ наказаніемъ. Какъ бы ни была безспорна терминологическая истина, заключающаяся въ различеніи наказанія въ собственномъ смыслѣ отъ наказанія, какъ мѣры общественной защиты, и какъ ни остро-

умно предложеніе учитывать личность постольку, поскольку она проявляется въ дѣйствіи,—эти признанія дѣятельно заполняли теоретическую пропасть, отдѣлявшую классиковъ отъ соціологовъ. Охотно или вынужденно, въ открытой или замаскированной формѣ, но классическое ученіе сдѣлало безспорный и замѣтный шагъ въ сторону соціологической доктрины.

Съ другой стороны, и криминалисты-соціологи не смогли до конца провести идею общественной цѣлесообразности. Соціологическая школа сосредоточила свое вниманіе на согласованіи карательной системы съ требованіями общественной безопасности; сторонники ея отдали всю свою энергію наказанію. Но въ ихъ ученіи осталась неразработанной и почти незатронутой другая сторона вопроса:—приложеніе принципа общественной цѣлесообразности не къ наказанію, а къ преступленію. Они не договорили того, что, если цѣль наказанія не охрана законодательной нормы, а защита надъ нею довлѣющихъ общественныхъ интересовъ, то послѣдовательно и преступленіе перестаетъ быть лишь нарушеніемъ уголовнаго закона, а получаетъ матеріальныя очертанія дѣянія, нарушающаго общественную безопасность. Они не требовали, въ согласіи съ интересами общественной безопасности, освобожденія отъ наказанія однихъ дѣяній и распространенія его на другія. Они вообще не дали руководящаго начала для опредѣленія и критики объема и состава уголовно-наказуемыхъ дѣяній. Уголовный кодексъ въ части диспозитивной остался почти нетронутымъ; лишь редакціонныя измѣненія изобилуютъ тамъ, гдѣ съ точки зрѣнія общественной безопасности можно было ждать серіозной уголовно-правовой переоцѣнки благъ.

При этихъ условіяхъ выводы соціологической доктрины были скорѣе юридически-новы, чѣмъ общественно-

радикальны; они болѣе расходились съ установившимися правовыми традиціями, чѣмъ съ господствующимъ соціальнымъ укладомъ. Своей проповѣдью реакціи на личность и реакціи ради общества криминалисты соціологи шли навстрѣчу запросамъ времени. Они давали, если не увѣренность, то, по крайней мѣрѣ, надежду на сокращеніе преступности. А такъ какъ, съ другой стороны, классическая школа, улавливая общее стремленіе къ реформѣ, на практикѣ оказалась сговорчивѣе, чѣмъ въ теоріи, то побѣда компромисса сдѣлалась обезпеченной. Практическое законодательство оказалось прекраснымъ примирителемъ...

V.

Практическое сближеніе классической и соціологической школы отразилось въ литературѣ въ двухъ формахъ. Одни теоретики практическую близость приняли за теоретическую солидарность и радовались окончанію распри между классической и соціологической школой. Другихъ, напротивъ, это сближеніе сдѣлало одинаковыми противниками и классиковъ и соціологовъ. Особенно замѣтно выступаетъ движеніе торопящихся примирителей.

Въ нѣмецкой литературѣ образовалось цѣлое теченіе во главѣ съ Меркелемъ и Липманомъ, строящее свою программу на примиреніи классиковъ и соціологовъ. Вылавливая и подчеркивая смягчающія остроту основной позиціи оговорки обѣихъ школъ, они торопились доказать, что спора уже нѣтъ, что пора враждующія стороны примирить въ новой „третьей“ школѣ. И характерно: какъ на практикѣ ни сблизились классики и соціологи, эта примирительная попытка не встрѣтила ни сочувствія, ни довѣрія. Не только соціологи,

имѣющіе основаніе считать себя побѣдителями, но даже классики отвергли перемиріе: Колеръ зло называетъ теорію Меркеля „kraftlose Himbeerlimonade". Въ этомъ проявилось не упорство противниковъ, а логическая несовмѣстимость классической и соціологической доктрины.

Криминалисты-соціологи, какъ было отмѣчено, исходятъ изъ принципа общественной цѣлесообразности, оправдывающаго примѣненія всякой мѣры, обезпечивающей общественную безопасность. Классики въ наказаніи видятъ лишь институтъ, охраняющій авторитетъ права. Эти позиціи различны, какъ различны форма и содержаніе, норма и явленіе, право и жизнь. Поэтому борьба школъ можетъ быть исчерпана лишь тогда, когда вся карательная система будетъ построена на единомъ, формальномъ или матеріальномъ основаніи.

Но, чуткіе политики, классики и соціологи, временно отдаляясь, какъ это рекомендовалъ Клейндинстъ, отъ теоретическихъ разногласій, стараются сблизиться на почвѣ практической дѣятельности: классики — потому что требованія соціологовъ въ ихъ современной формулировкѣ не столь радикальны, соціологи — потому что удовлетвореніе этихъ требованій есть все же частичное осуществленіе принципа общественной цѣлесообразности. Но именно поэтому побѣда компромисса есть не симптомъ мира, а напротивъ, показатель того, что съ однѣхъ болѣе или менѣе урегулированныхъ позицій споръ грозитъ перекинуться на другія.

Направленіе предстоящей борьбы выступаетъ въ другомъ изъ намѣченныхъ теченій.

Какъ бы въ противовѣсъ той относительной тишинѣ, которая наступила послѣ взаимныхъ уступокъ,

выдвинулось теченіе, рѣзко осуждающее основную линію переживаемаго момента—торжество компромисса. Какъ и можно было ожидать, выразителями этого теченія, не выходящаго за предѣлы практическихъ вопросовъ и не претендующаго на научную самостоятельность, явились не сторонники извѣстной уголовно-правовой доктрины, а защитники опредѣленной политической программы.

Депутатъ германскаго рейхстага д-ръ Гаазе въ спеціальномъ докладѣ мангеймскому партейтагу германской соціалъ-демократіи 1905 г. [1]) остановился на современномъ положеніи и ближайшихъ задачахъ уголовнаго правосудія. Позднѣе съ точки зрѣнія той же доктрины далъ критику подготовительныхъ работъ къ новому уложенію М. Сурскій [2]).

Не тратя энергіи на критику классической школы, игнорирующей соціальную природу преступленія, Гаазе, развивая уголовную программу соціалъ-демократіи, отмѣчаетъ непослѣдовательность криминалистовъ соціологовъ. „Корни преступности, говоритъ Гаазе, какъ признаетъ сама соціологическая школа, лежатъ въ общественныхъ отношеніяхъ". Въ качествѣ общественнаго явленія преступность не можетъ разсматриваться отдѣльно отъ другихъ общественныхъ вопросовъ. Поэтому „криминалисты соціологи должны въ согласіи со своими воззрѣніями настаивать на рѣшительной соціальной политикѣ; платоническая же любовь къ соціальнымъ реформамъ не можетъ предупреждать преступленій".

---

[1]) „Protokoll über die Verhandlungen des Parteitages der sozialdemokratischen Partei Deutschlands abgehalten zu Mannheim, 1906". Докладъ Haase „Strafrecht, Strafprozess und Strafvollzug".

[2]) Die Neue Zeit, 1907—1908 г.; № 3 „Sozialdemokratische Randbemerkungen zu den Vorarbeiten der Strafrechtsreform".

Справедливы, или нѣтъ, упреки соціологовъ въ непослѣдовательности, кажется, во всякомъ случаѣ, неумѣрнымъ требованіе отъ криминалистовъ рѣшительной соціальной политики. Это требованіе тѣмъ менѣе обосновано, что въ своемъ докладѣ, намѣчая пути уголовнаго законодательства, Гаазе и самъ выставляетъ не „рѣшительную соціальную политику", а рядъ конкретныхъ, всецѣло въ рамкахъ уголовнаго законодательства вмѣщающихся, реформъ: соразмѣреніе денежнаго штрафа со средствами виновнаго, пониженіе наказанія и т. д. Можно поэтому лишь пожалѣть, что, намѣчая программу уголовнаго законодательства, Гаазе и самъ не обнаружилъ ни той глубины, ни той шири, которыя подсказывались его подчеркиваніемъ соціальной связности преступленія. Какъ соціологи, такъ и Гаазе, стремившійся быть послѣдовательнымъ до конца, не смогъ претворить въ конкретныя формулы всѣ выводы соціологической теоріи, и его предложенія, несмотря на теоретическій радикализмъ, не идутъ далѣе второстепенныхъ перемѣнъ все въ той же области наказанія, о которой неустанно говорятъ и классики и соціологи. Поэтому въ рѣшительной по формѣ и скромной по содержанію критикѣ Гаазе трудно видѣть опредѣлившуюся не только въ теоретическомъ, но даже въ практическомъ смыслѣ позицію. Это скорѣе протестъ противъ несоотвѣтствія соціологическихъ выводовъ соціологическимъ тезисамъ, чѣмъ самостоятельная уголовно-правовая программа. Это лишь настроеніе, которое при достаточной жизнеспособности должно разростись въ осознанное движеніе.

Опредѣленная политическая окраска воззрѣній Гаазе можетъ служить поводомъ къ утвержденію, что три теченія—Биркмейера и Колера, Листа и Клейндинста, Гаазе и Сурскаго—служатъ уголовно-право-

вымъ отраженіемъ борьбы трехъ политическихъ группъ: консерваторовъ (классики), либераловъ (социологи) и соціалъ-демократовъ. Такое упрощенное пониманіе научныхъ контроверзъ, неправильное по существу, находитъ краснорѣчивое опроверженіе въ разсужденіяхъ Колера.

Колеру, какъ классику, по гипотезѣ политической группировки принадлежитъ крайнее правое мѣсто. Однако, именно Колеръ съ опредѣленностью, не достигнутой его противниками на крайнемъ лѣвомъ флангѣ, замѣчаетъ: „Уголовный кодексъ, который, подобно дѣйствующему законодательству, будетъ покоиться на капиталистическихъ началахъ, приведетъ къ тому недопустимому послѣдствію, что покушеніе на поврежденіе вещи будетъ наказуемо, а на тѣлесное поврежденіе нѣтъ". Рѣшительно возставая противъ особо тщательнаго обереганія имущественныхъ благъ, Колеръ на слѣдующемъ чрезвычайно яркомъ примѣрѣ иллюстрируетъ пристрастіе дѣйствующаго закона къ охранѣ имущественныхъ интересовъ. „Если молоткомъ пытаются ударить по рукѣ, одѣтой въ перчатку и не попадаютъ, то можно быть наказаннымъ за то, что опасность угрожала перчаткѣ, но не рукѣ". Нѣтъ, корни научныхъ разногласій лежатъ глубже политическихъ симпатій, и приспособляющійся къ практическимъ нуждамъ компромиссъ, въ той же мѣрѣ какъ и упорное отстаиваніе, догматовъ,—результатъ автономнаго научнаго убѣжденія. Наука въ своемъ постоянномъ движеніи впередъ сама, безъ ошибки и безъ помощи упрощенныхъ группировокъ, сумѣетъ отдѣлить истину отъ заблужденій.

VI.

Споръ классической и соціологической школы о

цѣли наказанія образовалъ нѣкоторый полемическій центръ, вокругъ котораго группируются всѣ оттѣнки криминалистической мысли. Каждое новое теченіе, съ самаго начала обреченное играть второстепенную роль,—ибо не можетъ быть третьяго пониманія между формальнымъ и матеріальнымъ,—теоретически опредѣляется своимъ отношеніемъ къ этому спору, своей попыткой стать новымъ аргументомъ на чью-либо сторону, или склонить къ миру противниковъ, или возстать противъ поспѣшнаго мира. Но сдерживаемая усиліями примирителей и обостряемая противниками компромисса, борьба классической и соціологической школы вокругъ цѣли наказанія не прекращается. Страстно вспыхнувшая на порогѣ предстоящей реформы и быстро затихшая въ успокоительной атмосферѣ уступокъ, она ждетъ лишь удобнаго момента, чтобы снова вспыхнуть съ прежней силой.

Пути научнаго развитія трудно поддаются предварительному учету; трудно поэтому указать, гдѣ тѣ позиціи, на которыхъ сосредоточится борьба классиковъ и соціологовъ. Но при попыткѣ намѣтить направленіе „новыхъ идей“ въ уголовномъ правѣ одно, кажется, можетъ быть установлено безъ риска впасть въ большую ошибку: центръ разногласій отъ наказанія долженъ перенестись къ преступленію.

Съ точки зрѣнія теоріи нравственной отвѣтственности нѣтъ удара сильнѣе того, который былъ нанесенъ наказанію отрицаніемъ—теперь уже общепринятымъ—свободы воли. Воля не можетъ быть ни злой, ни доброй, если она связана совокупностью, въ свою очередь, связанныхъ факторовъ. Въ настоящее время наказывать преступника за то, что онъ дурной человѣкъ и совершилъ злодѣяніе, отъ котораго могъ бы удержаться, значитъ, по меньшей мѣрѣ, игнорировать истины, безспорно признанныя наукой.

Съ другой стороны, достигла достаточной опредѣленности соціальная оцѣнка преступленія. Цифры, которыя трудно заподозрить въ пристрастіи, обнаруживаютъ постоянную связь колебаній преступности съ измѣненіями соціально-экономическихъ условій. А общепризнанный фактъ превышенія предложенія рабочей силы надъ ея спросомъ—лучшій отвѣтъ на ходячее обвиненіе въ томъ, что преступникъ предпочитаетъ поживиться чужимъ добромъ, вмѣсто того, чтобы заработать свою лепту. Два эти факта—нравственное обезцѣненіе и соціальная оцѣнка преступленія—должны, несомнѣно, вести къ систематическому ослабленію репрессій. Въ этомъ отношеніи врядъ ли возможны сомнѣнія: наказаніе-возмездіе все болѣе уступитъ мѣсто наказанію-защитѣ.

Но именно потому, что направленіе репрессивной политики въ достаточной мѣрѣ опредѣлено, здѣсь съ каждымъ днемъ уменьшается почва для научныхъ разногласій. Самая радикальная перемѣна въ системѣ наказаній—напр., полный отказъ отъ каторжныхъ тюремъ въ пользу гуманизированнаго тюремнаго заключенія—явилась бы лишь одной изъ формъ господствующей тенденціи къ ослабленію репрессій. И здѣсь конечно, есть поле для споровъ и сомнѣній, но оно всецѣло въ предѣлахъ практическаго осуществленія принципа, а не общихъ уголовно-правовыхъ построеній. Здѣсь мѣсто для столкновенія вкусовъ и мнѣній, а не борьбы научныхъ школъ.

Напротивъ, въ области преступленія близится поворотъ въ основномъ и главномъ: уголовно-правовой оцѣнкѣ благъ. Вопросы о томъ, какія дѣянія слѣдуетъ облагать наказаніемъ, какая группа благъ заслуживаетъ квалифицированной защиты, почти не дебатируются. Авторитетъ государства кажется здѣсь неоспоримымъ, и формальное опредѣленіе преступленія,

какъ дѣянія наказуемаго, замѣщаетъ отсутствующее матеріальное пониманіе преступленія. Послѣдовательное развитіе идеи общественной цѣлесообразности должно существенно измѣнить это положеніе.

Взглядъ на наказаніе, какъ на средство общественной защиты, логически приводитъ къ стремленію облагать наказаніемъ каждое дѣяніе, противорѣчащее общественнымъ интересамъ. Принципъ общеполезности, какъ основной критерій наказанія, долженъ поэтому быть пополненъ принципомъ общевредности, какъ руководящимъ критеріемъ преступленія При помощи новаго критерія должны быть пересмотрѣны дѣйствующія постановленія, и основную линію предстоящей переоцѣнки не трудно предвидѣть въ томъ, что защита личности будетъ усилена за счетъ охраны имущественныхъ интересовъ. Здѣсь возможны и неизбѣжны основныя расхожденія: какъ матеріально намѣтить кругъ дѣяній, подлежащихъ наказанію, возможно ли на ряду съ точной квалификаціей преступленій предоставленіе суду права наказывать за „общевредныя“ дѣйствія, можно ли договоръ, не обманный и основанный на добровольномъ соглашеніи, считать наказуемымъ при извѣстныхъ признакахъ его общевредности, при наличности, напримѣръ, въ немъ элемента эксплуатаціи, подобно тому какъ караются ростовщическія сдѣлки? Здѣсь, словомъ, открываются широкія перспективы борьбы старыхъ и новыхъ идей въ уголовномъ правѣ.

Споръ классической школы о цѣли наказанія развертывается и заканчивается, какъ постепенная побѣда соціологическаго пониманія наказанія. Въ этомъ смыслѣ классиковъ трудно упрекнуть въ консерватизмѣ; они сдѣлали и дѣлаютъ рядъ существенныхъ уступокъ въ сторону матеріальной конструкціи цѣли наказанія. Но работа соціологовъ, какъ новаторовъ, еще не кон-

чена. Идея общественной цѣлесообразности, рѣшительно признанная соціологической школой, еще ждетъ своего полнаго выявленія. Криминалисты-соціологи не только не претворили въ жизнь своей доктрины—въ этомъ ихъ нельзя было бы упрекнуть,— они и въ теоріи не сдѣлали всѣхъ необходимыхъ выводовъ. Ихъ теоретическая мысль не выходила за предѣлы практически-осуществимаго. Они затронули м н о г о е, а сказали н е о б х о д и м о е.

В. Станкевичъ.

Борьба съ опаснымъ состояніемъ, какъ основная задача новаго уголовнаго права.

„Никакая часть позитивнаго права не вызываетъ въ наши дни такого всеобщаго интереса, ни въ какой не работаютъ такъ дѣятельно и ни въ какой не достигаютъ такихъ очевидныхъ и счастливыхъ результатовъ, какъ въ уголовномъ правѣ“ — писалъ знаменитый баварскій криминалистъ Фейербахъ въ эпоху зарожденія такъ называемой классической школы уголовнаго права.

Прошло сто лѣтъ. И въ наши дни опять уголовное право съ особенной силой привлекаетъ вниманіе юристовъ, опять въ средѣ криминалистовъ кипитъ самая упорная, напряженная работа, и новыя идеи, новыя воззрѣнія зарождаются, борются, вытѣсняя старыя, отжившія, обветшалыя.

Но значеніе современнаго кризиса несравненно болѣе глубоко, чѣмъ кризиса той эпохи научнаго оживленія, въ которой жилъ и работалъ Фейербахъ. Классическая школа уголовнаго права лишь упорядочила, продумала, систематизировала тѣ основы карательной дѣятельности государства, которыя имъ получены въ наслѣдіе отъ прошлыхъ, теряющихся въ исторической

дали вѣковъ. Тѣ задачи, которыя себѣ ставила и блестяще выполнила классическая школа, лежатъ въ плоскости формъ карательной дѣятельности, а не существа ея. Дѣятели эпохи просвѣщенія стремились только усовершенствовать современное имъ уголовное право, очистить его отъ негодныхъ примѣсей злоупотребленія абсолютизма и правящихъ классовъ: отмѣна каръ за дѣянія, явно не представляющія никакого вреда для общества, вродѣ множества религіозныхъ и политическихъ преступленій; смягченіе ненужной жестокости каръ; и, наконецъ, главное, созданіе твердыхъ правовыхъ гарантій личности противъ злоупотребленія карательной властью—судъ присяжныхъ, проведеніе въ жизнь начала равенства всѣхъ передъ закономъ и наказанія только по закону... вотъ задачи, за которыя боролись Монтескье, Беккарія, Вольтеръ и ихъ сподвижники и послѣдователи. Но принциповъ, сущности карательной дѣятельности классическая школа не трогала. Наоборотъ, она даже укрѣпила, обосновала ихъ, подведя фундаментъ продуманныхъ стройныхъ конструкцій и примиривъ карательную дѣятельность съ общественнымъ правосознаніемъ.

Борьба дѣятелей эпохи просвѣщенія съ пережитками средневѣковья и абсолютизма была красива, драматична, полна героизма. Въ гораздо болѣе прозаичной, будничной обстановкѣ, академично и спокойно ведется споръ, раздѣляющій современныхъ криминалистовъ на два враждующіе лагеря. Но академичность не мѣшаетъ спору быть по своему значенію и глубже, и принципіальнѣе, чѣмъ захватывающая благородная борьба за права гражданина. Въ настоящее время вопросъ ставится уже не только о формахъ уголовнаго правосудія; споръ идетъ о существованіи карательной дѣятельности вообще. Новыя идеи несутъ уголовному праву не реформы; онѣ грозятъ ему ко-

реннымъ переворотомъ, радикальнѣйшей переоцѣнкой всѣхъ цѣнностей.

I.

Основы и принципы классической школы.

Понятія преступленія, вины и наказанія.—Спекулятивный методъ ихъ изученія.—Идея свободной, одинаковой для всѣхъ преступниковъ, воли.—Тяжесть, какъ основной моментъ понятія наказанія.—Роль представленій о цѣли наказанія. — Наказаніе, какъ единственное средство борьбы съ преступленіемъ. — Историческое объясненіе воззрѣній классической школы.—Деформація карательной дѣятельности.—Общее смягченіе наказаній.

Старая, классическая школа уголовнаго права, до сихъ поръ господствующая во всѣхъ законодательствахъ цивилизованнаго міра, выработала замкнутую и стройную цѣпь понятій, на которыхъ она основываетъ карательную дѣятельность государства. Это — преступленіе, вина и наказаніе. Ими, въ сущности, исчерпывается дѣйствующее уголовное право. Изучить эти понятія—значитъ одолѣть науку уголовнаго права. Изучать уголовное право—значитъ анализировать эти понятія. Знать, какъ старая школа оперируетъ этими понятіями—значитъ постигнуть ея существо, ея силу и слабость.

Основной и характернѣйшей чертой въ этомъ отношеніи является чисто юридическій абстрактный методъ, почти безраздѣльно господствующій въ наукѣ уголовнаго права въ классическомъ ея пониманіи.

Преступленіе берется какъ внѣшнее единичное событіе, соотвѣтствующее извѣстнымъ законнымъ предпосылкамъ. Юридическіе признаки понятія преступленія, его элементы, его отличіе отъ смежныхъ составовъ, вся казуистика, на которую тратилось и поневолѣ еще и до сихъ поръ тратится столько усердія,

остроумія и глубокомыслія—все это имѣло въ виду лишь абстрактное понятіе преступленія, общую категорію, внѣ времени и пространства и внѣ связи съ окружающимъ міромъ. Прочтите объяснительныя записки къ уголовнымъ кодексамъ XIX вѣка, перелистайте уголовные трактаты о преступленіяхъ — и вы изъ нихъ узнаете, какъ опредѣлить отвѣтственность вора, если гроза убиваетъ украденную лошадь, но напрасно въ нихъ будете искать свѣдѣній о соціальномъ явленіи имущественныхъ преступленій, о причинахъ, толкающихъ людей на противозаконныя посягательства на чужое добро, о распространенности этихъ посягательствъ, о цѣлесообразныхъ мѣрахъ борьбы съ этого рода преступностью. Все это вопросы внѣ плоскости зрѣнія старой школы. Не ими она руководствуется и вдохновляется.

Причины преступленій классической школѣ изучать не приходилось. Въ основѣ ея философіи и, а это главное, въ основѣ ея практики лежало убѣжденіе, что единственной, окончательной и достаточной причиной всякаго преступленія является виновная воля лица, совершившаго оное. На этомъ она заканчивала свое изслѣдованіе и не простирала дальше испытующаго взора. На человѣческой волѣ для нея обрывалась цѣпь причинности, такъ какъ практически эта воля бралась въ основу карательной дѣятельности сама по себѣ, не принимая во вниманіе какихъ-либо вліяющихъ на нее или опредѣляющихъ моментовъ,— такъ, какъ если бы она была свободной.

Къ этому присоединялась еще другая предпосылка—о принципіальной одинаковости всѣхъ человѣческихъ воль. Это не значитъ, конечно, что криминалисты считали всѣхъ людей во всѣхъ отношеніяхъ равными. Но практически, въ цѣляхъ уголовной репрессіи, въ цѣляхъ борьбы съ пре-

ступленіемъ путемъ наказаній индивидуальныя различія игнорировались почти совсѣмъ: и законодатель и судья ихъ не принимали во вниманіе и отвѣтственность за преступленіе строили преимущественно на внѣшнихъ свойствахъ дѣяній, причемъ индивидуальныя особенности преступника играли второстепенную роль. Такой взглядъ классической школы приводилъ къ полной безличности наказаній. Вопросъ о существѣ и мѣрѣ наказаній рѣшало главнымъ образомъ абстрактное понятіе преступленія, составъ котораго выполненъ виновнымъ. Еще конкретныя черты дѣянія могли находить себѣ отраженіе въ выборѣ наказанія между минимумомъ и максимумомъ, опредѣленными въ законѣ. Личность же преступника отраженія въ наказаніи по общему правилу не находила вовсе; ибо она принималась во вниманіе лишь въ самыхъ абстрактныхъ общихъ всѣмъ людямъ чертахъ.

Подобно „преступленію“ и „винѣ“, „наказаніе“ тоже изучалось классической школой главнымъ образомъ какъ абстрактное понятіе. Основнымъ моментомъ въ немъ была его „тяжесть“, и главною заботой законодателя было создать стройную лѣстницу наказаній, въ которой тяжесть постепенно переходила отъ минимальной къ максимальной, такъ что любой тяжести преступленія легко было бы отыскать соотвѣтствующую тяжесть наказанія.

Придавать такое значеніе тяжести классическая школа могла потому, что самой существенной чертой въ наказаніи для нея являлось возмездіе за зло зломъ. Это видно уже изъ того, что во всей необъятной литературѣ о цѣли и основаніяхъ наказанія вопросъ трактовался абстрактно, относительно наказанія вообще, а не объ отдѣльныхъ видахъ. Между тѣмъ наказаніе вообще—отъ смертной казни до выговора—иной общей и характерной черты не имѣетъ.

Исканіе основаній и цѣли наказаній само по себѣ характерно для классической школы еще въ другомъ отношеніи. Она подыскивала ихъ къ уже существующему наказанію, она подводила идеологическій фундаментъ подъ существующій институтъ. Она цѣль опредѣляла наказаніемъ, а не наказаніе цѣлью. Наказаніе классическая школа получаетъ уже какъ нѣчто сложившееся, готовое. И въ законодательныхъ мотивахъ—мы почти нигдѣ не найдемъ разсужденій о цѣли того или иного наказанія за то или иное преступленіе; вмѣсто этого тамъ мы встрѣтимъ, поскольку рѣчь идетъ о назначеніи санкціи, лишь общія фразы, вродѣ: „слѣдовало бы назначить“, „справедливо было бы назначить“ [1]). Очевидно, что не сознательная цѣль, не ясное представленіе о необходимыхъ средствахъ руководитъ въ установленіи наказаній, а смутныя чувства, навыки и предразсудки, а въ лучшемъ случаѣ интуитивное право, господствующіе въ данную эпоху, сложившіеся подчасъ еще въ глубокой древности. Дѣло, начатое законодателемъ въ опредѣленіи общей санкціи за данный видъ

[1]) Интересны и характерны въ этомъ отношеніи мотивы наказаній, приведенныя въ объяснительной запискѣ редакціонной комиссіи по составленію новаго уголовнаго уложенія. Одна изъ самыхъ обстоятельныхъ мотивировокъ—къ ст. ст. 473—474 проекта: „При опредѣленіи наказаній за поврежденіе имущества огнемъ, потопленіемъ и взрывомъ, редакціонная комиссія руководилась опасностью этого средства вслѣдствіе быстрой его распространимости, легкостью учиненія дѣянія, огромностью вреда для другихъ лицъ, и, наконецъ, тѣмъ смятеніемъ и ужасомъ, въ которое пожаръ, разлитіе воды и взрывъ ставятъ населеніе. Вслѣдствіе этихъ причинъ, наказанія за поджогъ должны быть достаточно суровыми“... Весьма часто мотивы гораздо короче, вродѣ, „слѣдуя системѣ дѣйствующаго права“. Чаще же всего—это простой грамматическій оборотъ: „полагала бы справедливымъ назначить“ (напр., къ ст. 64), или даже: „полагала бы назначить“ (напр., къ ст. 71).

преступленія продолжаетъ судья, опредѣляя точную мѣру его за конкретное дѣяніе, руководствуясь при этомъ тѣми же началами и принципами. Такимъ образомъ въ громадномъ дѣлѣ установленія и назначенія наказаній современное государство дѣйствуетъ еще на ощупь, безъ яснаго сознанія о цѣли и средствѣ и ихъ соотношеніяхъ.

Насколько эти вопросы не выяснены, можно судить по тому, что ни одинъ криминалистъ классикъ, все время оперирующій точнѣйшими мѣрами и опредѣленнѣйшими наказаніями, не могъ бы даже приблизительно сказать, въ какой степени отразилось бы на дѣлѣ преступленія, и даже вообще отразилось ли бы, пониженіе всѣхъ существующихъ каръ на одну четверть, половину, или даже три четверти... И по состоянію науки никоимъ образомъ нельзя отрицать возможности, что такой экспериментъ прошелъ бы вполнѣ удачно, не отразившись замѣтно на увеличеніи преступности.

А вмѣстѣ съ тѣмъ, въ разительномъ противорѣчіи съ ненадежностью тѣхъ критеріевъ, которыми опредѣляется наказаніе, старая школа криминалистовъ на него взвалила всю борьбу съ преступностью и даже вообще со всякимъ нежелательнымъ для законодателя явленіемъ соціальной жизни. Наказаніе представлялось ей не только универсальнымъ, но и всемогущимъ средствомъ. И при всякомъ мѣропріятіи государства криминалистъ классикъ по первому зову являлся на сцену съ готовымъ проектомъ состава преступленія и соотвѣтствующей тяжести наказанія.

Конечно, было бы въ высшей степени наивнымъ всѣ эти черты классической школы уголовнаго права представлять въ видѣ заблужденій и ошибокъ нашихъ отцовъ, да отчасти и современниковъ. Организація уголовной репрессіи, борьба съ преступленіемъ—про-

блема практическая, и въ ней не идеологія направляетъ практику, а скорѣе наоборотъ, практика накладываетъ свою печать на идеологію. Поэтому надо признать, что философія классической школы была постольку правильной и исторически необходимой, поскольку она была удачно приспособленной къ тому характеру карательной дѣятельности, который отвѣчалъ извѣстнымъ историческимъ и общественнымъ условіямъ. Пока складывалось нынѣшнее государство, пока, колеблемое и снаружи и внутри, оно должно было вести напряженную борьбу за свое существованіе, оно могло прибѣгать только къ самымъ простымъ, дешевымъ и рѣшительнымъ мѣрамъ. Оно, какъ на полѣ битвы, не имѣло ни времени, ни возможности присматриваться къ нарушителямъ своихъ велѣній. Оно довольствовалось чисто внѣшнимъ фактомъ совершенія преступленія и въ большинствѣ случаевъ истребляло виновныхъ, чѣмъ охраняло себя и наводило страхъ на другихъ. Идея приспособленія преступника была подъ силу слагающемуся государству лишь въ самыхъ рѣдкихъ случаяхъ. И эта идея, играя самую незначительную роль на практикѣ, не могла отразиться на идеологіи, которая сложилась цѣликомъ приноровленная къ наказанію, построенному на принципѣ сурового возмездія и устрашенія.

Но съ развитіемъ общества стали мѣняться и сами принципы борьбы съ преступленіемъ. Государство окрѣпло. Внутренній врагъ не безпокоитъ его такъ сильно; оно можетъ не торопиться вздернуть на веревку лихого молодца, оно можетъ приглядѣться къ преступнику, изслѣдовать его, изучить его поведеніе, причины, толкающія на преступленіе. Да и авторитетъ государства настолько возросъ, идея общежитія настолько окрѣпла, что если и нужно еще поддерживать ихъ принудительными

средствами, то, во всякомъ случаѣ, не настолько рѣшительными и жестокими, какъ это было необходимо въ прежнія эпохи. Возмездіе и устрашеніе становятся постепенно излишними. И мы видимъ, какъ безъ непосредственнаго вліянія какихъ бы то ни было школъ или ученій, а стихійно, само по себѣ, совершается по всей линіи карательной дѣятельности замѣчательное явленіе—всеобщее смягченіе наказаній.

200 лѣтъ тому назадъ государство обладало цѣлымъ арсеналомъ всевозможнѣйшихъ наказаній, которымъ вполнѣ довѣряло, не колеблясь и не сомнѣваясь при ихъ примѣненіи: смертная казнь во всевозможныхъ видахъ, разнообразнѣйшія тѣлесныя наказанія, тюрьма, ссылки, конфискація, штрафы. Но прошелъ вѣкъ, и если не считать незначительнаго по примѣненію наказанія штрафомъ, то въ практикѣ уголовнаго права государство имѣло уже только два наказанія: смертную казнь и тюремное заключеніе. XIX вѣку суждено было расшатать вѣру и въ эти два вида наказаній. Смертная казнь сама осуждена безповоротно, и нѣтъ никакого сомнѣнія, что въ самомъ недалекомъ будущемъ она такъ или иначе—путемъ практики или путемъ законодательныхъ постановленій—выйдетъ изъ употребленія. Остается одно тюремное заключеніе въ разнообразныхъ видахъ. Оно теперь, въ сущности, является главнымъ, а то и единственнымъ наказаніемъ, выносящимъ на своихъ плечахъ всю тяжесть борьбы съ преступностью. Но какъ различно отношеніе къ этому виду наказаній еще въ серединѣ XIX столѣтія и въ началѣ XX. Тогда тюрьмовѣды были полны самыхъ утопическихъ надеждъ, которыя они возлагали на реформы тюремнаго дѣла, и съ воодушевленіемъ искали лучшей формы лишенія свободы, твердо увѣренные, что можно найти такой способъ содержанія заключенныхъ, который явился бы универсальнымъ сред-

ствомъ для борьбы съ преступностью. Но одна система въ этихъ поискахъ смѣняла другую: одиночныя камеры, гдѣ заключенный, предоставленный самъ себѣ, долженъ былъ путемъ размышленій придти къ сознанію своей грѣховности и преступности, система молчанія; различные способы организаціи работъ съ общностью или разъединенностью содержанія сидѣльцевъ—все было испробовано во всѣхъ возможныхъ комбинаціяхъ. А въ результатѣ—все глубже проникающее сознаніе, что тюрьма, лишенная новыми реформами устрашительнаго характера, вмѣстѣ съ тѣмъ не можетъ быть признана исправляющимъ наказаніемъ, такъ какъ фактически скорѣе развращаетъ лицъ, попавшихъ въ ея стѣны, чѣмъ приспособляетъ къ нормальной трудовой жизни. И если до сихъ поръ тюремное заключеніе во всѣхъ видахъ его примѣняется въ очень широкихъ размѣрахъ, то все-таки прежняя вѣра, прежнее увлеченіе тюрьмой отошли въ область преданія, и въ настоящее время криминалистъ скорѣе можетъ вдохновляться борьбой съ тюремнымъ заключеніемъ, какъ наказаніемъ, чѣмъ примѣненіемъ его.

Насколько мѣняется существо карательной дѣятельности государства—объ этомъ до извѣстной степени можно судить и по цифровымъ даннымъ [1]). Въ Англіи изъ 1000 осужденныхъ приговаривались:

	Въ 1836 г.	1896 г.
Къ смертной казни	33	0,8
Къ пожизненной каторгѣ и ссылкѣ .	52	0,2
Къ каторжн. раб. на срокъ свыше 10 лѣтъ	40	0,5
Къ каторжн. раб. на срокъ до 10 лѣтъ	153	19

[1]) Цифры взяты изъ статьи Е. Н. Тарновскаго. „Статистика наказаній, наложенныхъ по судебнымъ приговорамъ", Журн. Мин. Юстиціи, 1911, № 6.

Къ тюремн. заключ. на срокъ св. 1 г.	19	17
Къ тюремному закл. до 1 года. .	666	521
Къ тѣлесному нак. (несовершеннолѣтнихъ).	2	73
Къ денежной пенѣ.	21	203
Къ заключенію въ реформаторіи или индустріальн. школы	—	22
Къ условному осужденію.	—	97
Къ другимъ мѣрамъ	14	46

И это явленіе постоянное; тутъ нѣтъ рѣзкихъ скачковъ, но постепенный, медленный, и вмѣстѣ съ тѣмъ неуклонный процессъ смягченія наказаній. Въ той же Англіи съ 1883 по 1909 годъ изъ наиболѣе тяжкихъ наказаній только приговоры къ смертной казни остаются на одномъ уровнѣ; тягчайшія же формы лишенія свободы — явно обнаруживаютъ продолжающуюся тенденцію къ сокращенію. А именно изъ 1000 осужденныхъ приговаривались въ

	1883	1893	1904	1905	1909
Къ каторгѣ свыше 10 л. . .	1,5	0,7	0,4	0,3	0,2
Къ каторгѣ до 10 лѣтъ. .	30	21	19	19	18

И этотъ процессъ наблюдается не только въ одной Англіи. Германія и Франція въ своей статистикѣ также ярко отражаютъ его. Въ Германіи съ 1882 по 1908 годъ приговоры къ каторжнымъ работамъ (Zuchthaus) упали на 42%, число приговоровъ къ тюремному заключенію почти не измѣнилось съ 1895 года, въ сравненіи съ 1882 годомъ увеличилось на 14%, въ то же время число приговоровъ къ наказаніямъ ниже тюремнаго увеличилось на 366%. Особенно наглядно существо этого процесса выступаетъ, если сравнить наказанія за одинаковыя преступленія. Такъ, напр., за нанесеніе опасныхъ тѣлесныхъ поврежденій въ законѣ

установлено наказаніе отъ 2 мѣсяцевъ до 5 лѣтъ тюрьмы, при смягчающихъ обстоятельствахъ штрафъ отъ 3 до 1000 марокъ; и изъ 100 совершившихъ данное преступленіе приговаривались:

	Въ 1894—97	1898—901	1902—06
Къ тюремному заключ. .	61	51	46
Къ денежной пенѣ . . .	39	45	54

Такую же картину даютъ наказанія за присвоеніе, обманъ и мошенничество и др. преступленія.

Если такимъ образомъ, смертная казнь вытѣсняется каторжными работами, каторжныя работы—тюрьмой и арестомъ, тюрьма—штрафомъ, то въ свою очередь штрафъ вытѣсняется еще болѣе мягкимъ наказаніемъ—выговоромъ. Съ 1882 г. по 1908 г. число приговоровъ къ штрафамъ увеличилось въ 4 раза, число же приговоровъ къ выговорамъ возросло въ 5 разъ.

Тактика смягченія наказаній по всей линіи отнюдь не является слѣдствіемъ уменьшенія преступленій. Наоборотъ, число преступленій въ большинствѣ государствъ растетъ и абсолютно и относительно, по сравненію съ ростомъ населенія. Очевидно, что причины, деформирующія наказаніе, лежатъ въ иной плоскости. А въ соотвѣтствіи съ новыми условіями нужны новыя идеи, новые лозунги. И они не замедлили явиться.

II.

Основы и принципы новой школы и эволюція ея взглядовъ.

Противоположность новыхъ и классическихъ воззрѣній. „Практическое“ уголовное право. Измѣненіе роли и содержанія представленій о цѣли наказанія. Борьба съ личнымъ состояніемъ преступности, какъ исходная задача новой школы. Уголовно-антропологическая школа. Реабилитація природы преступника. Новая формулировка проблемы.

„Вмѣсто теоретическаго уголовнаго права мы дол-

жны создать уголовное право практическое. Въ этомъ состоитъ наша работа, это наша цѣль. Три понятія страшно мѣшаютъ намъ въ этомъ. А именно: „вмѣняемость", „наказаніе" и „преступленіе". ... Когда мы, наконецъ, отъ нихъ освободимся, тогда все пойдетъ лучше".

Такъ говорилъ знаменитый голландскій криминалистъ ванъ-Гамель на гамбургскомъ конгрессѣ международнаго союза криминалистовъ. И эта, шутя, при всеобщей веселости высказанная фраза прекрасно характеризуетъ всю глубину новѣйшихъ теченій уголовнаго права [1]), вѣрно отражаетъ ихъ отношеніе къ классической школѣ, которая вся основана какъ разъ на этихъ трехъ, враждебныхъ задачамъ ванъ-Гамеля понятіяхъ—виновности, наказанія и преступленія.

Международный союзъ криминалистовъ состоитъ далеко не изъ горячихъ, увлекающихся головъ; онъ объединяетъ, можно сказать, весь цвѣтъ міровой, а ужъ, во всякомъ случаѣ, континентальной криминалистики, числитъ въ своихъ рядахъ какъ глубокихъ теоретиковъ, такъ и умудренныхъ опытомъ практиковъ, торжественно привѣтствуется на своихъ конгрессахъ оффиціальными представителями правительства Во главѣ его съ самого основанія стоятъ нѣмецъ Францъ фонъ-Листъ, бельгіецъ Принсъ и голландецъ ванъ-Гамель, между которыми по всѣмъ важнѣйшимъ вопросамъ уголь-

---

[1]) Новая школа уголовнаго права, конечно, не представляетъ еще вполнѣ законченнаго въ деталяхъ разработаннаго ученія. Наоборотъ, въ ней все еще въ движеніи, въ процессѣ творчества, исканія Въ ней самой можно отчетливо намѣтить три основныя теченія—антропологическое въ его новой обрисовкѣ, соціологическое и, наконецъ, объединяющее оба первыя, которое можно было бы назвать практическимъ. Надо, однако, замѣтить, что противоположности отдѣльныхъ теченій все болѣе сглаживаются, и это даетъ право противопоставлять ихъ всѣхъ вмѣстѣ, какъ единую новую школу, школѣ классической.

наго права существуетъ полная солидарность, и если замѣчаются разногласія, то скорѣе практическаго, чѣмъ принципіальнаго характера. Не говоря уже о Принсѣ, изложившемъ новые взгляды въ книжкѣ „Соціальная защита“ и въ общемъ приходящемъ къ тѣмъ же выводамъ, что и Гамель, но даже самый осторожный и умѣренный изъ нихъ, Листъ, идеологъ и пророкъ всевозможнаго рода компромиссовъ на практикѣ, въ теоріи отнюдь не отличается піэтетомъ по отношенію къ священнѣйшимъ понятіямъ классической школы и при первой возможности охотно выбросилъ бы за бортъ и „преступленіе“ и „виновность“ и „наказаніе“. И они не одиноки. За ними идетъ пестрая фаланга криминалистовъ всѣхъ странъ и самыхъ различныхъ общественныхъ настроеній, но одинаково враждебныхъ къ основамъ прежней карательной дѣятельности.

Критическая, разрушительная сторона новыхъ идей опредѣляется ихъ положительнымъ содержаніемъ. И въ цитированныхъ словахъ Гамеля интересно не только откровенное открещиваніе отъ принциповъ дѣйствующаго права, но и формулировка положительныхъ задачъ новой школы. „Вмѣсто теоретическаго уголовнаго права мы должны создать уголовное право практическое“... Если старая школа криминалистовъ могла довольствоваться абстрактнымъ обоснованіемъ карательной дѣятельности, „незыблемыми принципами разума“, „нравственностью“ или „справедливостью“, и тѣшить себя игрой стройныхъ философскихъ системъ, оправдывающихъ и обосновывающихъ наказаніе одинъ разъ для всѣхъ временъ, народовъ и обстоятельствъ, то новая потребовала, чтобы дѣло борьбы съ преступностью сошло съ небесъ отвлеченныхъ понятій на землю практическаго общественнаго строительства, лишилось, по выраженію Принса, абсолютнаго характера и стало относительнымъ,

подчиненнымъ цѣли, какъ подчинены ей право сельско-хозяйственное, гражданское или торговое. Эту же мысль неоднократно развивалъ и Листъ, требуя, чтобы вся государственная карательная дѣятельность была продумана какъ средство, соотвѣтствующее сознательно поставленнымъ цѣлямъ. Общія ссылки на туманное понятіе справедливости или естественности возмездія— ни въ какой мѣрѣ не удовлетворяютъ новую школу, которая требуетъ въ обоснованіи наказанія отчетливости и конкретности. И это требованіе новая школа ставитъ, конечно, не только другимъ, но и самой себѣ. И вся исторія ея, поскольку можно уже говорить объ исторіи, представляетъ ничто иное, какъ безпрерывное исканіе, провѣрку опытомъ и совершенствованіе. Эта черта новыхъ теченій настолько характерна, что она часто берется въ качествѣ ихъ опредѣленія, давая названіе „позитивной“ школы уголовнаго права. Такое названіе, съ одной стороны, подчеркиваетъ ея отличіе отъ старой, „метафизической“, съ другой стороны вѣрно указываетъ на ея родственность общей эволюціи знанія“, основной чертой котораго въ настоящее время является именно позитивизмъ.

Если для старой школы цѣль слѣдовала за наказаніемъ и подыскивалась къ уже существующему институту, то для новой школы наказаніе слѣдуетъ за цѣлью и во всѣхъ чертахъ своихъ и мелкихъ и крупныхъ ею опредѣляется. Старая школа могла вопросъ о провѣркѣ цѣлью ставить лишь относительно наказанія во всемъ его массовомъ примѣненіи, не имѣя никакой возможности установить такую провѣрку для отдѣльныхъ мѣръ или наказаній, да и не считая это нужнымъ. Новая же школа принципіально не допускаетъ ни одного часа лишняго тюремнаго заключенія, ни одной мелочи, относительно которой нельзя было бы сказать, какими именно обще-

ственными потребностями она вызывается, въ какомъ отношеніи она стоитъ къ ясно поставленнымъ цѣлямъ наказаній.

Но измѣнилась не только роль понятія цѣли для новой школы уголовнаго права. Само содержаніе этого понятія перетерпѣло значительную модификацію. Какъ ни пестры теоріи цѣли наказанія въ предѣлахъ старой школы, несомнѣнно, что практически въ основѣ лежала цѣль устрашенія путемъ возмездія за зло зломъ. Другія цѣли выступаютъ исторически гораздо позднѣе и въ общей системѣ опредѣленія мѣръ наказаній играютъ самую второстепенную, подчиненную роль, завоевывая себѣ большее признаніе лишь во время самого исполненія наказанія.

Въ связи съ общей эволюціей соціальныхъ отношеній такое представленіе о наказаніи, какъ о необходимомъ возмездіи зломъ, постепенно теряетъ свою убѣдительность. И если нельзя сказать, что всѣ представители новой школы относятся вполнѣ отрицательно къ этой сторонѣ въ карательной дѣятельности, то, во всякомъ случаѣ, оставляютъ ее безъ вниманія, не интересуются ею и въ проектированіи своихъ мѣръ и предложеній исходятъ изъ совершенно иного, до извѣстной степени враждебнаго цикла идей. Преступникъ для нея—далеко не врагъ общественный, отъ котораго надо возможно скорѣе избавиться, или котораго надо устрашить поосновательнѣе. Ея взглядъ гораздо мягче и человѣчнѣе.

„Онъ виновенъ“ — удовлетворялась классическая школа.

„Кто нынѣ осмѣлится отрицать совиновность общества“—возражаетъ Листъ.

И Принсъ подчеркиваетъ, что измѣнились не только преступленія, но еще болѣе сами криминалисты: если прежде они спокойно вѣрили въ спасительность, спра-

ведливость и неизбѣжность суровыхъ расправъ съ преступниками, то нынѣ эта вѣра расшаталась сомнѣніями всякаго рода; если раньше къ ослушнику закона относились, какъ къ врагу на войнѣ, то теперь болѣе склонны смотрѣть на него, какъ на дурного члена семьи, и принципъ войны и мести смѣняется принципомъ семьи и воспитанія.

Въ соотвѣтствіи съ этимъ криминалистамъ новой школы чужда мысль, что преступленіе даетъ обществу право по своему усмотрѣнію расправляться съ преступникомъ, и они этой расправѣ ставятъ естественные предѣлы въ личныхъ свойствахъ самого преступника. Если выраженіемъ старой школы была идея возмездія за учиненное зло, то нынѣшняя базируется на понятіи огражденія отъ опасныхъ субъективныхъ свойствъ преступника, нашедшихъ свое выраженіе въ преступленіи. Вмѣсто объективной тяжести преступленія на первый планъ выдвигаются субъективныя свойства преступника. И это измѣненіе въ сущности цѣли карательной дѣятельности настолько важно, что новая школа часто характеризуетъ себя имъ, именуясь „субъективной“, противополагая себя такимъ образомъ старой, придававшей главное значеніе объективной, внѣшней сторонѣ преступленія.

Правда, и старая школа придавала значеніе тому, что она называла внутренней стороной преступнаго дѣянія, или виновностью. Но это понятіе было соединено съ представленіемъ объ одинаковости человѣческой психики, о свободѣ человѣческой воли, и совершенно неправильно оцѣнивало дѣйствительныя внутреннія причины, толкающія человѣка на преступленіе, и не давало никакихъ указаній, на какую сторону личности должно быть направлено воздѣйствіе общества, для того, чтобы избѣгнуть повторенія преступленій. Новой эпохѣ предстояло, съ одной стороны

точнѣе изслѣдовать дѣйствительную внутреннюю сторону преступленія, во всей ея широтѣ и многосложности, не ограничиваясь виной, а опускаясь черезъ понятіе мотива къ понятію характера, и въ соотвѣтствіи съ изученными, а не произвольно конструированными причинами преступленія, поскольку онѣ таятся въ личности преступника, опредѣлить необходимыя мѣры общественнаго воспитанія, приспособленія или защиты. Въ прежней школѣ идеи эти оказывали нѣкоторое вліяніе лишь при исполненіи наказаній. Но и тамъ онѣ встрѣчали себѣ рѣшительное противодѣйствіе въ основахъ всей карательной дѣятельности, лишающей возможности провести принципъ индивидуализаціи и сдѣлать изъ него всѣ необходимые, естественные выводы. Новая школа выдвинула эти идеи принципіально на первый планъ. Въ соотвѣтствіи съ этимъ она принуждена была взяться за переустройство самыхъ основъ карательной дѣятельности путемъ созданія совершенно новыхъ, неизвѣстныхъ прежнему праву понятій.

Въ началѣ не обошлось безъ преувеличенныхъ надеждъ и ликованій. Уголовно-антропологическая школа въ Италіи, основанная врачомъ Ломброзо, одно время твердо вѣрила, что разрѣшеніе задачи въ ея рукахъ въ видѣ понятія прирожденнаго преступника, отъ самого появленія своего на свѣтъ Божій обреченнаго итти дорогой нарушенія законовъ, всей своей психической и физической организаціей неспособнаго къ нормальной жизни въ теперешней соціальной средѣ. Много шуму было вокругъ этого открытія. Много копьевъ сокрушено въ борьбѣ за и противъ. Много сторонниковъ объединило это ученіе подъ своимъ знаменемъ—вѣдь слишкомъ ужъ заманчивымъ было сразу найти ключъ къ борьбѣ съ преступленіемъ; вѣдь разъ существуетъ типъ прирожденнаго преступника, все

существо котораго являетъ неустанную опасность для общества, то стоитъ только научиться распознавать такихъ лицъ и примѣнить къ нимъ соотвѣтствующія мѣры соціальной защиты, состоящія въ пожизненномъ заключеніи, и проблема уголовной репрессіи рѣшена разъ навсегда.

Но разочарованія не замедлили появиться. Чѣмъ больше велось наблюденій, тѣмъ болѣе становились неотчетливыми, расплывчатыми типичныя черты прирожденнаго преступника, такъ рѣзко и ярко намѣченныя самимъ Ломброзо. Къ безапелляціонному общему правилу все чаще и чаще начали присоединяться оговорки и исключенія. Одинъ основной типъ распался на рядъ отдѣльныхъ типовъ; рядомъ съ прирожденнымъ преступникомъ явились группы преступниковъ случайныхъ; рядомъ съ неисправимыми—цѣлыя категоріи лицъ, вполнѣ поддающихся соціальному приспособленію. Вѣра въ прирожденныя преступныя свойства поколебалась наблюденіями надъ тѣми обстоятельствами, среди которыхъ эти свойства складывались, развивались и проявлялись.

Это была лишь первая научная гипотеза уголовнаго права, строящагося на чисто-позитивныхъ основаніяхъ. Гипотеза эта была грубой, несовершенной, неточной, очень далекаго приближенія къ истинѣ, сама по себѣ болѣе свидѣтельствующая о низкомъ уровнѣ какъ соціальныхъ наукъ вообще, такъ и уголовнаго права въ частности. Но все же за уголовно-антропологической школой останется неувядаемая заслуга правильной по методу постановки вопроса, и даже гибель ея, гибель вслѣдствіе строго-научной провѣрки опытомъ и наблюденіемъ, явилась торжествомъ для нея, ибо не умозрительная теорія заслонила ее, а новыя идеи, лежащія въ общемъ въ той же плоскости, какъ и ученіе Ломброзо. Пораженіе содержа-

нія уголовно-антропологической школы было закрѣпленіемъ побѣды ея метода, впервые получившаго широкое признаніе и состоящаго въ требованіи, чтобы уголовное право строилось на позитивномъ фундаментѣ изученія преступности. Да и не только методъ Ломброзо остался въ основѣ дальнѣйшихъ поисковъ уголовной науки, лишь совершенствуясь и развиваясь... Практической предпосылкой ученія Ломброзо было убѣжденіе, что къ преступнику должны быть примѣняемы лишь тѣ мѣры, которыя вызываются его личными свойствами, принятіе которыхъ диктуется требованіемъ общественной безопасности. И эта мысль также осталась руководящей въ дальнѣйшихъ изысканіяхъ изслѣдователей и до сихъ поръ является базисомъ всѣхъ предложеній новой школы уголовнаго права.

Если общія предпосылки остались непоколебленными, то ихъ примѣненіе, ихъ развитіе оказалось дѣломъ гораздо болѣе сложнымъ и труднымъ, чѣмъ это представлялось Ломброзо. Для него вся проблема сводилась къ отысканію твердыхъ признаковъ типа прирожденнаго преступника, причемъ мѣры защиты опредѣлялись просто и естественно самимъ существомъ прирожденныхъ преступныхъ свойствъ и состояли въ механическомъ огражденіи общества отъ преступника. Но безнадежно-фаталистическій взглядъ на природу преступника, проникающій все ученіе Ломброзо, вскорѣ смѣнился болѣе свѣтлымъ и жизнерадостнымъ. Теперь криминалисты новой школы не только торжественно заявляютъ, что прирожденнаго преступника нѣтъ [1]), но идутъ дальше по дорогѣ реабилитаціи

[1]) См. статью П. Люблинскаго, Международный тюремный конгрессъ въ Вашингтонѣ, Журн. Мин. Юстиціи, 1911, № 2 и 3. Въ особенности рѣчь Реглзъ-Брайза и отклики на нее среди конгрессистовъ.

человѣческой природы и утверждаютъ, что даже среди уже сложившихся преступниковъ нѣтъ неисправимыхъ, а лишь неисправленные или ненормальные.

Такая реабилитація преступника для криминалистовъ была связана съ возникновеніемъ проблемъ громадной важности. Если не существуетъ типа прирожденнаго преступника, то все же преступность должна имѣть себѣ причину въ особыхъ свойствахъ личности, толкающихъ на путь нарушенія законовъ. Въ чемъ же эти свойства состоятъ? Каковы ихъ признаки? Какъ ихъ опредѣлить?.. Съ другой стороны, если эти свойства не прирожденныя, и преступникъ, поскольку онъ не является ненормальнымъ, принципіально признается исправимымъ, то является второй вопросъ: о пріисканіи мѣръ, способныхъ исправить, о созданіи системы приспособленія преступника къ честной, нормальной жизни при существующихъ соціальныхъ условіяхъ.

Эти два вопроса для нынѣшней прогрессивной школы уголовнаго права и даютъ содержаніе ученія объ опасномъ состояніи и соотвѣтствующихъ ему мѣрахъ соціальной защиты.

III.

Понятіе опаснаго состоянія и мѣръ соціальной защиты.

Общее понятіе опаснаго состоянія и мѣръ соціальной защиты Предѣлы индивидуализаціи мѣръ соціальной защиты. Преступные типы. Роль законодателя и судъ по воззрѣніямъ новой школы. Опасное состояніе, какъ соціальное явленіе Соціальныя реформы, какъ мѣра борьбы съ преступностью. Новая школа уголовнаго права и новыя теченія въ области административнаго права.

— —

Въ самомъ общемъ и широкомъ смыслѣ опасное состояніе можно опредѣлить, какъ такое состояніе личности, на основаніи котораго можно и должно опа-

саться, что личность совершитъ преступныя дѣянія [1]).

Какъ относительно неодушевленнаго предмета можно говорить о состояніи устойчиваго или неустойчиваго равновѣсія, состояніи тепла и холода, жидкомъ или твердомъ состояніи и въ зависимости отъ этихъ свойствъ строить предположенія о томъ, какія явленія могутъ быть вызваны этимъ предметомъ, такъ точно и человѣкъ можетъ быть разсматриваемъ какъ механизмъ, обладающій извѣстными свойствами, производящій по опредѣленнымъ законамъ опредѣленныя дѣйствія. Свойства этого человѣка, его состояніе—складъ души, ума и тѣла—и даютъ указаніе, какихъ дѣйствій отъ него надо ожидать вообще, или подъ вліяніемъ тѣхъ или иныхъ обстоятельствъ. Конечно, такое предвидѣніе не можетъ быть абсолютно достовѣрнымъ. Оно можетъ устанавливать только извѣстнаго рода вѣроятность наступленія тѣхъ или иныхъ событій. Но по отношенію къ опредѣленнаго рода преступникамъ такая вѣроятность можетъ быть установлена въ степени, вполнѣ достаточной для того, чтобы общество сочло необходимымъ принять свои охранительныя мѣры.

Какъ понятію преступленія соотвѣтствуетъ понятіе наказанія, такъ точно понятію опаснаго состоянія соотвѣтствуетъ понятіе мѣръ соціальной защиты, принимаемыхъ въ отношеніи лицъ, носящихъ въ себѣ угрозу общественному порядку.

Свойство и существо этихъ мѣръ всецѣло опредѣ-

---

[1]) О понятіи опаснаго состоянія см. В. Д. Набоковъ. Объ опасномъ состояніи преступника, какъ критеріи мѣръ соціальной защиты, Право, 1911, № 18 и 19, С. П. Ордынскій. Къ методологіи опаснаго состоянія преступника, Журн. Угол. Права и Проц., 1913, № 3, пренія на VIII и IX общемъ собраніи русской группы международнаго союза криминалистовъ; П. И. Люблинскій, Брюссельскій конгрессъ М. С. Криминалистовъ, Ж М. Ю., 1919, № 8.

ляется разнообразіемъ причинъ опаснаго состоянія. Если этою причиною является болѣзнь, то соотвѣтствующей мѣрой соціальной защиты является лѣченіе и присмотръ; если это недостатокъ въ воспитаніи — лучшей мѣры охраны явится школа. Если же причины таковы, что не поддаются воздѣйствію и уничтоженію, если нельзя преступника ни вылѣчить, ни воспитать, ни исправить, то мѣры по необходимости должны быть направлены исключительно на непосредственную охрану общества, на механическое парализованіе силъ, грозящихъ посягательствами, путемъ надзора или даже заключенія подъ стражу [1]).

Поэтому среди мѣръ, вызываемыхъ опаснымъ состояніемъ, слѣдуетъ различать двѣ основныя, принципіально различныя группы. Съ одной стороны—направленныя къ устраненію самихъ причинъ опаснаго состоянія мѣры, которыя Листъ называетъ приспособляющими; таковыми являются: лѣченіе, воспитаніе, пріученіе къ

---

[1]) О существѣ мѣръ соціальной защиты и соотношеніи ихъ съ наказаніемъ см.: Л. Жижиленко, Мѣры соціальной защиты, Спб., 1911. Въ послѣднемъ отношеніи въ теоріи можно намѣтить три направленія: одно, придавая главное значеніе моменту принудительности, не считаетъ нужнымъ разграничивать мѣры соціальной защиты и наказаніе; это мнѣніе, затушевывающее громадное принципіальное ихъ различіе, практически удобно тѣмъ, что открываетъ широкій путь всевозможнымъ компромиссамъ, соглашеніямъ, сглаживая остроту борьбы двухъ міровоззрѣній, теоретически, однако, да, быть-можетъ, и практически, если не слишкомъ заботиться о худомъ мирѣ, который не многимъ лучше доброй ссоры, правильнѣе строго различать карательныя и защитительныя мѣры, выдвигая на первый планъ противоположность лежащихъ въ ихъ основѣ идей. Въ послѣднемъ случаѣ можно, какъ это дѣлаетъ Ашаффенбургъ, объединять оба понятія въ болѣе широкой и общей категоріи—мѣръ соціальной защиты въ широкомъ смыслѣ, обнимающихъ какъ наказаніе, такъ и мѣры соціальной защиты въ техническомъ, узкомъ смыслѣ.

работѣ, исправленіе. Имъ слѣдуетъ противопоставить мѣры, направленныя исключительно противъ возможныхъ послѣдствій опаснаго состоянія, мѣры предупрежденія. Въ основѣ каждой группы лежатъ свои особыя идеи. Мѣры приспособленія — онѣ скорѣе помощь, содѣйствіе лицу, находящемуся въ опасномъ состояніи, чѣмъ борьба съ нимъ; онѣ очень сложны, требуютъ внимательнаго, всесторонняго изученія личности, къ которой примѣняются; ихъ объемъ и содержаніе опредѣляются исключительно индивидуальными особенностями данной личности. Мѣры предупрежденія гораздо проще, механичнѣе. Личность, находящаяся въ опасномъ состояніи, ея индивидуальныя особенности оказываютъ сравнительно незначительное вліяніе на характеръ мѣръ защиты: заключеніе подъ стражу, высылка, надзоръ—вотъ и все разнообразіе, представляемое этими мѣрами.

Въ основѣ примѣненія понятія опаснаго состоянія и мѣръ соціальной защиты лежитъ идея индивидуализаціи мѣръ, сообразно особенностямъ личности преступника. Но какъ далеко подобная индивидуализація должна итти? Не является ли каждый преступникъ совершенно особой, самостоятельной проблемой? Не разобьется ли новая школа о безконечное разнообразіе преступныхъ типовъ, не поддающееся никакой общей регулировкѣ?

Такія сомнѣнія, однако, оказались напрасными. Если задача трудна и сложна, то все же она выполнима. Оказалось, что при дальнѣйшемъ изученіи индивидуальныхъ факторовъ преступности понятіе преступнаго типа не исчезло окончательно, а наоборотъ, явилось вновь, только въ болѣе конкретныхъ, опредѣленныхъ чертахъ. Оказалось, что преступная армія, по крайней мѣрѣ, значительная часть ея, легко дѣлится на группы по общности тѣхъ причинъ, которыя вызываютъ опас-

ное состояніе, и что, сообразно этому, и мѣры соціальной защиты могутъ быть раздѣлены на опредѣленныя группы. И если проблема борьбы съ преступностью сперва была упрощена и сведена къ мѣрамъ противъ одного преступнаго типа; если впослѣдствіи явилось опасеніе, что она распылится въ безконечномъ разнообразіи мѣръ, соотвѣтствующемъ безконечному разнообразію преступныхъ типовъ, то теперь вопросъ ставится о мѣрахъ борьбы съ опредѣленными преступными типами, съ небольшимъ числомъ преступныхъ группъ, съ ограниченнымъ числомъ видовъ опаснаго состоянія.

Въ этой плоскости получаетъ свое разрѣшеніе, казалось, роковой для новой школы вопросъ о соотношеніи роли законодателя и судьи. Если классическая школа главную роль придавала законодателю, а судья въ своихъ приговорахъ былъ стѣсненъ весьма узкими предѣлами положеннаго наказанія, то относительно новыхъ теченій явилось опасеніе другой противоположности—полнаго упраздненія законодательныхъ постановленій, замѣны всѣхъ уголовныхъ кодексовъ однимъ коротенькимъ параграфомъ, гласящимъ, что виновный въ преступленіи подлежитъ тѣмъ мѣрамъ, которыя судья опредѣлитъ, сообразно свойствамъ виновнаго. Но на дѣлѣ оказалось, что роль законодателя далеко не такъ маловажна. Оказалось, что преступные типы отнюдь не представляютъ безконечной пестроты, гдѣ всякъ молодецъ на свой образецъ, но поддаются естественному дѣленію на группы, причемъ каждая группа нуждается въ особыхъ, приноровленныхъ къ ней правовыхъ институтахъ, въ особыхъ учрежденіяхъ и заведеніяхъ, приспособляющихъ эти группы къ жизни, словомъ, въ особой разработанной системѣ мѣръ соціальной защиты. Роль законодателя даже не упростилась, а скорѣе усложнилась.

Правда, новое уголовное право охотно освобождаетъ его отъ установленія безконечнаго числа составовъ преступленія, отъ тонкихъ различеній видовъ формъ учиненія преступнаго дѣянія, отъ сложныхъ классификацій соучастниковъ, отъ проведенія отчетливыхъ границъ между покушеніемъ оконченнымъ и неоконченнымъ. Но зато она требуетъ отъ законодателя вмѣсто одной системы наказаній, цѣлаго цикла системъ мѣръ соціальной защиты; вмѣсто одной „преступной воли" заставляетъ его считаться съ нѣсколькими группами преступниковъ, требующими особыхъ заботъ, особой регулировки. Дѣтская преступность нынѣ для законодателя является проблемой, не совпадающей почти ничѣмъ съ проблемой борьбы съ преступниками рецидивистами; борьба съ нищенствомъ должна основываться на идеяхъ, совершенно отличныхъ отъ борьбы съ преступниками — привычными алкоголиками и такъ далѣе. Исходя изъ существа опаснаго состоянія, соотвѣтствующаго каждой изъ такихъ группъ, законодатель долженъ въ отношеніи каждой изъ нихъ установить формальныя условія признанія такого состоянія, долженъ выработать соотвѣтствующія мѣры. долженъ вызвать къ жизни необходимые институты, долженъ регулировать какъ порядокъ ихъ опредѣленія, такъ и порядокъ ихъ примѣненія.

Но если законодатель и справится со всей сложностью лежащихъ на немъ задачъ, то это все же не лишаетъ самостоятельности судью, и роль его несравненно значительнѣе, чѣмъ это допускалось классической школой. Съ одной стороны, связанный формальными условіями, онъ не можетъ вполнѣ игнорировать объективныхъ свойствъ и тяжести учиненнаго дѣянія, которое всегда останется важнѣйшимъ изъ условій для примѣненія принудительныхъ мѣръ соціальной за

щиты. Далѣе, онъ долженъ изучить личность преступника, принимая во вниманіе всѣ обстоятельства его жизни, всѣ черты его характера, и найти тѣ свойства, которыя ближайшимъ образомъ натолкнули на преступленіе. Далѣе, поскольку эти свойства являются длительной угрозой обществу, составляютъ то, что технически новая школа называетъ опаснымъ состояніемъ, судья опредѣляетъ наиболѣе цѣлесообразныя для даннаго случая мѣры, изъ соотвѣтствующей системы, установленной законодателемъ. Такъ въ идеалѣ рисуется новой школѣ роль законодателя и судьи. Между дѣятельностью обоихъ устанавливается полная гармонія и солидарность, требующая отъ обоихъ напряженнаго и заботливаго вниманія къ дѣлу борьбы съ преступностью.

Итакъ, идеи приспособленія выдвинулись на первый планъ въ новѣйшихъ теченіяхъ уголовной науки, замѣняя классическій принципъ устрашенія и принципъ устраненія, лежащій въ основѣ практическихъ предложеній уголовно-антропологической школы. Какъ ни цѣнно подобное возстановленіе человѣка въ преступникѣ, само по себѣ, оно еще болѣе важно по своимъ косвеннымъ послѣдствіямъ. Естественнымъ дальнѣйшимъ развитіемъ проблемы явился вопросъ о болѣе глубокихъ, основныхъ, первоначальныхъ причинахъ преступности. Если не капризъ и злостность свободной воли, если не прирожденныя, неистребимыя свойства толкаютъ человѣка на преступленіе, то гдѣ лежитъ причина этому? Уже въ средѣ антропологической школы былъ поставленъ вопросъ: разъ не всѣ преступники прирожденные, то почему неприрожденные становятся преступниками. Этотъ вопросъ вывелъ криминалистовъ въ поискахъ причинъ преступленія изъ личности преступника и заставилъ конкретно, научно поставить вопросъ о совиновничествѣ об-

щества. Уже ученіе ближайшаго соратника Ломброзо, Ферри, ясно и отчетливо уклонилось въ сторону поисковъ дѣйствительныхъ факторовъ преступности въ соціальной средѣ; Ферри даже въ общихъ чертахъ намѣтилъ существо и способъ воздѣйствія соціальныхъ факторовъ преступленія и также указалъ цѣлую программу мѣръ борьбы съ этими факторами, намѣченную, впрочемъ, довольно случайно и обнимающую самыя разнообразныя мѣры—отъ введенія всеобщаго избирательнаго права, до устройства крѣпкихъ запоровъ и безопасныхъ ящиковъ, чтобы не вводить воровъ во искушеніе. И чѣмъ дальше таяло понятіе прирожденнаго преступника, тѣмъ эта сторона вопроса выступала яснѣе, тѣмъ очевиднѣе становилось, что лишь въ плоскости соціальныхъ реформъ лежитъ дѣйствительная борьба съ преступностью. Это подчеркиваніе значенія соціальныхъ факторовъ преступленія стало теперь неотъемлемой чертой новой школы, которая даже называетъ себя часто соціологической, чѣмъ указываетъ на устанавливаемую ею связь между преступленіемъ и другими явленіями соціальной жизни. И если криминалисты-классики, исходя изъ своего атомистическаго взгляда на природу преступленія всѣ надежды возлагали на наказаніе, то новая школа даже построеннымъ болѣе цѣлесообразно мѣрамъ соціальной защиты противъ опаснаго состоянія придаетъ гораздо менѣе важное значеніе и не только не считаетъ его исключительнымъ, единичнымъ средствомъ, но даже явно отодвигаетъ на второй планъ въ сравненіи съ другими мѣрами, болѣе общими, болѣе трудными, но зато поражающими сами корни преступности.

Въ связи съ такимъ расширеннымъ представленіемъ о причинахъ преступленія, принимающимъ во вниманіе не только всю полноту свойствъ преступника, но и ту соціальную среду, тѣ условія, въ которыхъ личность

живетъ и развивается, проблема борьбы съ преступностью приняла еще болѣе сложный видъ: каждое преступленіе криминалистъ нынѣ долженъ разсматривать съ одной стороны какъ явленіе соціальное, требующее изученія своихъ общихъ массовыхъ условій возникновенія, и какъ явленіе индивидуальное, ставящее вопросъ о мѣрахъ противъ ближайшей причины даннаго преступленія—личности преступника.

Конечно, идея предупрежденія преступленій путемъ соціальныхъ реформъ не была чужда и классической школѣ. Но для нея она была внѣшней, пристегнутой; ея вліяніе и значеніе ограничивались громкими фразами, не затрагивая существа дѣла. Иначе для новой школы. Здѣсь идея о соціальныхъ реформахъ органически слилась со всѣмъ существомъ новыхъ предложеній, неразрывно связана съ судьбой и развитіемъ новыхъ теченій. Болѣе того, сами мѣры соціальной защиты до извѣстной степени явились ячейкой для мѣръ болѣе общаго характера.

Тутъ мы наблюдаемъ крайне интересное явленіе: если мѣры старой школы по отношенію къ преступнику таютъ и стремятся къ сокращенію, то мѣры предлагаемыя, или уже осуществленныя новой школой, наоборотъ, стремятся перешагнуть черезъ тѣсныя границы преступнаго класса и распространиться также на не-преступниковъ, находящихся въ одинаковыхъ условіяхъ, въ одинаковомъ состояніи.

Въ самомъ дѣлѣ, развѣ нужно ожидать, чтобы безпризорный ребенокъ сталъ нищенствовать или воровать, чтобы озаботиться его судьбой. Нужно ли ожидать, пока привычный алкоголикъ совершитъ въ безпамятствѣ преступленіе, чтобы помѣстить его въ лѣчебницу. Нынѣ, благодаря новымъ теченіямъ въ уголовномъ правѣ, общество путемъ патронатовъ оказываетъ помощь вышедшимъ изъ тюрьмы; но развѣ только

сидка въ тюрьмѣ даетъ право на такую помощь нуждающимся. И отъ мѣръ соціальной защиты протягиваются безчисленныя нити, связывающія ихъ съ соціальнымъ законодательствомъ вообще. Но не только мѣры приспособленія путемъ помощи, и другія мѣры, предлагаемыя новой школой, стремятся къ своему расширенію. Мѣры противъ преступниковъ ненормальныхъ, мѣры противъ преступниковъ привычныхъ алкоголиковъ, мѣры противъ преступниковъ тунеядцевъ, всѣ онѣ въ той или иной степени встрѣчаютъ аналогичныя себѣ мѣры противъ ненормальныхъ, алкоголиковъ и тунеядцевъ вообще.

Эта общность мѣръ новой школы съ мѣрами соціальнаго законодательства вообще и мѣрами административнаго права настолько отчетлива и постоянна, что возникаетъ даже вопросъ: не являются ли новыя предложенія въ области уголовнаго права просто отраженіемъ новыхъ отношеній между личностью вообще и государствомъ. Не присутствуемъ ли мы не при реформѣ уголовнаго права, а при его уничтоженіи и замѣнѣ совершенно новыми началами новаго административнаго въ широкомъ смыслѣ права, обнимающаго не столько прежнія полицейскія мѣропріятія государства, сколько всю совокупность мѣръ такъ называемаго соціальнаго законодательства, являющагося характернѣйшей особенностью нашего времени.

Итакъ, мѣры соціальной защиты противъ опаснаго состоянія, какъ индивидуальнаго явленія; соціальныя реформы противъ опаснаго состоянія, какъ явленія общественнаго, массоваго,—такъ опредѣляются задачи новой науки уголовнаго права.

И лишь выйдя на этотъ, хотя и трудный, но зато вѣрный путь, новая школа стала одерживать одну побѣду за другой, притомъ побѣды не только въ теоріи, но и въ практикѣ.

IV.

Проникновеніе новыхъ идей въ практику и законодательство. Новые кодексы и проекты. Работы по составленію новаго Германскаго уголовнаго уложенія. Общая характеристика тактики новой школы. Мѣры соціальной защиты въ отношеніи ненормальныхъ, уменьшенно-вмѣняемыхъ, привычныхъ пьяницъ, несовершеннолѣтнихъ, нищихъ, рецидивистовъ. Деформирующее вліяніе новой школы на уголовныя наказанія вообще: условное осужденіе, досрочное освобожденіе, реабилитація, патронатъ.

Если съ первыхъ дней своего возникновенія новыя теченія въ области уголовнаго права бросились въ стремительную атаку на дѣйствующее законодательство, объявляя все устарѣвшимъ и подлежащимъ немедленному, безотлагательному уничтоженію и замѣнѣ новымъ, построеннымъ на новыхъ методахъ и принципахъ, то нынѣшняя тактика ея чужда такой горячности и увлеченій молодости. Стало яснымъ, что ни старое право, сложившееся тысячелѣтіями, выросшее на почвѣ дѣйствительныхъ государственныхъ потребностей и опирающееся на привычки и правосознаніе массъ, нельзя упразднить однимъ росчеркомъ пера, однимъ порывомъ критическаго увлеченія, ни новое законодательство не дается сразу, а творится упорной медленной работой, вмѣстѣ съ накопленіемъ данныхъ опыта и прогрессомъ знанія индивидуальныхъ и соціальныхъ условій жизни человѣка. Общая атака по всему строю смѣнилась подкопами подъ наименѣе защищенныя части стараго уголовнаго права, общая критика вытѣснилась послѣдовательной, детальной критикой наиболѣе уязвимыхъ мѣстъ. Рѣзко поставленная дилемма „или мы или они“ смѣнилась болѣе скромными частичными предложеніями, создавшими почву для практическаго компромисса новыхъ идей со старыми и для проникновенія ихъ въ уголовное законодательство, которое нынѣ даетъ картину значительнаго успѣха и распространенія новыхъ воззрѣній.

Первое мѣсто въ этомъ отношеніи и по времени и по духу занимаютъ проекты швейцарскаго уголовнаго уложенія, составленные извѣстнымъ криминалистомъ Штоссомъ и хотя еще не введенные въ дѣйствіе, но уже оказавшіе значительное вліяніе на уголовно-правовую мысль всего европейскаго континента. За ними слѣдуетъ Норвежское уголовное уложеніе 1902 года, проектъ Австрійскаго уголовнаго уложенія и первоначальный проектъ уголовнаго уложенія Германіи, не считая длиннаго ряда законодательныхъ новеллъ и ихъ проектовъ во всѣхъ странахъ. Всѣ они въ значительной степени отражаютъ на себѣ новыя вѣянія эпохи; всѣ они наряду съ понятіемъ преступленія и наказанія, по прежнему лежащимъ въ основѣ борьбы съ преступленіемъ, знаютъ уже цѣлый рядъ постановленій совершенно иного характера, имѣющихъ въ своей основѣ понятіе опаснаго состоянія и мѣръ соціальной защиты.

Особенно интересны работы по составленію новаго уголовнаго уложенія Германской Имперіи. Уже размахъ подготовительныхъ работъ не имѣетъ ничего похожаго себѣ во всей исторіи уголовнаго законодательства. Не говоря о томъ, что за послѣдніе 15 лѣтъ ни одна почти монографія или статья по уголовному праву не кончилась безъ пожеланій de lege ferenda; не говоря о томъ, что вышелъ цѣлый рядъ монографій, разсматривающихъ чуть ли не всю систему уголовнаго права съ точки зрѣнія желательныхъ реформъ,—былъ совершенъ огромнѣйшій трудъ научнаго, систематическаго сопоставленія всего дѣйствующаго уголовнаго законодательства всего цивилизованнаго міра. Въ этомъ трудѣ приняли участіе всѣ наиболѣе выдающіеся криминалисты Германіи; многіе отдѣлы его (весь трудъ состоитъ изъ 16 объемистыхъ томовъ) представляютъ совершенно самостоятельное

значеніе, а всѣ вмѣстѣ надолго будутъ незамѣнимымъ источникомъ для всякой научной работы въ области уголовнаго права. Кромѣ того, на съѣздахъ германскихъ юристовъ и германской группы международнаго союза криминалистовъ были обсуждены чуть ли не всѣ вопросы, имѣющіе какое-либо отношеніе къ реформѣ. При этомъ всѣ школы уголовнаго права и даже всѣ оттѣнки уголовно-научной мысли напрягли всѣ усилія для полнаго развитія своихъ принциповъ. Идейная борьба криминалистовъ не имѣетъ ничего себѣ подобнаго по своему напряженію и интенсивности и достигла своего апогея въ настоящее время, когда уже опубликованъ предварительный проектъ правительственной комиссіи. Чуть ли не всякій его параграфъ создалъ о себѣ спеціальную обширную литературу. 4 виднѣйшихъ ученыхъ (Каль, Лиліенталь, Листъ, Гольдшмидтъ) опубликовали свой глубоко интересный контръ-проектъ. До извѣстной степени можно сказать, что работы надъ новымъ уголовнымъ кодексомъ въ настоящее время стоятъ въ центрѣ всей юридической жизни Германіи.

Споръ, конечно, главнымъ образомъ, идетъ о томъ, въ какой степени будутъ восприняты въ уголовное законодательство новыя идеи. Сторонники старой школы въ общемъ стоятъ на строго-принципіальной точкѣ зрѣнія, требуя, чтобы уголовное законодательство было выраженіемъ одной мысли, одного начала, безъ всякихъ уклоненій. Не такъ ригористична новая школа, которая стремится всѣ вопросы ставить на практическую почву и толкаетъ законодателя на путь компромисса или синтеза старыхъ и новыхъ идей. Нѣтъ сомнѣній, что компромиссъ восторжествуетъ. А это для настоящаго времени уже само по себѣ является значительной побѣдой новыхъ идей.

Наибольшія, однако, завоеванія за новыми тече-

ніями числятся въ англо-саксонскихъ странахъ—Англіи, Соединенныхъ Штатахъ и Штатахъ Австраліи. Тамъ не слышны ожесточенные теоретическіе споры; строго продуманныя системы понятій не противополагаются другъ другу; вопросы ставятся практически, о конкретныхъ мѣрахъ, способныхъ къ немедленному осуществленію... И такъ какъ къ вопросу о борьбѣ съ преступностью общество относится съ неослабнымъ вниманіемъ, то методы этой борьбы неустанно прогрессируютъ вмѣстѣ съ развитіемъ всѣхъ сторонъ соціальной жизни. Если континентальные юристы точнѣе оцѣнили принципіальную важность новыхъ идей, то ихъ существо опредѣлилось въ англо саксонскихъ странахъ, гдѣ впервые получили осуществленіе и развитіе всѣ безъ исключенія новые институты уголовнаго права, такъ что изученіе новыхъ теченій въ области уголовнаго законодательства Западной Европы до извѣстной степени сводится къ изученію вліянія англо-саксонскаго уголовнаго права на континентальное. При этомъ слѣдуетъ отмѣтить, что первые опыты систематическаго примѣненія новыхъ идей привелъ, повидимому, къ рѣшительному успѣху: въ отличіе отъ другихъ странъ статистика преступности въ Англіи представляетъ картину постояннаго и неуклоннаго паденія, несмотря на всю остроту современной политической, соціальной и классовой борьбы [1]).

Не претендуя на монополію въ уголовномъ законодательствѣ, новыя идеи тѣмъ рѣшительнѣе добиваются своего признанія въ тѣхъ случаяхъ, гдѣ онѣ,

[1]) О новѣйшихъ реформахъ въ уголовномъ законодательствѣ и практикѣ Англіи см. П. И Люблинскій, „Очерки уголовнаго суда и наказанія въ современной Англіи". Въ этой книгѣ, особенно въ ея второй части, приведенъ богатѣйшій матеріалъ, рисующій практическое примѣненіе новыхъ идей въ уголовномъ правѣ.

чувствуютъ подъ собой твердую и надежную почву и видятъ возможность немедленнаго осуществленія новыхъ принциповъ. На первый планъ, при этомъ, естественно, выдвигаются тѣ случаи, гдѣ опасное состояніе преступника весьма наглядно и типично и рѣзко выражено, но классическая школа, по какимъ-либо основаніямъ, вынуждена или вовсе игнорировать это, или же поражать наказаніями, являющимися явно безцѣльными или даже вредными съ точки зрѣнія общественной охраны.

Такой случай представляютъ прежде всего *невмѣняемыя* лица, учинившія преступныя дѣянія. Классическая школа въ отношеніи къ такимъ лицамъ умывала руки, оправдывая ихъ за отсутствіемъ виновности въ технически уголовномъ смыслѣ. Подъ вліяніемъ новой школы, учитывающей опасное состояніе такихъ лицъ, во всѣхъ новѣйшихъ кодексахъ вводятся постановленія, дающія суду право принимать необходимыя мѣры общественной безопасности, въ видѣ помѣщенія невмѣняемыхъ въ лѣчебницы или отдачи подъ отвѣтственный надзоръ.

Труднѣе обстояло дѣло съ такъ называемыми *уменьшенно-вмѣняемыми*, ненормальность которыхъ очевидна, но не настолько рѣзко выражена, чтобы они могли быть признаны невмѣняемыми въ уголовномъ смыслѣ. Затрудненія классической школы здѣсь, поистинѣ, не преоборимы. Съ одной стороны, ненормальность является, по общему духу уголовнаго права, причиной, если не уничтожающей, то, во всякомъ случаѣ, уменьшающей виновность. Но съ другой стороны, эта ненормальность, свидѣтельствующая о приниженной способности индивида руководить своими поступками, вызываетъ необходимость въ болѣе радикальныхъ мѣрахъ, чѣмъ въ отношеніи лицъ, сохраняющихъ полную власть надъ собой. Духъ уголовнаго права требовалъ, во всякомъ случаѣ, пониженія

наказаній, интересы общественной охраны требовали усиленныхъ мѣръ. Въ этомъ затрудненіи классическая школа не нашла лучшаго выхода, какъ вовсе закрыть глаза на явленіе и отрицать само существованіе уменьшенно вмѣняемыхъ. Но такое отрицаніе факта, все болѣе подтверждающагося развитіемъ психіатріи, не могло надолго рѣшить вопроса. И поэтому не удивительно, что, когда новая школа, со свойственной ей въ настоящее время деликатностью, предложила компромиссное рѣшеніе вопроса—такое рѣшеніе сразу стало весьма популярнымъ. Сущность компромисса, предложеннаго Листомъ, крайне характерна какъ для практическихъ тенденцій новой школы, такъ и для всего нынѣшняго состоянія уголовнаго права. Состоитъ же онъ въ томъ, что уменьшенно вмѣняемые, послѣ отбытія ими уменьшеннаго наказанія (да здравствуетъ классическая школа!) должны быть помѣщены уголовнымъ же судьей, поскольку этого требуютъ интересы общественной охраны, въ особыя для нихъ помѣщенія или учрежденія (да здравствуетъ новая школа!). Такое рѣшеніе вызвало горячіе споры, протесты, возраженія со всѣхъ сторонъ. Но въ конечномъ итогѣ оно побѣдило на съѣздѣ германской группы международнаго союза криминалистовъ и на его общемъ собраніи въ Гамбургѣ. Въ этомъ же направленіи движется и современное законодательство. Въ полномъ объемѣ эту систему воспринимаетъ, напр., проектъ германскаго уголовнаго уложенія, устанавливающій въ отношеніи уменьшенно вмѣняемыхъ смягченныя наказанія вмѣстѣ съ дополнительными мѣрами соціальной защиты, въ видѣ содержанія въ лѣчебныхъ заведеніяхъ. Едва ли, конечно, такой компромиссъ можетъ быть длительнымъ. Слѣдующей за нимъ стадіей, несомнѣнно, является полный отказъ отъ наказанія, что практически возможно будетъ и теперь, и назначеніе однѣхъ мѣръ

соціальной защиты: вѣдь если виновнаго надо лѣчить, то какой смыслъ имѣетъ наказаніе? Вѣдь оно не только безполезно въ смыслѣ предупрежденія, но, быть-можетъ, даже вредно, тяжело отзываясь на неуравновѣшенной психикѣ уменьшечно вмѣняемаго. Но теперь, пока живо еще представленіе о наказаніи, какъ о необходимомъ возмездіи, такой компромиссъ, быть-можетъ, неизбѣженъ, какъ подготовительная стадія къ грядущему полному торжеству новыхъ идей.

Въ самой непосредственной связи съ мѣрами противъ ненормальныхъ стоитъ вопросъ о мѣрахъ противъ привычныхъ пьяницъ. Старая школа лишь отчасти занималась этимъ вопросомъ, а именно случаями, когда само преступленіе учинено въ состояніи опьяненія. Такъ какъ по существу такое состояніе является причиной невмѣняемости, но признаніе дѣяній, учиненныхъ въ пьяномъ состояніи, безотвѣтственными, лишь поощряло бы пьянство и рѣзко угрожало бы общественной безопасности, то почти всѣ кодексы знали оговорку, что состояніе пьянства не уменьшаетъ отвѣтственности. Въ остальномъ же уголовное право игнорировало этотъ соціальный недугъ и со спокойнымъ сердцемъ примѣняло къ пьяницамъ обычныя наказанія, не безпокоясь объ ихъ пользѣ и предупредительномъ значеніи. Иначе и несравненно шире поставила этотъ вопросъ новая школа. Показательны въ этомъ отношеніи резолюціи, принятыя общимъ собраніемъ русской группы международнаго союза криминалистовъ въ 1909 году по вопросу объ алкоголизмѣ и преступности. Исходя изъ признанія огромнаго вліянія, оказываемаго алкоголизмомъ на ростъ преступности, одна часть резолюціи рекомендовала принятіе общихъ мѣръ къ уменьшенію употребленія алкоголя, вплоть до постепеннаго отказа со стороны государ-

ства отъ пополненія государственныхъ доходовъ за счетъ отравленія народнаго организма; другая же часть резолюціи рекомендовала устройство лѣчебно-исправительныхъ заведеній для алкоголиковъ и предоставленіе суду права помѣщать въ нихъ привычныхъ пьяницъ, взамѣнъ или въ дополненіе къ наказанію [1]).

Послѣдняя мѣра уже давно практикуется въ Англіи, введена въ Норвегіи и предположена въ новѣйшихъ проектахъ. И практически новую школу болѣе всего въ настоящее время интересуетъ вопросъ объ организаціи соотвѣтствующихъ лѣчебныхъ заведеній. На Вашингтонскомъ конгрессѣ уже подводились итоги примѣненія подобныхъ мѣръ въ нѣкоторыхъ странахъ (въ особенности въ Англіи). Въ общемъ было признано, что мѣры эти вполнѣ цѣлесообразны и достигаютъ своей цѣли.

Въ области борьбы съ преступностью несовершеннолѣтнихъ новыя идеи уже одержали рядъ блестящихъ побѣдъ. Положеніе дѣла здѣсь настолько тревожно, и старое уголовное право настолько явно оказалось несостоятельнымъ въ своихъ мѣрахъ, что вынуждено было почти безъ боя сдать свои позиціи.

Въ самомъ дѣлѣ, статистика преступленій настойчиво взываетъ къ особому вниманію по отношенію къ дѣтской преступности. Если въ глаза изслѣдователя бросается общій ростъ преступности, то не менѣе разителенъ ростъ преступности несовершеннолѣтнихъ, составляющій общій законъ для всѣхъ большихъ странъ Европы, кромѣ Англіи.

А между тѣмъ причины дѣтской преступности оказываются чрезвычайно несложными. Бѣдность, запущенность, отсутствіе воспитанія, жизнь на улицахъ

[1]) См. Русская группа Международнаго Союза Криминалистовъ, Общее собраніе Группы въ Москвѣ, 1909, Спб.

большихъ городовъ, среди нищеты, порока и разврата и всевозможныхъ соблазновъ, отсутствіе семьи, или, что еще хуже — дурное вліяніе семьи разлагающейся .. Между тѣмъ, классическая школа уголовнаго права способна была рекомендовать всего-на-всего одно средство—приговоръ къ смягченному наказанію тюрьмой или арестомъ,—или же умыть руки путемъ оправданія, если несовершеннолѣтній не достигъ предѣльнаго возраста или признается дѣйствовавшимъ безъ разумѣнія. Несоотвѣтствіе цѣли и средства здѣсь настолько разительно, что выведеніе малолѣтнихъ изъ тюрьмы и замѣна наказаній мѣрами заботы и помощи напрашивались сами. Рѣшительно и опредѣленно по этому пути пошли прежде всего англо-саксонскія страны, Англія и Соединенные Штаты, которыя первыми поняли, что разъ отсутствіе семьи или ея неспособность исполнять свои функціи является причиной дѣтской преступности, какъ массового явленія, то государство должно взять на себя эти функціи и по мѣрѣ силъ и возможности замѣстить семью, стать самому воспитателемъ дѣтей. И въ Англіи уже къ концу 90-хъ годовъ было 207 спеціальныхъ исправительныхъ заведеній, въ которыхъ содержались 29.393 малолѣтнихъ, причемъ государство и общество тратятъ на нихъ до 12.000.000 франковъ въ годъ. Результаты не заставили ожидать себя. Рядомъ съ паденіемъ общей преступности Англія представляетъ счастливое исключеніе и въ отношеніи преступности дѣтской. Теперь по этому пути идутъ, можно сказать, всѣ страны, создаются спеціальные кодексы дѣтскаго права, создаются особые суды для малолѣтнихъ, созываются спеціальные конгрессы по вопросу о раціональной борьбѣ съ дѣтской преступностью. Всѣ новѣйшіе кодексы уголовнаго права отражаютъ на себѣ это измѣнившееся отношеніе къ дѣтской преступности и всѣ

они устанавливаютъ рядъ мѣръ, направленныхъ къ тому, чтобы борьбу съ дѣтской преступностью обосновать на идеѣ опаснаго состоянія и соотвѣтствующихъ мѣръ соціальной защиты, и принципіально уже признано, что до извѣстнаго возраста (отъ 14 до 18 лѣтъ) малолѣтніе не должны судиться общимъ судомъ и подлежатъ обычному наказанію.

Новыя идеи докатились уже и до Россіи. Въ Петербургѣ, Москвѣ и Харьковѣ образованы особые суды для малолѣтнихъ, подлежащихъ мировой подсудности. Всякому, интересующемуся новыми идеями въ области уголовнаго права, слѣдуетъ рекомендовать ознакомиться съ этимъ судомъ. Уже процессуальная сторона дѣла представляется весьма необычной. Публичность суда — лишь во время чтенія приговора сторожъ незамѣтно пріотворяетъ дверь комнаты, гдѣ происходитъ судъ, въ комнату, гдѣ сидятъ родители и другія лица, ожидающія своей очереди. Гласность фигурируетъ въ видѣ простого разговора съ глазу на глазъ съ подсудимымъ, причемъ судья уже по даннымъ, сообщеннымъ ему попечителемъ, имѣетъ опредѣленное представленіе о преступникѣ и о необходимыхъ по отношенію къ нему мѣрахъ. Состязательность—обвинитель, въ видѣ чина полиціи или частнаго потерпѣвшаго лица, выслушивается лишь для формы, а защита совсѣмъ упразднена — здѣсь, вопреки всѣмъ основамъ классическаго процесса, въ одномъ лицѣ соединены и судья, и защитникъ и обвинитель. Но если нѣтъ ни особаго обвинителя, ни защитника, то явился на сцену совершенно незнакомый нашему законодательству попечитель, собирающій до суда свѣдѣнія о малолѣтнемъ преступникѣ, бесѣдующій съ нимъ, оказывающій содѣйствіе во всѣхъ трудныхъ минутахъ жизни. Мѣры обезпеченія явки на судъ замѣнены мѣрами испытанія, регулирующимися совершенно новыми началами. Пре-

ступленіе играетъ чисто формальную роль; когда нужно, въ виду задачъ надзора и воспитанія, оно подыскивается, чуть ли не подстраивается нарочно, въ видѣ какихъ-нибудь ничтожныхъ проступковъ, причемъ на обычную шалость натягивается мундиръ уголовно-наказуемаго дѣянія. Когда же не нужно—то и весьма серьезное съ точки зрѣнія уголовнаго кодекса преступленіе разсматривается какъ шалость или игнорируется совсѣмъ. Состояніе малолѣтняго, его индивидуальныя особенности оцѣниваются со всей тщательностью и принимаются соотвѣтствующія мѣры воспитанія или просто помощи, путемъ пріисканія мѣста, работы. Судъ—не органъ мести-воздаянія, а скорѣе учрежденіе опеки, заботы и помощи.

Проблема борьбы съ уже сложившимися, привычными преступниками предстаетъ въ двоякомъ видѣ: въ видѣ борьбы съ мелкой профессіональной преступностью—нищенствомъ и бродяжествомъ, и въ видѣ борьбы съ крупной—опасными, неисправимыми рецидивистами.

Съ точки зрѣнія виновности и тяжести преступленія приходилось и нищенство и бродяжество облагать сравнительно небольшими наказаніями, состоящими, главнымъ образомъ, въ краткосрочномъ арестѣ,—вѣдь не приговаривать же нищихъ къ денежному штрафу! Въ прежнія эпохи, когда государство не особенно церемонилось съ преступниками и не считало себя ничѣмъ связаннымъ въ опредѣленіи санкцій, нищіе и бродяги сотнями и тысячами предавались смертной казни. Нынѣ такая расправа не допускается общественнымъ правосознаніемъ. Оно примиряется лишь съ наказаніемъ, соотвѣтствующимъ объективной тяжести деликта. И въ результатѣ государство оказалось почти совершенно безоружнымъ передъ профессіоналомъ мелкой преступности, образъ

жизни котораго состоялъ въ общественномъ паразитствѣ, перемежающемся съ кратковременными перерывами на отсидку краткосрочныхъ наказаній въ тюрьмѣ или на арестъ, во время которыхъ набирались силы, заводились знакомства для дальнѣйшихъ похожденій на свободѣ. Какъ разъ къ этой группѣ преступниковъ относятся особенно поразительныя цифры рецидива, 10-ти, 15-ти, 20-ти кратныхъ судебныхъ приговоровъ.

По иному пути пошла новая школа. Изученіе этого вида преступности показало, что нищенствующіе могутъ быть раздѣлены на три категоріи: нищенствующихъ случайныхъ, благодаря несчастному стеченію обстоятельствъ, нищенствующихъ дефективныхъ, неспособныхъ къ труду, и нищенствующихъ профессіоналовъ, трудоспособныхъ. Соотвѣтственно намѣтились и мѣры: помощь первымъ, убѣжища для вторыхъ и работные дома со строгой, даже суровой дисциплиной для третьихъ. Основываясь на признакѣ опаснаго состоянія, эти мѣры въ своей продолжительности опредѣляются продолжительностью опаснаго состоянія, доходя до 2, 3 и даже 7 лѣтъ работнаго дома для трудно исправимыхъ профессіоналовъ [1]).

---

[1]) Русское уголовное право, если не считать особо стоящихъ и проникнутыхъ совершенно особымъ содержаніемъ постановленій о бродяжествѣ, знаетъ лишь ст.ст. 49 и 50 устава о наказаніяхъ, облагающія прошеніе милостыни по лѣни или привычкѣ къ праздности тюрьмой отъ 2 недѣль до 1 мѣсяца, и прошеніе милостыни, соединенное съ грубостью, дерзостью или обманомъ,—тюрьмой отъ 1 до 3 мѣсяцевъ. Германское уголовное уложеніе облагаетъ нищенство арестомъ, который, однако, можетъ быть соединенъ съ послѣдующимъ помѣщеніемъ въ работный домъ или принудительными общественными работами на срокъ до 2 лѣтъ. Норвежскій законъ 1900 года, спеціально посвященный борьбѣ съ нищенствомъ и пьянствомъ, допускаетъ на выборъ судьи или одно наказаніе или наказаніе съ послѣдующимъ помѣщеніемъ въ работный домъ, или же только помѣ-

Борьба съ нищенствомъ—это борьба съ мелкимъ рецидивизмомъ. До извѣстной степени аналогичную позицію заняла новая школа по вопросу о борьбѣ съ рецидивизмомъ крупнымъ, общественно болѣе опаснымъ. Но такъ какъ тутъ мѣры по необходимости должны еще глубже затрагивать личную свободу преступника и силой вещей приводить иногда къ признанію необходимости безсрочнаго или на очень долгіе сроки заключенія, что, съ точки зрѣнія классической доктрины, представляется несоразмѣрнымъ съ тяжестью учиненныхъ деликтовъ,—то тутъ существо новыхъ идей представилось съ особенной ясностью и отчетливостью и вызвало особенно оживленные нападки и споры. Борьба съ привычными рецидивистами, на основѣ признанія ихъ опаснаго состоянія и примѣненія мѣръ соціальной защиты, заслонила другіе случаи, принципіально однородные. Здѣсь вся непримиримость новыхъ идей такъ ясна, революціонирующее значеніе ихъ такъ наглядно, что сторонники старыхъ идей со всей рѣшительностью обрушились на эту часть общей проблемы, не замѣчая ея связи со всѣми другими частями, противъ которыхъ они сами не могутъ ничего возразить. Болѣе того, для самихъ сторонниковъ новыхъ идей понятіе опаснаго состоянія выяснилось болѣе всего именно въ плоскости борьбы съ рецидивистами, хотя вопросъ ставился о примѣненіи къ рецидивистамъ мѣръ, уже выработан-

---

щеніе въ работный домъ, на срокъ до 18 мѣсяцевъ (а въ случаѣ рецидива—до 3 лѣтъ. Бельгійскій законъ 1891 года еще рѣшительнѣе; онъ дѣлитъ нищихъ на неспособныхъ къ труду, которые опредѣляются въ убѣжища (maison de refuge) и нищихъ работоспособныхъ, профессіональныхъ, которыхъ опредѣляетъ на срокъ отъ 2 до 7 лѣтъ. На этихъ примѣрахъ можно видѣть, какъ велики тѣ измѣненія, которыя новые взгляды вносятъ въ уголовное право.

ныхъ по отношенію къ другимъ группамъ преступниковъ [1]).

По существу же, отношеніе къ общеопаснымъ рецидивистамъ опредѣлилось слѣдующими соображеніями. Классическая школа здѣсь опять-таки являетъ разительный примѣръ несоотвѣтствія средства и цѣли. По отношенію къ рецидивистамъ она знала лишь одно средство — незначительное увеличеніе наказаній, по сравненію съ обычнымъ наказаніемъ за данный проступокъ, не давая себѣ ни малѣйшаго труда провѣрить причины, почему въ первый разъ репрессія оказалась несостоятельной и какія надежды можно возлагать на то, что новое наказаніе окажется болѣе дѣйствительнымъ. Это приводило къ тому, что рецидивъ угрожающе увеличивался не только абсолютно, но и относительно, не только по сравненію съ ростомъ населенія, но и по сравненію съ ростомъ общей преступности, такъ что до извѣстной степени самый ростъ преступности объяснялся ростомъ рецидива.

Предложенія новой школы и здѣсь опять-таки основываются на классификаціи этого рода преступниковъ. Оказалось, что рецидивистовъ, подобно ни-

---

[1]) Объ этомъ можно судить по исторіи конгрессовъ международнаго Союза Крим Въ программѣ Гамбургскаго конгресса 1905 года стоялъ вопросъ: „Какимъ образомъ возможно для извѣстныхъ категорій рецидивистовъ поставить понятіе опаснаго состоянія преступника на мѣсто слишкомъ исключительно въ настоящее время примѣняемаго понятія преступнаго дѣянія". Не рѣшенный на Гамбургскомъ конгрессѣ, вопросъ былъ завѣщанъ слѣдующему, Брюссельскому, но уже въ гораздо болѣе общей и принципіальной формулировкѣ: „Въ какихъ случаяхъ, опредѣленныхъ закономъ, понятіе опаснаго состоянія преступника можетъ быть поставлено на мѣсто преступнаго дѣянія, подвергшагося преслѣдованію, и при какихъ условіяхъ это совмѣстимо, съ точки зрѣнія мѣръ соціальной защиты, съ гарантіями личной свободы".

ществующимъ, можно раздѣлить на три класса: случайныхъ, дефективныхъ и неисправимыхъ или трудно исправимыхъ профессіоналовъ преступнаго ремесла. Наибольшее вниманіе, естественно, вызывала послѣдняя группа, и въ отношеніи къ ней новая школа предложила долгосрочное или даже неопредѣленное по сроку заключеніе не въ качествѣ наказанія, а въ качествѣ мѣры общественной безопасности. Характернымъ въ этомъ отношеніи является § 65 Норвежскаго уголовнаго уложенія, послужившій прототипомъ для соотвѣтствующихъ предположеній въ новѣйшихъ проектахъ. Онъ устанавливаетъ, что къ лицу, совершившему неоднократно важнѣйшія уголовныя посягательства и признанному особымъ вердиктомъ присяжныхъ опаснымъ для человѣческаго общества или для здоровья и блага отдѣльныхъ лицъ, можетъ быть примѣнено задержаніе въ тюрьмѣ послѣ отбытія наказанія. Продолжительность такого задержанія опредѣляется только въ максимальномъ размѣрѣ: оно не должно быть болѣе 15 лѣтъ или болѣе удвоеннаго срока наказанія. Суровость такого предложенія смягчается цѣлымъ рядомъ условій, установленныхъ для примѣненія такой мѣры: требуется неоднократное учиненіе наиболѣе тяжкихъ преступленій, признаніе опасности ввѣрено присяжнымъ засѣдателямъ; само дополнительное задержаніе можетъ быть отмѣнено во всякое время, поскольку оно не вызывается необходимостью общественной охраны [1]).

За всѣмъ тѣмъ трудности и опасности, сопряженныя съ такими постановленіями, далеко не вполнѣ устраняются. Это сознаетъ и сама новая школа, которая лишь въ послѣднее время, да и то съ большими оговорками, признала принципіальную допустимость

[1]) Подобныя же постановленія уже дѣйствуютъ въ англійскомъ правѣ.

по отношенію къ рецидивистамъ неопредѣленныхъ приговоровъ. Впрочемъ, на упрекъ въ излишней суровости новая школа могла бы съ извѣстнымъ правомъ отвѣтить, что такая суровость является лишь прямымъ слѣдствіемъ неумѣлости классической школы; что тутъ приходится имѣть дѣло съ тяжелымъ наслѣдіемъ, оставленнымъ прежнимъ уголовнымъ правомъ; что тяжесть ея мѣръ здѣсь опредѣляется роковымъ воздѣйствіемъ соціальныхъ факторовъ, создающихъ такіе преступные типы, съ которыми иная борьба невозможна,—и что среди этихъ факторовъ не послѣднее мѣсто занимаетъ само наказаніе, въ его старой обрисовкѣ.

И помимо указанныхъ группъ преступниковъ новая школа, пользуясь критеріемъ факторовъ преступности вообще и понятіемъ опаснаго состоянія въ частности, проникаетъ все дальше и глубже, въ самую гущу карательной дѣятельности современнаго государства, дѣлаетъ интересныя предложенія, затрагивающія уже не только фланги, но и всю преступную армію.

Общая мысль новыхъ предложеній, касающихся наказанія вообще, помимо указанныхъ группъ преступниковъ, заключается въ борьбѣ съ наказаніемъ, какъ своего рода факторомъ преступности. Опытъ и наблюденія показываютъ, что наказанія классическаго уголовнаго права не только не исправляютъ, но скорѣе, наоборотъ, производятъ вредное дѣйствіе, развращая новичковъ, превращая ихъ въ упорныхъ закоренѣлыхъ преступниковъ, объединяя ихъ своеобразную профессію. Какъ-разъ изученіе біографій неисправимыхъ преступниковъ часто показываетъ, что въ ряду причинъ, повліявшихъ роковымъ образомъ на ихъ жизнь, не послѣднюю роль играетъ первое наказаніе, первая сидка въ тюрьмѣ,

укрѣпившая антисоціальные задатки характера, превратившая новичка въ опытнаго профессіонала, введшая его въ среду, наиболѣе неблагопріятную, вредную для него.

Въ соотвѣтствіи съ этимъ новая школа пропагандируетъ рядъ мѣръ, направленныхъ къ полной замѣнѣ, сокращенію или смягченію тюремнаго заключенія. Противъ краткосрочнаго тюремнаго заключенія, признаваемаго самымъ вреднымъ типомъ наказанія, она выдвигаетъ замѣну штрафомъ, общественными работами и въ особенности условное осужденіе. Противъ долгосрочнаго—условное досрочное освобожденіе. Кромѣ того, она пропагандируетъ учрежденіе патронатовъ, добивается введенія въ законодательство реабилитаціи или возстановленія правъ и тѣмъ смягчаетъ послѣдствія наказанія, содѣйствуя преступнику встать опять на ноги...

Таковы главнѣйшія области воздѣйствія новыхъ идей въ уголовномъ законодательствѣ. Но это еще далеко не полная картина вліянія идеи опаснаго состоянія, какъ соціальнаго и индивидуальнаго явленія. И въ общихъ постановленіяхъ о преступленіи (въ особенности о покушеніи и соучастіи), и въ постановленіяхъ объ отдѣльныхъ видахъ его, и въ процессуальныхъ постановленіяхъ, — повсюду, хоть еще и робко, но замѣтно просачиваются новыя воззрѣнія.

Однако, и этотъ, весьма поверхностный, обзоръ областей, гдѣ воздѣйствіе новыхъ теченій оказалось наиболѣе сильнымъ, показываетъ, что слова ванъ-Гамеля о принципіальной враждебности новыхъ теченій прежнимъ взглядамъ—совершенно вѣрно выражаютъ процессъ, дѣйствительно совершающійся въ жизни.

Понятіе преступленія все болѣе теряетъ свое первенствующее значеніе. Если раньше всѣ заботы

криминалистовъ сводились къ установленію тяжести наказанія сообразно тяжести деликта, то нынѣ его усилія идутъ какъ-разъ въ сторону разрушенія этого соотвѣтствія. Полагая въ основу репрессивной дѣятельности понятіе опаснаго состоянія, криминалисты вынуждены легкія преступленія, вродѣ нищенства, соединять съ весьма долгими сроками принудительныхъ, воспитательно-лѣчебно-исправительныхъ мѣръ; съ другой стороны, поскольку опаснаго состоянія нѣтъ, нынѣшній криминалистъ всѣми силами старается по возможности сузить, ограничить принудительное воздѣйствіе государства, мало считаясь съ тяжестью учиненныхъ дѣяній.

Вопросъ о томъ, что́ думалъ, что́ представлялъ, что́ желалъ преступникъ въ моментъ учиненія дѣянія—тоже теряетъ прежнее значеніе для судьи, примѣняющаго новыя законодательныя постановленія. Этотъ вопросъ, вопросъ о винѣ въ техническомъ смыслѣ, заслоняется болѣе интересными и важными вопросами о всей преступной личности, объ ея характерѣ, о поведеніи какъ до, такъ и послѣ преступленія. Понятіе вины уже не служитъ единственной характеристикой виновнаго. Оно само подчиняется другому, новому понятію: состоянія личности, какъ длительнаго явленія, опредѣляющаго не только прошлое и настоящее, но до извѣстной степени и будущее. Свѣдѣнія, доставляемыя свидѣтелями преступленія, въ значительной степени стушевываются передъ свѣдѣніями попечителей, наблюдателей, спеціально, всесторонне изучающихъ личность преступника.

Многими путями и способами ведетъ новая наука нападеніе и на понятіе наказанія. Уже задачи, которыя нынѣ ставятся ему, совершенно не соотвѣтствуютъ старымъ понятіямъ; успѣхъ или неуспѣхъ карательныхъ мѣропріятій измѣряется нынѣ, главнымъ

образомъ, процентомъ совершенія новыхъ преступленій лицами, подвергнувшимися ихъ воздѣйствію. И для того, чтобы успѣшно выдержать этотъ экзаменъ по строгой программѣ частнаго предупрежденія, наказаніе должно поневолѣ принимать новый видъ мѣръ соціальной защиты, базируясь на свойствахъ преступнаго лица, примѣняясь къ нимъ, пріискивая способы воздѣйствія на его характеръ. И современная тюрьма всякими правдами и неправдами старается измѣнить свой обликъ, проникнуться новыми идеями, эволюціонируя и по внѣшности и по содержанію отъ прежнихъ мѣстъ плача и воздыханій, до нынѣшнихъ отелей съ пресловутыми канарейками и качалками, съ неустанными заботами о тѣлесномъ и душевномъ здравіи преступниковъ, такъ что въ Англіи уже серьезно ставится вопросъ о передачѣ тюремныхъ учрежденій въ вѣдомство народнаго просвѣщенія. Но если наказаніе не достаточно податливо, недостаточно гибко для новыхъ задачъ, криминалисты не колеблются разстаться съ нимъ, начиная съ установленія рядомъ съ наказаніемъ новыхъ, факультативныхъ въ своемъ примѣненіи мѣръ, и кончая полнымъ вытѣсненіемъ прежнихъ репрессивныхъ мѣръ.

V.

Общіе выводы.

Криминалисты, какъ адвокаты de lege ferenda. Предѣлы развитія новыхъ идей. Трудности, встрѣченныя новой школой. Можетъ ли нынѣшнее уголовное право быть реформировано цѣликомъ по новымъ методамъ? Необходимыя соціальныя предпосылки торжества новыхъ идей.

Знаменитый германскій криминалистъ Карпцовъ когда-то хвалился, что лучшими подвигами въ его жизни было то, что онъ прочелъ 200 разъ Библію и произнесъ 20.000 смертныхъ приговоровъ.

Нынѣшніе криминалисты классики, конечно, далеко ушли отъ своего прототипа. Но, тѣмъ не менѣе, они по отношенію къ преступнику являются все же только суровыми обличителями, обвинителями, передъ лицомъ общества и законодателя.

Не то криминалисты новой школы. Интересы общества и для нихъ стоятъ на первомъ планѣ. И они, не колеблясь, признаютъ необходимость весьма серьезныхъ мѣръ, поскольку этого требуетъ дѣйствительная наличность опаснаго состоянія преступника. Но они не закрываютъ глаза и на то, что общество имѣетъ такихъ преступниковъ, какихъ заслуживаетъ, что борьба съ опаснымъ состояніемъ наиболѣе продуктивна путемъ предупрежденія, путемъ устраненія тѣхъ соціальныхъ условій, на почвѣ которыхъ личность пріобрѣтаетъ свои опасныя, антисоціальныя свойства. И съ заботливой бережливостью представители новой науки не спѣшатъ толкнуть пошатнувшуюся личность безпощаднымъ приговоромъ, суровымъ клеймящимъ осужденіемъ, по наклонной плоскости преступной жизни. Нѣтъ, они, какъ адвокаты de lege ferenda, стремятся, прежде всего, указать, что необходимы иныя средства: пусть общество сперва заплатитъ свой долгъ преступнику, а потомъ уже спрашиваетъ съ него. Забота и помощь, вотъ средство для борьбы съ самымъ распространеннымъ типомъ опаснаго состоянія—безпомощности, нищеты, безпризорности и заброшенности.

Но какъ далеко зайдетъ торжественное шествіе новой школы? Можетъ ли все уголовное право быть реформировано на этомъ пути: борьбы съ личными и соціальными факторами преступности посредствомъ мѣръ соціальной защиты и соціальнаго реформаторства? Или за всѣмъ тѣмъ останется еще необходимость въ сохраненіи наказаній въ нынѣшней формѣ, въ качествѣ мѣры общаго предупрежденія? Если практически но-

вая школа поступаетъ такъ, какъ если бы была увѣрена въ возможности полнаго упраздненія современнаго уголовнаго права, то теоретически этотъ вопросъ остается открытымъ.

На этотъ вопросъ еще трудно дать окончательный отвѣтъ. Трудно потому, что какъ ни многочисленны и разнообразны предложенія новой школы, какъ ни важны ея побѣды въ области практики и законодательства, все же существо ея еще не выявилось съ достаточной ясностью и огромное соціальное явленіе преступленія и наказанія почти цѣльной несокрушимой глыбой стоитъ передъ критической мыслью новой школы. Въ общей массѣ карательной дѣятельности, какъ она фактически отправляется, новыя идеи играютъ самую незначительную роль.

Сама новая школа многихъ вопросовъ еще не успѣла рѣшить. Она слишкомъ молода. Въ ней самой еще кипятъ споры, перекрещиваются предложенія; новыя идеи являются, развиваются, отмираютъ, вытѣсняясь новыми, болѣе цѣлесообразными. Кто долженъ принимать мѣры противъ общеопасныхъ, дефективныхъ преступниковъ—судья уголовный или гражданскій? какъ лучше организовать государственное воспитаніе малолѣтнихъ преступниковъ? въ какой степени допустимы неопредѣленные приговоры? какъ опредѣлить сроки условнаго осужденія и условнаго досрочнаго освобожденія? Обо всемъ идутъ еще споры, все еще провѣряется опытомъ практики. Какъ трудно рѣшеніе такихъ вопросовъ—объ этомъ можно судить хотя бы потому что вопросъ объ борьбѣ съ рецидивомъ стоитъ на программѣ конгрессовъ международнаго союза криминалистовъ, начиная съ перваго Брюссельскаго, кончая послѣднимъ, Копенгагенскимъ, и, вѣроятно, еще не послѣдній разъ.

Цѣлыя десятилѣтія уходятъ на исканія. И не уди-

вительно. Вѣдь основа новаго уголовнаго права — позитивное знаніе явленія преступленія. А оно такъ сложно, такъ запутанно, таясь въ самыхъ сокровенныхъ глубинахъ соціальной жизни. Несовершенна наука объ обществѣ, несовершенна и часть ея—уголовная соціологія. А значитъ, несовершенна и новая школа уголовнаго права. Сложность тѣхъ явленій, съ которыми уголовной политикѣ приходится считаться, такъ велика, что она до сихъ поръ движется еще ощупью. Во многихъ государствахъ не болѣе 50 лѣтъ ведется правильная статистическая отчетность. Да и собираемыя статистикой свѣдѣнія еще далеки отъ совершенства, неоднородны по странамъ, съ трудомъ поддаются сравненію. Напр., занимаясь вопросомъ о рецидивѣ, международный союзъ криминалистовъ вынужденъ былъ поставить спеціальный вопросъ о желательныхъ реформахъ въ статистикѣ рецидива, для того, чтобы получить достаточно надежныя и полныя данныя, изъ которыхъ могъ бы исходить въ своихъ предположеніяхъ. Насколько наукѣ приходится итти наугадъ, объ этомъ можетъ свидѣтельствовать хотя бы такой фактъ, что по отношенію къ Сѣверо-Американскимъ Соединеннымъ Штатамъ, гдѣ новыя идеи одержали рядъ блестящихъ побѣдъ (правда, уживаясь съ самыми непримиримыми пережитками старины)— нельзя еще рѣшить вопроса, увеличивается ли тамъ преступность или уменьшается. Всякая мѣра должна быть провѣрена въ своемъ примѣненіи путемъ точнаго учета результатовъ. Но какъ ихъ учесть, какъ ихъ выдѣлить при незначительности данныхъ и при такой сложности такъ интенсивно развивающейся жизни?

Но даже найдя вѣрные принципы и начала борьбы съ тѣмъ или инымъ видомъ преступности, новая школа часто наталкивается на трудности приведенія этихъ принциповъ въ жизнь. Уже экономическія соображенія

играютъ не малую роль. Достаточно указать, что напр., въ Англіи на содержаніе одного несовершеннолѣтняго въ ремесленной школѣ общество тратитъ до 250 рублей въ годъ; что новые методы требуютъ созданія спеціальныхъ учрежденій, требуютъ спеціальнаго персонала служащихъ, требуютъ, наконецъ, даже новыхъ судей. Можно припомнить, что Наполеонъ I намѣтилъ весьма удачную систему борьбы съ нищенствомъ, но эта система разбилась объ отсутствіе соотвѣтствующихъ учрежденій и для осуществленія своего должна была ожидать чуть ли не 100 лѣтъ... Далѣе, само государство не всегда въ силахъ призвать къ жизни всѣ тѣ институты, которые нужны новой школѣ; оно нуждается въ помощи со стороны общества. А это опять-таки ставитъ вопросъ объ ихъ взаимоотношеніяхъ, объ установленіи между ними гармоніи. Все это нельзя выдумать. Все это должно органически вырости въ напряженномъ усиліи многихъ и многихъ лицъ.

И дѣло не только въ отсутствіи соотвѣтствія между мѣрами, диктуемыми новыми направленіями и общественными возможностями; иногда эти мѣры вообще чужды современнымъ общественнымъ отношеніямъ или даже вполнѣ враждебны имъ. Весьма часто онѣ требуютъ такого режима по отношенію къ преступнику, такого съ нимъ обхожденія, которые стоятъ неизмѣримо выше тѣхъ условій, въ которыхъ существуютъ не-преступныя лица равнаго съ преступникомъ соціальнаго положенія. Новыя тюрьмы, реформаторіи, лѣчебницы, воспитательныя учрежденія для достиженія своихъ цѣлей создаютъ обстановку лучшую чѣмъ та, какой многіе пользуются на свободѣ. Наказаніе становится какъ бы наградой. Преступленіе даетъ возможность найти ту помощь, которой не можетъ найти честный трудъ. При современныхъ общественныхъ отношеніяхъ это

вноситъ весьма серьезную смуту и недоумѣнія, одна возможность которыхъ часто заставляетъ противиться новшествамъ уголовнаго права.

Не малое значеніе имѣетъ еще одно обстоятельство. Являясь близкой по духу новому административному праву, новая уголовная школа вызываетъ недовѣріе и опасеніе этой своей близостью. Новыя отношенія между государствомъ и личностью еще не вошли въ идеологію общества. Она еще складывается, и живы покамѣстъ старые предразсудки, сохраняется старое недовѣріе личности ко всякому поползновенію со стороны государства. Достаточно указать на примѣръ, что въ Бельгіи и во Франціи новые законы о малолѣтнихъ встрѣтили себѣ весьма серьезныя препятствія какъ со стороны либеральной партіи (Бельгія), такъ и со стороны параграфовъ конституцій, гарантирующихъ извѣстныя гражданскія права. Благодаря этому, во Франціи не удалось ввести единоличности суда для малолѣтнихъ, не удалось уничтожить состязательность и гласность суда, хотя это, въ виду новыхъ требованій, было необходимо.

Но надо ли горевать о недостаточно быстромъ развитіи новаго уголовнаго права? Можетъ ли оно развиваться быстрѣе? Существуютъ ли достаточныя для этого предпосылки? Можетъ ли оно взять теперь на себя выполненіе всѣхъ тѣхъ задачъ, которыя государство возлагаетъ на современное уголовное право? Подъ силу ли ему это?

И слѣдуетъ признать, что не всякое уголовное право можетъ быть съ успѣхомъ замѣнено новыми мѣрами борьбы съ преступленіемъ. Не всѣ цѣли, достигаемыя наказаніемъ, могутъ быть достигнуты мѣрами соціальной защиты въ ихъ новой обрисовкѣ. Для достиженія нѣкоторыхъ цѣлей, которыя законодатель ставитъ передъ уголовнымъ правомъ — един-

ственное средство понятія преступленія и наказанія въ ихъ старомъ смыслѣ, иначе криминалистамъ пришлось бы или расписаться въ своемъ безсиліи, или же вступить на путь полнаго пренебреженія ко всѣмъ завѣтамъ уваженія къ личности и свободѣ. Нормы права до извѣстной степени произвольны. Ими охраняются и такія блага, которыя могутъ не имѣть никакой соціальной цѣнности, или даже быть общественно-вредными. Понятіе преступленія послушно слѣдуетъ за всѣми извивами законодательнаго произвола, ставитъ печать осужденія на все, что только власти угодно признать нежелательнымъ. Творческое вдохновеніе писателя, религіозный экстазъ, смѣлая мечта, вдохновенная проповѣдь—все это оно можетъ ошельмовать наряду съ мелкимъ мошенничествомъ или проявленіемъ гнусной извращенности человѣческой души: составъ преступленія выполненъ, выполненъ сознательно, преступленіе, значитъ, на-лицо, взывающее къ репрессіи, такъ же неразборчиво поражающей всякаго, кто подвернется въ сѣть, разставленную законодателемъ на всѣхъ углахъ и перекресткахъ.

Труднѣе дѣло обстоитъ съ опаснымъ состояніемъ. Это понятіе чуждается искусственности и формализма. Оно естественное понятіе, стоящее внѣ произвола законодателя, который можетъ устанавливать лишь формальныя ограничительныя условія, порядокъ признанія, но не существо этого состоянія. Существо же его опредѣляется дѣйствительной наличностью такихъ свойствъ, которыя грозятъ дѣйствительной опасностью существеннымъ соціальнымъ интересамъ. Эта естественность понятія опаснаго состоянія никоимъ образомъ не можетъ быть игнорируема, потому что само понятіе вѣдь нужно лишь для опредѣленія мѣръ соціальной защиты, мѣръ по существу своему аналогичныхъ мѣрамъ лѣченія. И криминалистъ, какъ врачъ,

можетъ искать средства лишь противъ дѣйствительной болѣзни, потому что фиктивныя болѣзни фиктивными же средствами лѣчатъ лишь шарлатаны. И такъ какъ интересы свободы требуютъ особенной осторожности въ примѣненіи понятія опаснаго состоянія, влекущаго иногда весьма серьезныя принудительныя мѣры, то уголовное право оперируетъ лишь такими опасными состояніями, которыя имѣютъ совершенно опредѣленныя, рѣзкія и глубокія черты грубаго расхожденія съ важными интересами общежитія, и не поддаются колебаніямъ минутнаго, скоропреходящаго общественнаго настроенія. Основой въ примѣненіи понятія опаснаго состоянія могутъ служить только дѣйствительные общіе соціальные интересы; только ихъ оно можетъ обслуживать. Поэтому только тѣ нормы оно можетъ защищать, нарушеніе которыхъ, дѣйствительно, вредно для общества, посягать на которыя здравомыслящій нормальный человѣкъ не захочетъ и не станетъ. Но можемъ ли мы сказать, что уголовное право нашего времени уже достигло того, что цѣнности, защищаемыя имъ, дѣйствительно-общественно цѣнны? Возьмемъ преступленія религіозныя, политическія, литературныя— развѣ это въ большинствѣ случаевъ не условныя цѣнности, дѣлающіяся такими лишь въ силу автономной воли законодателя, а не по существу своему. Не можемъ ли мы сказать, что до извѣстной степени нынѣшнее уголовное право имѣетъ задачей поддерживать и защищать даже такія явленія, которыя должны быть причислены сами къ соціальнымъ факторамъ преступности, что извѣстныя области карательной дѣятельности современнаго государства являютъ изъ себя порочный кругъ, вызывая преступленія, которыя затѣмъ караютъ.

Конечно, борьба съ такими преступленіями путемъ мѣръ соціальной защиты отъ опаснаго состоянія нес-

тись не можетъ. Здѣсь криминалистъ, стоящій на почвѣ новыхъ воззрѣній, можетъ только признаться въ своемъ безсиліи. Если бы онъ этого не сдѣлалъ, то, несомнѣнно, новое уголовное право встало бы сразу на путь извращенія своихъ собственныхъ основъ и могло превратиться въ опаснѣйшее орудіе деспотизма и соціальнаго насилія. Исторія даетъ поучительные примѣры: австрійскій императоръ Іосифъ II нѣкогда издалъ законъ о томъ, чтобы за богохульство сажать въ домъ сумасшедшихъ... Опасеніе, что, вставъ на путь новыхъ началъ, криминалисты въ настоящее время не смогутъ сдѣлать всѣхъ необходимыхъ выводовъ, не сумѣютъ ограничить себя, не сумѣютъ отказаться отъ задачъ, которыя ими не могутъ быть выполнены, и заставляетъ главнымъ образомъ настораживаться защитниковъ гражданской свободы. Да и сами представители новой школы чувствуютъ трудность и сложность проблемъ, связанныхъ съ соотношеніемъ средствъ и достижимыхъ цѣлей. И не опасеніемъ ли практическаго извращенія своихъ же собственныхъ идей диктуется подчасъ стремленіе къ компромиссу съ дѣйствующимъ правомъ: вѣдь никто иной, какъ самый ревностный изъ сторонниковъ всяческихъ компромиссовъ, развилъ идею о нынѣшнемъ уголовномъ правѣ, какъ хартіи вольностей преступника.

Но это видимое безсиліе новой школы является, быть-можетъ, самымъ цѣннымъ въ немъ. Новые криминалисты могутъ съ гордостью сказать: право еще не доросло до меня. И ставить условія, требовать отъ государства и общества нужныхъ реформъ и преобразованій, которыя ускорили бы торжество новыхъ идей... Сумѣютъ ли нынѣшніе господствующіе слои общества найти въ себѣ достаточно силъ для необходимыхъ реформъ, или для ихъ проведенія исторія выдвинетъ новые классы, несущіе въ борьбѣ за свои интересы об-

новленіе стараго міра — во всякомъ случаѣ, уголовное право, выйдя на путь борьбы съ личнымъ опаснымъ состояніемъ—соціальными факторами преступности, неразрывно связало свою судьбу съ общимъ прогрессомъ человѣчества.

Быть-можетъ, сознаніемъ этого должна опредѣлиться самая важная и благодарная задача современныхъ криминалистовъ. До сихъ поръ они лишь прислуживались къ государству и торопились исполнить всякія велѣнія. Теперь они могутъ претендовать на роль совѣтчиковъ государству и съ извѣстнымъ правомъ давать ему указанія. Вѣдь криминалистъ силой вещей стоитъ на перекресткѣ двухъ большихъ дорогъ человѣческаго развитія—развитіи личности и развитія общества. Всякая соціальная проблема его должна живо интересовать, такъ какъ рано или поздно она затронетъ его, докатится до него въ видѣ своего отраженія на ростѣ или уменьшеніи или свойствѣ преступности, какъ соціальнаго явленія. Но преступность встаетъ передъ криминалистомъ не только какъ общественное явленіе, но и какъ явленіе индивидуальное, какъ личная драма преступника, отъ изученія которой криминалистъ не въ силахъ и не вправѣ отказаться. И общество и личность со всѣми своими вопросами равно стоятъ передъ лицомъ уголовной науки, которая вѣдь и есть ничто иное, какъ наука о столкновеніи личности съ обществомъ. И это дѣлаетъ ее особенно показательной, особенно авторитетной и способной сыграть выдающуюся роль въ рѣшеніи поставленной нашимъ временемъ проблемы: установить такія отношенія между личностью и обществомъ, которыя наиболѣе способствуютъ ихъ обоюдному развитію.